

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LANA DRAPIER ALBUQUERQUE

**A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS FACE À CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

**CURITIBA
2012**

LANA DRAPIER ALBUQUERQUE

**A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS FACE À CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel.

Prof^ª. orientadora: Dr^ª. Eneida Desirée Salgado

**CURITIBA
2012**

LANA DRAPIER ALBUQUERQUE

**A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS FACE À CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

ORIENTADORA: _____
Prof.^a. Dr.^a. Eneida Desirée Salgado

COORIENTADORA: _____
Msc. Ana Lúcia Pretto Pereira

Prof. Msc. Daniel Wunder Hachem

Prof.^a. Msc. Juliana Pondé Fonseca

Curitiba, 17 de Dezembro de 2012

“Agora eu era o rei,
Era o bedel e era também juiz
E pela minha lei
A gente era obrigado a ser feliz”
(Chico Buarque)

À minha mãe, Andrea Drapier, cujo inestimável amor e carinho sempre me permitiram transformar meus sonhos distantes em passos galgados. Àquela que sempre, e incondicionalmente, me apoiou em minha caminhada até agora, dedico este trabalho e o esforço nele envidado.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, à minha família, em cujo seio me é permitido o florescimento e desenvolvimento de minhas capacidades, o cultivo de minhas aspirações e a perquirição de meus objetivos.

Aos meus amados pais, Andrea Drapier e Antonio Ivo Mendes de Albuquerque, que sempre me deram o apoio e suporte em cada passo dessa caminhada.

Ao meu irmão querido, Bernardo Drapier Albuquerque, pela eterna paciência, pelo consolo incondicional em todos os momentos e pelo sempre presente companheirismo.

Aos mestres, pelo inestimável saber transmitido.

Às queridas amigas da faculdade, e ao amigo Luís, pelos momentos de alegria, descontração e leveza proporcionados durante os cinco anos de faculdade.

À professora Desirée, pelas lições e pela orientação na elaboração deste trabalho.

À coorientadora Ana Lúcia Pretto Pereira, pelas sugestões e comentários, essenciais ao seu desenvolvimento e conclusão.

Sobretudo, a Deus, pela oportunidade.

RESUMO

A Constituição Cidadã, de 1988, trouxe consigo um rol de direitos sociais jamais antes visto na história do constitucionalismo brasileiro, prevendo ainda uma série de instrumentos normativos aptos a torná-los efetivos. Nada obstante tamanha inovação, a vasta gama de direitos garantidos não operou na realidade social do país, ao cabo desses vinte e quatro anos que se passaram da promulgação da nova Carta Política, mudanças suficientes a neutralizar as graves mazelas que, historicamente, assolam o país. Diante de tal contexto, doutrina e jurisprudência se conjugam em envidar esforços para fornecer o substrato teórico necessário à efetividade de tais direitos, que, preponderantemente dotados de dimensão prestativa, exigem o esmero dos Poderes Legislativo e Executivo na previsão de gastos orçamentários necessários à sua satisfação. Assim, ante a necessidade de fazer face à questão dos custos dos direitos, a construção do conceito da “reserva do possível” vem acrescentar aos estudos sobre a matéria, opondo-se muitas vezes à exigibilidade judicial dos direitos sociais, e minando-lhes a efetividade tão prezada pelo Constituinte. Ao lado disso, os argumentos da separação dos poderes e da falta de legitimidade do Poder Judiciário para se imiscuir nas decisões alocativas de recursos – originalmente incumbentes aos Poderes Legislativo e Executivo – aduzidos pela corrente da autocontenção do Poder Judiciário (*judicial self-restraint*), fazem frente à possibilidade do ativismo judicial (*judicial activism*). No âmbito dessa batalha argumentativa, o Judiciário brasileiro, mormente através da atuação do Supremo Tribunal Federal, vem decidindo, majoritariamente, de modo favorável à justiciabilidade dos direitos sociais, determinando, frequentemente, o sequestro de recursos públicos sem uma efetiva averiguação das possibilidades orçamentárias do Poder Público, em nome da eficácia dos direitos fundamentais e da garantia à dignidade da pessoa humana. Nessa lógica contextual, uma proposta de conciliação dos fundamentos contrapostos deve ter em vista, necessariamente, as diretivas e mandamentos constitucionais, assegurando-se aos cidadãos um mínimo de condições materiais mínimas à existência humana digna, em respeito aos princípios propugnados na Constituição brasileira de 88.

Palavras-chave: direitos fundamentais sociais; ativismo judicial; auto-contenção judicial; Constituição brasileira de 1988.

ABSTRACT

The 1988 Brazilian Constitution, also named as the *Constitution for Citizenship*, includes an extensive catalogue of social rights, which were never seen before in Brazilian constitutionalism, in addition to several normative tools aimed to their protection. Nevertheless, this vast range of rights has not been properly enforced within the Brazilian society through these twenty-four years that have already passed since the advent of the Constitution. Indeed, there has not been enough changes in order to minimize the serious wounds that have historically devastated the nation. In this context, jurisprudence and judicial decisions have raised common efforts aiming to provide the necessary legal theoretical and practical grounds for the effectiveness of social rights, which, because of their more evident costly dimension, demand from legislators and administrators substantial diligence regarding the allocation of budgetary resources required to fulfill the realization of these rights. Therefore, because of the need to consider the ‘cost of rights’ issue, the clause of ‘reservation of possibility’ emerges to enhance the studies on this subject, frequently opposing itself to judicial decisions that provide goods related to social rights, somehow undermining their effectiveness, which is so relevant to our Constitution. In addition, the arguments on the separation of powers and the lack of legitimacy of the Judiciary to interfere in the decisions which allocate public resources – originally attributed by the Constitution to the legislative and executive branches – as defended by the *judicial self-restraint* stream, make opposition to the possibility of *judicial activism*. Within this argumentative battle, the Brazilian Judiciary - specially by means of the activity of the Brazilian Supreme Court - has lately been judging favorably to the justiciability of social rights, frequently determining the holding of scarce public resources without a thorough evaluation on public budgetary possibilities, under the arguments of effectiveness of fundamental rights and human dignity. In such scenario, a proposal of solution to this argumentative dispute must bare in mind the principles and commandments constitutionally prescribed, assuring to citizens a minimum of material conditions necessary to a dignified human existence, in respect to the principles established by the 1988 Brazilian Constitution.

Keywords: fundamental social rights; judicial activism; judicial self-restraint; 1988 Brazilian Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	3
1.1 O regime jurídico dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988.....	5
1.2 Eficácia dos direitos fundamentais sociais.....	11
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	21
2.1 Direito social à saúde.....	22
2.2 Direito social à educação.....	30
3. JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: algumas problematizações.....	37
3.1 A cláusula da “reserva do possível”.....	38
3.2 A separação dos Poderes.....	45
3.3 A legitimidade democrática.....	50
CONCLUSÃO.....	55
BIBLIOGRAFIA.....	56

INTRODUÇÃO

Um olhar diacrônico sobre a realidade social brasileira, ao longo dos séculos, indica a existência de inúmeras e profundas mazelas sociais que afligem a população. São problemas sociais amplamente conhecidos e estudados – miséria, fome, analfabetismo, desemprego – apenas para citar alguns.

Nas últimas décadas, contudo, divulga-se a informação de que o país está mudando, de que as disparidades sociais vem sendo notadamente amenizadas e de que as condições de vida da população passaram por palpável melhoria. Com efeito, dados estatísticos dão respaldo científico às proclamações: o índice de analfabetismo no país, entre pessoas com quinze anos de idade ou mais, sofreu significativo decréscimo, caindo de 19,10% em 1991 para 10,01% em 2007, segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA);¹ enquanto a expectativa de vida ao nascer, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), subiu de 66 anos em 1991 para 74,1 anos em 2011.²

Não obstante tamanhas melhorias nas condições de desenvolvimento humano do país, ainda são largas as parcelas da população sem acesso aos bens mais básicos necessários à existência digna, tais como saneamento básico, acesso a tratamentos de saúde, educação – em todos os seus níveis – alimentação adequada, dentre outros: bens sociais largamente propugnados no meio político, traduzidos nos chamados direitos fundamentais sociais garantidos pela Carta Política de 1988.

Diante deste quadro, confrontados com a inação do Poder Público em proporcionar meios para a garantia do exercício de tais direitos, a solução encontrada por muitos cidadãos é pleiteá-la perante o Poder Judiciário, que acaba sendo instado a, frequentemente, se pronunciar sobre questões que envolvem violações de direitos fundamentais ante à inação do Poder Público – sobretudo direitos sociais, os quais geralmente exigem algum tipo de prestação por parte do Estado.

¹ Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Disponível em [<http://www.ipeadata.gov.br>]. Acesso em 30 de novembro de 2012.

² Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas (DPE), Coordenação de População e Indicadores Sociais (COPIS). Disponível em [www.ibge.gov.br]. Acesso em 30 de novembro de 2012.

Frente a isso, o Poder Público, quando demandado em juízo, suscita diversos óbices à possibilidade de o julgador determinar a realização de prestações e políticas sociais pela sua parte por meio de decisões judiciais.

Neste contexto, tornou-se necessário o desenvolvimento, no âmbito da doutrina e jurisprudência, dos diversos fundamentos que circundam a discussão frequentemente posta em debate. A saber: reserva do possível, legitimidade democrática, separação dos poderes, dentre outros, são fundamentos aventados em face da possibilidade do Poder Judiciário, ativamente, determinar ao Estado que viabilize determinadas prestações.

Assim, duas correntes se confrontam no embate sobre a exigibilidade judicial dos direitos sociais: de um lado, ativismo judicial. De outro, autocontenção do Poder Judiciário.

Com o intuito, evidentemente, não de esgotar a discussão, mas de semear o debate, serão aqui analisadas algumas questões que se considera seminais à temática.

De tal maneira, numa primeira parte, serão expostos alguns aspectos reputados relevantes no tocante aos direitos sociais sob a lógica da Constituição de 1988. No caminho, far-se-á uma breve retrospectiva histórica, com o intuito de compreender o advento dos direitos fundamentais sociais enquanto direitos historicamente construídos. Além disso, pretende-se investigar questões como a fundamentalidade e a eficácia dos direitos sociais, perquirindo os meios necessários à sua materialização.

Após, necessário estudar a tendência revelada pela jurisprudência pátria, utilizando-se como referência alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, e a posição assumida pela Corte diante das discussões que lhe são submetidas. Assim, procurar-se-á extrair os principais argumentos em discussão, de modo a explorá-los mais detidamente num capítulo final, em que, investigando posições doutrinárias sobre o tema, se pretende confrontar os principais argumentos ventilados e as posições adotadas por alguns autores na busca pela compatibilização dos argumentos.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A intenção desta primeira parte do trabalho é a de analisar os aspectos mais primordiais atinentes aos direitos sociais no cenário brasileiro, centradamente no seu tratamento constitucional, atentando-se à importância de tais aspectos para o desenvolvimento do tema nos capítulos seguintes, de modo que as considerações e observações aqui expendidas deverão servir de respaldo teórico para o estudo da justiciabilidade dos direitos sociais, objeto central do trabalho.

É que, sendo a via do Poder Judiciário uma segunda instância utilizada para a obtenção dos direitos propugnados pela Constituição,³ o Constituinte já disciplinou as linhas gerais do regime jurídico posto a serviço das garantias fundamentais – dentre as quais, como se verá, os direitos sociais.

Deste modo, a Carta Política, além de apontar os direitos em espécie, dispõe sobre os mecanismos de proteção que estes recebem, prevê o que o cidadão, investido na posição de titular de direitos, pode exigir dos poderes constituídos de modo a exercê-los, bem como abaliza, ao menos em linhas gerais, a atuação do Estado, no sentido do que lhe incumbe fazer a fim de prover a garantia dos direitos aos cidadãos – vale dizer, disciplina um complexo regime jurídico voltado aos direitos sociais.

Portanto, a compreensão do tratamento constitucional e, em larga medida, das contribuições doutrinárias, na seara dos direitos sociais, é de importância fulcral para aquele que pretende debruçar-se sobre o tema da sua exigibilidade perante o Judiciário.

O art. 3º da Constituição Federal⁴ proclama como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do

³ Aqui, considera-se o recurso ao Judiciário como segunda instância para garantir a concretização dos direitos sociais em razão do fato de que, incumbindo ao Poder Público, independentemente de provocação, promover a sua concretização, o recurso à via judicial em si demonstra que a primeira instância – atuação do Poder Público, voluntariamente – não surtiu o efeito necessário a materializar os direitos constitucionais.

⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos.

De igual maneira, o art. 1º da Carta Magna⁵ elege, como um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana.

A seguir, o constituinte passa a catalogar, no Título II, os direitos e garantias fundamentais por meio dos quais se concretizarão os fundamentos e objetivos sobre os quais se alicerça a República propugnada pela Constituição.

Dentre eles, os direitos sociais, previstos no Capítulo II – Dos Direitos Sociais – de maneira não taxativa, eis que em outras partes do texto constitucional encontram-se, dispersas, outras disposições sobre direitos sociais.

Fazem parte do conjunto formado pelos direitos fundamentais, o qual engloba três diferentes categorias de direitos: os direitos individuais, os direitos políticos e os direitos sociais (como gênero). Deste gênero fazem parte os direitos sociais (como espécie), econômicos e culturais.

Conforme se poderá perceber ao longo deste estudo, estas categorias de direitos fundamentais não se encontram em regime de antagonismo ou prevalência entre si, mas antes em regime de complementaridade: os direitos sociais têm a função de fornecer o substrato material que possibilitará o exercício efetivo dos direitos civis e individuais.

Assim, em primeiro lugar, cumpre esclarecer o que, de fato, constituem os direitos sociais. Nesta toada, à guisa de buscar-lhes uma definição, Ana Carolina Lopes Olsen aponta dois critérios capazes de identificá-los: o material, relacionado ao seu conteúdo, e o formal, que diz respeito ao *locus* normativo constitucional.⁶

O primeiro critério – material – identifica-se com o princípio da dignidade da pessoa humana.⁷ Segundo explica a autora, as normas de direitos sociais veiculam

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba, 2006, p. 34.

⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba, 2006. p. 34 .

direitos a prestações, capazes de assegurar aos indivíduos a dignidade propugnada pela ordem constitucional, a qual, justamente por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, coloca o Estado a serviço do homem e de sua dignidade.⁸

Além do critério material, também o critério formal identifica direitos sociais, os quais não deixam de sê-los quando, identificados no catálogo constitucional, não se relacionarem diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que o Constituinte possa ter eleito outro fundamento para erigi-los ao *status* de norma constitucional – que não a dignidade humana.⁹ ¹⁰ Podem ser apontados como tais, para fins de exemplificação, alguns direitos do trabalhador, a liberdade de organização sindical, dentre outros.

Desta forma, pode-se depreender da lição da autora, por meio dos critérios por ela apontados, que serão normas de direitos sociais tanto aquelas que, veiculando direitos a prestações, relacionem-se ao princípio da dignidade da pessoa humana (critério material), bem como aquelas apontadas como normas definidoras de direitos sociais no catálogo constitucional (critério formal).

A sugestão de tais critérios, contudo, não é inédita: Alexy também divide a classe dos direitos fundamentais sociais entre aqueles expressamente garantidos e aqueles garantidos por meio de interpretação,¹¹ que veiculam escolhas do Constituinte. A ideia também foi acolhida, na doutrina brasileira, por Ingo Sarlet,¹² como se verá mais detidamente a seguir.

⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba, 2006, p. 34 e 35

⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba, 2006, p. 35

¹⁰ Importante atentar para o fato de que, inobstante se utilize tal critério (vinculação direta ao princípio da dignidade humana) para caracterizar os direitos sociais no seu aspecto material, em verdade toda a gama desta categoria de direitos guarda relação, em maior ou menor medida, com o princípio, posto ser o fundamento a ditar a tônica e o sentido do sistema constitucional como um todo. Veja-se, por exemplo, que mesmo os direitos formalmente sociais mencionados (direitos dos trabalhadores em geral), os quais buscam garantir as condições necessárias ao desempenho do trabalho, de modo a assegurar a existência digna do cidadão trabalhador e sua família, guardam relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 500.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 88 e 89.

1.1 O regime jurídico dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988

Em que pese atualmente sejam dotados de força constitucional, recebendo ampla garantia no texto da Constituição – inclusive por meio de mecanismos que visam a assegurar sua efetividade, como se verá adiante – a forma como os direitos fundamentais (sobretudo os sociais) são garantidos pelo Constituinte passou por notável evolução ao longo dos anos, tanto nas Constituições brasileiras quanto naquelas de outras nações. Vê-se, assim, que sua garantia foi fruto de paulatina evolução histórica.

Cronologicamente, os direitos civis e políticos – também denominados de primeira geração de direitos humanos – tiveram aparecimento anterior aos direitos sociais – alcunhados por alguns de direitos humanos de segunda geração.

O processo de consagração desses direitos ocorreu no momento de transição do modelo de Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito,¹³ tendo a fase do Estado Social guardado grande importância nesse processo, eis que foi durante tal momento que se começou a pensar em direitos sociais, ainda que em graus mínimos. Isso porque se deu conta de que a lógica liberal de mercado não assegurava aos indivíduos sequer os direitos mais básicos necessários a sua existência digna. Percebeu-se também que não se poderia deixar a eficácia desses direitos, essenciais, nas mãos do mercado,¹⁴ passando ao Estado o dever de prevê-los e zelar por sua efetividade.

Assim, na lição de Inocêncio Mártires Coelho, pode-se dizer que “os direitos sociais não foram sequer pensados na fase liberal; passaram a merecer atenção e a ser implementados, ainda que seletivamente, na etapa social; e, por fim, tornaram-se exigências crescentemente satisfeitas, no momento democrático dessa longa história”.¹⁵

Com o advento do Estado Democrático de Direito, alçou-se a categoria dos direitos sociais a um status de essencialidade, em igualdade aos ditos direitos de primeira geração.

A razão de ser desta transformação reside na consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como valor central do arcabouço axiológico a orientar o

¹³ BARRETTO, Vicente de Paula. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 110.

¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 136 e 137.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 758.

ordenamento jurídico neste modelo de estado. A dignidade, em conjunto com os valores de liberdade e igualdade, é reflexo da própria natureza da sociedade democrática. E esses valores se manifestam, sobretudo, nos direitos sociais.¹⁶

No panorama internacional, importância basilar para a consagração do *status* constitucional de que são dotados os direitos sociais teve a Constituição Mexicana de 1917, a qual foi “a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos”, no dizer de Fábio K. Comparato.¹⁷ Da mesma forma, a Constituição de Weimar, de 1919, foi pioneira em alçar os direitos sociais ao *status* de direitos de primeira geração, bem como em impor ao Estado ações positivas no sentido de garantir tais direitos aos cidadãos.

No contexto do constitucionalismo brasileiro, a primeira vez em que se observou o fenômeno da constitucionalização dos direitos sociais foi com a Lei Maior de 1934. Esta Carta, influenciada pelas Constituições Mexicana e de Weimar, e refletindo a convergência entre liberdade e igualdade, trouxe consigo um “colorido social, traduzido no esforço, que acabou se mostrando infrutífero, de conciliar a democracia liberal com o socialismo, no domínio econômico-social [...]”.¹⁸ A Constituição de 1934, para tanto, dedicou um de seus títulos à Ordem Econômica e Social. Esse avanço, contudo, limitou-se à esfera jurídica, não sendo capaz de submeter as instituições políticas a fim de operar uma mudança no plano da realidade.¹⁹

Sobre a Carta de 1946, no tocante à normatividade dos direitos sociais, Luis Roberto Barroso a reputa ágil e avançada, razão pela qual considera essa sua parte mais virtuosa, tendo trazido inovações pertinentes ao acesso à justiça e à educação, dentre outras medidas de caráter social. Contudo, no âmbito da realização em si da justiça social preconizada, destaca que a Carta mostrou-se, novamente, inefetiva.²⁰

¹⁶ BARRETTO, Vicente de Paula. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 131.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 178.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 190 e 191.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 18.

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 24 e 25.

Quanto às Constituições de 1967 e 1969, ambas contemplavam em seus textos os direitos sociais, garantindo-se expressamente a educação, os direitos dos trabalhadores e os direitos políticos; porém, novamente, tais proclamações limitaram-se, segundo enfatiza Barroso, a ser mera “folha de papel” – para usar a expressão cunhada por Ferdinand Lassale.²¹

Deste modo, segundo explica José Afonso da Silva, as Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969, no tocante aos direitos sociais, seguiram a de 1934, tendo-se logrado largo passo no sentido da democracia social somente com a Carta de 1988.²²

Foi a atual Carta Magna que, finalmente, dedicando um capítulo à categoria dos direitos sociais, conferiu a estes maior garantia de efetividade. E o fez acobertando-os pelo mesmo regime dos direitos individuais, todos considerados pelo constituinte como direitos fundamentais, direitos a que se dedica o Título II do Texto (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”). Note-se que, estendendo aos direitos sociais o mesmo regime garantido aos direitos e garantias individuais, o Constituinte forneceu instrumento de suma relevância à eficácia daqueles: trata-se do mecanismo estabelecido no art. 5º, §1º,²³ da Constituição de 1988, dispositivo que reveste de aplicabilidade imediata as normas definidoras de direitos fundamentais.

Significa dizer, portanto, que não se tratam os direitos elencados neste Título II da Carta de meras normas instituidoras de programas ou diretrizes governamentais, dependentes de interposição legislativa para que possam operar efeitos no plano da realidade, podendo fazê-lo de imediato.

Como se vê, é rico o aparato que a Constituição de 1988 trouxe para garantir o acesso aos direitos que proclama, demonstrando o Constituinte preocupação, além de prever ampla gama de direitos e garantias, também em operacionalizar a sua concretização, problema de que se ocupam, hoje, estudiosos e operadores do Direito.

²¹ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 37.

²² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 146.

²³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Nada obstante, e em que pese tenha o constituinte catalogado os direitos sociais no mesmo Título dedicado aos direitos individuais (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), surgem dúvidas no debate doutrinário acerca da fundamentalidade dos direitos sociais – incluem-se eles no rol de direitos fundamentais, ou são uma categoria apartada destes?

A necessidade de se esclarecer estas dúvidas se justifica, em grande medida, pela possibilidade de, caso sejam considerados “reais” direitos fundamentais, os direitos sociais gozarem também do regime de aplicabilidade imediata conferido pelo art. 5º, §1º, acima mencionado. Sobretudo, definir se os direitos sociais são “verdadeiros” direitos fundamentais tem grande relevância para se reconhecer cargas eficaciais de direitos fundamentais também aos direitos somente materialmente sociais, para usar o critério de Ana Carolina Olsen – aqueles que, relacionados imediatamente com o critério da dignidade da pessoa humana, não necessariamente se encontram elencados no título da Constituição que trata dos direitos e garantias fundamentais, mas esparsos em outras partes de seu texto, ou, eventualmente, em tratados internacionais ou decorrentes dos princípios constitucionais.

No entendimento do Prof. Ingo Sarlet, os direitos sociais são, sim, direitos fundamentais, inclusive independentemente de terem sido positivados no texto constitucional. Sarlet aponta como característica essencial aos direitos fundamentais a chamada dupla fundamentalidade – formal e material – da qual são dotados.²⁴

Explica-se. Segundo a teoria de Alexy, “o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial”.²⁵ I. W. Sarlet acolhe esta teoria da dupla fundamentalidade dos direitos fundamentais preconizada pelo autor alemão.

Na lição de Sarlet, a fundamentalidade formal se liga ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos: a) os direitos fundamentais encontram-se no ápice do ordenamento jurídico, sendo dotados de natureza supralegal; b) submetem-se

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 18.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

aos limites formais e materiais do poder de reforma; e c) dotam-se de aplicabilidade imediata e vinculam as entidades públicas e privadas.²⁶

A fundamentalidade material, por sua vez, reside no fato de que tais direitos veiculam decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.²⁷

Sob a ótica do autor, portanto, também os direitos sociais comungam deste regime de dupla fundamentalidade. Como reflexo, sujeitam-se à lógica norteadora dos direitos elencados no art. 5º do texto constitucional, dotando-se da máxima efetividade e eficácia possíveis.²⁸

Diferente é o posicionamento adotado por Ricardo Lobo Torres, para quem a jusfundamentalidade dos direitos sociais se restringe ao chamado mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa e de proteção positiva pelo Estado.²⁹

O conceito de mínimo existencial será analisado com maior atenção mais adiante neste trabalho, mas interessa esclarecer neste momento que, no dizer de Ricardo Lobo Torres, consiste num direito às condições mínimas necessárias à existência digna do ser humano. Neste mínimo o Estado não pode intervir, devendo se abster de tributar (imunidade tributária) e obrigando-se também ao oferecimento de certas prestações estatais positivas.³⁰ Na esteira do pensamento do autor, portanto, os direitos sociais são fundamentais tão-somente quando circunscritos a estas condições mínimas.

A importância disto está em que assumir uma ou outra posição sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, como explanado acima, implica reconhecer-lhes modalidades eficazes típicas de direitos fundamentais ou não – o que interfere diretamente na possibilidade ou impossibilidade de exigibilidade de um direito em juízo quando há descumprimento pelo poder público do dever que lhe impõe a norma constitucional. Ademais, conferir-lhes o *status* de direitos fundamentais significa transformá-los em cláusulas pétreas, impassíveis de abolição pelo poder constituinte de

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 88 e 89.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 88 e 89.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 19.

²⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 80 e 81.

³⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 35.

reforma, eis que, nos termos do art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal,³¹ os direitos e garantias individuais não podem ser objeto de reforma que venha a aboli-los.

A despeito, contudo, do bem estruturado regime jurídico conferido aos direitos sociais, econômicos e culturais pelo Constituinte de 1988, a concretização destas garantias ainda se demonstra bastante dificultosa na prática, revelando-se um largo abismo entre as abrangentes garantias constitucionais e as efetivas medidas tomadas pelo Estado como forma de materializá-las

1.2 Eficácia dos direitos fundamentais sociais

Como dito, em que pese a ampla proteção constitucional dada aos direitos sociais, uma observação mais detida da realidade social no país alerta-nos sobre a imensa distância que separa a realidade normativa e a realidade social, entre o dever-ser do mundo das leis e o ser do mundo dos fatos.

E esse abismo existente entre as duas esferas – do mundo do ser e do dever ser – é o que enseja a discussão sobre eficácia. Estudar a eficácia, jurídica e social, dos direitos sociais, portanto, trata-se de estudar o (muitas vezes, longo) caminho que nos leva das disposições constitucionais sobre estes direitos à sua verdadeira efetivação, sua capacidade de trazer modificações à sociedade.

Em verdade, é importante tecer aqui uma ressalva de ordem terminológica, consistente na diferenciação que se faz entre *eficácia* e *efetividade*. É que o que se pretende aqui não é se ater a classificações formais atinentes à eficácia jurídica das normas de direitos fundamentais sociais – que, no dizer de Andreas Krell, consiste na “capacidade (potencial) de uma norma constitucional para produzir efeitos jurídicos”.³²

Diferentemente, impõe-se analisar o caminho existente entre a previsão dos direitos sociais no texto constitucional e a sua efetiva realização – o que Krell

³¹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV - os direitos e garantias individuais.

³² KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os des(caminhos) de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 39.

compreende como a *efetividade*, consistente na “materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais”, simbolizando “a aproximação entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social”³³ (conceito que José Afonso da Silva denomina de *eficácia social*³⁴ - em oposição à chamada *eficácia jurídica*).

De tal modo, analisar-se-ão agora algumas posições doutrinárias acerca da eficácia social dos direitos sociais a partir do conjunto normativo trazido pelo Constituinte.

E, como já se espera, variados autores percorrem caminhos bastante distintos na análise do tema. Uma posição que já foi bastante aceita no meio doutrinário brasileiro é aquela sugerida por José Afonso da Silva, que faz uma classificação tripartida das normas constitucionais quanto a sua eficácia, aspecto com relação a qual poderão ser: de eficácia plena, contida ou limitada.

Nessa esteira, em que pese entenda pela aplicabilidade imediata dos direitos sociais pela força do art. 5º, §1º, José Afonso da Silva ressalva que algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos tem sua aplicabilidade dependente de legislação ulterior, dependência estabelecida pela própria Constituição. Por esta razão, em que pese sejam essas normas de aplicabilidade imediata, algumas delas, especialmente aquelas que mencionam interposição legislativa, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.³⁵

Diante dessas constatações, a conclusão do autor é de que tais normas são aplicáveis “até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento”, e de que, em face de uma demanda judicial para a obtenção de uma situação garantida por elas, o Poder Judiciário fica obrigado a aplicá-las, concedendo o direito ao indivíduo³⁶ – vale dizer, a aplicabilidade imediata das normas de direitos sociais investe o cidadão na posição de titular de direito subjetivo exigível do Estado, inclusive perante o Judiciário.

³³ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os des(caminhos) de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 39.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, In: *Revista de Direito do Consumidor*, p. 111.

³⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 47.

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 47.

A partir da contribuição trazida por J. A. Silva, a doutrina brasileira tem trabalhado desdobramentos da clássica classificação tripartite preconizada pelo autor, a fim de atender às exigências da realidade jurídica nacional contemporânea.

É nesta esteira que Virgílio Afonso da Silva defende que, na medida em que todos os direitos fundamentais são restringíveis e regulamentáveis,³⁷ todas as normas garantidoras de direitos fundamentais são limitáveis em sua eficácia, e portanto são todas normas de eficácia limitada.³⁸

E o caminho apontado pelo autor para o contorno do problema está no ônus argumentativo que incumbe ao administrador, ao juiz e ao legislador quando da regulação de um direito – isto porque, conforme sustenta, em termos de direitos fundamentais, toda regulação é uma limitação. A posição assumida pelo autor, então, é de um relativismo, que tenta criar um controle social com relação às atividades dos Poderes Judiciário e Legislativo, por meio da exigência de fundamentação da parte destes.³⁹

Também de grande valia para a temática da eficácia das normas de direitos sociais é a utilização das classificações propostas por Robert Alexy quanto às normas jurídicas, divididas em regras e princípios.

Na teoria do autor alemão, as normas (enunciados instituidores de comandos que veiculam um *dever-ser*) jurídicas podem ser divididas em duas espécies: regras e princípios. As primeiras contêm determinações, sendo sempre, no âmbito fático, ou satisfeitas ou não satisfeitas.⁴⁰ Os princípios, por sua vez, como explica Alexy, consistem em “mandados de otimização”: ordens para que algo seja realizado na maior medida possível – e, portanto, instituem direitos *prima facie*.

Ainda, segundo o autor, as normas definidoras de direitos sociais a prestações em sentido estrito (direitos fundamentais sociais), permitem classificações sob três critérios:⁴¹

³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado* 4 (2006):23-51, p. 50.

³⁸SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado* 4 (2006):23-51, p. 50.

³⁹SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado* 4 (2006):23-51, p. 49.

⁴⁰ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgilio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.91.

⁴¹ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgilio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 433 e ss.

- i. Normas que investem os indivíduos na posição de *titulares de direitos subjetivos* exigíveis perante o Estado; e normas que outorgam *ao Estado o dever objetivo a algo*, sem que este dever gere, contudo, um correspondente direito subjetivo do cidadão em face do Estado;⁴²
- ii. Normas vinculantes e não vinculantes (as primeiras *geram direitos subjetivos*, enquanto as segundas, de *caráter programático*, só podem gerá-los após regulamentação legislativa infraconstitucional);
- iii. Normas sob a forma de *regras* (veiculam direitos e deveres em definitivo) e sob a forma de *princípios* (veiculam direitos *prima facie*), ambas capazes de gerar direitos subjetivos para o cidadão.

Isso significa admitir, portanto, que as normas definidoras de direitos sociais, se enxergadas como normas instituidoras de princípios, veiculam posições jurídicas *prima facie*, e, portanto, sujeitas a eventuais compatibilizações em caso de conflitos com outras normas de direitos fundamentais, outros princípios constitucionais ou mesmo com o mesmo direito fundamental de titularidade de outro indivíduo.

Vistas como regras, por outro lado, questiona-se se estas regras investiriam os indivíduos, a quem são, por meio delas, atribuídos os direitos ali veiculados, na posição de detentores de direitos subjetivos a prestações, podendo exigi-las diretamente do Estado, ou se, ao revés, constituem tão somente deveres do Estado ao qual não corresponde direito subjetivo algum do indivíduo – como prevê o primeiro critério da classificação de Alexy.

De modo contrário, poder-se ia entender que estas normas, de caráter programático, seriam tão somente comandos a determinar a atividade do legislador no sentido de editar atos normativos que prevejam as políticas para implementação daqueles direitos a prestações. Partidários dessa corrente entendem que tais normas programáticas dependem, inevitavelmente, da intermediação do legislador infraconstitucional, sem a qual ficam desprovidos de eficácia os direitos ali previstos.

A conclusão do autor é no sentido de que todas as normas, ainda que dotadas de natureza de princípio, que recebem alguma restrição (o que, ao ver de Virgílio Afonso da Silva ocorreria em qualquer caso de regulamentação do direito), garantem ao

⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 433 e ss.

seu titular um direito definitivo. Por isso, para o autor, tanto para as normas de direitos de defesa quando para as de direitos a prestações, a natureza de princípio e a perfeita exigibilidade de um direito são compatíveis.⁴³

Sobre o conceito acima apontado – o de normas programáticas – ensina Ingo Sarlet serem aquelas que reclamam a intermediação legislativa para alcançar plenamente seus efeitos.⁴⁴ Para o autor, essas regras estão sempre investidas de alguma forma de eficácia, e portanto aptas a gerar efeitos jurídicos, razão pela qual não podem ser vistas como “meras proclamações políticas ou ideológicas”.⁴⁵

Passando-se à problemática da eficácia *social* (ou *efetividade*) dos direitos sociais, Andreas Krell ensina que o problema, aqui, não é a falta de leis, pois a maior parte das leis sobre direitos sociais já existe, mas sim a “não prestação real dos serviços básicos pelo Poder Público”.⁴⁶ Para o autor, portanto, o real problema está na alocação de recursos pela parte dos administradores por meio das políticas públicas.

Na lição de Krell, a norma encartada no §1º do art. 5º da Constituição (que estabelece a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais) assume, com relação aos direitos sociais, a função de “impor aos órgãos estatais a tarefa de ‘maximizar a eficácia’ dos Direitos Fundamentais Sociais e criar as condições materiais para sua realização”.⁴⁷ Trata-se a aplicabilidade imediata estabelecida pelo art. 5º, § 1º, desse modo, de uma diretiva aos poderes constituídos, no sentido de que dêem cumprimento às normas constitucionais que estabelecem direitos sociais.

Este dever do Estado a que se refere Krell se assemelha àquilo que Clèmerson Merlin Clève aponta como a *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais (e, portanto, dos direitos fundamentais sociais), que “compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais (vinculação)”. Em razão desse

⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 446.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 306.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 306.

⁴⁶ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 31.

⁴⁷ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 38.

dever, “incumbe ao poder público agir sempre de modo a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (prestar os serviços públicos necessários, exercer o poder de polícia e legislar para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais”.⁴⁸

De outro vértice, e em complementaridade com a *dimensão objetiva* acima aludida, Clève assinala a existência de uma *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais, a qual “envolve a constituição de posições jus-fundamentais, quase sempre caracterizadas enquanto direitos subjetivos, que autorizam o titular a reclamar em juízo determinada ação (omissiva ou comissiva)”.⁴⁹

E, relacionando-se com esta atuação do Poder Público com vistas à realização dos direitos sociais, a própria Constituição preocupou-se em estabelecer balizas para a sua atuação, de modo que as conjecturas políticas – que, como bem se sabe, estão sujeitas a mudanças de tempos em tempos – não sejam capazes de desafiar as vontades do poder Constituinte naquilo que tange ao efeito, na realidade social, das normas instituidoras de direitos sociais.

Assim, tendo em vista que: a) em razão de serem, em sua maioria, prestacionais, os direitos sociais costumam demandar custos para sua efetivação; e b) como é sabido, os recursos públicos não são infinitos, o que demanda o estabelecimento de uma lógica na alocação dos recursos públicos, o Constituinte estabeleceu limites à discricionariedade orçamentária do Administrador.

E o fez, notadamente com relação aos direitos sociais à saúde e à educação, por meio das normas veiculadas pelos arts. 198, §§ 2º e 3º⁵⁰ e 212,⁵¹ respectivamente.

⁴⁸CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais, *In: Revista Crítica Jurídica*, p. 22.

⁴⁹CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais, *In: Revista Crítica Jurídica*, p. 22.

⁵⁰Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que trata o § 2º;

Nestes dispositivos, a Constituição tratou de estabelecer percentuais mínimos da receita dos entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – que restam vinculados ao dispêndio com medidas voltadas às ações e serviços públicos de saúde (art. 198) e à manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212).

Deste modo, o Constituinte tratou de dar concretude aos direitos sociais que instituiu no art. 6º, vinculando a atuação do Poder Público de modo que este não possa se eximir de conferir-lhes a eficácia imposta pela Carta Magna.

Também José Afonso da Silva entende que o disposto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, o qual estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, se estende aos direitos sociais, pois também são fundamentais, como já se tratou ao discorrer sobre a fundamentalidade dos direitos sociais.⁵²

Do exposto, é possível inferir algumas conclusões. Primeiramente, embora as normas veiculadoras de direitos fundamentais sociais tenham seus moldes delimitados em lei infraconstitucional, não se pode dizer que se tratam de meras “proclamações políticas ou ideológicas”, como ensina Sarlet,⁵³ mas que são sempre instituidoras de

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

⁵¹Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

§ 1º - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§ 2º - Para efeito do cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.

§ 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação.

§ 4º - Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei.

§ 6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino.

⁵²SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 165.

⁵³SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 306

alguma posição jurídica de direito subjetivo – ainda que não definitivamente, mas *prima facie* – como propõe Alexy.

Quando tocante aos limites do mínimo existencial, de outro vértice, pode-se dessumir que o indivíduo resta investido na posição de titular do direito de forma definitiva.

Em se tratando de normas que veiculam direitos sociais a prestações, a mencionada dimensão objetiva dos direitos fundamentais permite extrair a conclusão de que sempre restará por elas incumbido o Poder Público de alguma posição: seja de agir, seja de se omitir; e que, diante do descumprimento de um mandamento desta ordem, necessariamente se incorrerá em inconstitucionalidade.

Por fim, reitera-se a inarredável conclusão estabelecida pelo Constituinte, no sentido de serem as normas de direitos sociais, ainda que não expressas no texto constitucional, englobadas pela aplicabilidade imediata concedida pelo art. 5º, §1º.

Uma vez demonstrados tais aspectos atinentes à eficácia atribuída às normas constitucionais instituidoras de direitos sociais, busca-se agora investigar o instrumento que detém o Poder Público para cumprir seus comandos, quais sejam, as políticas públicas.

E, consoante ensina Celso Antonio Bandeira de Mello, a imperatividade da qual são dotados os comandos constitucionais faz com que se incorra em inconstitucionalidade tanto pela atuação de forma que a Constituição proíba, quanto pela omissão quanto a algo a que ela obriga.⁵⁴

Assim, quando o regramento constitucional dispõe sobre a realização da Justiça Social, ainda que por regras programáticas, está impondo ao Estado o dever de realizá-la. E, como dito, o Estado, em caso de omissão, incorrerá em inconstitucionalidade.⁵⁵

Consequência disso é que o Estado, por força do regramento constitucional em matéria de Justiça Social, foi investido no papel de protagonista na concretização dos direitos catalogados, rejeitando-se qualquer possibilidade de abstenção.⁵⁶

⁵⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57-58, p. 237.

⁵⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57-58, p. 237.

⁵⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 820.

E, como se disse, o instrumento por excelência para a efetivação destes comandos pelo Poder Público são as políticas públicas, descritas por Celso Antonio Bandeira de Mello como “conjuntos de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o País”.⁵⁷

Segundo explica Maria Paula Dallari Bucci, a existência das políticas públicas se fundamenta na própria existência dos direitos sociais, concretizados por prestações positivas do Estado⁵⁸ (embora se admita a existência de direitos sociais que, ao menos em um primeiro momento, prescindam de uma conduta positiva do Estado, bastando a sua abstenção – tal qual o direito à greve, que não exige, ao menos de imediato, uma atuação do Poder Público, mas apenas que este se abstenha de tolher o direito dos grevistas).

Essa função do Estado, segundo ensina a autora, encontra legitimação na consciência da sociedade, convencida quanto à necessidade de realização destes direitos.⁵⁹

Bandeira de Mello explica que a função do Estado na execução de políticas públicas, caracterizadora da sua intervenção no domínio social, se materializa tanto pela prestação de serviços públicos – tal qual o ensino público, a saúde, ou o regime de previdência social – como pelo fomento da atividade privada, repassando a particulares os recursos a serem utilizados nestes fins.

O fomento se dá por meio de contribuições e auxílios (transferência de recursos para despesas de capital – investimentos, obras, equipamentos) e subvenções (transferência para despesas de custeio em prol de serviços essenciais), bem como pela parceria com organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público.⁶⁰

No tocante à destinação de verbas às políticas públicas, o constituinte, como já dito, decidiu de antemão, no âmbito de determinadas prestações sociais, em razão da sua

⁵⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 121.

⁵⁸BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. In: *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. v. 13, p. 135.

⁵⁹BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. In: *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. v. 13, p. 135.

⁶⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 823 e 824.

essencialidade, sobre um mínimo de recursos, advindos do orçamento público, que deve ser gasto pelos entes federativos na realização dos direitos sociais.

É o que se pode ver, com relação ao direito à saúde, no art. 198, e, com relação ao direito à educação, no art. 212 da Constituição Federal.

Inobstante essa vinculação, cabe ao administrador uma larga margem de escolha política. Deve ele, diante da escassez de recursos, eleger prioridades de acordo com a essencialidade de um ou outro serviço ou obra pública, bem como optar pelas vias mais eficazes na aplicação de recursos com vistas ao atendimento das necessidades sociais.

O Administrador Público, compreendido aqui como o membro dos Poderes Executivo e Legislativo, é, no modelo brasileiro, representante eleito pela via democrática, por meio da qual o cidadão escolhe, de acordo com as propostas de políticas a serem adotadas por um ou outro candidato, qual deles se aproxima mais da sua concepção sobre em que consistem, prioritariamente, as necessidades sociais que devem ser atendidas.

Dessa forma, demonstra-se, ao menos *a priori*, a legitimidade de tais representantes para operar a destinação de recursos públicos ao atendimento das demandas sociais por meio de políticas públicas.

Essa atuação discricionária do representante, contudo, não se encontra desacobertada da possibilidade de controle. Ao Poder Judiciário, como advoga Bandeira de Mello, é inequívoco que se confere a possibilidade de controlar as políticas públicas, seja com relação aos comportamentos estatais produtores de política pública, quanto aos de omissão de implementar a política devida.⁶¹

Contudo, a algumas dificuldades decorrentes dessa possibilidade de controle judicial de políticas públicas, será dedicado o terceiro capítulo deste trabalho.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. 821 e 822.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nesta segunda parte do trabalho, pretende-se empreender um breve estudo acerca da problemática dos direitos fundamentais sociais perante a Corte que, no ordenamento jurídico pátrio, exerce a função de “guardião da Constituição” – o Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, proceder-se-á a uma análise e cotejo entre decisões emanadas daquele Tribunal ao longo dos últimos quinze anos, desde quando se tem larga notícia do tratamento da questão pelo STF – com a PET 1246, de Santa Catarina, em 1997 – até a atual jurisprudência da Corte.

Com vistas a melhor focar a discussão, foram eleitos dois principais direitos representativos da gama de direitos sociais – a saúde e a educação. A escolha se justifica pelo fato de que são estes os direitos mais frequentemente sindicados pela população perante o Poder Judiciário – provavelmente em razão de sua essencialidade – tendo sido a questão levada mais vezes à apreciação do STF quando se tratando destes dois direitos em espécie (ressalve-se que, evidentemente, a discussão atinente aos direitos sociais perante o Judiciário não se encerra, de maneira alguma, na saúde e na educação, podendo envolver todo o rol de direitos trazidos pela Constituição, ou ainda por tratados internacionais versantes sobre direitos fundamentais).

No tocante ao mérito das decisões, impende advertir que não se buscou esgotar a argumentação expendida nos acórdãos e votos, mas, sim, explorar, por um lado, os principais argumentos suscitados como limitadores da efetividade dos direitos sociais, quais sejam, a reserva do possível e os princípios da separação dos poderes e da legitimidade democrática; e, por outro lado, a argumentação pela inderrogabilidade da prestação de direitos sociais – e, por conseguinte, pela defesa de sua sindicabilidade em juízo.

Cabe adiantar, ainda, que, como se perceberá adiante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou por uma significativa mudança ao longo dos últimos anos no que atine à ponderação dos direitos sociais em face de outros aspectos que podem lhe limitar a eficácia/efetividade.

Explica-se. O principal argumento – o que não exclui a existência de outros, por óbvio – aduzido pelas Cortes brasileiras para afastar a obrigatoriedade do Estado em garantir meios à concretização dos direitos sociais, seja pela via das políticas públicas, seja pela via do Judiciário, é aquele atinente à reserva orçamentária. A ideia será mais detidamente explorada no terceiro capítulo do trabalho, mas, pelo momento, registre-se que se trata da necessidade de se sopesar a relevância do aspecto financeiro subjacente às prestações em matéria de direitos sociais – as quais exigem a existência (e disponibilidade) de recursos pelo Poder Público. E a questão da disponibilidade de recursos, necessariamente, é posta em conflito face à imperatividade de concretizarem-se, na maior medida possível, os direitos fundamentais sociais estabelecidos na Constituição.

E, sob este prisma, a importância dada pelo STF à questão orçamentária passou por um processo de intensificação, de uma posição de quase rechaço ao argumento a uma outra bastante diversa, de efetiva ponderação entre a reserva financeira e o direito a prestações sociais reclamado em juízo.

Feita esta breve digressão, passa-se à análise da jurisprudência atinente aos direitos sociais em espécie, primeiramente o direito à saúde, e em segundo lugar o direito à educação.

2.1 Direito social à saúde

Sobre o direito social à saúde, iniciar-se-á pela análise da primeira orientação sustentada pelo Supremo Tribunal Federal quando instado a se manifestar diretamente sobre a questão dos direitos sociais, ocasião em que se submeteu à análise da Corte a exigibilidade judicial do direito à saúde.

Trata-se da PET 1246, que, em voto de relatoria do Ministro Celso de Mello, analisou um caso singular, proveniente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, versante sobre um menor impúbere que, portador de doença rara (Distrofia Muscular de Duchenne), ostentava a necessidade de tratamento excessivamente custoso, pelo qual sua família não reunia condições de pagar.

Foram levados à discussão, de um lado, os argumentos da imprescindibilidade da medida cautelar concedida pela Justiça catarinense (única medida capaz de salvar a

vida da criança), o dever impostergável do Estado em promover e assegurar a saúde, mandamento insculpido no art. 196 da Constituição Federal,⁶² e o imperativo de se garantir tutela especial e prioritária às crianças e adolescentes, na forma dos arts. 6^o⁶³ e 227, §1^o,⁶⁴ ambos da Carta Magna.

De outro lado, foi levado à baila o interesse econômico-financeiro do Estado, consistente no altíssimo dispêndio de verbas públicas necessárias ao cumprimento da medida.

O entendimento da Corte, naquela oportunidade, foi definitivo, no sentido de reconhecer a prevalência do direito à saúde, como consectário do direito fundamental à vida, sobre os interesses econômicos do Estado. Lê-se do voto do Ministro Celso de Mello:

[...] Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.

Percebe-se que, naquele momento, pouca ou nenhuma importância foi atribuída ao fator econômico presente na discussão, elevando-se o direito à saúde ao patamar de valor absoluto, não sujeito a cessão de qualquer ordem quando confrontado com outros valores – no caso, o aspecto econômico, que foi, inclusive, apontado como interesse secundário, restando ao julgador uma única opção: a escolha pela preponderância do direito do menor a receber o tratamento necessário.

⁶² Art. 196. A saúde é 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 sua promoção, proteção e recuperação.

⁶³ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁶⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

(...)

Interessante destacar, nesta oportunidade, que a passagem colacionada foi utilizada, após, em diversas outras ocasiões, em julgamentos versantes sobre a mesma temática do direito social à saúde, como forma de fundamentar a peremptoriedade de tal direito, bem como do direito à vida.⁶⁵

Tal posição, conforme bem pontuado por Daniel Wei Liang Wang, embora sugira uma tentativa de conciliação entre diferentes fatores (de um lado, a disponibilidade de recursos públicos, e, do outro, os direitos fundamentais à vida e à saúde) – o que poderia dar a impressão de que se está a estabelecer um critério para a ponderação entre os princípios sopesados – fere a própria ideia de ponderação, ao estabelecer, previamente e prescindivelmente de qualquer análise concreta, a preponderância de um direito, um princípio, sobre o outro.⁶⁶

É que a ideia de ponderação exige, justamente, a análise das circunstâncias concretas, de modo que se possa concluir, na situação fática em apreço, qual a melhor solução, qual valor deve preponderar sobre o outro para, em atendimento aos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, alcançar a decisão juridicamente mais adequada ao caso.⁶⁷ No caso em apreço, trata-se de entender que a norma inscrita na previsão constitucional do direito social à saúde (art. 6º da Carta Magna), uma vez vista como princípio⁶⁸ não detém conteúdo absoluto, de modo que podemos nos deparar com a possibilidade de ter de ponderá-la em face de outros

⁶⁵ No mesmo sentido: STA 223□AgR, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14/04/2008, Plenário, Informativo 502.

⁶⁶ WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF in Revista Direito GV*, São Paulo, 4 (2), jul-dez 2008, p. 546.

⁶⁷ Sobre a ideia de ponderação, na lição de Alexy, ela implica que, diante da colisão de princípios, um deles terá de ceder. O autor explica que “isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, afirma que, nos casos concretos, os princípios tem pesos diferentes e que os princípios com o maior peso tem precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.” (ALEXY, 2008, p. 93 e 94)

⁶⁸ A identificação de uma norma como princípio – e não como regra – na visão de Alexy, importa no reconhecimento de que, para as formas de regulamentação de direitos fundamentais, os modelos puros de regras, bem como os modelos puramente principiológicos, fracassam. Assim, o autor chega à conclusão pela necessidade de um modelo de regulamentação que combine tanto normas sob a forma de regras quanto sob a forma de princípios (ALEXY, 2008, p. 135). E, sobre a própria noção de *princípio* em si, o ponto nevrálgico é que “*princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandados de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...], determinado pelos princípios e regras colidentes.” (ALEXY, 2008, p. 90)

princípios e regras – tais quais a reserva orçamentária, ou mesmo o direito à saúde de outros cidadãos que também dependam dos recursos públicos.

No mesmo sentido, poucos anos depois (ano 2000), no julgamento do Recurso Especial nº RE 273.834, do Rio Grande do Sul, em voto de relatoria do mesmo Min. Celso de Mello, o entendimento antes exarado foi reiterado pela Corte Suprema. Em tal oportunidade, foi levada à apreciação do STF a questão da distribuição gratuita de medicamentos a pacientes portadores do vírus HIV. Novamente, é posta ao Poder Judiciário a discussão de matéria atinente a política pública, também aqui relativamente ao direito à saúde.⁶⁹

Neste julgamento, foi dada especial atenção à questão da eficácia dos direitos sociais, salientando-se que, longe de se ater apenas a prever legalmente os direitos dos cidadãos à vida e à saúde (dentre outros), ao Poder Público “incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República”.

Repeliu-se, peremptoriamente, na oportunidade, o argumento da programaticidade das normas instituidoras de direitos sociais, frequentemente utilizado como meio de justificar a ineficácia/inefetividade de tais direitos. Aqui, aduziu o ministro relator que tais normas

[...] não podem converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

E sublinhou-se a carga prestacional de que são imbuídos os direitos sociais, reclamando do Poder Público um dever de prestações positivas consubstanciadas no

⁶⁹ Também sobre a distribuição de medicamentos a portadores do vírus HIV: “O direito à saúde – além de qualificar -se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar -se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/ aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da CR (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.” (RE 271.286- AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12/09/2000, Segunda Turma, Plenário, DJ de 24/11/2000.)

oferecimento de políticas públicas voltadas à concretização das determinações constitucionais.

Sobre a questão do custo dos direitos, afastou-se o argumento da indisponibilidade orçamentária sob a fundamentação de que não se trata de problema a ser levado em conta pelo juiz, a quem incumbe a administração da justiça, mas, sim, pelo administrador, que deve se atentar a tal fator ao instituir sua atuação política, por meio da instituição de políticas públicas, devendo “atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e os doentes.”

Mostra-se pertinente, ainda, a análise da fundamentação expendida no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, a qual, inobstante ter sido julgada prejudicada em face da perda superveniente de objeto, ante a promulgação da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, diploma que teve por finalidade dar cumprimento à Emenda Constitucional nº 29/2000,⁷⁰ foi bastante esclarecedora quanto ao posicionamento do STF sobre o tema em análise.

É que a fundamentação então manifestada, bem como as conclusões alcançadas naquela oportunidade, dotam-se de relevância que, indiscutivelmente, desborda os limites daquele caso concreto, servindo ainda hoje como forte precedente sempre que a matéria dos direitos sociais é levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, seja relativamente ao direito à educação, à saúde, ou diversos outros.

Pois bem. A ADPF nº 45 teve como objeto a insurgência quanto ao veto presidencial ao art. 55, §2º, da Lei nº 10.707/2003, destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O conteúdo do dispositivo vetado versava especificamente sobre as ações e serviços públicos de saúde.

A decisão então proferida foi assim ementada:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR.

⁷⁰ A EC 29/2000, cujo descumprimento foi apontado como fundamento à propositura da ADPF nº 45, veio justamente para assegurar recursos mínimos ao financiamento de ações e serviços públicos de saúde.

CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUMENTAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Primeiramente, é oportuno destacar a apreciação da decisão acerca da legitimidade do Poder Judiciário a se manifestar sobre a questão das políticas públicas – argumento utilizado para questionar a justiciabilidade dos direitos sociais, fundado nos princípios da legitimidade democrática (dos representantes eleitos e dos juízes, não eleitos democraticamente) e da separação dos poderes, sobre o qual se discorrerá no terceiro capítulo do presente trabalho.

Neste tocante, o voto, da relatoria, novamente, do Ministro Celso de Mello, ponderou que, inobstante não fazer parte das atribuições institucionais da Corte a formulação e implementação de políticas públicas, a dimensão política da jurisdição constitucional a ela conferida

[...] não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais (...) sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

Ainda, registrou-se que a incumbência pode ser atribuída ao Judiciário quando o descumprimento, pelos órgãos estatais competentes, de seus encargos políticos, vier a comprometer a eficácia dos direitos constitucionais, individuais ou coletivos, ainda que derivados de cláusulas de conteúdo programático.

Sobre o argumento da disponibilidade financeira, por sua vez, o posicionamento emanado na oportunidade não dissonou em grande medida daquele anteriormente exarado pela Corte. Entretanto, vislumbra-se inovação na fundamentação do voto, que passa a dar relevo à questão financeira, antes tomada, como já apontado, como fator secundário quando ponderada com a efetivação dos direitos sociais.

E, nesse sentido, o voto do Ministro Celso de Mello atribuiu relevo à dependência da realização dos direitos econômicos, sociais e culturais (espécies de direitos sociais *lato sensu*) sobre a disponibilidade e possibilidade financeira do Estado, “de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da

pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir,⁷¹ considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”.

Nada obstante, novamente asseverou-se que a cláusula da reserva do possível, “ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

Inflexão notável na apreciação do assunto, contudo, verificou-se no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, em 2007.

Trata-se de insurgência trazida frente à tutela antecipada concedida na Ação Civil Pública n.º 001.06.014309-7, que determinou ao Estado de Alagoas o fornecimento de medicamentos para tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados.

Aqui, em voto de relatoria da Ministra Ellen Gracie, deu-se atenção ao dever estatal em promover políticas voltadas à realização do direito social à saúde em sua vertente coletiva, de modo que atinjam a população como um todo, “assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas”. Registrou-se que “a responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o Sistema Público de Saúde”.⁷²

A Ministra relatora entendeu, no caso, que a manutenção da tutela anteriormente concedida em desfavor do Estado de Alagoas importaria em diminuição da possibilidade de oferecimento de serviços básicos de saúde ao restante da sociedade. É exatamente aquilo a que se refere como a “metáfora do cobertor curto” utilizada para ilustrar a forma como, no contexto do orçamento público brasileiro, uma vez protegidos

⁷¹ Interessante, aqui, registrar que a relevância estendida ao problema da capacidade econômico-financeira do Estado, levando em conta aquilo que dele se pode razoavelmente exigir, alinha-se à definição dada por Robert Alexy à cláusula da reserva do possível, por ele conceituada como “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”. Tal conceituação se originou da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, conforme se analisará melhor no terceiro capítulo deste trabalho.

⁷² Neste sentido, José Reinaldo de Lima Lopes assevera que, quanto ao direito à saúde, o Estado é “obrigado a garanti-las, mas, claro, mediante políticas sociais e econômicas, não mediante concessões individuais”. (LOPES, 2010, p. 158 e 159) E reforçando a necessidade da distribuição igualitária dos recursos orçamentários, afirma: “não se pode pedir e não se deve dar a uma pessoa em particular algo que se sabe de antemão que não pode ser dado a todos os que se encontram na mesma situação”. (LOPES, 2010, p. 171)

os interesses de uma parcela da população, se estaria a tolher o direito de outra parte desta, ante o fato de que os recursos econômico-financeiros do Estado são limitados. O cobertor é curto, portanto, porque não se pode, ao mesmo tempo, cobrir os pés sem que, por exemplo, se descubram as mãos.⁷³

Como se pode perceber, a STA 91, primeira decisão, na jurisprudência do STF, a denegar o direito a medicamentos, instaurou como precedente a necessidade de decisões que racionalizem os gastos, com vistas ao atendimento de maior número de pessoas.

A decisão demonstrou respeito à opção da Administração Pública acerca da alocação de recursos, atribuindo relevo, ainda, ao aspecto do acesso universal à saúde, e não ao de poucos, individualmente. Trata-se de questão que milita contra a judicialização dos direitos sociais, posto que tal movimento permite o acesso de poucos a um bem – no caso, a saúde – em detrimento de outros muitos, que, dentre outros fatores, não tem acesso ao Poder Judiciário, operando-se novas injustiças sociais decorrentes da desigualdade.

Como se pode verificar, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, acerca da exigibilidade judicial do direito social à saúde, passou por uma verdadeira inversão de paradigma, antes rechaçando por completo a oponibilidade da reserva orçamentária ante o direito à saúde, e, nos julgados mais recentes, dispensando relevância considerável à questão, chegando inclusive a reconhecer sua preponderância sobre a prestação exigida pelo jurisdicionado, atentando também à necessidade de acesso universal à saúde – e não apenas ao seletivo grupo daqueles que tem acesso ao Poder Judiciário.

Ou seja: de direito absoluto e insuscetível de ponderação, passou o direito à saúde, sem deixar de ser contemplada sua natureza de direito fundamental, a deparar-se com a necessidade de ponderação frente a outros princípios – tais quais a reserva do possível, o acesso universal à saúde e a separação dos poderes.

⁷³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista Crítica Jurídica*. Nº 22, jul/dez 2003.

2.2 Direito social à educação

Direito cuja sindicabilidade também é exercida frequentemente perante o Judiciário – e, por consequência, perante o Supremo Tribunal Federal – é o direito à educação, que recebe guarida constitucional nos arts. 6º e 205 e seguintes da Carta Federal, tendo o constituinte, também, da mesma forma como fez com relação ao direito à saúde, estipulado percentuais mínimos de receitas a serem aplicados pelo Poder Público na concretização de tais direitos.

Ainda em maior medida do que o direito à saúde, o direito à educação investe o Estado em posição de indiscutível dever prestativo perante o cidadão, que pode mais facilmente exigir o cumprimento do mandamento constitucional que determina àquele o oferecimento de serviços públicos que garantam seu acesso à educação, sobretudo em nível básico.

Assim, configurada a hipótese de negativa de acesso de qualquer cidadão à educação, principalmente nos níveis básico e infantil, a omissão estatal o autoriza, automaticamente, à propositura de demanda judicial pela qual busque a satisfação de seu direito, que se afigura líquido e certo, não se admitindo de forma tão clara, como ocorre com o direito à saúde, a existência de diversos graus de satisfação do direito.⁷⁴ É que o aspecto subjetivo da norma instituidora do direito à educação investe o cidadão, utilizando-se a terminologia adotada por Clèmerson Merlin Clève, em “posição jusfundamental”⁷⁵ definitiva e inderrogável: assiste-lhe o direito subjetivo de “reclamar em juízo determinada ação (omissiva ou comissiva)”⁷⁶ – no caso, de ver-se matriculado em instituição de ensino regular, recebendo educação adequada.

Adentrando-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que atine a este direito, a primeira decisão que se revela interessante observar é aquela proferida no

⁷⁴ Impende registrar que, inobstante o direito social à educação possa, sim, ser efetivado em maior ou menor grau, a depender, por exemplo, da qualidade do serviço educacional prestado, o direito subjetivo em que a norma instituidora do direito investe o cidadão é clara, no sentido de que tem ele o direito a ser matriculado em instituição de ensino e ter acesso à educação. Diferentemente, como se pode notar, do direito à saúde, que pode ou não, de acordo com a ótica e contexto adotados, autorizar o acesso do indivíduo a determinado tratamento ou medicamento, comportando graus de efetivação com contornos mais visíveis.

⁷⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista Crítica Jurídica*. Nº 22, jul/dez 2003, p. 22.

⁷⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista Crítica Jurídica*. Nº 22, jul/dez 2003, p. 22.

Recurso Extraordinário 410.715/SP, de 2005, da relatoria do Ministro Celso de Mello, que reconheceu o dever dos Municípios de garantir o acesso de crianças de zero a seis anos de idade à educação infantil, por meio do oferecimento de vagas em creches e pré-escolas, em atendimento ao mandamento constitucional inscrito no art. 208, inciso IV, da Carta Magna.⁷⁷

A Corte, naquela oportunidade, entendeu ser vinculante o mandamento constitucional que estabelece o mencionado dever, eis que “a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental”. No entendimento do Tribunal, portanto, o direito em debate não se submete ao juízo de oportunidade e conveniência (discricionariedade) do Administrador Público.

Esta passagem, inclusive, sobre a inoponibilidade do poder discricionário da Administração Pública ante o direito à educação, vem sendo reiteradamente utilizada na jurisprudência da Corte,⁷⁸ que vem mantendo o entendimento então exarado.

E, sobre a legitimidade do Poder Judiciário para se imiscuir em questões atinentes às políticas públicas, asseverou o Ministro relator que, ainda que de fato a prerrogativa primária de formular e executar tal espécie de políticas resida inquestionavelmente nos Poderes Legislativo e Executivo, revela-se possível,

[...] ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

É que o argumento acima afastado – ilegitimidade do Judiciário para discutir questões atinentes à alocação de recursos – é frequentemente ventilado com o escopo de sustentar o descabimento da judicialização de políticas públicas – e, com isso, a não justiciabilidade dos direitos sociais – conforme se analisará mais adiante. Contudo,

⁷⁷ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

⁷⁸ Também sobre o acesso à educação por meio de atendimento em creche ou pré-escola: ARE 639.337; RE 464.143 - AgR; RE 594.018 - AgR.

impende registrar que, como manifestado no voto em questão, os princípios da legitimidade democrática e da separação de poderes não hão de ser encarados de forma absoluta a afastar a possibilidade de discussão dos direitos sociais pelo Judiciário.

Sobre a questão orçamentária, o entendimento manifestado pela Corte na ocasião foi no sentido de afastar a cláusula da reserva do possível, ante a carga eficaz de que se dotam os comandos constitucionais atinentes ao direito à educação, notadamente a infantil. O entendimento se coaduna ao posicionamento doutrinário, a ser exposto no terceiro capítulo, no sentido de que há um núcleo dos direitos sociais, conhecido como mínimo existencial, cuja exigibilidade não pode ser tolhida sob o argumento da reserva do possível.

De se notar, é claro, que o entendimento então vertido bastante se afasta daquele originariamente manifestado pela Corte – quando do julgamento da PET 1246, em 1997, momento no qual ainda nem se chegava a sopesar a questão orçamentária como possível barreira à efetividade dos direitos sociais.

Ainda assim, a importância do aspecto financeiro foi bastante relativizada na fundamentação do acórdão, o qual entendeu que “a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

Restou reconhecida, então, a preponderância indiscutível do direito à educação sobre as questões orçamentárias do Estado.⁷⁹ E a conclusão parece bastante legítima diante do que se expôs no primeiro capítulo acerca do contexto dos direitos fundamentais sociais no Estado Democrático de Direito, em que é atribuição do Estado promover a garantia de concretização dos direitos e garantias fundamentais, em obediência ao mandamento da dignidade da pessoa humana.

Saliente-se que, ainda que afastada a oponibilidade da cláusula da reserva do possível no julgamento em apreço, o argumento não foi rechaçado de forma tão veemente quanto em acórdão datado do ano anterior (2004), no Agravo de Instrumento

⁷⁹ Compreenda-se ‘Estado’, aqui, no seu sentido amplo – como Poder Público – e não como o ente estadual da Federação (sentido estrito).

474.444/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello, no qual, embora não se pretenda analisar aqui de forma mais detida, posto que empreendeu sobre análise mais perfunctória sobre o tema, o relator manifestou o seguinte entendimento:

Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. **O Estado - União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios - deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa.** Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga. O recurso extraordinário não merecia mesmo prosperar, lamentando-se a insistência do Município em ver preservada prática, a todos os títulos nefasta, de menosprezo àqueles que não têm como prover as despesas necessárias a uma vida em sociedade que se mostre consentânea com a natureza humana. (grifo nosso)

Como se nota, o posicionamento naquela oportunidade exarado acerca da questão orçamentária foi no sentido de que não se trata de argumento sequer ponderável ante a temática do direito à educação, mas de mera “escusa” apresentada pelo Município com o fito de se afastar do dever imposto constitucionalmente. Importante registrar, ante o posicionamento *supra* colacionado, que a reserva do possível, embora seja utilizada como argumento artificial para legitimar a atuação omissiva do Poder Público, não há que ser vista, *a priori*, como falácia – falacioso é apenas o manejo descabido e injustificado do argumento, como se verá mais a frente, no terceiro capítulo.

E, diante de tantas decisões que concedem o acesso ao direito postulado, para que não se deixe a impressão de que o fator da disponibilidade de recursos não é jamais reconhecida pelo Supremo como fator que possa vir a limitar a obrigação do Poder Público na seara dos direitos sociais, há precedente, datado de 2003, daquela Corte, em que, pretendida a construção de creches com vistas à satisfação do direito social à educação, o posicionamento do STF foi pela preponderância da necessidade de dotação orçamentária para as despesas públicas, com respaldo no art. 167 da CF,⁸⁰ ante o risco de prejuízos aos cofres públicos.⁸¹

⁸⁰ Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

(...)

⁸¹ “Recurso extraordinário: efeito suspensivo. Município do Rio de Janeiro. Ministério Público. Ação civil pública. Gratuidade de atendimento em creches. Determinação judicial de construção de creches pelo Município. Despesas públicas: necessidade de autorização orçamentária: CF, art. 167. *Fumus boni juris* e *periculum in mora* ocorrentes. Concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário diante da

Posteriormente, em 2008, no julgamento do Agravo de Instrumento 677.274/SP, o Supremo Tribunal Federal, por meio da relatoria do Ministro Celso de Mello, conferiu relevância ao aspecto da efetividade do direito à educação, consignando que a prerrogativa jurídica⁸² à educação infantil

[...] impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV⁸³), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.⁸⁴

No que atine ao argumento da disponibilidade orçamentária do Estado, o julgamento em questão não trouxe maiores inovações ao já anteriormente manifestado entendimento da Corte, reconhecendo a dependência da realização dos direitos sociais de um “vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado”, mas destacando que não pode o Poder Público, licitamente, criar

[...] obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Interessante notar que, nesta oportunidade, o STF repousou seu olhar sobre a questão do mínimo existencial, apontado como as condições materiais mínimas de existência da pessoa e dos cidadãos, o qual deve ser objeto de efetivação pelo Poder

possibilidade de ocorrência de graves prejuízos aos cofres públicos municipais. Decisão concessiva do efeito suspensivo referendada pela Turma.” (Pet 2.836-QO, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 11-2-2003, Segunda Turma, DJ de 14-3-2003.)

⁸² “Prerrogativa” foi a terminologia utilizada no voto do Ministro Relator.

⁸³ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

⁸⁴ Cabe registrar, neste tocante, que o dever de prestação positiva reconhecido pelo STF no julgamento em apreço, consistente no oferecimento de vagas em creches e instituições de ensino, corresponde a um dos aspectos compreendidos na chamada *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais, apontada por Clèmerson Merlin Clève, a qual consiste, dentre outros imperativos, na incumbência do Poder Público de “agir sempre de modo a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (prestar os serviços públicos necessários, exercer o poder de polícia e legislar para o fim de dar concretude aos comandos constitucionais”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais*, p. 22).

Público. O conceito, que, como já dito, será mais detidamente analisado a seguir no presente trabalho, guarda bastante pertinência com a judicialização dos direitos sociais, posto que, quando exigidos direitos fundamentais circunscritos nesse núcleo que compõe o “mínimo existencial”, a possibilidade de alegar fatores como os orçamentários fica bastante prejudicada, ante a essencialidade das condições abrangidas por esse mínimo, bem como sua intrínseca conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado.

E, em entendimento mais recente da Corte, manifestado em 2011, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário 639.337/SP, novamente foi dispensada atenção ao direito ao mínimo existencial, ali apontado como limite à cláusula da reserva do possível:

A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

Também se inclinou a fundamentação do acórdão mencionado sobre o princípio – utilizado como argumento favorável à efetividade do direito à educação – da proibição do retrocesso, em consequência do qual “o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados”.⁸⁵⁸⁶

Nesta decisão, acerca da questão orçamentária, apontou-se para a necessidade, ante a ausência de disponibilidade financeira do Estado, de que este proceda a

⁸⁵ A proibição do retrocesso, no âmbito doutrinário, é apontada por Ingo Sarlet como um dos aspectos da eficácia garantidos pelos direitos sociais, servindo a impedir que sejam abolidos os direitos que já tenham sido objeto de concretização pelo legislador, despiando seus titulares das posições jurídicas por ele criadas (SARLET, 2007, p. 314).

⁸⁶ Ana Paula de Barcellos, sobre o conceito de vedação do retrocesso, aponta que essa modalidade eficaz pressupõe que os princípios constitucionais que cuidam sobre direitos fundamentais pretendem, bem como a efetividade de tais direitos, também a sua progressiva ampliação, de modo que o que se propõe é a possibilidade de exigir “a invalidade da revogação dos enunciados que, regulamentando o princípio constitucional, ensejaram a aplicação e a fruição dos direitos fundamentais ou ainda os ampliaram, toda vez que tal revogação não seja acompanhada de uma política substitutiva. [...] A ideia é que a revogação de um direito, já incorporado como efeito próprio do princípio constitucional, o esvazia e viola, tratando-se, portanto, de uma ação inconstitucional. (BARCELLOS, 2011, p. 87)

“verdadeiras ‘escolhas trágicas’, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental”.

Como se pode ver, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, com relação ao direito à educação, não confere importância tão elevada à disponibilidade orçamentária do Poder Público ante a necessidade de realização dos direitos fundamentais quanto o faz com relação ao direito à saúde. É possível – embora não sem uma considerável margem de dúvida – atribuir esta diferença às já mencionadas “posições jusfundamentais” (utilizando-se o magistério de Clèmerson Merlin Clève) em que os dois direitos sociais em questão investem o cidadão, que pode exigir do Estado uma prestação bastante específica quando se fala em direito à educação (matrícula em creche ou escola), mas não tão exata quando discutida a efetividade do direito à saúde.

De toda sorte, a jurisprudência da Corte nos mostra uma preocupação crescente do Poder Judiciário com relação aos argumentos opostos à sindicabilidade judicial dos direitos sociais, passando de um paradigma de quase total afastamento de questões como a reserva do possível (conforme verificado na PET 1246) a um de efetivo sopesamento do argumento ante o dever do Estado às prestações positivas determinadas pelo Constituinte.

3 A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: algumas problematizações

Esta terceira parte do trabalho pretende, a partir dos aspectos elucidados no primeiro capítulo sobre o regime jurídico dado pela Constituição de 1988 aos direitos fundamentais sociais, e dos argumentos trabalhados no segundo capítulo, dos quais tem lançado mão a jurisprudência pátria de modo a justificar ou repelir a interferência do Judiciário nas decisões de políticas públicas em matéria de sua efetivação, investigar os limites e possibilidades da justiciabilidade desses direitos, mais detidamente a partir dos três principais argumentos que lhe são opostos: a reserva do possível, o princípio da separação dos poderes e a legitimidade democrática do Poder Judiciário.

E para tal, pretende-se analisar estes argumentos sob o enfoque geral das duas correntes que se manifestam sobre a temática da justiciabilidade: de um lado, o ativismo judicial, e, de outro, a autocontenção do Poder Judiciário.

Interessante, à guisa de introdução desta parte do trabalho, registrar definições gerais sobre em que consistem tais correntes.

Ana Lúcia Pretto Pereira, sobre o ativismo judicial, apresenta como respaldo para sua defesa a concepção de que os direitos sociais, sendo assegurados constitucionalmente, são em certa medida justiciáveis. Além disso, aponta para o questionamento acerca da eficácia das políticas públicas afetas a tais direitos, e para uma crise de representatividade. Diante desse contexto, assinala a autora, vislumbra-se a multiplicação de “decisões judiciais que, calcadas no comprometimento com a consecução das diretivas constitucionais, intervêm nas opções dos Poderes Executivo e Legislativo”, questionando suas escolhas e até impondo-lhes “a execução de ações positivas e concretizadoras dos direitos fundamentais sociais”, caracterizando uma “postura intervencionista do julgador na esfera discricionária dos demais poderes”.⁸⁷

Ao revés, segundo a mesma autora, “a autocontenção significa uma postura mais contida dos juízes quando estes se depararem com casos difíceis, que exijam, em

⁸⁷ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A Reserva do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2009, p. 174 e 175.

certa medida, o exercício criativo da jurisdição”. Sobre o respaldo da argumentação pela autocontenção, Pretto Pereira explica sua preocupação “com a falta de legitimidade democrática do julgador para decidir sobre escolhas feitas pelos poderes constituídos, haja vista que seus representantes foram democraticamente eleitos, por uma maioria, para representarem os interesses da sociedade”.⁸⁸

Feitas essas considerações iniciais, passa-se à análise dos argumentos da autocontenção, que serão, com vistas a um estudo dialético, confrontadas com os contra-argumentos voltados à defesa do ativismo judicial.

3.1 A cláusula da “reserva do possível”

A fim de traçar-se um conceito daquilo que se entende pela expressão “reserva do possível”, é necessário esclarecer que, primeiramente, serão feitas algumas constatações de ordem fática, consistentes na delimitação do contexto, tanto social quanto jurídico, que levou ao surgimento do conceito.

E o pano de fundo para o surgimento de um tal conceito é de que se, por um lado, as necessidades humanas são ilimitadas e seu rol aumenta de forma exponencial, tendo em vista o enriquecimento do Estado, as inovações tecnológicas, dentre outros fatores; por outro, considerando-se que os direitos sociais na sua dimensão prestacional⁸⁹ se vinculam à destinação, distribuição e criação de bens materiais pelo Estado,⁹⁰ é necessário observar que são escassos os recursos, naturais ou artificiais, necessários à satisfação dessas necessidades.⁹¹

⁸⁸ PEREIRA, A. L. P. Jurisdição constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e autocontenção. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia – RDFD, ano 2007, vol 2, disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br>. Acesso em 20/11/2012, p.22.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. 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”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 31.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. 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”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 27.

⁹¹ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A Reserva do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2009, p. 22.

Ressalve-se, apenas, que não somente os chamados *direitos a prestações*, mas também os ditos *direitos de defesa*, segundo defenderam Holmes e Sunstein, são em certa medida direitos positivos, eis que sua satisfação exige medidas positivas pelo Poder Público, abrangendo, por consequência, a alocação de recursos dos cofres públicos⁹². É neste sentido que os autores estadunidenses “afirmam que levar direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é sempre também levar a sério o problema da escassez”.⁹³

Diante disso, e da inafastável função do Estado em prover pela concretização dos direitos fundamentais do cidadão, Ana Lúcia Pretto Pereira conta que “a teoria da reserva do possível foi concebida com o claro intuito de tornar legítima a ausência do Estado quando o cidadão a ele precisasse recorrer”.⁹⁴

O conceito foi primeiramente cunhado no âmbito da jurisprudência constitucional alemã, na década de 70,⁹⁵ e importado pelos Tribunais brasileiros na década de 90.⁹⁶ Necessário, contudo, esclarecer que, quando originalmente apresentada pela Corte Constitucional Alemã, a cláusula da reserva do possível guardava o sentido daquilo que o indivíduo poderia razoavelmente exigir da sociedade.⁹⁷ Diferentemente, quando transportada para o contexto nacional, o argumento, infelizmente, foi manejado

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 28.

⁹³ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A Reserva do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2009, p. 23.

⁹⁴ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A Reserva do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2009, p. 23.

⁹⁵ Mais especificamente, o advento da reserva do possível foi visto primeiramente na decisão do caso *numerus clausus: BVerfGE 33, 330*, de 18 de julho de 1972, proferida pela Corte Constitucional Alemã quando, suscitada pela Corte Administrativa daquele país, que fora acionada por candidatos a vagas de medicina nas universidades da Bavária e Hamburgo com o fim de garantir seu direito ao ensino superior, manifestou-se de forma inédita sobre a questão. A paradigmática decisão negou o acesso dos estudantes às vagas, em razão da insuficiência do número de vagas oferecidas pelas instituições diante da elevada demanda, que, segundo relatado no *decisum*, crescia exponencialmente naquele período. De forma sintética, a decisão concluiu que o direito exigível pelos estudantes é que eles pudessem concorrer às vagas oferecidas segundo os requisitos pré-estabelecidos pelas instituições, mas não que lhes fosse garantida a vaga em si como direito subjetivo exigível, o qual, concluiu a Corte, estaria submetido à reserva do possível, no sentido daquilo que se pode razoavelmente esperar do Estado. (PEREIRA, 2009, p. 8)

⁹⁶ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A Reserva do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2009, p. 8.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

como escusa à “inoperância estatal para o fornecimento de prestações de direito fundamental”.⁹⁸

Sobre o conteúdo da cláusula da reserva do possível, Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo apontam para uma dimensão tríplice por ela apresentada, abrangendo a efetiva disponibilidade fática dos recursos, sua disponibilidade jurídica e a proporcionalidade na prestação dos direitos.⁹⁹ Depreende-se, então, que a utilização do argumento de reserva orçamentária não significa, necessariamente, que o Estado não detém os recursos financeiros e humanos necessários à efetivação dos direitos que lhe incumbe, mas, possivelmente, que a dotação orçamentária operada pelos poderes Legislativo e Executivo determina sua alocação em outros campos, ou para a satisfação de outras necessidades, devendo-se, evidentemente, guardar uma medida de proporcionalidade e razoabilidade nesta alocação.

E, inobstante a eventual desvirtuação do uso das limitações orçamentárias consistentes na reserva do possível pela jurisprudência brasileira, é preciso ressaltar que, não necessariamente, tais limitações consistem numa falácia, mas sim a forma como são utilizadas como “argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetividade dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social”.¹⁰⁰

De outro vértice, a utilização da limitação orçamentária como limite à exigibilidade dos direitos sociais perante o Judiciário deve se operar de forma extremamente cautelosa, atentando-se àquele mínimo de condições necessárias à vida humana digna – chamado mínimo existencial.

Sobre o direito a este mínimo, que vem sendo propugnado com proeminência na doutrina brasileira pelo autor Ricardo Lobo Torres, consiste ele, para o autor, num direito “às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações

⁹⁸ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A Reserva do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2009, p. 3.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 30.

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 32.

estatais positivas”.¹⁰¹ Assim, “compreende os direitos de liberdade e os direitos fundamentais sociais, limitadamente à sua expressão essencial, mínima e irredutível”,¹⁰² e deve ser enxergado como uma garantia pré-constitucional, uma vez que inerente à condição humana, dotado de universalidade, oponibilidade *erga omnes* e eficácia imediata.¹⁰³

Nesta toada, explica Torres que o direito ao mínimo existencial consiste, em seu caráter positivo, no direito subjetivo do cidadão às prestações materiais do Estado imprescindíveis a uma existência digna. No caráter negativo, diz respeito à proteção do indivíduo contra intervenções do Estado e de terceiros em sua esfera de dignidade e do exercício de seus direitos.¹⁰⁴

É assim que, em observância ao dever do Estado em zelar pelas condições mínimas de existência humana, estabelecidas pela Constituição, a corrente que propugna o ativismo judicial (em contraste com aquela do *judicial self restraint* – autocontenção do Poder Judiciário), defende a capacidade da atuação do Judiciário em fazer força contrária à reserva do possível.

Nada obstante, decidir de forma contrária à reserva, no dizer de Ana Lúcia Pretto Pereira, deve ser visto como exceção, posto que, interferindo nas escolhas dos representantes eleitos, “pode desequilibrar o orçamento previamente estabelecido para um determinado setor social, significando, ainda, dispensar tratamento privilegiado a quem tenha tido acesso à tutela jurisdicional”.¹⁰⁵

No contexto da busca por decisões judiciais coerentes tanto, por um lado, com as escolhas do Constituinte no tocante à garantia do mínimo existencial, quanto, por outro, com o fator orçamentário que influencia na escolha das prioridades a serem atendidas pelos poderes constituídos, Ana Paula de Barcellos relembra que nem um nem outro fator pode ser ignorado.¹⁰⁶ Assim, sugere a compatibilização dos elementos tendo em vista que a meta central da Carta de 1988 é a de promover o bem-estar do homem,

¹⁰¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 35.

¹⁰² TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 37.

¹⁰³ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 39 e 40.

¹⁰⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 39 e 40.

¹⁰⁵ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A Reserva do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2009, p. 4.

¹⁰⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 287.

assegurando-lhe as condições materiais mínimas para sua existência com dignidade. Dito isto, é a partir da apuração de no que consistem essas condições que se estabelecem os alvos das metas públicas,¹⁰⁷ e somente depois de atingidas essas metas pode-se discutir a destinação dos recursos remanescentes.

Diante disso, conclui:

A existência de parâmetros para um conteúdo concreto do mínimo existencial, que já tenham considerado em sua formulação as limitações financeiras estatais de determinado momento histórico, dispensa a autoridade judiciária, em tais casos, de discutir o argumento da reserva do possível. De forma simples, o que se faz é trabalhar com a presunção de que o Poder Público dispõe de recursos para atender ao menos as necessidades que compõem esse mínimo existencial, e que constituem a prioridade de investimento dos recursos públicos.¹⁰⁸

Ou seja: em face dos direitos que compõem o mínimo existencial, enxergado como direito definitivo que o indivíduo pode exigir do Estado, não seria o papel do juiz especular se este, alegando a cláusula da reserva do possível, de fato dispõe ou não dos recursos materiais necessários à efetivação do direito fundamental, ou tampouco investigar o orçamento público do ente federativo neste sentido, posto que, no tangente aos direitos que compõem o núcleo duro do mínimo existencial, o papel do Estado é o de garanti-los, podendo-se presumir a existência de recursos.

Ricardo Lobo Torres, sob outro vértice, adota uma posição menos protetiva, assumindo que as normas que instituem direitos sociais são sempre de natureza programática, limitadas a fornecer as diretrizes ou a orientação para o legislador, sem eficácia vinculante.¹⁰⁹ Neste sentido, o autor afirma que os “direitos econômicos existenciais existem, portanto, sob a ‘reserva do possível’ ou da ‘soberania orçamentária do legislador’, ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração”. Assim, conclui:

¹⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 287.

¹⁰⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 289.

¹⁰⁹ 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”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 74.

“A pretensão do cidadão é à política pública, e não à adjudicação individual de bens públicos”.¹¹⁰

Nada obstante, ainda assim defende que “a proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a *reserva do possível*, pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais”.¹¹¹ Assim, vê-se que a conclusão alcançada por Torres é aquela mesma anteriormente propugnada por Robert Alexy, quando afirma que “a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada”, “nem é um princípio absoluto: direitos individuais podem ter mais peso do que fundamentos de política financeira”.¹¹²

No âmbito da judicialização das políticas públicas, Lobo Torres aponta para uma tendência perigosa do fenômeno que estaria sendo adotada no âmbito da jurisprudência nacional: “a exacerbação da judicialização das políticas públicas relacionadas com o mínimo existencial tem levado o Judiciário a conceder o sequestro de recursos públicos”.¹¹³ Assim, conclui: “o Judiciário passa a fazer uso do sequestro de recursos do Estado em casos não previstos na Constituição, na lei ordinária nem no direito comparado, desarticulando perigosamente as finanças públicas”. Nesta esteira, “ao revés de judicializar as políticas públicas referentes ao mínimo existencial, estão preferindo os Tribunais judicializar as políticas orçamentárias”.¹¹⁴

Observe-se que, conforme demonstrado no capítulo anterior, a orientação do Supremo Tribunal Federal em matéria de direitos sociais tem sido, de regra, a de afastar o argumento da reserva do possível diante dos direitos a prestações, determinando o sequestro de verbas públicas sob o fundamento de que – quando em casos de prestação

¹¹⁰ 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”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 74.

¹¹¹ 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”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 74.

¹¹² 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”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75.

¹¹³ 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”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 76.

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”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 77.

de medidas assecuratórias da saúde – o direito à vida é indeclinável, sempre devendo preponderar sobre o interesse financeiro do Estado, visto como secundário.

José Reinaldo de Lima Lopes, por sua vez, sobre a utilização da cláusula da reserva do possível pelo Poder Judiciário, reforça a necessidade de priorização do acesso igualitário às prestações de direitos sociais, sobre as quais, afirma, a obrigação que se impõe ao Estado é a de garanti-las mediante políticas públicas e econômicas, e não por concessões individuais.¹¹⁵¹¹⁶ Assim, reputa que “a reserva do possível é uma defesa perfeitamente legítima para os casos de litígios de direito público, especialmente quando o pedido e a decisão visarem a beneficiar alguém em particular e de forma imediata e isolada.” Contudo, ressalva que a defesa não será “tão perfeitamente acatável quando o que estiver em litígio seja o orçamento ou o programa”, dessumindo que, nesses casos, “a questão se converte em avaliação concreta e empírica de certas circunstâncias, cujo resultado final será a procedência ou não da defesa pela reserva do possível”.¹¹⁷

Assim, pode-se concluir que a cláusula da reserva do possível, quando oposta em face da exigibilidade judicial das prestações a direitos materiais, há de ser observada com cautela pelo julgador, posto que, em que pese não se possa proferir desenfreadamente decisões concessivas de prestações individuais, de forma descomprometida com as limitações impostas pelo orçamento, também há que se considerar a necessidade de se garantir o acesso ao cidadão àquele mínimo de condições dignas necessárias à sua existência com dignidade.

É que, tendo a Constituição de 1988 estabelecido em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, a promoção desta dignidade deve ser a tônica a nortear as decisões sobre direitos fundamentais, que não devem, segundo o acima exposto, se furtar de assegurar as prestações, em matéria de direitos sociais, mais básicas necessárias a permitir ao

¹¹⁵ É a linha adotada pela Ministra Ellen Gracie na fundamentação da decisão proferida pelo STF no julgamento da STA 91, de 2007, em que se manifestou pela priorização de políticas que asseguram à população “acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas”

¹¹⁶ 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”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 159.

¹¹⁷ 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”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 172 e 173.

indivíduo o chamado mínimo existencial. Isso porque, privado destas condições, fica impossibilitado o exercício das próprias garantias individuais, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político – também apontados como fundamentos da República no art. 1º da Constituição – posto que o substrato material garantido pela efetivação dos direitos sociais é que garante o exercício das liberdades individuais.

3.2 A separação dos poderes

Ao lado do argumento da reserva do possível, também é fundamento para a corrente da autocontenção do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas o princípio da separação dos poderes. Em que pese abordado em novo tópico neste trabalho, é interessante notar que as questões – da separação dos poderes e da reserva do possível – não estão absolutamente apartadas, existindo, ao revés, intrínseca conexão entre elas.

É que o princípio da separação dos poderes – bem como o da legitimidade democrática, que será a seguir analisado – diz respeito à possibilidade/legitimidade de o Poder Judiciário se imiscuir nas questões alocativas de recursos públicos com vistas à implementação de políticas públicas, que seriam, *a priori*, decisões de titularidade dos Poderes Legislativo e Executivo. Igualmente, o argumento da reserva do possível, do qual já se falou acima, atine à possibilidade do Judiciário em se manifestar sobre a questão orçamentária, competência precípua daqueles outros poderes. Assim, importante ter em mente a conexão entre os argumentos.

Feita esta ressalva, impende registrar que a ideia básica de dividir os poderes políticos entre grupos diferentes remonta à teoria aristotélica, passando, ao longo da história, pelas obras de Maquiavel, Locke, Montesquieu e Kant.¹¹⁸

Segundo explica Ana Paula de Barcellos, a acepção moderna do princípio da separação de poderes surge com a ideia de “evitar a concentração e o exercício

¹¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 256 e 257.

arbitrário do poder, garantindo-se os direitos individuais contra a tirania estatal”,¹¹⁹ tendo, ao longo do século XX, sofrido significativa alteração em sua tônica, com a modificação do conteúdo das Constituições e o crescimento substancial das funções legislativas do Executivo e do Judiciário, de modo que esses poderes foram ocupando espaços cada vez maiores.¹²⁰

Ante tal fenômeno, passou-se a divulgar a notícia de que a ideia de separação de poderes estaria superada. Todavia, é preciso encarar essa notícia com olhos críticos, posto que, primeiramente, segundo aponta Barcellos, a separação é um princípio instrumental – e não um fim em si mesmo. Ademais, a suposta crise do princípio é, em verdade, reflexo do fato de que o modelo original, que conferia preeminência do Poder Legislativo, não atende às necessidades atuais, reclamando reformulação. Por fim, o modelo de separação de poderes não é absoluto e aplicável a todos os países.¹²¹

Assim, a autora acaba por rechaçar o argumento no âmbito da justiciabilidade dos direitos constitucionais, concluindo que “a separação de poderes em si mesma não representa um obstáculo lógico ao controle pelo Poder Judiciário das ações ou omissões inconstitucionais praticadas pelo Poder Público, aí incluída a determinação de prestações positivas com fundamento constitucional”.¹²²

Na esteira do apontado por Ana Paula de Barcellos – de que a noção hodierna da separação de poderes não é absoluta – é interessante tecer alguns apontamentos no âmbito do constitucionalismo brasileiro.

É que a forma como está estruturado o Estado brasileiro, nos moldes da Constituição de 1988, confere uma interação dinâmica entre as funções dos três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário. De tal maneira, os papéis designados a cada um deles não lhes são exclusivos, de forma que não há como afirmar, sem incorrer em asserção falaciosa, que cabe ao Legislativo legislar, ao Judiciário julgar e ao Executivo administrar. Assim, em que pese o Constituinte propugne, no art. 2º,¹²³ a independência

¹¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 258.

¹²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 261.

¹²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 261 a 263.

¹²² BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 264.

¹²³ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

e harmonia entre os três poderes, e estabeleça, no art. 60, 4º,¹²⁴ como cláusula pétrea, insuscetível de abolição pelo Poder Constituinte de reforma a separação entre eles, a própria Carta prevê uma interdependência em suas funções, distanciando-se do modelo de separação absoluta.

Clèmerson Merlin Clève, por seu turno, aponta para a necessidade de que o princípio da separação de poderes não seja visto como algo abstrato, a-histórico. “Ao contrário, o princípio deve ser compreendido tal como se apresenta, concretamente, na Constituição vigente.” Afinal, “o Constituinte de 1988 confiou muito no Poder Judiciário que foi fortalecido na nova ordem constitucional”.¹²⁵

Assim, conclui o autor pela premente necessidade de um papel ativo do Judiciário como condição para a progressiva efetivação dos direitos, defendendo, em certas situações, uma posição ativista da parte desse poder, de forma consequente e responsável, e com respaldo na motivação e no convencimento.¹²⁶

Também no sentido de afastar a utilização da separação de poderes como argumento a obstaculizar a apreciação judicial das questões atinentes à efetivação dos direitos sociais, Andreas Krell já teceu críticas à posição excessivamente autocontenciosa assumida pelo Judiciário brasileiro, que estaria adotando uma atitude exagerada nesse sentido.¹²⁷

Krell, de tal modo, afirma que “o vetusto princípio da Separação dos Poderes está produzindo, com sua grande força simbólica, um *efeito paralisante* às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder

¹²⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

¹²⁵ CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br]. Acesso em 22 de Novembro de 2012.

¹²⁶ CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br]. Acesso em 22 de Novembro de 2012.

¹²⁷ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 88.

continuar servindo ao seu escopo original”¹²⁸ – o de proteger a garantia dos direitos fundamentais em face do arbítrio estatal.

Dessa maneira, o autor propugna uma “reformulação funcional dos poderes no sentido de uma distribuição que garanta um sistema eficaz de *freios e contrapesos*”, posto que, “na medida que as leis deixam de ser vistas como programas *condicionais* e assumem a forma de programas *finalísticos*, o esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade”.¹²⁹

Sobre a questão do princípio da separação dos poderes como obstáculo à judicialização dos direitos sociais, econômicos e culturais, Courtis e Abramovich apontam que, quando a reparação de uma violação a tais direitos importa

[...] uma ação positiva do Estado que põe em jogo recursos orçamentários, ou afeta de alguma maneira o desenho ou a execução de políticas públicas, ou implica tomar uma decisão acerca de que grupos ou setores sociais serão prioritariamente auxiliados ou tutelados pelo Estado, os juízes geralmente consideram tais questões como próprias da competência dos órgãos políticos do sistema.¹³⁰

E os autores apontam como corolário do uso deste argumento enquanto obstáculo à judicialização o fato de que, por muitas vezes, o ato administrativo se embasa em conhecimentos técnicos presumidamente próprios da administração e, portanto, alheios à idoneidade judicial,¹³¹ fazendo com que o “cenário do processo judicial não seja o mais adequado para discutir tais temas”.¹³² Isso porque, explicam os autores, a lógica do processo judicial pode não ser suficientemente idônea a resolver um conflito que envolve diversos interesses individuais e coletivos.¹³³

¹²⁸ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 88.

¹²⁹ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 90.

¹³⁰ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Editora Trotta, 2004, p. 127. (tradução nossa).

¹³¹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Editora Trotta, 2004, p. 127.

¹³² ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Editora Trotta, 2004, p. 128. (tradução nossa)

¹³³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Editora Trotta, 2004, p. 128.

O problema por eles apontado decorrente disto é que, quanto mais largo o âmbito de discussão sobre essas questões de políticas públicas, menores são as chances de êxito de uma demanda judicial neste sentido. Eles ressaltam, contudo, que o argumento não é absoluto, posto que se revela possível a “juridificação” das questões técnicas ou de políticas públicas, de modo que a questão a ser apreciada pelo juiz reste claramente demarcada, afastando-se o problema atinente à excessiva abrangência da discussão.¹³⁴ Pode-se dizer, a partir do exposto, que o problema central apontado por Courtis e Abramovich no tocante à separação dos poderes reside no âmbito de discussão da matéria relacionada às políticas sociais e na aptidão do Poder Judiciário para decidir sobre tais questões.

Assim, o que sugerem Courtis e Abramovich é uma espécie de “diálogo” entre os três Poderes, não recaindo sobre o Poder Judiciário a tarefa de desenhar políticas públicas – “mas a de confrontar o desenho de políticas assumidas com os padrões jurídicos aplicáveis e – no caso de encontrar divergências – reenviar a questão aos Poderes pertinentes”.¹³⁵ E sobre os mencionados padrões jurídicos, apontam para a necessidade de a intervenção judicial no campo dos direitos sociais estar pautada firmemente num padrão jurídico, numa “regra de juízo”, intervindo o Poder Judiciário sob um “um critério de análise da medida em questão que surja de uma norma constitucional ou legal: por exemplo, os padrões de ‘razoabilidade’, ‘adequação’ ou ‘igualdade’, ou a análise de conteúdos mínimos que podem vir dados pelas próprias normas que ficam direitos”.¹³⁶

No âmbito do argumento da separação dos poderes, Ana Lúcia Pretto Pereira afirma que, embora não se possa olvidar o espaço de deliberação do Poder Legislativo na seara da satisfação de direitos sociais, e em que pese o Judiciário, a princípio, não possa se imiscuir nas escolhas políticas, “a alegação de violação ao princípio da separação dos poderes não pode justificar a inércia do administrador quanto à sua obrigação constitucional”, pois “a obrigação cabe aos três poderes, cada um em sua medida, de acordo com sua competência”, e “os três poderes tem o dever de realizar os

¹³⁴ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Editora Trotta, 2004, p. 129.

¹³⁵ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Editora Trotta, 2004, p. 251, tradução nossa.

¹³⁶ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Editora Trotta, 2004, p. 251, tradução nossa.

direitos fundamentais na maior medida possível, sendo que o limite máximo a essa atuação é o núcleo essencial desses direitos”.¹³⁷

No magistério de Krell,

[...] o apego exagerado de grande parte dos juizes brasileiros à teoria da Separação dos Poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional tradicional, que ainda não adaptou as suas ‘lições’ às condições diferenciadas do moderno Estado Social e está devendo a necessária atualização e re-interpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico.¹³⁸

E, segundo preleciona Paulo Gilberto Cogo Leivas:

[...] é função primeira do Legislativo, do Executivo e das instâncias colegiadas a fixação dos critérios para a prioridade de atendimentos. Entretanto, o Poder Judiciário pode e deve atuar, quando provocado, para avaliar a proporcionalidade dos critérios ou quando esses critérios inexistem ou são desconhecidos.¹³⁹

Diante do exposto, é possível afirmar que o argumento da separação de poderes não pode ser encarado de forma absoluta, devendo ceder quando confrontado com a necessidade de satisfação do mínimo existencial. De outra banda, o princípio deve ser compatibilizado à lógica do Estado Democrático de Direito propugnado pela Carta de 1988, que institui um sistema harmônico entre os três poderes – e não de separação absoluta. Deste modo, a utilização da separação dos poderes como obstáculo absoluto e irremediável à judicialização dos direitos sociais deve ser vista com sérias ressalvas.

3.3 A legitimidade democrática

O terceiro argumento levantado pela corrente da autocontenção do Poder Judiciário como obstáculo à judicialização dos direitos sociais consiste no princípio da legitimidade democrática. A lógica argumentativa caminha no sentido de que se, por um

¹³⁷ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A Reserva do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2009, p. 169 e 170.

¹³⁸ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 91.

¹³⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 106.

lado, os agentes políticos, responsáveis pelo orçamento e pela criação de políticas públicas, detém legitimidade para exercer tal função, ante o sistema democrático representativo, pelo qual, por meio do sufrágio político, o cidadão elege seus representantes, de outro lado, os julgadores, membros do Poder Judiciário, não gozam de igual legitimidade. E isso porque, ao revés dos integrantes dos outros dois poderes, os magistrados não são eleitos, sendo investidos em seus cargos através dos processos estabelecidos pela Constituição – concursos públicos para os magistrados de carreira¹⁴⁰, ou, no caso dos Tribunais Superiores, escolhas políticas¹⁴¹¹⁴².

Diante disso, os defensores da autocontenção sustentam, por meio do argumento da ausência de legitimidade democrática do Judiciário, que, não tendo sido seus membros democraticamente eleitos pelos cidadãos, não detém eles legitimidade para decidir sobre questões políticas em seu nome.

E, no âmbito da democracia, Cláudio Pereira de Souza Neto preleciona que “o núcleo central da teoria democrática é que as normas somente serão legítimas quando os seus destinatários participarem de sua produção” – de modo que se faz necessário haver “identidade entre governantes e governados”.¹⁴³

Contudo, salienta Ana Lúcia Pretto Pereira, é importante notar, no paradigma da democracia representativa brasileira, que nem sempre as decisões políticas refletem

¹⁴⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

¹⁴¹ Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

¹⁴² Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo

I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;

II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

¹⁴³ PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. Jurisdição Constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e auto-contenção. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia – RDFD, ano 2007, vol 2, disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br>. Acesso em 21 de novembro de 2012, p. 22.

ou decorrem dos anseios da maioria. E “isso porque a democracia não significa necessariamente governo da maioria, pois a maioria de hoje pode não ser a mesma de amanhã”, assumindo o Judiciário o papel de guardião dessa dinâmica, sendo chamado pela democracia para a guarda da Constituição¹⁴⁴.

Na mesma esteira desse raciocínio, Mauro Capelletti, citado por Ana Carolina Lopes Olsen, sobre a argumentação no sentido da falta de legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional, aponta-lhe algumas objeções: a) em primeiro lugar, não somente a legitimidade do Judiciário, mas também a dos poderes Legislativo e Executivo é discutível, não se constituindo esses em perfeitos representantes da vontade democrática;¹⁴⁵ b) o Judiciário também se investe de legitimidade democrática, “na medida em que suas decisões encontram-se em consonância com as idéias defendidas pelos parlamentares no jogo democrático”, bem como em razão da argumentação exigida nas decisões que profere, tornando-lhes capazes de convencer seus destinatários;¹⁴⁶ c) ainda, o Judiciário é capaz de conferir substância ao processo de representatividade do sistema, garantindo voz àqueles grupos que, em geral, não tem voz política suficiente para interferir nas decisões democráticas;¹⁴⁷ d) o procedimento judicial é profundamente democrático, permitindo ampla participação dos envolvidos; e) por fim, a proteção dos direitos fundamentais somente é possível quando as sociedades democráticas dispõem de um corpo de juízes com força suficiente para controlar a atuação dos outros poderes.¹⁴⁸

Ana Carolina Lopes Olsen, por seu turno, aponta que, ante a inação do Estado em prover pela satisfação dos direitos fundamentais, a única solução restante aos grupos mais necessitados da sociedade é justamente recorrer ao Poder Judiciário,¹⁴⁹ legitimando-se, sob nova forma, sua atuação neste campo.

¹⁴⁴ PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. Jurisdição Constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e auto-contenção. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia – RDFD, ano 2007, vol 2, disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. Acesso em 21 de novembro de 2012, p. 23.

¹⁴⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba, 2006, p. 304.

¹⁴⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba, 2006, p. 305.

¹⁴⁷ Argumento elaborado por Martin Shapiro e utilizado por Capelletti, *apud* OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba, 2006, p. 307.

¹⁴⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba, 2006, p. 307.

¹⁴⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba, 2006, p. 308.

Olsen, dos controvertidos argumentos doutrinários sobre a matéria, extrai que, “estando em pauta a realização de direitos fundamentais necessários à realização da dignidade da pessoa humana, parece que o conceito a ser enfraquecido é [o] de discricionariedade política na alocação de recursos, e não o de controle jurisdicional”.¹⁵⁰ Isso porque “a Constituição Dirigente determina o cumprimento da norma, de modo que este cumprimento deve ser a premissa, para a qual somente a escassez natural de recursos, devidamente comprovada, pode ser aceita como exceção”. A autora afasta, assim, quaisquer outros argumentos opostos à judicialização – dentre os quais, necessariamente, a carência de legitimidade democrática do Judiciário.¹⁵¹

E Andreas Krell, deixando transparecer sua predileção pelo ativismo judicial, sobre o princípio da legitimidade democrática, aponta para o papel de “legislador implícito” assumido pelo Judiciário num modelo de Estado como o propugnado pela Carta de 1988, exigindo-se dele que estabeleça “o sentido ou complete o significado da legislação constitucional e ordinária que já nasce com motivações distintas às da certeza jurídica”. Assim, o autor ensina: “a ‘agenda da igualdade redefine a relação entre os três Poderes, adjudicando ao Poder Judiciário funções de controle dos poderes políticos””.¹⁵²

Destarte, parece bastante razoável deduzir que também o argumento da legitimidade democrática não é suficiente para afastar a possibilidade de controle judicial das matérias atinentes aos direitos sociais.

E é nesse sentido que Ana Paula de Barcellos conclui:

Pode-se concluir que a coexistência harmônica da eficácia positiva da dignidade de um lado e, de outro, da separação de poderes e do princípio majoritário, depende de atribuir-se eficácia jurídica positiva apenas ao núcleo da dignidade, ao chamado *mínimo existencial*, reconhecendo-se a legitimidade ao Judiciário para determinar as prestações necessárias à sua satisfação. Cada ideia cede um pouco de seu espaço de modo que todas possam operar satisfatoriamente.¹⁵³

¹⁵⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba, 2006, p. 310.

¹⁵¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba, 2006, p. 310.

¹⁵² KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 98.

¹⁵³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 272.

Clèmerson Merlin Clève, segundo explica Ana Paula de Barcellos, por sua vez, defende a atuação do Judiciário como poder contramajoritário, em defesa dos direitos das minorias – que, como apontado por Capelletti, muitas vezes não se vêem representadas nas decisões políticas. Para além disso, os aspectos do “devido processo legal, da motivação e recorribilidade das decisões, da publicidade de suas manifestações e da vinculação [de sua atuação] à Constituição” também são fatores capazes de atribuir-lhe legitimidade.¹⁵⁴

Nessa toada, vislumbra-se que a necessidade de proteção aos direitos fundamentais em face da arbitrariedade dos representantes eleitos é argumento importante a ser considerado em favor do ativismo judicial, quando posta em discussão a legitimidade dos juízes para decidir sobre escolhas políticas.

¹⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 98.

CONCLUSÃO

O rol de direitos fundamentais, dentre os quais, os direitos sociais, propagados pela Constituição Federal de 1988, é bastante amplo, e bastante protetiva é a disciplina jurídica que o Constituinte trouxe como forma de lhes assegurar a concretização.

É forçoso reconhecer que tamanha preocupação com o ser humano e sua dignidade não haviam sido vistos de forma tão intensa antes na história constitucional pátria, de modo que as novidades trazidas pela Constituição Cidadã não podem ser, jamais, subestimadas. Os direitos sociais, na forma como os conhecemos hoje, foram fruto de um lento processo de concretização ao longo da história. E não se pode, jamais, refutar o mérito da Carta de 1988 neste tocante.

Nada obstante, uma observação mais atenta da realidade social do país permite perceber disparidades sociais e violações aos direitos humanos que em nada se coadunam com a dignidade da pessoa humana e a garantia dos direitos fundamentais propagados pelo constitucionalismo contemporâneo.

Isso se deve ao fato, ao qual se chamou atenção no desenvolver deste trabalho, de que os poderes Legislativo e Executivo, em que pese terem sido constituídos pela Carta Política como os responsáveis pela concretização dos direitos sociais, por meio da elaboração de leis orçamentárias, alocação de recursos e instituição de políticas públicas em matéria de direitos sociais – sobretudo, prestacionais – não agem de maneira suficiente a garantir as condições propugnadas pelo vasto rol de direitos fundamentais trazido pela Constituição de 1988.

Assim, diante da ineficiência dos poderes constituídos em prover voluntariamente pelos direitos sociais, o cidadão, vendo-se tolhido de garantias – tais quais, estudadas de forma mais específica no segundo capítulo do trabalho, a saúde e educação – que sabe terem-lhe sido asseguradas, não enxerga saída que não recorrer à via judicial, intentando demandas em que, em face do Poder Público, na pessoa do membro da Federação constitucionalmente incumbido da prestação buscada, postulam pela materialização de seus direitos.

O Poder Judiciário, por sua vez, instado a se manifestar nessas demandas, vê-se diante da necessidade de realizar verdadeiras *escolhas trágicas* – posto que, tendo em vista que a satisfação dos direitos sociais, quase que inevitavelmente, demanda custos,

sempre haverá um bem jurídico afetado pela decisão tomada, qualquer que seja ela. Por vezes, acaba-se por ocasionar dano ao orçamento público. Por outras, é o direito fundamental de outro indivíduo que tem de ceder a fim de permitir a satisfação do direito daquele que postula perante o Poder Judiciário. Em circunstâncias ainda mais extremas, é possível ainda que uma decisão favorável a um indivíduo se dê em detrimento da coletividade.

E, como se procurou demonstrar neste trabalho, o Supremo Tribunal Federal tem debatido intensamente todas essas questões, sendo possível notar uma inclinação à posição do ativismo judicial, posto que, como visto, raras são as decisões que concluem por denegar a prestação pretendida.

Contudo, diante do embate formado por tantos argumentos da mais alta hierarquia normativa, é necessário tomar decisões. E tais decisões não podem ser tomadas de forma irresponsável. É necessário levar em conta a questão dos custos. Também não se pode esquecer completamente dos argumentos da legitimidade democrática, sob pena de se enfraquecer de forma irremediável a própria essência da democracia, ou tampouco o princípio da separação dos poderes, que, embora amplamente relativizado ao longo da história, ainda tem aplicação.

E, diante disso, não se revela adequado formular escolhas ou decisões apriorísticas, que definam a preponderância de um direito sobre o outro, um princípio sobre o outro, ou um bem jurídico sobre o outro, sem se levar em conta a casuística. É imprescindível, assim, que se sopesem as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, de modo a, por meio da ponderação de valores, dar precedência a um ou a outro direito. Não é demais repisar: somente diante do caso concreto é que se pode reconhecer a solução de conflitos entre direito social, de um lado, e reserva do possível, legitimidade democrática ou separação dos poderes, dentre outros argumentos, de outro lado.

Assim, se por um viés se demonstra irresponsável decidir incondicionalmente pela concessão de uma prestação social, impondo o sequestro de verbas públicas, sem se atentar aos reflexos disso não somente sobre o orçamento público, mas perante a própria sociedade e seus fundamentos, de outra banda não parece consentâneo com a principiologia encartada na Constituição de 1988 a adoção de preeminência do fator financeiro, dentre outros, sobre os direitos fundamentais sociais que consistem naquele núcleo duro da dignidade humana a que se dá o nome de mínimo existencial.

Destarte, ante a impossibilidade de se ignorar a relevância dos princípios colidentes, é necessário ter em vista, na apreciação caso a caso, a garantia do mínimo existencial, sob pena de se ferir de morte o princípio da dignidade da pessoa humana, reduzindo a força normativa do fundamento a mera diretriz destinada ao aplicador da Constituição. E isso, certamente, não se pode aceitar.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Editora Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2002.

BRASIL. A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011. Disponível em [HTTP://www.stf.jus.br/portal](http://www.stf.jus.br/portal). Acesso em 15 de novembro de 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 20 de novembro de 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *As políticas públicas e o direito administrativo*. In: *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. v. 13.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais, In: *Revista Crítica Jurídica*, nº 33, jul/dez 2003.

_____. *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos. Acesso em 22 de Novembro de 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57-58.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A Reserva do Possível na Jurisdição Constitucional Brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2009.

_____. Jurisdição Constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e auto-contenção. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia – RDFD*, ano 2007, vol 2, disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. Acesso em 21/11/2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, In: *Revista de Direito do Consumidor*.

_____(Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado* 4 (2006):23-51.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. São Paulo: Renovar, 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF in Revista Direito GV*, São Paulo, 4 (2), jul-dez 2008. Acesso em 10 de Junho de 2012.