

DADOS PESSOAIS: DANIEL ROSA CORREIA
ENDEREÇO: RUA ANÍSIO TEIXEIRA, 223, COSTEIRA, 88047-110, FPOIS
TELEFONES: RES. 3226-0478 / TRAB. 3229-9250
EMAIL: DANIELROSACORREIA@HOTMAIL.COM
FORMADO PELA ESMESC.
ESPECIALISTA EM DIREITO DIFUSOS E COLETIVOS – UNIVALI.
TÉCNICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA.

* * *

A CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A PROTEÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Daniel Rosa Correia
Especialista em Direitos Difusos e Coletivos - Univali
Técnico do Ministério Público de Santa Catarina

SUMÁRIO

Introdução - 1 A conformação do Estado Moderno e o surgimento dos Direitos Fundamentais - 1.1 O Estado Liberal e o surgimento dos Direitos Fundamentais Cíveis e Políticos - 1.2 O Estado Social e o surgimento dos Direitos Fundamentais Sociais – 2 Óbices à concretização dos Direitos Fundamentais Sociais – 2.1 A classificação dos Direitos Fundamentais em Direitos de Defesa e Direitos Prestacionais – 2.2 O princípio da Separação dos Poderes – 2.3 Discricionariedade Administrativa – 2.4 Reserva do Possível – 3 A busca pela efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais – 3.1 A Aplicabilidade Imediata dos Direitos Fundamentais Sociais como um Mandado de Otimização – 3.2 Aplicação direta do Direitos Fundamentais Sociais: a questão referente à positivação em normas programáticas – 3.3 A proteção do Mínimo Existencial – 3.4 Modelo Ponderativo de Robert Alexy - Considerações Finais - Referências.

RESUMO

Este artigo analisa a problemática inerente à tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais em face de omissões administrativas. Além da alegação de ofensa aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa, a atuação judicial nesta seara é questionada por argumentos atinentes à reserva do possível. Os óbices comumente impostos à concretização judicial de direitos prestacionais não podem ser compreendidos de forma absoluta, com base na ideia do tudo ou nada. O modelo ponderativo de Robert Alexy revela-se de grande utilidade para o equacionamento da questão, visto que a proteção ao mínimo existencial encontra-se em permanente tensão com a escassez de recursos.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Social. Direitos Fundamentais Sociais. Poder Judiciário.

ABSTRACT

The present article analyses the inherent problematic of the jurisdictional tutelage in the face of public administrative omissions in relation to the fundamental social rights. The judicial performance in this area is questioned by arguments regarding: the principle of the separation of powers, discretionary power, and limited resources. The obstacles commonly imposed to the judicial implementation of positive rights cannot be apprehended in an absolute or inflexible way, based on the idea of the all or nothing. The model of Robert Alexy becomes of great usefulness for the resolution of the question in matter, considering that the protection of the essential standards of life finds itself in permanent tension with the lack of resource.

KEY WORDS: *Social State. Fundamental Social Rights. Judicial Power.*

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar a problemática inerente à tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais em face de omissões administrativas, apreciando os óbices fáticos e jurídicos que se opõem à sua concretização, bem como a conceituação do que se convencionou chamar “mínimo existencial”, a fim de evidenciar a utilidade do modelo ponderativo formulado por Robert Alexy na busca pela máxima efetividade dessa categoria de direitos.

A sindicabilidade judicial desses direitos, além de muitas vezes ser afastada pelos Tribunais pátrios sob o argumento de que as normas programáticas não podem impor obrigações imediatas ao Poder Executivo, encontra variada gama de óbices jurídicos e dificuldades práticas: se por um lado questiona-se a legitimidade do Poder Judiciário para interferir nas opções políticas que deveriam estar no âmbito de discricionariedade do Executivo, por outro, argumenta-se sobre o limite da “reserva do possível”, entendida, na maioria dos casos, como a falta de capacidade financeira do Estado para implementar direitos que demandam prestações positivas.

Conforme se pretende demonstrar, a atuação do Poder Judiciário na implementação desses direitos se faz necessária para manter o equilíbrio do sistema democrático brasileiro diante de omissões estatais abusivas.

Adota-se uma concepção principiológica da Constituição apta a maximizar a efetividade das normas que veiculam direitos fundamentais sociais. A investigação abrange o exame da norma constitucional que prescreve a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (artigo 5º, § 1º da CR/88), bem como a hipótese de concretização de direitos prestacionais diretamente do texto constitucional, sem a necessidade de interposição legislativa infraconstitucional.

A teoria do “mínimo existencial” será estudada como um parâmetro de proteção à dignidade humana que se encontra em permanente tensão com a cláusula da reserva do possível. A análise do modelo ponderativo de Robert Alexy objetiva desmistificar o absolutismo que permeia a interpretação dos limites contrapostos à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

1 A CONFORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO E O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução dos direitos fundamentais, assim como a sua gênese, está diretamente ligada ao desenvolvimento do Estado Moderno. A trajetória dos direitos fundamentais tem como ponto comum o surgimento do Estado Moderno Constitucional, “cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem”.¹

1.1 O ESTADO LIBERAL E O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS E POLÍTICOS

O movimento iluminista reavivou a consciência sobre os direitos ínsitos à condição humana e concebeu o início de um modelo político legal-racional. Baseada nestes ideais, a Revolução Francesa contribuiu para a formação de um Estado Constitucional de Direito caracterizado fundamentalmente pela limitação e divisão do exercício do poder do Estado.

O Estado Liberal adotou a teoria da separação dos poderes elaborada por Montesquieu e inaugurou o reconhecimento de direitos fundamentais frente ao Estado. Tanto a Revolução Americana de 1776, quanto a Revolução Francesa de 1789, contribuíram para a constitucionalização dos direitos civis e políticos, também chamados de direitos fundamentais de primeira dimensão.

A partir deste momento os direitos fundamentais iniciam um processo evolutivo de agregação, podendo ser classificados em “dimensões” - termo que alude ao caráter de complementariedade destes direitos.²

A formação do Estado Liberal, calcado nos princípios da legalidade e da separação dos poderes, redundou em Estado mínimo, voltado fundamentalmente para garantir a liberdade, propriedade e segurança dos indivíduos, sem dar atenção aos desníveis sociais existentes.

O advento da Revolução Industrial, em meados do século XVIII, representou o ponto de culminância do Estado Liberal. A não-intervenção desse modelo de Estado na área econômica e social permitiu a formação de um profundo fosso entre os operários e os detentores dos meios de produção.

1.2 O ESTADO SOCIAL E O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

No início do século XX, em razão das desigualdades do sistema capitalista de produção, surgiram, com influência dos movimentos socialistas, as primeiras Constituições

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 36.

² *Ibid.*, p. 37.

contendo direitos sociais: Constituição do México de 1917, Constituição Soviética de 1918 e Constituição de Weimar de 1919.³

Essas Constituições marcaram o início da preocupação com a redução das desigualdades sociais, criando-se novos direitos aos cidadãos, como o direito à educação, à saúde, à assistência social, à previdência social, entre outros.

A superação do modelo de Estado Liberal, inspirada na corrente de ideias expostas por Rousseau, Hegel, Engels e Marx, trouxe no seu âmago a ampliação do rol de direitos fundamentais. A crise do liberalismo abriu caminho para o surgimento da segunda dimensão de direitos fundamentais. A partir de então os direitos sociais se tornaram o eixo das Constituições contemporâneas.⁴

Os direitos fundamentais sociais, diversamente dos direitos civis e políticos, exigem prestações positivas por parte do Estado para serem concretizados. A adoção dessas novas funções caracteriza o Estado Social, que busca a promoção da igualdade material entre os cidadãos.⁵

O Estado Social consolidou o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais, no entanto, entre a declaração desses direitos e sua efetiva concretização ainda existe um grande vácuo, sobretudo causado pelas deficiências financeiras dos Estados, bem como pelo apego à hermenêutica clássica (positivista-legalista) que não mais condiz com a realidade constitucional contemporânea.

2 OS ÓBICES À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A discussão acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais suscita duas ordens de questões. A primeira se circunscreve ao vácuo produzido nesta seara em razão de omissões legislativas e à dificuldade de combatê-la por meio dos instrumentos jurídicos disponíveis (mandado de injunção, ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental). A segunda se refere à problemática encontrada na imposição judicial, ao administrador público, de obrigações tendentes a efetivar direitos fundamentais sociais.

É precisamente neste último aspecto que se situa o objeto do presente artigo, sobretudo, no que tange à questão relativa ao combate de omissões administrativas que vulneram os direitos fundamentais sociais. Sabe-se que a imposição ao Estado de prestações positivas tem encontrado obstáculos que podem ser sintetizados em três tópicos: (a) ferimento ao princípio da separação dos poderes, (b) infração à discricionariedade administrativa e (c) o limite da “reserva do possível”, representada pela escassez de

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 212.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 9.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 564.

recursos (*reserva do possível fática*) e pela competência parlamentar em matéria orçamentária (*reserva do possível jurídica*).

2.1 A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DIREITOS DE DEFESA E DIREITOS PRESTACIONAIS

A caracterização dos direitos fundamentais em dimensões, justificada em razão de elementos históricos, guarda sua importância à medida que demonstra que a evolução desses direitos está diretamente ligada às lutas sociais travadas durante o desenvolvimento do Estado Moderno.

Além da classificação dimensional, oportuno se faz o enfoque dos direitos fundamentais sob o critério funcional, formulado por Robert Alexy em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, por meio do qual esses direitos podem ser divididos, a depender da função que é desempenhada no caso concreto, em direitos de defesa e direitos prestacionais.

Os direitos de defesa, na acepção de Robert Alexy, pressupõem a abstenção do Estado frente à liberdade dos indivíduos; os direitos prestacionais, por outro lado, requerem a prática de atos concretos por parte do Poder Público.

Por meio dessa divisão é possível identificar a predominância⁶ dos direitos fundamentais sociais como “direitos prestacionais”, característicos do advento do Estado Social, que em lugar de se satisfazerem mediante uma abstenção estatal, como é o caso dos direitos de defesa - típicos do Estado Liberal, requerem ação positiva que se traduz na prestação de algum bem ou serviço⁷.

A concretização dos direitos prestacionais, além dos limites jurídicos impostos pelo princípio da separação dos poderes e pela discricionariedade administrativa, envolve problemas de natureza econômica que não se fazem presentes de maneira tão acentuada nos direitos de defesa, o que acarreta reflexos distintos em termos de eficácia e efetividade.⁸

De acordo com o estudo realizado por Holmes e Sunstein, os direitos de defesa também geram custos para o Estado, pois a garantia das liberdades públicas também

⁶ Ressalte-se que nem todos os direitos fundamentais sociais correspondem a direitos prestacionais. Dentre eles pode haver típicos direitos de defesa, os quais requerem apenas uma abstenção estatal, como é o caso do direito à liberdade de associação sindical, o direito de greve, etc. Essa constatação, todavia, não desqualifica a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações. Nesse sentido, veja-se: SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 44. Conferir também: GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 10.

⁷ Canotilho define que os direitos prestacionais significam, em sentido estrito, o direitos dos particulares obterem algo por meio do Estado (educação, saúde, assistência social, etc.). CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

⁸ CALIENDO, Paulo. *Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 196.

importa em alocação de recursos para aparelhar os órgãos estatais dispostos a esse fim.⁹ Mesmo tendo em conta que os direitos de defesa e os prestacionais importam dispêndio de recursos públicos, ainda reputa-se útil a distinção efetuada, pois o déficit de efetividade, por um complexo de fatores, concentra-se nos direitos prestacionais, realidade que demonstra válida a classificação.

Efetuada a distinção entre direitos de defesa e direitos prestacionais, percebe-se que aqueles, por simplesmente se concretizarem ante a abstenção do Estado, não suscitam problemas em sua aplicação. Já os direitos prestacionais, por demandarem atividades positivas do Estado, com o dispêndio de recursos públicos, encontram barreiras para sua efetivação, conforme se apresentará a seguir.

2.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Um dos argumentos contrários à concretização dos direitos fundamentais sociais se refere ao fato de que o princípio da separação dos poderes impediria a atividade do Poder Judiciário nas funções reservadas ao Poder Executivo e Legislativo.

Os autores perfilhados a esta tese argumentam que os poderes do Estado possuem função própria e indelegável. Dessa forma, caberia apenas ao Legislativo e ao Executivo escolher as prioridades orçamentárias e implementar as políticas públicas, restando vedado ao Poder Judiciário interferir nas matérias reservadas aos representantes eleitos pelo povo.

Nesse sentido, Rafael Bicca Machado afirma que as decisões judiciais na seara dos direitos prestacionais maculam o princípio democrático, vez que os juízes, por falta de mandato popular, não poderiam decidir sobre as prioridades orçamentárias.¹⁰

Paulo de Tarso Brandão entende que a questão deve ser analisada por meio da revisão do conceito de legitimidade democrática, pois não é concebível que, após todas as transformações sociais ocorridas ao longo da evolução do Estado, apenas a representatividade obtida pelo voto popular concentre o poder legítimo de decisão sobre escolhas que repercutem no campo da concretização dos direitos fundamentais.¹¹

Nesse caminho, para o equacionamento do tema, faz-se necessário interpretar o princípio separação dos poderes em razão do momento histórico de sua formulação. Sabe-se que a origem deste princípio se encontra na obra de Montesquieu, que o concebeu, no século XVIII, com o fim de combater o absolutismo presente na fase inicial do Estado Moderno.

⁹ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 71-73.

¹⁰ MACHADO, Rafael Bicca. *Cada um em seu lugar: cada um com sua função*. Apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. Revista Direito e Economia. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 43.

¹¹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Atividade jurisdicional, políticas públicas e orçamento*, in OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de [et al.]. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 305.

A separação dos poderes cumpriu o seu papel histórico como princípio liberal de oposição e resistência do cidadão frente ao Estado Absolutista. No entanto, o atual estágio de desenvolvimento do sistema constitucional impinge a flexibilização deste dogma para fazer valer a dimensão real dos direitos fundamentais sociais.

Esse princípio liberal deve ser interpretado à luz do sistema constitucional contemporâneo de proeminente matriz social, levando em conta que a separação de poderes não está mais centrada exclusivamente “em razões preponderantes de formalismo na proteção de direitos individuais, conforme o teor clássico de sua elaboração inicial e finalidade precípua do velho liberalismo”.¹²

Andréas Joachim Krell afirma que a revisão do princípio da separação dos poderes, com o conseqüente incremento da atividade jurisdicional, é de fundamental importância para a correção do atual déficit de concretização constitucional, “visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.”¹³

Como bem lembra Oswaldo Luiz Palu, “tão importante como a legitimidade democrática de quem governa é a conformação dos atos governamentais com os princípios gerais constitucionais”, sendo que a atividade do Poder Judiciário, na seara dos direitos fundamentais sociais, “é legitimada em parte pela invocação dos direitos da minoria contra a vontade da maioria e em parte pelo argumento de que em algumas raras instâncias a democracia não se corrige sem a intervenção judicial.”¹⁴

O princípio da separação dos poderes, quando em jogo a concretização de direitos fundamentais sociais, vem sendo revisto pelos Tribunais pátrios. Em decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal, proferida na ADPF n. 45, o Ministro Celso de Mello propõe a relativização do princípio da tripartição dos poderes no intuito de preservar condições materiais de existência digna à população.¹⁵

Aventar o princípio da separação dos poderes para obstar a atividade do Poder Judiciário na seara dos direitos prestacionais existenciais equivale a perpetuar a arbitrariedade do Poder Executivo, tornando a função judicial co-responsável pela burla à Constituição e aniquilação do interesse público.

Além da alegação de violação à separação dos poderes, o fato de o Poder Judiciário determinar comportamentos positivos ao administrador público, substituindo o Executivo no exame de tais medidas, suscita, conforme se demonstrará a seguir, discussão acerca da invasão da esfera discricionária da Administração Pública.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 65.

¹³ KRELL, Andréas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 22.

¹⁴ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 116.

¹⁵ STF. ADPF 45 MC/DF. Rel. Celso de Mello. 29 de abril de 2004. Ver também: STF. RE-AgR 410715/SP. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento: 22/11/2005. Segunda Turma. DJ 03.02.2006.

2.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Nos primórdios do Estado Moderno a discricionariedade administrativa era ampla. Entendia-se que os atos administrativos se situavam em âmbito que os juízes não poderiam adentrar. À medida que o modelo estatal foi se desenvolvendo surgiu a necessidade de se aprimorar o controle exercido sobre o mérito administrativo.¹⁶

O paradigma de atuação jurisdicional presente no Estado Liberal refletia o próprio modelo administrativo da época, caracterizado pela atuação social diminuta e ausência de responsabilização dos agentes políticos. No Estado Liberal ainda predominava a ideia de que “não se poderia pretender que o juiz fosse avaliar se a administração tinha bem ou mal curado o interesse público”.¹⁷

Com o surgimento do Estado Social, moldado pelas modernas Constituições, consolidou-se o compromisso da Administração Pública em materializar os direitos fundamentais sociais. Por consequência, limites à discricionariedade administrativa passaram a ser desenvolvidos para combater as omissões estatais.¹⁸

Reconhece-se que a formulação de políticas públicas reside nas esferas funcionais do Poder Legislativo e Executivo, com liberdade de conformação para traçar os meios de cumprir os objetivos sociais constitucionais. No entanto, em bases excepcionais, caracterizadas por violação de direitos ínsitos à dignidade humana, o Poder Judiciário pode intervir para corrigir a distorção do sistema e preservar seu equilíbrio (*checks and balances*).¹⁹

Em muitos casos, a implementação de direitos prestacionais existenciais esbarra na mera alegação de ofensa à discricionariedade administrativa, aventada pela suposta invasão do Judiciário na liberdade de escolha do administrador público. Isso se constitui em um falso problema, quando na verdade o que pode impedir o Poder Judiciário de atuar em prol da realização de determinados direitos prestacionais é a complexidade técnica que os permeia.²⁰

Deste modo, Oswaldo Luiz Palu afirma que a alegação de pretensa infração à discricionariedade administrativa se revela mais como uma desadequação orgânica-

¹⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 49.

¹⁷ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1970. vol. I, p. 478. Apud, PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 217.

¹⁸ GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 14.

¹⁹ STF. ADPF 45 MC/DF. Rel. Celso de Mello. 29 de abril de 2004.

²⁰ Luiz Palu assevera que “os termos “oportunidade” e “conveniência” – palavras equívocas e quase míticas no Direito Público – devem ser substituídos por um real limite à jurisdição na função de controle de conformidade: desadequação orgânico-funcional para tratar processualmente de certos temas, mais aptos à decisão de governo ou legislativa.” PALU, op. cit., p. 378.

funcional do Poder Judiciário em decidir questões de elevado grau técnico, para o qual não estaria estruturalmente preparado.²¹

Diante da existência de mais de um meio para a satisfação de direitos prestacionais básicos, identifica-se espaço de decisão discricionária do administrador público, o que não significa que ele tenha a opção do “não-fazer”. Se assim não for, percebe-se que a omissão estatal se tornará mais vinculativa do que o próprio comando constitucional.²²

Resta claro que o Poder Judiciário, ao determinar a concretização de direitos fundamentais sociais ligados à dignidade humana, em face de omissões administrativas, não está a interferir ilegitimamente na esfera do mérito administrativo. A este Poder, como guardião da Constituição, cabe assegurar a conformidade da atuação administrativa estatal aos ditames constitucionais.

2.4 RESERVA DO POSSÍVEL

A expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) foi cunhada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em caso paradigmático que versou sobre “pedido de um cidadão de que lhe fosse assegurado a liberdade de escolha da profissão com a garantia de vaga no ensino superior público embora não houvesse vagas suficientes.”²³

Na ocasião, o Tribunal alemão decidiu pela negativa à prestação reclamada, sob o entendimento de que a possibilidade de concessão de um direito está diretamente relacionada àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade ou da responsabilidade do destinatário em prover seu próprio acesso a um direito.²⁴

De acordo com o modo em que foi absorvida pela doutrina brasileira, além da escassez de recursos, a cláusula da reserva do possível abarca o obstáculo jurídico representado pela competência parlamentar em matéria de lei orçamentária, que envolve controvérsia acerca da legitimidade do Poder Judiciário para operacionalizar a imediata alocação de recursos por meio de decisões judiciais que concretizam direitos prestacionais.

²¹ Ibid., p. 241. No mesmo sentido: TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 64; GOUVÊA, op. cit., p. 205.

²² Luiz Palu afirma que “se a discricionabilidade é um instrumento para que seja adotada a melhor solução para o caso concreto, evidentemente não será eficiente uma conduta omissa ou negligente. O corolário é a possibilidade de constranger uma administração recalcitrante a agir, se presentes a obrigação legal ou valores constitucionais relevantes, nas condições fáticas que forem possíveis no momento.” PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2004. p. 241.

²³ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Falta de recursos do estado, direitos fundamentais e escolhas democráticas*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Jose Luis B de; STRECK, Lenio Luiz (org.); *Estudos Constitucionais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 319.

²⁴ CALIENDO, Paulo. *Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 196.

Neste sentido, não obstante a existência de recursos financeiros para a satisfação de direitos prestacionais invocados em juízo, a reserva do possível jurídica conduziria à impossibilidade de o Poder Judiciário intervir nos critérios de alocação de recursos propostos pelo Poder Executivo e votados pelo Legislativo (art. 165, CR/88), em respeito ao princípio de reserva parlamentar em matéria orçamentária - reflexo do princípio da separação dos poderes.

A programação orçamentária elaborada pelo Poder Executivo (iniciativa e execução) e Legislativo (aprovação e controle), entretanto, não é imune à intervenção judicial quando em causa a proteção de direitos prestacionais diretamente ligados à dignidade humana. Segundo Robert Alexy os direitos fundamentais são posições tão relevantes que sua outorga ou não-outorga não pode ficar nas mãos de maioria parlamentar.²⁵

Nesse caminho, o Supremo Tribunal Federal tem prestigiado a proteção dos direitos fundamentais sociais existenciais, inclusive em casos de conflito com a cláusula da reserva do possível. Caso paradigmático se encontra na Petição 1.246-1/SC, no qual se discutiu o fornecimento de tratamento médico a ser realizado em clínica norte-americana, ao custo de US\$ 163.000,00 (cento e sessenta e três mil dólares), à menor de idade portador de *Distrofia Muscular de Duchene*, doença rara caracterizada pela degeneração de células musculares, que ocasiona a morte prematura do paciente.

No caso citado, o Estado de Santa Catarina, além da alegação de ofensa ao princípio da separação dos poderes, sustentava que a referida obrigação violava os artigos 100 e 167, I e II da CR/88, que vedam o início de programas e projetos não incluídos em lei orçamentária anual.

O Ministro Celso de Mello, então no exercício da Presidência do Tribunal, por despacho singular, manteve a ordem judicial que concedeu o tratamento médico, mesmo diante da inexistência da previsão de recursos orçamentários, com base no argumento de que o “respeito indeclinável à vida” prevalece sobre o “interesse financeiro e secundário do Estado”.²⁶

Da análise da referida decisão, percebe-se que o Ministro Celso de Mello “reconhece que a competência orçamentária não é um princípio absoluto e que, em detrimento deste, os direitos fundamentais sociais podem ter um peso maior”.²⁷

Essa perspectiva sobre o tema resulta na adoção da premissa de que, em casos de omissões administrativas, a exaustão da capacidade orçamentária deve ser comprovada objetivamente, não servindo a mera alegação formal da falta de recursos como subterfúgio para os casos em conflito.²⁸

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 450.

²⁶ STF. Agravo Regimental em Petição n. 1246-1. Diário Oficial da União de 13.02.1997.

²⁷ LEIVAS. Paulo Gilberto Cogo Leivas. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 121.

²⁸ GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 88. No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner.

Sobressai, dessa forma, que a principal barreira para a efetivação dos direitos fundamentais sociais é constituída pela reserva do possível fática, “pois as prestações positivas fornecidas pelo Estado encontram limites na riqueza nacional ou na situação econômica de um país, visto que não se deve acreditar na utópica inesgotabilidade dos recursos públicos.”²⁹

A concretização de direitos prestacionais não pode ser feita sem consideração à cláusula da reserva do possível, pois, a limitação do PIB brasileiro não comporta a ampla satisfação de todos os direitos sociais da população. Contudo, se o Poder Judiciário permanecer inerte diante das omissões estatais que frustram o fornecimento de condições materiais mínimas de existência, “reduziremos a eficácia dos direitos fundamentais a quase nada e relegaremos ao Judiciário um papel de mero expectador das mazelas nacionais, o que não é desejável”.³⁰

Conforme será demonstrado, a cláusula da reserva do possível deve ser sopesada com o grau de essencialidade material do direito reclamado, de forma que a preponderância da fundamentalidade do direito, no caso concreto, poderá restringir a incidência da reserva do possível.

3 A BUSCA PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O presente artigo não objetiva o aprofundamento na análise de direitos fundamentais sociais específicos, tais como o direito à saúde, à educação e à assistência social aos desamparados; em lugar disso, prioriza a busca de critérios e elementos que possam auxiliar na aplicação e concretização dessa categoria de direitos.

3.1 A APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO UM MANDADO DE OTIMIZAÇÃO

O surgimento do Estado Social trouxe consigo um novo tipo de constitucionalismo, com matriz essencialmente principiológica, mais afinado com diretrizes hermenêuticas de natureza concretista, escoradas no princípio da dignidade humana. Em virtude da Constituição brasileira ostentar natureza compromissária, abarcando ideias por vezes conflitantes, não há como se conceber um sistema autônomo de direitos fundamentais (lógico-dedutivo), pelo contrário, o sistema se apresenta num contexto principiológico - “aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante.”³¹

Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 32.

²⁹ SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais: Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 183.

³⁰ ANDRADE SILVA, Ana Cristina Monteiro. O poder judiciário como efetivador dos direitos fundamentais. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, Ano XI, n. 37, abr./jun. 2007. p. 22.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 77.

A concepção do sistema normativo como uma estrutura formada por regras e princípios alterou de forma significativa as bases do positivismo jurídico. A nova hermenêutica constitucional, ao mesmo tempo em que incrementa a compreensão dos princípios e valores constitucionais, distancia-se da concepção programática dos direitos fundamentais e “faz com que o polo de tensão do direito constitucional passe dos conflitos advindos das relações entre os poderes para a esfera dos direitos fundamentais.”³²

Robert Alexy desenvolveu a teoria dos direitos fundamentais que se utiliza da distinção qualitativa entre regras e princípios. Segundo o professor alemão, “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser”.³³ A diferença reside no fato de que os princípios atuam como mandados de otimização, ou seja, normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, ao passo que as regras se comportam como normas que ou são cumpridas ou não o são.³⁴

Quando em conflito, os princípios apresentam a dimensão do peso, a prevalência de um princípio sobre outro se fará por meio da técnica da ponderação no caso concreto. Já no caso das regras o conflito será resolvido pela exclusão (tudo ou nada), com base nos critérios da hierarquia, da cronologia e da especialidade.³⁵

Nesse diapasão, o § 1º do artigo 5º da CR/88,³⁶ que determina a auto-aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais, pode ser interpretado, no sentido da teoria de Robert Alexy, como uma norma-princípio (mandado de otimização), a ser realizada na maior medida possível, levando-se em conta as “possibilidades econômicas, sociais e administrativas subjacentes ao problema”.³⁷

A interpretação da 'aplicabilidade imediata' como um mandado de otimização se mostra adequada para a solução dos conflitos que envolvem a efetivação dos direitos fundamentais sociais,³⁸ pois, diante dos óbices representados pelo princípio da separação

³² AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?* SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 93-94.

³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87. O autor afirma que os princípios e as regras “podem ser formulados por meio de expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente.” *Ibid.*, p. 87.

³⁴ *Ibid.*, p. 90-91.

³⁵ *Ibid.*, p. 93-94.

³⁶ “Art. 5º [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

³⁷ MELLO, Cláudio Ari. Os Direitos Sociais e a Teoria Discursiva do Direito. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 224, abr./jun., 2001. p. 281-282. No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 p. 249-250; Ver também: TRF 4ª. Embargos Infringentes em AC n. 1999.04.01.014944-9/RS, Publicado no D.J.U. De 11/05/2005.

³⁸ De acordo com Cláudio Ari Mello, sob esta perspectiva, “a reserva do possível converte-se em um argumento de princípio a ser contraposto e analisado em contraste com o princípio da auto-aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais.” MELLO, op. cit., p. 283.

dos poderes e pela reserva do possível, poder-se-á aferir qual o grau de aplicabilidade imediata desses direitos, a fim de possibilitar sua máxima concretização.

3.2 APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS – A QUESTÃO REFERENTE À POSITIVAÇÃO EM NORMAS PROGRAMÁTICAS

Muito se discute a respeito da possibilidade de os direitos fundamentais sociais serem exigidos dos Poderes Públicos independentemente de integração legislativa ordinária, ou seja, da hipótese de se reivindicar um direito fundamental social com fundamento direto na Constituição (ex.: direito à saúde – artigo 196 da CR/88).

A problemática acerca da efetividade se encontra sobremaneira na esfera dos direitos prestacionais, já que os direitos de defesa, por dependerem preponderantemente de abstenções do Estado e estarem positivados na maioria dos casos sob a forma de regras, não suscitam maiores controvérsias a respeito de sua aplicação.

Os direitos prestacionais, muitas vezes por estarem positivados em normas-princípio, são concebidos como metas programáticas, o que condicionaria sua concretização à hipótese de interposição legislativa superveniente.

Há que se atentar, no entanto, para o fato de que normas-princípio também podem conter eficácia positiva. Do contrário, percebe-se que a normatividade constitucional restaria esvaziada, não havendo como combater omissões administrativas que vulnerarem direitos fundamentais sociais. Ana Paula de Barcellos ressalta que negar eficácia positiva às normas-princípio equivaleria a “admitir que os governantes não estão vinculados à norma constitucional de forma relevante, podendo simplesmente ignorar seus comandos sem qualquer consequência jurídica.”³⁹

Eros Roberto Grau critica a tripartição clássica das normas constitucionais no ponto em que esta concebe as normas programáticas como exortações destituídas de eficácia positiva. O autor afirma que condicionar a concretização dos direitos fundamentais sociais à edição de normas pelo legislador infraconstitucional constitui uma inversão da hierarquia das normas jurídicas, pois a inércia do legislador ordinário significaria a “revogação de fato” da norma constitucional.⁴⁰

Apesar da respeitável crítica elaborada pelo autor, não se pode negar a existência de direitos fundamentais sociais positivados em normas programáticas que necessitam de mediação legislativa para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, Ingo Sarlet defende que a depender da norma programática, a mediação legislativa poderá ser necessária ou não, caso

³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 204-205.

⁴⁰ Eros Grau sustenta que “as normas constitucionais *programáticas*, sobretudo as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.” GRAU, Eros Roberto. *Direitos, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. p. 126.

que será verificado tendo em vista a densidade normativa que avulta do comando constitucional.⁴¹

Assim, ao lado das normas carecedoras de integração legislativa para surtirem efeitos, encontram-se também normas programáticas que definem direitos prestacionais dotados de eficácia positiva e, na forma de normas-princípios, possibilitam a aplicação direta do direito subjetivo previsto no texto constitucional. O caráter principiológico desse tipo de normas propicia a utilização do processo ponderativo como instrumento de densificação de seu conteúdo no caso concreto, de modo a torná-las exigíveis diretamente da Constituição.

Nessa esteira, pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais definidos em normas-princípios da Constituição, quando consagrarem direitos subjetivos, não poderão ser cerceados pelo simples argumento de que estão positivados em normas programáticas, destituídas de qualquer eficácia positiva antes de interposição legislativa (*leges imperfectae*). Percebe-se que a utilização genérica desta argumentação redundaria na impossibilidade de imposição judicial de prestações positivas aos administradores públicos que se omitem na implementação dos direitos fundamentais sociais.⁴²

Percebe-se, dessa forma, que muitos direitos subjetivos, por estarem na forma de normas-princípios, são entendidos como normas programáticas, o que equivaleria inferir que necessitam de integração pelo legislador infraconstitucional, quando na verdade possuem, em muitos casos, eficácia positiva apta a sustentar exigibilidade judicial.

3.3 A PROTEÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Ingo Sarlet relata que “a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna”⁴³ foi sustentada pelo jurista alemão Otto Bachof, no início da década de 1950, e, desde então, a noção de garantia fundamental ao mínimo existencial passou a ser reconhecida pela jurisprudência alemã.

A doutrina alemã do Segundo Pós-Guerra se fundou na ideia de que a garantia de “condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações.”⁴⁴ Neste caminho, a atividade jurisprudencial da Corte Constitucional resultou no reconhecimento definitivo do *status* constitucional da garantia do mínimo existencial.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 p. 245 e p. 247.

⁴² OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006. p. 103-104.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 19.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 20.

Não existe definição apriorística do mínimo existencial, posto que pode ser variável no tempo e no espaço, de acordo com o patamar de evolução econômico-social de determinada comunidade, devendo sua interpretação “levar em consideração a realidade circundante (cultura, social, geográfica e climática, etc.) e as circunstâncias pessoais do titular.”⁴⁵

A amplitude do conceito de mínimo existencial refletirá o consenso social sobre o núcleo material do princípio da dignidade humana em determinado momento histórico. Além de ser concebido como uma proteção à integridade física do indivíduo, o mínimo existencial representa a obrigação do Estado em propiciar meios que estimulem o desenvolvimento da autonomia do ser humano.⁴⁶

A noção de mínimo existencial constitui um *topoi* que reforça a tese do reconhecimento judicial de pretensões jurídico-subjetivas a prestações materiais do Estado. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já proferiu decisões que se fundamentam expressamente na noção de mínimo existencial, como é caso da decisão paradigmática proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADPF n. 45, na qual se encampou a possibilidade do controle judicial de políticas públicas quando em causa a proteção ao mínimo existencial.⁴⁷

Ingo Sarlet afirma que a reserva do possível não pode obstar a concretização judicial de direitos prestacionais afetos ao mínimo existencial.⁴⁸ A afirmativa do autor, no sentido de que o mínimo existencial se configura em direito subjetivo que se sobrepõe ao obstáculo da reserva do possível guarda coerência com o princípio da dignidade humana e com o princípio do Estado Social. Contudo, a indeterminação do alcance e conteúdo de proteção do mínimo existencial relativiza esse postulado.⁴⁹

Nesse sentido, Flávio Galdino questiona a corrente que entende ser o mínimo existencial sempre exigível. Segundo o autor, da mesma forma que os demais direitos sociais, a exigibilidade do mínimo existencial está condicionada à limitação de recursos, ressaltando, apenas, que a característica essencial e prioritária inerente ao mínimo

⁴⁵ Ibid., p. 22.

⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 197-198.

⁴⁷ STF. ADPF 45 MC/DF. Rel. Celso de Mello. 29 de abril de 2004. Conferir também: STF. RE-AgR 410715/SP. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento: 22/11/2005. Segunda Turma. DJ 03.02.2006.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 p. 37. No mesmo sentido: BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 194.

⁴⁹ SARLET, op. cit., p. 43. Robert Alexy afirma que é difícil precisar as prestações materiais que estão abrangidas no conceito de mínimo existencial. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 427-428.

existencial torna mais difícil sua restrição pela incidência da cláusula da reserva do possível.⁵⁰

Assim, ao reafirmar que não existem direitos absolutos - “nada que custa dinheiro é absoluto”⁵¹ – o autor destaca que os direitos subjetivos básicos variam de acordo com as condições de cada tempo, lugar e recursos, ou seja, “tudo isto influi sobre a configuração dos direitos e a respectiva exigibilidade, parecendo correto acompanhar Sunstein e Holmes quando afirmam que os custos influem sobre a própria conceituação dos direitos.”⁵²

É intuitivo que a escassez de recursos também deve ser levada a sério. Apesar de o mínimo existencial ser exigível diretamente da Constituição, sem a necessidade de interposição legislativa, não se pode afirmar, com a mesma convicção, que a sua efetivação se fará sem levar em conta as limitações fáticas atinentes à reserva do possível, principalmente em países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil.⁵³

De outro lado, impende reconhecer que o mínimo existencial não pode deixar de ser concedido por argumentos que se utilizem da desculpa genérica de falta de recursos, sem comprovação objetiva, ou que indiquem a falta de densidade normativa ou falta de integração legislativa infraconstitucional.

Neste passo, mostra-se útil a adoção da teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy, na qual os direitos prestacionais são considerados direitos subjetivos *prima facie* - mandados de otimização - que poderão ser restringidos no caso concreto, sobretudo, em virtude dos limites de cunho econômico e político.⁵⁴

Percebe-se que a concepção dos direitos prestacionais como posições jurídicas *prima facie*, em consonância com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, não enfraquece a carga de eficácia daqueles direitos sociais que estão na região fronteira do âmbito de proteção do mínimo existencial.

Nesse sentido, o instrumental teórico desenvolvido por Robert Alexy pode ser utilizado com proveito para a busca da efetividade dos direitos fundamentais prestacionais no Brasil, sobretudo com vistas à proteção do mínimo existencial, conforme se demonstrará, em linhas gerais, no item seguinte.

3.4 MODELO PONDERATIVO DE ROBERT ALEXY

⁵⁰ GALDINO, Flávio. *O Custo dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 248-249. No mesmo sentido: AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 185.

⁵¹ GALDINO, op. cit., p. 267.

⁵² Ibid., p. 267-268.

⁵³ GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 121.

⁵⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006. p. 113.

É certo que quando se está em jogo a efetivação dos direitos prestacionais não há como elaborar dogmas com o intuito de resolver a questão na ideia do tudo ou nada, seja no sentido de negar *a priori* a sindicabilidade de direitos prestacionais “remetendo a uma visão autoritária de mérito do ato administrativo e de separação dos poderes”⁵⁵, seja na adoção de concepção absolutista na qual direitos fundamentais sociais devem ser concretizados pelo Judiciário sem qualquer consideração sobre “restrições orçamentárias, complexidade da matéria, impacto nas políticas gerais de inclusão social, entre outras.”⁵⁶

Frente a este problema, tendo como norte a efetivação dos direitos sociais fundamentais, Robert Alexy concebeu estes direitos como posições jurídicas *prima facie* (mandados de otimização), que podem ser limitadas em graus variados, a depender do caso concreto. A norma-princípio, que abarca inicialmente extenso rol de opções possíveis para sua concretização, será reduzida em exame de ponderação ao alcance que sacrifique em menor escala os interesses colidentes.⁵⁷

O modelo ponderativo formulado pelo professor alemão é muito útil para aferir a exigibilidade, na medida das possibilidades, de direitos fundamentais sociais em face dos princípios jurídicos (separação dos poderes) e limites fáticos (reserva do possível) contrapostos, ou seja, para averiguar qual princípio tem maior peso.⁵⁸

Conforme descrito em linhas anteriores, a reserva do possível se configura no maior obstáculo à efetivação dos direitos prestacionais. Verifica-se que, em razão de os direitos fundamentais sociais coexistirem dialeticamente com a cláusula da reserva do possível, a ponderação entre eles se efetuará no caso concreto.

O autor alemão defende que, mesmo nos casos em que um direito prestacional estiver positivado na forma de regra, sua posição jurídica será concebida como um princípio para efeitos de ponderação com os limites opostos. Assim, a colisão se fará entre o princípio da liberdade fática, que representa a fundamentalidade do direito prestacional, contraposto com o princípio da separação dos poderes, princípio orçamentário e, também, com a cláusula da reserva do possível.⁵⁹

⁵⁵ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?* SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 107.

⁵⁶ CALIENDO, Paulo. *Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 199.

⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 127-128.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 517. Robert Alexy afirma que “uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão”. *Ibid.*, p. 296.

⁵⁹ Robert Alexy sustenta que: “mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária a sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras.” *Ibid.*, p. 511-512. No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 324.

Desse modo, em vez de cerrar a hipótese de concretização de direitos subjetivos diretamente do texto constitucional, abre-se espaço a um sistema dúctil em prol da maximização dos direitos fundamentais sociais, com possibilidade do reconhecimento judicial destes quando sua satisfação importar em sacrifício menor do que a quebra de seus limites opostos, ocasião em que poderá se tornar um direito definitivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do Estado Moderno foi acompanhado da ampliação do rol dos direitos fundamentais. O Estado liberal caracterizado pela consagração dos direitos civis e políticos, cuja efetividade dependia tão-somente da abstenção estatal, deu lugar ao Estado Social, qualificado pelo imperativo constitucional de implementação dos direitos de igualdade, também denominados de direitos fundamentais sociais, que visam à proteção da dignidade da pessoa humana.

A partir de então os direitos fundamentais sociais se tornaram o eixo das Constituições contemporâneas. Contudo, entre o reconhecimento desses direitos e sua efetiva concretização ainda existe um grande vácuo decorrente, sobretudo, do apego à hermenêutica constitucional do Estado Liberal, calcada na separação rígida entre os Poderes.

O princípio liberal da separação dos poderes, com a conseqüente abstenção dos magistrados em determinarem prestações ao Poder Executivo, não condiz com o Estado Social que se pretende instituir no Brasil com a promulgação da Constituição da República 1988.

O advento do Estado Social trouxe em seu bojo o alargamento das atividades do Estado com o acúmulo de novas funções. Verifica-se que a atuação estatal em áreas vulneráveis da população carente deve ser entendida como obrigação irrenunciável do Poder Executivo.

De fato, as omissões estatais em áreas como a saúde, educação e assistência social, revelam-se como a principal entrave à implementação material do Estado Social. Essa situação se perpetua, sobretudo, pela falta de controle judicial dessas omissões administrativas. Diante deste cenário avulta a importância do Poder Judiciário como partícipe na construção do Estado Social.

A fundamentalidade dos direitos prestacionais importa na garantia de proteção em face de limitações não justificadas por parte do Estado. A tutela jurisdicional deverá garantir, em que pese a discricionariedade política do administrador público, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais – compreendido no conceito de mínimo existencial, assim como um exame preciso de ponderação, racionalidade e proporcionalidade acerca dos óbices levantados pelo Estado na limitação da aplicabilidade desses direitos.

De modo contrário, haveria frustração dos objetivos constitucionais, vez que a omissão do administrador público se tornaria mais eficaz do que a vontade do constituinte,

ou seja, a inexistência de prestações positivas por parte do Estado seria mais vinculante do que a própria norma constitucional.

Não se pode perder de vista que a implementação dos direitos prestacionais se submete à reserva do possível, que limita e condiciona a efetividade desses direitos. Contudo, essa limitação há de ser compreendida de forma dialética por meio da ponderação dos princípios em conflito, não podendo ser utilizada a ideia tudo ou nada.

Assim, na esteira da teoria desenvolvida por Robert Alexy, os direitos prestacionais elencados no texto constitucional, independentemente de intermediação legislativa ordinária, não de ser concebidos como posições jurídicas *prima facie* (mandados de otimização), que comportarão graus variados de eficácia a depender do resultado da ponderação com os interesses colidentes no caso concreto, tendo sempre em conta a máxima eficácia dos direitos fundamentais sociais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____; MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?* SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDRADE SILVA, Ana Cristina Monteiro. O poder judiciário como efetivador dos direitos fundamentais. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, Ano XI, n. 37, abr./jun. 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Atividade jurisdicional, políticas públicas e orçamento*, in OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de [et al.]. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Falta de recursos do estado, direitos fundamentais e escolhas democráticas*. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Jose Luis B de; STRECK, Lenio Luiz (org.); *Estudos Constitucionais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discrecionalidade Administrativa no Estado Constitucional de Direito*. Curitiba: Juruá, 2001.

CALIENDO, Paulo. *Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GALDINO, Flávio. *O Custo dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Direitos, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

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

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

MACHADO, Rafael Bicca. *Cada um em seu lugar: cada um com sua função*. Apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. *Revista Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

MELLO, Cláudio Ari. Os Direitos Sociais e a Teoria Discursiva do Direito. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 224, abr./jun., 2001.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais: Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.