

A efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário e a reserva do possível¹

The effective social rights by judiciary and the Reserve of possible

Débora Cristina Roldão Bedin²

Resumo

O presente artigo versa acerca da efetivação dos direitos sociais prestacionais pelo Poder Judiciário em face dos obstáculos impostos pelo princípio da reserva do possível. Inicialmente, foi realizada uma breve abordagem sobre a classificação dos direitos fundamentais, enfatizando, sobretudo, o conteúdo dos direitos sociais prestacionais, os quais têm por objetivo uma conduta positiva do Estado, exigindo para sua concretização a existência de recursos materiais. Após, o estudo foca-se na questão da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais de direitos sociais, destacando que o problema da implementação dos direitos sociais de cunho prestacional não depende apenas de especificação de seu conteúdo normativo, mas, principalmente, da alocação dos recursos indispensáveis para atingir o fim almejado. Sobre o assunto, aborda-se o significado da cláusula da reserva do possível, analisando alguns entendimentos existentes na doutrina nacional do que seria possível e razoável exigir do Estado diante da escassez de recursos estatais suficientes a atender toda a demanda social. Por fim, analisa a possibilidade de o Poder Judiciário concretizar e implementar os direitos sociais prestacionais necessários à satisfação do mínimo existencial, garantido condições indispensáveis à dignidade humana.

Palavras Chave: Direitos sociais prestacionais; Efetivação; Reserva do possível; Poder Judiciário; Mínimo existencial.

Abstract

This paper focuses on the realization of social rights prestaciones by the judiciary in the face of obstacles imposed by the principle of reserve possible. Initially, we had a brief introduction on the classification of fundamental rights, emphasizing especially the content of social rights prestaciones, which aims to positive conduct of the state, requiring for its implementation the existence of material resources. After the study focuses on the applicability and effectiveness of constitutional social rights, stressing that the problem of implementing human rights oriented social service component depends not only on the specification of its normative content, but mainly the allocation of resources indispensable to attain the objective pursued. On the subject, addresses the meaning of the reserve clause as possible, analyzing

¹ Artigo apresentado à Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito do Estado, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Tânia Lobo Muniz.

² Bacharel em Direito graduada pela Universidade Estadual de Maringá em 1999.

some existing understandings in national doctrine than would be possible and reasonable to require the state due to the scarcity of state resources sufficient to meet all the social demand. Finally, it analyzes the possibility of the Judiciary realize and implement social rights prestaciones necessary to satisfy the minimum existence, by this way it would ensure preconditions for human dignity.

Keywords: *Social rights prestaciones; Effective; Reserve of possible; The Judiciary; Existential minimum*

Introdução

De acordo com o disposto no § 1º, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata.

Não obstante o contido no dispositivo constitucional supracitado, a eficácia e efetivação dos direitos fundamentais sociais constituem matéria complexa e controvertida.

Enquanto a plena aplicabilidade dos direitos negativos, sejam eles direitos individuais ou mesmo sociais, não costuma ser questionada, em virtude de não necessitarem, em regra, da intervenção ativa do Estado para sua efetivação, o mesmo não ocorre no âmbito dos direitos sociais em sua dimensão prestacional.

Isso porque, os direitos sociais prestacionais têm por objetivo uma conduta positiva do Estado, exigindo para sua concretização, tanto a criação de leis parlamentares, atos administrativos, mais, sobretudo, a alocação de recursos financeiros.

Assim, a cláusula da reserva do possível, a qual compreende a existência de disponibilidade de recursos financeiros pelo Estado e a razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público, passou a ser utilizada como argumento limitador às prestações estatais de cunho social.

Neste quadro, ante a limitação de recursos estatais suficientes a atender todas as demandas sociais, surge o questionamento sobre a legitimidade dos tribunais na efetivação desses direitos e quais seriam os limites de sua atuação.

Em vista disso, tem-se por escopo, com o presente artigo, demonstrar a possibilidade de o Poder Judiciário concretizar e implementar os direitos sociais prestacionais necessários à satisfação do mínimo existencial, correspondente ao conjunto de situações materiais indispensáveis à dignidade da pessoa humana.

Portanto, definido o objeto de investigação e selecionada a bibliografia a ser

utilizada, primeiramente foi realizada uma breve abordagem acerca da classificação dos direitos fundamentais, destacando-se o conteúdo dos direitos sociais prestacionais.

Em um segundo momento, foi retratado o problema da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais de direitos sociais prestacionais, ressaltando-se como o princípio da reserva do possível passou a ser o principal óbice à concretização desses direitos, analisando alguns entendimentos existentes na doutrina pátria do que seria possível e razoável se exigir do Estado.

Ao final, abordou-se o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais prestacionais em face dos obstáculos impostos pela cláusula da reserva do possível, enfocando a questão da separação dos poderes, e demonstrando a existência de direitos sociais básicos indispensáveis a assegurar o mínimo existencial, que sempre poderão ser exigidos judicialmente.

Breve classificação dos direitos fundamentais

Aplica-se o termo “direitos fundamentais” aos direitos do ser humano, reconhecidos e positivados no instrumento constitucional de determinado Estado.

Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 52) explica que “desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação”.

Nesse contexto, baseando-se nas mutações históricas e principalmente na ordem cronológica em que passaram a ser constitucionalmente tutelados, a doutrina tradicionalmente classifica os direitos fundamentais em primeira, segunda e terceira gerações.

Convém ressaltar que essas “gerações” ou, como preferem alguns doutrinadores, “dimensões”, não se superam ou se excluem, mas se agregam, convivendo numa relação de complementaridade.

Segundo Paulo Bonavides (2007, p. 563-565) e Sarlet (2008, p. 54-56), os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, a saber, os direitos civis e políticos. De caráter eminentemente individual, os direitos da primeira geração surgem nas primeiras constituições escritas, encontrando raízes na doutrina iluminista e jusnaturalista do século

XVII e XVIII e no pensamento liberal-burguês do século XVIII. Caracterizam-se como direitos de defesa do indivíduo em face do Estado, apresentando cunho negativo, já que dirigidos, em regra, a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos entes públicos.

Já os direitos da segunda geração nascem, em nível constitucional, no século XX, em oposição ao modelo de Estado liberal, em especial, nas Constituições do México (1917) e da República Alemã (1919). No Brasil, surgem a partir da Constituição de 1934. São os denominados direitos da igualdade, que visam a realização da justiça social, garantindo a liberdade por intermédio do Estado, e não mais a liberdade perante o Estado. Dentre esses direitos, incluem-se os direitos sociais, culturais e econômicos, denominados abreviadamente de direitos sociais. Destacam-se, principalmente, por sua dimensão positiva, na medida em que outorgam ao indivíduo, na maioria das vezes, direitos a prestações estatais.

Conforme Andreas Joachim Krell (2002, p. 19-20), os direitos fundamentais sociais “não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais”. Como bem realça o mencionado autor, o Estado, através de leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve não só definir, mas executar e implementar, de acordo com as circunstâncias, as denominadas “políticas sociais” (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que possibilitem o efetivo gozo dos direitos constitucionalmente tutelados.

Por sua vez, os direitos fundamentais da terceira geração, chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade, englobam o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, bem como o direito à comunicação. Consoante lição de Sarlet (2008, p. 56-57), não se destinam especificamente à proteção dos interesses do indivíduo, mas à proteção de grupos humanos, como família e nação, sendo, portanto, direitos de titularidade coletiva ou difusa.

No direito pátrio, impende destacar a doutrina de Paulo Bonavides (2007, p. 571), que reconhece a existência de uma quarta geração, resultante da globalização dos direitos fundamentais, composta pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Nos dizeres do aludido autor, desses direitos depende a concretização da sociedade aberta para

o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, resultando em uma democracia globalizada, na qual o homem configura a presença moral da cidadania.

Feita essa breve análise acerca da classificação dos direitos fundamentais, cabe discorrer especificamente sobre os direitos sociais prestacionais, objeto do presente estudo.

Os direitos sociais prestacionais

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, proclama serem direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a assistência aos desamparados e a proteção à maternidade e à infância.

É oportuno salientar que os direitos sociais acima enumerados não formam um grupo homogêneo no que se refere ao conteúdo e à positividade (KRELL, 2002, p. 21), encontram-se difusamente previstos no texto constitucional, tanto no citado artigo 6º e, sobretudo, nos artigos 7º a 9º e artigos 193 a 232.

Noutro enfoque, urge ponderar que os direitos sociais abrangem tanto os direitos de cunho positivo, como as liberdades sociais, as quais reclamam uma abstenção por parte do Estado, não dependendo de alocação de recursos e de concretização legislativa para sua plena eficácia. Assim, são exemplos de direitos sociais de defesa – liberdades sociais –, o direito de liberdade de sindicalização, o direito de greve, bem como os direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito de férias, repouso semanal, limitação da jornada de trabalho (SARLET, 2008, p. 55, 292 -294).

Consigna Gustavo Amaral (2004, p. 111) que não se pode negar que o direito de greve e o direito de sindicalização são típicos direitos sociais, não reclamando qualquer prestação positiva do Estado, ao contrário, requerem sua abstenção. Não havendo qualquer diferenciação estrutural seja na regra normativa, seja na aplicabilidade, entre o direito de sindicalização e o direito de livre associação, que é tipicamente individual. Logo, tem-se que a efetividade social dos direitos negativos é mais simples, já que exige apenas um não fazer do Estado, não demandando, comumente, custos e aparato estatal.

Por conseguinte, inexistem maiores controvérsias acerca da plena eficácia e justiciabilidade dos direitos de defesa, sejam eles direitos individuais ou sociais, em virtude de não se subordinarem, em regra, à intervenção ativa do Estado para sua concretização.

Por seu turno, os direitos sociais prestacionais, diversamente do que ocorre no âmbito dos direitos de defesa, têm por objeto conduta positiva do Estado, consistente em prestação de natureza fática, jurídica e material, reclamando uma postura ativa dos entes públicos no campo econômico e social, bem como na esfera legislativa.

Isso porque, consoante Sarlet (2008, p. 304), os direitos sociais prestacionais encontram-se intimamente ligados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, assim como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos que deles necessitem.

Paulo Bonavides (2007, p. 564-565) observa que os direitos sociais passaram por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em razão de sua natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos, tendo sido remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade (negativos). Nesse ponto, destaca que os direitos sociais atravessaram uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que as mais recentes Constituições, inclusive a brasileira, formularam o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Assim, em razão de demandarem uma maior prestação estatal, permanece cada vez mais importante e atual o debate acerca da eficácia e aplicabilidade dos direitos sociais em sua dimensão prestacional.

A aplicabilidade e eficácia das normas de direitos sociais prestacionais em face do § 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal

Consoante o disposto no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Nesse contexto, diante da expressa disposição constitucional, não há, em princípio, regime jurídico diferenciado entre os direitos negativos e os direitos sociais prestacionais.

Contudo, a inexistência de distinção de regime pelo texto constitucional, não torna simples a questão dos direitos prestacionais, não se podendo afirmar que a norma contida no § 1º, do artigo 5º, da Carta Magna, por si só, seja suficiente para transformar todos os

direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de eficácia plena.

Com propriedade, Sarlet (2008, p. 289) entende que a norma insculpida no artigo 5º, § 1º, da Constituição, possui cunho inequivocadamente principiológico, portanto, uma espécie de mandado de otimização, a qual estabelece aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. Logo, o postulado da aplicabilidade imediata não poderá ser resolvido, de acordo com a lógica do tudo ou nada, como ocorre com as regras jurídicas, dependendo do exame da hipótese em concreto, ou seja, da norma de direito fundamental em pauta.

Nessa esteira, de acordo com o citado autor (2008, p. 289), é forçoso reconhecer que os direitos fundamentais possuem maior aplicabilidade e eficácia quando comparados às demais normas constitucionais, estando todos os poderes públicos incumbidos do dever de dar-lhes a maior eficácia possível.

Todavia, isto não importa em dizer que mesmo dentre os direitos fundamentais não possa haver distinções no que concerne à graduação da aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função de cada preceito, permitindo falar-se em uma dimensão programática dos direitos fundamentais sociais (SARLET, 2008, p. 290).

Sobre as normas de direitos sociais prestacionais, Clemerson Mèrlin Clève (acesso em 01/06/2008) leciona que há uma distinção que decorre naturalmente da peculiaridade de cada estrutura normativa. A estrutura normativa de uma disposição tratando de um direito de defesa não é equiparável à estrutura de um direito prestacional, porque esses direitos só podem ser exercitados em virtude de uma atuação positiva, de cunho legislativo primeiro, de cunho administrativo ou material depois, do Poder Público.

A respeito da concretização das normas de direitos sociais prestacionais e sua dimensão programática, Sarlet (2008, p. 312) acertadamente argumenta que:

A necessidade de uma concretização legislativa não se reconduz, todavia, tão-somente ao aspecto da determinação do conteúdo, já que os direitos de defesa, de regra, também contêm formulações de cunho aberto e vago, mas que nem por isto deixam de ser diretamente aplicáveis pelos órgãos judiciários, mediante o recurso à interpretação, sem que se cogite – neste particular – de ofensa ao princípio da separação dos poderes. A necessidade de interposição legislativa dos direitos sociais prestacionais de cunho programático justifica-se apenas (se é que tal argumento pode assumir feição absoluta) pela circunstância – já referida – de que se cuida de um problema de natureza competencial, porquanto a realização destes

direitos depende da disponibilidade dos meios, bem como – em muitos casos – da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica.

Nesse diapasão, embora muitas das normas de direitos sociais encontram-se positivadas no texto constitucional sob a forma de normas programáticas, indicando programas, finalidade ou tarefa a serem implementadas pelo Estado ou através de interposição legislativa, a problemática da concretização dos direitos sociais prestacionais não depende apenas da especificação do conteúdo normativo, mas, sobretudo, dos meios e recursos indispensáveis para atingir o fim almejado.

Conforme salienta Andreas Joachim Krell (2002, p. 31-32), a eficácia reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias, mas sim à não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Estado. Para o referido autor a “grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. O problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas *políticas públicas* e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios”.

Diante desse contexto, o argumento que prevalece para não se aplicar os direitos sociais prestacionais é o de que o Estado não possui recursos financeiros suficientes para atender toda a demanda social (TÂMEGA; BASSOLI), levantando-se o questionamento do que seria possível e razoável exigir em face do Poder Público.

A cláusula da reserva do possível: limitação de recursos e direitos sociais

Em que pese não se negar que todos os direitos fundamentais possam implicar em um custo, como na hipótese do direito à propriedade privada, típico direito negativo, em que o Estado efetua gastos para manter o aparato policial (ESTEVES, 2007, p. 54), é no que concerne aos direitos sociais prestacionais, os quais exibem uma conotação econômica em grau superior, que a questão acerca da escassez de recursos econômicos ganha maior relevo. Assim, o princípio ou cláusula da reserva do possível passou a ser utilizado pelo Estado como argumento limitador às prestações estatais.

Segundo Canotilho (apud KRELL, 2002, p. 51), a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais está ligada a uma reserva do possível, apontando sua dependência à existência de recursos econômicos, sempre condicionada ao volume de recursos suscetíveis

de ser mobilizado para esse efeito. Dentro desse entendimento, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro óbice fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

A reserva do possível, entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente todos os direitos fundamentais a prestações, tem por origem a doutrina constitucional alemã no paradigmático caso *numerus clausus*, em que um estudante exigia o acesso ao ensino superior. No referido julgamento, a Corte Constitucional Alemã entendeu existirem limitações fáticas e materiais para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito (CALIENDO, 2008, p. 196 e 200), firmando jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade (SARLET, 2008, p. 306), afastando a tese de que o Poder Público estaria obrigado a disponibilizar um número ilimitado de vagas, para acolher todos os interessados em ingressar nas universidades públicas.

Nesse quadro, tentando resolver a questão da necessidade de concretização dos direitos sociais previstos no texto constitucional e a questão da escassez de recursos para efetivação desses direitos, surgem, na doutrina pátria, diversos entendimentos do que seria possível e razoável se exigir do Estado.

Ao abordar o tema, Gustavo Amaral (2004, p. 107-117) entende que ao se extraírem pretensões positivas dos direitos fundamentais, sua realização passa a demandar empregos de meios financeiros, os quais passam a vigor sob a reserva do possível, sendo contrário à máxima eficácia dos direitos sociais positivos. O referido autor argumenta que cabe à Administração Pública a gestão de meios escassos para atender as necessidades ilimitadas e, por conseqüência, também a escolha acerca da disponibilidade desses meios, não sendo possível deslocar esta apreciação ao Poder Judiciário, já que não legitimado pelo voto para tomar tais opções, pois este não teria competência nas hipóteses em que envolvem “escolhas dramáticas”, como no caso em que o Poder Público dispõe de um volume de recursos suficientes ou para tratar milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou para tratar pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável.

Do ponto desse autor, uma vez demonstrado pelo Estado os motivos fáticos para deixar de cumprir a norma constitucional assecuratória de prestação positiva, competiria ao

órgão judicial apenas o controle da razoabilidade e faticidade dessas razões, sendo-lhe defeso entrar no mérito da escolha. Assim, entende ser inviável pretender que as prestações positivas sejam sempre reivindicáveis, sem que seja dada a real importância às consequências financeiras e eventuais impossibilidades do Erário, sob pena de que a falta de recursos não só provoque discriminações arbitrárias sobre quem receberá a utilidade concreta e quem não receberá, mas também acarrete desequilíbrio entre as pretensões para a utilidade em debate e as pretensões voltadas para abstenções arrecadatórias, e, ainda, com anseios difusos, dirigidos para um estado de equilíbrio social, incompatível com a desestabilização das finanças públicas.

Em sentido oposto, encontra-se a doutrina de Andreas Joachim Krell (2002, p. 52 - 54), para quem a cláusula da reserva do possível decorre de um Direito Constitucional comparado equivocadamente, não sendo viável admiti-la em um país pobre como o Brasil, pois os entes públicos justificariam sua omissão social perante critérios de política monetária, condicionando a realização dos direitos sociais à existência de “caixas cheias” do Estado, o que reduziria a sua eficácia a zero. Defende, ainda, que não haveria como escolher entre tratar milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou um pequeno número de pessoas portadores de doenças raras ou com remota chance de cura, pois, com base na principiologia da Carta de 1988, o Estado deve tratar de todos, afirmando que:

se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviços de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a “ponderações” perigosas e anti-humanistas do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?”, etc..

Por outro lado, há ainda aqueles que entendem que a reserva do possível constitui um óbice à realização de pretensões fundadas em direitos sociais, não podendo impedir, todavia, a concretização de direitos indispensáveis a assegurar um “mínimo existencial”, relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, tese a qual se pretende aderir.

Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos (2008, p. 271-272) aduz que:

A limitação de recursos existe e é uma contingência do argumento da reserva do possível pelo Poder Público, que acabou por gerar certa reação de descrédito, é preciso não ignorar o assunto, sob pena de divorciar o discurso jurídico da prática

de tal forma que o jurista pode até prosseguir confiante, quilômetros de distância, até olhar para trás e para os lados e perceber que está sozinho. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. O equilíbrio entre esses dois elementos pode ser obtido da seguinte forma. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (mínimo existencial) estar-se-á estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que projetos se deverá investir. Como se vê, o mínimo existencial associado ao estabelecimento de prioridade orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Na mesma esteira, é o entendimento de Sarlet (2008, p. 376-378), segundo o qual as limitações impostas pela reserva do possível não são, em si mesmas, uma falácia, no entanto, não podem servir como barreira intransponível à realização dos direitos a prestações sociais, devendo ser assegurado ao indivíduo um padrão mínimo de segurança material, já que o Estado Social não pode ser compelido a assegurar um padrão ótimo de bem-estar social, mas sim efetivar as condições para uma existência com dignidade, que não poderá ser reduzida ao nível de um mero mínimo vital, uma estrita garantia da sobrevivência física. Para esse autor, a reserva do possível constitui espécie de limite jurídico dos direitos fundamentais, podendo também atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se tratar da invocação da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outros direitos fundamentais, desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 30).

Como visto, malgrado as divergências quanto à invocação pelo Poder Público da cláusula da reserva do possível, não há como ignorar o fato da existência de recursos finitos para satisfazer uma demanda social ilimitada. Neste quadro, cumpre esclarecer qual o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais prestacionais, bem como quais os limites de sua atuação.

O poder judiciário e a efetivação dos direitos sociais prestacionais

A aplicação e destinação de recursos públicos, com reflexos diretos na questão

orçamentária, compete precipuamente ao Legislativo e ao Executivo, que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo.

De acordo com Esteves (2007, p. 56), os gastos estatais ficam submetidos a um orçamento público, o qual faz a previsão de receita e indica a fonte da arrecadação ao mesmo tempo em que limita a execução da despesa e define, excluindo ou restringindo gastos com certos direitos, as prioridades definidas pelo Executivo e pelo Legislativo mediante o devido processo.

Destarte, uma crítica relativa à efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário é a de que haveria violação aos princípios da separação dos poderes e majoritário, uma vez que a matéria dependeria de mediação orçamentária e, portanto, estaria dentro dos limites de competência do administrador e, principalmente, do legislador.

No entanto, conforme leciona Clemerson Mèrlin Clève, apesar de o Judiciário não dispor de um meio de legitimação como os demais poderes (mecanismo eleitoral para a investidura de seus membros), não se pode deduzir que está impedido de atuar nas questões referentes aos direitos sociais a partir de um determinado limite. O princípio da separação dos poderes deve ser compreendido de acordo com a Constituição vigente, que confiou a este Poder a defesa da ordem constitucional, e, especialmente, dos direitos fundamentais. Além disso, no que se refere à legitimidade democrática, o Judiciário atua como um poder contra-majoritário em defesa dos direitos das minorias, sendo que o devido processo legal, a motivação e recorribilidade das decisões, a publicidade de suas manifestações e a vinculação à Constituição constituem meios de atribuição de legitimidade para sua atuação.

No tocante à atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, Andreas Joachim Krell (2002, p. 88-91) consigna que, no Estado Social moderno, o princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, precisa ser submetido a uma nova leitura, no sentido de uma distribuição que garanta um sistema eficaz de freios e contrapesos, para continuar a servir ao seu escopo original de garantir os direitos fundamentais contra o arbítrio e também a omissão estatal. O citado autor (2002, p. 93) aduz que:

A Carta de 1988 inovou profundamente a função a ser cumprida por parte do Terceiro Poder dentro de um Estado Social, onde os parlamentos e governos de

todos os níveis federativos, em geral, não fazem o suficiente para criar as condições materiais adequadas para garantir a efetividade dos direitos sociais e os princípios da dignidade da pessoa humana e da erradicação da pobreza (artigos 1º, III, e 3º, III, CF).

Certamente não se inclui, em princípio, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário a competência para dispor sobre recursos ou planejar políticas públicas, nem cabe a este intervir em esfera reservada ao Legislativo e ao Executivo, querendo controlar as opções legislativas e administrativa de organização e prestação de direitos sociais, como, por exemplo, serviços de saúde, programas educacionais, políticas habitacionais, assistência e previdência social.

Contudo, quando os órgãos estatais competentes vierem a descumprir os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, comprometendo a eficácia dos direitos sociais em seu núcleo mínimo, atribui-se ao Estado-Juiz a competência para impor a execução das políticas públicas estabelecidas em lei, bem como para tutelar direitos subjetivos a determinadas prestações independentemente ou além da concretização pelo legislador.

Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos (2008, p. 230, 257 e 288) admite a legitimidade dos tribunais para determinar as prestações necessárias à satisfação do mínimo existencial, o qual corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna. Entende, assim, que o mínimo existencial é composto por quatro elementos, três materiais e um instrumental, quais sejam: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Reconhece, ainda, que essas prestações poderão ser exigidas judicialmente de forma direta, caracterizando-se verdadeiros direitos subjetivos.

A respeito do mínimo existencial, Sarlet (2008, p. 371 e 372), de maneira mais ampla, defende que todas as prestações indispensáveis à promoção, proteção e fruição de uma vida digna, que podem variar de acordo com as circunstâncias (considerando fatores climáticos, culturais e econômicos, etc), necessariamente compõem o mínimo existencial. Nessa esteira, o referido autor sustenta a possibilidade de se reconhecerem verdadeiros direitos subjetivos a prestações estatais, principalmente quando vinculados ao direito à vida e ao princípio da dignidade humana, já que ao Estado se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, observando que negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção da existência pode significar condená-lo à morte.

Por seu turno, Andreas Joachim Krell (2002, p. 63) assevera que

o referido “padrão mínimo social” para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à (sic) uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e garantida de uma moradia; o conteúdo concreto desse mínimo, no entanto, variará de país para país.

Assim, embora não haja unanimidade acerca do conteúdo do mínimo existencial, reconhece-se a existência de um núcleo de direitos sociais relacionados à preservação de condições mínimas necessárias à dignidade da pessoa humana, que seria sempre tutelável jurisdicionalmente.

Desse modo, quando estiver em discussão a concretização de um direito social visando o mínimo existencial, o argumento da reserva do possível não poderá ser suscitado pelo ente estatal, em face da proibição de insuficiência no fornecimento e na preservação de um patamar mínimo à existência humana. A objeção da reserva do possível argüida, neste caso, acabaria por revelar a confissão de uma conduta inconstitucional anterior por parte da própria autoridade pública, pois se as condições elementares para a dignidade humana deixaram de ser asseguradas, é porque os recursos públicos existentes foram alocados em desacordo com as prioridades estabelecidas pela Carta Magna (BARCELLOS, p. 274).

Entretanto, conforme adverte Ana Paula de Barcellos (2008, p. 355), não compete ao Judiciário impor as condições ideais, a seu juízo, de pleno desenvolvimento da pessoa humana, tendo em vista que as decisões judiciais que assim procedem, acabam provocando uma grave e elitista distorção social, em razão de proporcionar a um grupo reduzido um benefício extra às custas da sociedade, mas fora do debate democrático, e em detrimento de um enorme contingente de pessoas que vivem abaixo do nível da dignidade, sem condições de sequer bater à porta do Judiciário.

Certamente não cabe ao Poder Judiciário suprir todas as carências sociais, seja porque poderá não obter a efetividade pretendida, face à falta de condições materiais suficientes para tanto, seja em razão de que eventualmente a satisfação de uns implicará em negar o direito de outros.

Sobre o assunto, Sarlet (2008, p. 376-378) destaca que quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, além de uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder

Judiciário, que ao zelarem pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, haverão de agir com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, uma determinada prestação social. Nesse sentido, diz que, desde que assegurada a atuação dos órgãos jurisdicionais, quando e na medida do necessário, “há que dar razão a Holmes e Sunstein quando afirmam que levar direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é levar (sic) sério o problema da escassez”.

De acordo com o exposto, a reserva do possível poderá constituir um óbice à concretização dos direitos sociais pelo Poder Judiciário, ante a limitação de recursos estatais suficientes a atender todas as demandas sociais, porém não poderá ser argüida quando se estiver diante de direitos sociais básicos indispensáveis a assegurar um mínimo existencial.

Dessa maneira, a fim de minimizar as distorções que possam ocorrer por ocasião da efetivação dos direitos sociais pelos tribunais, não prestação de direitos básicos ou reconhecimento de um direito em benefício apenas de uma pessoa em detrimento de toda a sociedade, a proteção dos direitos sociais deve ser realizada mediante ponderação entre o princípio estabelecido no § 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal, e a cláusula da reserva do possível, assegurando-lhes uma eficácia máxima possível, o que implica em levar o custo dos direitos sociais prestacionais a sério, mas sempre visando o fornecimento e a preservação do mínimo existencial à dignidade humana.

Como bem pondera Ana Paula de Barcellos (2008, p. 353 e 355), é “evidente que se espera de um Estado social muito mais do que apenas o mínimo existencial”, entretanto, para “quem vive no absoluto desamparo e ignorância, a distância que o separa da dignidade, ainda que em seu conteúdo mínimo, é todo o caminho de volta à sua própria humanidade”.

Conclusão

Apesar de dependerem, em certos casos, de criação de leis parlamentares e de atos administrativos, é no que tange ao custo, que os direitos sociais prestacionais encontram maior obstáculo a sua concretização, ante a inexistência de recursos estatais suficientes a atender todas as demandas sociais.

Nessa esteira, a cláusula da reserva do possível, que compreende a existência de disponibilidade de recursos financeiros pelo Estado e a razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público, passou a ser utilizada como principal argumento limitador às

prestações estatais de cunho social, sobretudo perante o Poder Judiciário.

A princípio, compete aos Poderes Legislativos e Executivos dispor sobre a aplicação e destinação dos recursos econômicos, bem como planejar e executar a prestação dos serviços e as políticas públicas. Todavia, quando esses poderes descumprirem os preceitos constitucionais e legais a eles impostos, comprometendo a eficácia dos direitos sociais básicos, atribui-se ao Poder Judiciário a competência para determinar a efetivação de prestações necessárias a garantir as condições mínimas à dignidade humana.

Nesse contexto, a reserva do possível poderá constituir um óbice à concretização dos direitos sociais pelo Judiciário, face à existência de recursos estatais escassos a assegurar a todos um ótimo padrão de bem-estar social, porém não será lícito suscitá-la quando se estiver em discussão direitos sociais básicos indispensáveis a assegurar um mínimo existencial.

Assim, é tarefa dos tribunais assegurar a máxima eficácia possível aos direitos sociais, mediante a ponderação entre os princípios da reserva do possível e da aplicação imediata dos direitos fundamentais (§ 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal), visando não privilegiar determinado indivíduo em detrimento, ainda que indiretamente, de toda a coletividade, mas sempre objetivando a preservação de condições elementares à existência humana.

Portanto, a atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais em seu núcleo básico – mínimo existencial, além de não infringir a harmonia entre os Poderes, impõe-se em nosso Estado Social e Democrático de Direito, de modo a assegurar a todos os valores fundamentais da igualdade, da cidadania, do bem-estar, da justiça social e, especialmente, como mecanismo de concretização do objetivo maior da Constituição Federal, que é a implementação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Referências

AMARAL, Gustavo. "Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre os Poderes". In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- 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.
- CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto529.doc>>. Acesso em: 01 de junho de 2008.
- ESTEVES, João Luiz M. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007.
- KRELL, Andreas Joaquim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- 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.
- TÂMEGA, Bruna Carolina; BASSOLI, Marlene Kempfer. *A Concretização dos Princípios Constitucionais pelo Poder Judiciário*. Revista de Direito Público da Universidade Federal de Londrina – UEL, Londrina, 1. vol, 3. ed. 2006. Disponível em: <http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/vol_03/ANO1_VOL_3_01.pdf>. Acesso em: 19 de setembro de 2007.