



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

**A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER
JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

MAYUCE SANTOS MACEDO

FORTALEZA – CE
2008

MAYUCE SANTOS MACEDO

A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO
PODER JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO
POSSÍVEL

Monografia apresentada ao curso de
Direito da Universidade Federal do
Ceará, como requisito para obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Professor orientador: Prof. Dimas
Macedo

Fortaleza - CE
2008

MAYUCE SANTOS MACEDO

A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO
PODER JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO
POSSÍVEL

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito para obtenção do grau de bacharel.

Data de Aprovação: Fortaleza,

BANCA EXAMINADORA

Assinatura:
Prof. Dimas Macedo
Orientador

Assinatura:
Paulo Jeyson Gomes de Araújo
Membro

Assinatura:
Daniele Rodrigues Teixeira
Membro

RESUMO

MACEDO, Mayuce Santos. **A efetivação das políticas públicas pelo Poder Judiciário e o princípio da reserva do possível.** Monografia. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2008.

A efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário frente à omissão dos poderes Executivo e Legislativo é um tema complexo e muito polêmico na doutrina e na jurisprudência, em razão de que para satisfazer as pretensões sociais em demandas judiciais, frequentemente se dá o conflito com outras normas constitucionais como a separação dos poderes, a discricionariedade administrativa, a competência orçamentária do Poder Legislativo, o direito de outros que serão afetados pela eventual alocação de recursos de um setor a outro, bem como pelas possibilidades financeiras do Estado em cumprir com essas obrigações. É no âmbito deste problema, envolvendo a concretização judicial dos direitos sociais, que pretendo tecer maiores considerações, analisando ainda os posicionamentos existentes sobre o assunto.

Com efeito, no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, sofre-se uma certa influência das limitações impostas pela reserva do possível, principalmente, quando o Judiciário é instado a implantar determinados programas socioeconômicos. Muito embora, se possa partir da idéia de que existem limitações representadas, especialmente, em vista da reserva do possível no âmbito dos direitos sociais de cunho prestacional, há que se vislumbrar até que ponto estes aspectos têm o condão de impedir a plena eficácia e concretização destes direitos.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Direitos Sociais. Direitos fundamentais. Mínimo Existencial. Reserva do Possível.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	02
CAPÍTULO I OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988	
1.1 O sistema de direitos fundamentais no direito constitucional positivo vigente.....	05
1.2 A dignidade da pessoa humana e sua relação com os direitos fundamentais e o mínimo existencial.....	08
1.3 A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. O alcance do art. 5º, § 1º, da CF/88.....	16
CAPÍTULO II OS DIREITOS SOCIAIS	22
2.1 Discussão: Direitos sociais na qualidade de direitos subjetivos a prestações.....	19
CAPÍTULO III OS LIMITES À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO ÂMBITO JUDICIAL	
3.1.A Tripartição dos poderes do Estado.....	31
3.2 A escassez dos recursos públicos e a função realizadora do Poder Judiciário.....	35
3.3 A reserva do possível e sua restrição aos direitos fundamentais.....	42
3.4 Os limites impostos à reserva do possível.....	45
3.4.1 <i>O postulado da proporcionalidade e o grau de essencialidade do direito fundamental em questão</i>	45
3.4.1.1 <i>O preceito da proporcionalidade com proibição da insuficiência</i>	48
3.4.1.2 <i>O mínimo existencial sob a perspectiva dos direitos fundamentais sociais:ponderações e limitações à teoria da reserva do possível</i>	50
CAPÍTULO IV AJURISPRUDÊNCIA PÁTRIA E A RESERVA DO POSSÍVEL	53
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 apresenta-se com um caráter extremamente social e democrático, justificando uma aplicação do direito à luz de suas regras e princípios. É considerada como verdadeira “Constituição Cidadã”, graças ao considerável e extenso rol de direitos e garantias fundamentais conferidos aos cidadãos e estrangeiros residentes no Brasil. Como exemplo, o próprio art. 5º reuni sozinho 78 incisos versando acerca dos direitos e garantias fundamentais, além de prever no parágrafo 1º do art. 5º, a aplicação imediata destes.

Esta inovação no texto constitucional explica-se por traduzir a realidade político-social brasileira, revelando o condicionamento mútuo entre a Constituição jurídica e a realidade fática.

De fato, ao garantir direitos sociais como – saúde, educação, moradia, lazer, trabalho, assistência aos desamparados - buscou-se amparar o cidadão brasileiro sobre a estrutura de um Estado Democrático de Direito com forte feição social. Entretanto, para grande parcela da população, as normas constitucionais parecem ainda “letra morta”.

A necessidade societária no atendimento de seus direitos básicos e a promessa de efetividade dos direitos fundamentais vem exigindo uma atuação cada vez mais ativa do juiz. Assim, as instituições judiciárias são chamadas a resolver conflitos que, tradicionalmente, não faziam parte de suas competências, pertencendo a outros ramos políticos do Estado, como ao Executivo e Legislativo.

Aplicar o direito significa, antes de tudo, aplicar a Constituição, e para aplicá-la deverá o juiz interpretá-la segundo os ensinamentos e princípios da “Hermenêutica Constitucional”.

Ao adotar como meta a execução prática dos mandamentos

constitucionais, o magistrado muito se distancia daquela postura de falsa neutralidade. O juiz surge como um efetivo participante da construção de uma sociedade mais justa.

É nesse ponto que começam a surgir os questionamentos que serão debatidos na presente exposição: o exame do papel do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sob os limites da reserva do possível, a problemática de sua legitimação frente às normas de tripartição dos poderes e sua atuação na seara da discricionariedade do administrador.

A discussão existe com o fim de definir se ao Judiciário alcança a instituição imediata dos chamados direitos fundamentais prestacionais, em favor dos cidadãos, independentemente da mediação legislativa. É possível ao Poder Judiciário criar ou alterar os contornos de uma política pública? Levando-se em consideração que a todo direito prestacional confere-se um valor econômico, a determinação de seu cumprimento encontra obstáculos ante aos limites de recursos? E até que ponto isto funcionaria como justificativa?

Nesse estudo serão observáveis as várias correntes doutrinárias a respeito do tema, bem como o tratamento da matéria nos tribunais do país. Sendo também aqui abordados, por estar correlacionado ao tema principal, outros pontos, como por exemplo: o problema da eficácia dos direitos fundamentais e as inovações constitucionais em matéria de direitos e garantias fundamentais.

A pesquisa se desenvolve em quatro capítulos, sendo que o primeiro trata dos direitos fundamentais na Constituição vigente, abordando preliminarmente as inovações nesta seara, para, a seguir, discorrer sobre a importância que vem ganhando o princípio da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira, por fim, ressalta-se a questão da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e sua problemática, específica, em relação aos direitos sociais.

No segundo capítulo, serão examinadas as construções jurídicas em torno dos direitos sociais prestacionais, iniciando pelo seu conceito, para depois abordá-lo sob a ótica de direito subjetivo.

Por sua vez, o terceiro capítulo é dedicado às limitações aos direitos fundamentais sociais, analisando as barreiras que lhes impõem restrições. Neste capítulo, delinearemos os principais aspectos em torno destas, passando-se a analisar as restrições frequentemente apontadas pela doutrina, tais como: a separação dos poderes; o mérito administrativo; a necessidade de previsão orçamentária para realização das despesas públicas; a reserva do possível pela insuficiência de recursos. Por fim, retorno à discussão sobre a teoria do mínimo existencial e ainda, no último capítulo, a visão jurisprudencial quanto ao tratamento da reserva do possível.

Relevante se faz mencionar, que a pesquisa teve como metodologia, a leitura e interpretação da doutrina, da jurisprudência e artigos constantes da bibliografia, de onde se extraiu os fundamentos teóricos acerca da discussão do tema.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1 O sistema de direitos fundamentais no direito constitucional positivo vigente

O ponto principal é centrado no papel do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas, todavia, nesse primeiro momento, é relevante ao estudo do tema relatarmos-se as inovações trazidas pela mais recente Constituição na seara dos Direitos Fundamentais.

A posição ocupada por essa gama de direitos recebeu especial atenção na Constituição Federal de 1988 e, isto, deu-se em parte, devido ao amplo processo de discussão democrática envolvendo a matéria, principalmente, com a redemocratização do país após um longo período de ditadura militar.

Os direitos fundamentais encontram o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio. O destaque no tratamento destes direitos encontra bases na sociedade, ou melhor, condicionamento em face da própria realidade onde esta está inserida. Conforme ministra Konrad Hesse, as constituições reais e jurídicas estão numa relação de coordenação.

Toda constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um “germe material de sua força vital” no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento¹.

Assim, a Constituição de 1988 foi fruto de uma reação ao autoritarismo político imposto pelos militares, além da forte pressão social ao regime de aniquilação das liberdades primordiais dos indivíduos durante este período da história brasileira. De tal forma, resta claro a importância dos direitos fundamentais na atual Constituição, fazendo-se interessante o comentário às principais

1 HESSE, Conrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 17.

inovações trazidas em seu texto quanto ao sistema de direitos fundamentais.

Na concepção de Ingo Wolfgang Sarlet², pode-se apontar três características atribuídas à Constituição de 1988 como extensivas ao título dos direitos fundamentais, sendo elas: o seu caráter analítico, o seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente.

O mencionado autor, quanto à primeira característica, refere-se ao rol de direitos fundamentais do título II da Constituição Federal, que contém ao todo sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, sem deixar de mencionar os diversos direitos fundamentais espalhados no texto constitucional. Isto, talvez, pela preocupação do constituinte em assegurar o maior número possível de direitos.

O perfil compromissário da Constituição, reporta-nos ao pluralismo. O constituinte optou por conciliar vários posicionamentos e reivindicações existentes. A idéia de uma constituição plural reflete-se também no título dos direitos fundamentais, pois se observa uma grande gama de direitos sociais, antes não elencados, convivendo com aqueles tidos como clássicos.

De outro lado, a Constituição vigente apresenta-se como de cunho programático, estando suas disposições dependentes de regulamentação legislativa. Tão logo, pode-se empreender da leitura de algumas prescrições constitucionais, a imposição de verdadeiras diretrizes a serem perseguidas, implementadas e asseguradas pelos poderes públicos.

Além dessas características que lhe são próprias, nossa Carta Magna reveste-se de singularidades ao inserir no seu “Título II” os direitos sociais que, sob a égide das constituições anteriores, encontravam-se espalhados ao longo de seus textos, demonstrando assim, a intenção do legislador constituinte em vincular os mesmos aos direitos individuais, demonstrando que, entre eles, não pode e não deve haver hierarquia.

Dentre outras mudanças, é conveniente mencionar que aos direitos e

² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, 6ªed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 77.

garantias individuais atribuiu-se explicitamente uma superconstitucionalidade, alcançando estes *status* de cláusula pétrea. Logo, percebe-se a finalidade almejada pelo constituinte em situar as prerrogativas inerentes à dignidade da pessoa humana acima de quaisquer deliberações dos órgãos estatais, afastando qualquer risco a sua tutela, quando da elaboração de novas emendas constitucionais. Apesar da limitação referir-se a expressão “direitos e garantias fundamentais individuais”, o que levaria a muitos restringir sua interpretação somente àqueles direitos, baseados nas liberdades do indivíduo, os quais exigem uma abstenção estatal, somos do posicionamento de que há um sistema único de proteção dos direitos fundamentais, abrangendo, da mesma forma, os direitos sociais prestacionais.

Todavia, ressalte-se que a inovação mais significativa tenha sido a do art. 5º, §1º, da CF, o qual aduz o seguinte que “*as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. É de se atentar que a doutrina não possui um consenso acerca da amplitude deste preceito, entretanto, é certo, que o mesmo só veio reforçar o status jurídico que é concedido às normas definidoras de direitos. Abordaremos, mais adiante e, com maior detalhamento, este assunto.

Constata-se que a Constituição de 1988 é ousada em termos democráticos e humanitários. É evidente o estreito vínculo dos direitos fundamentais com a idéia de um Estado Social, consagrado por nossa atual Constituição. Ora, muito embora esta não se refira expressamente à qualificação da República Brasileira como um Estado Social e, não só, Democrático de Direito, não há dúvidas que o Princípio de um Estado Social é enaltecido pela Ordem Constitucional vigente.

A maior prova desta afirmação encontra-se nos vários princípios aclamados no Título I da nossa Carta, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, além do tratamento no texto constitucional de um extenso rol de direitos fundamentais, principalmente, daqueles direitos a prestações sociais por parte do Estado.

A positivação constitucional dos direitos fundamentais cujo conteúdo consiste em prestações sociais e, não meramente, a inclusão de direitos voltados à proteção das liberdades individuais contra intervenções estatais, demonstra que a vigente Constituição finca-se nos verdadeiros valores de uma justiça social. Partindo desta premissa, parece possível identificar, dentro da ordem constitucional brasileira, as bases de um Estado Social.

É oportuno registrar o conceito de Estado Social, a fim de asseverar, sem margens para dúvidas, que a realidade jurídica brasileira adota um caráter social. Nada mais propício que uma conceituação da expressão nas palavras do mestre Paulo Bonavides.

“O Estado Social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas³”.

1.2 A dignidade da pessoa humana e sua relação com os direitos fundamentais e o mínimo existencial.

Como anteriormente mencionado, a Constituição Federal de 1988 possui forte estrutura social, tendo como maior demonstração disto o reconhecimento da dignidade humana como um princípio basilar.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, inegavelmente, tornou-se um direito fundamental no constitucionalismo contemporâneo. De tal forma, por

3 BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social, 1996. Editora Malheiros. 7ª edição, 2ª tiragem, pag.200.

ser base do Sistema Constitucional, direcionamos o estudo da dignidade da pessoa com ênfase à discussão sobre os direitos sociais, em especial, no que se refere ao mínimo existencial.

A fim de uma melhor compreensão acerca da importância da dignidade da pessoa humana, reportamo-nos ao conceito de “princípio” que melhor se adequa à realidade.

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que confere a tônica e lhe dá sentido harmônico⁴.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana encontra-se no ápice do ordenamento jurídico brasileiro, consagrando o valor da pessoa humana como razão fundamental da organização de Estado de Direito. O legislador constituinte elevou à categoria de Princípio Fundamental da República, a Dignidade da Pessoa Humana (um dos pilares estruturais fundamentais da organização do Estado brasileiro), previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988.

O conceito do que seja esse princípio é de ampla incerteza em meio à doutrina, todavia, em que pese o seu elevado grau de indeterminação, acaba ele por constituir critério essencial para integração da ordem constitucional. Ressalte-se que o caráter de princípio fundamental fruído pela dignidade da pessoa humana elevou sua atuação para uma diretriz hermenêutica.

Configura o princípio como elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional. Neste contexto, é cada vez mais perceptível que as decisões dos nossos Tribunais tendem a utilizar o princípio da dignidade da pessoa humana como critério hermenêutico, ou seja, como verdadeiro caminho para a solução das lides. Ressalte-se, também, que

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: RT, 1980, p.230.

muitos juristas vêm interpretando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não só de forma isolada, mas sempre vinculando o princípio a determinada norma de direito fundamental, demonstrando, mais uma vez, que os direitos fundamentais representam concretização do princípio em comento.

Logo, precisamente no âmbito desta função hermenêutica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, poder-se-à afirmar a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a Constituição e os direitos fundamentais nela elencados, mas acima de tudo – aqui também afinados com o pensamento de Juarez Freitas – de uma hermenêutica que, para além do conhecido postulado *in dubio pro libertate*, tenha sempre presente “o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida”⁵.

Em obra intitulada “O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial” os autores Sidney Guerra e Lílian Márcia Balmant Emerique no mesmo sentido afirmaram o valor interpretativo conferido ao princípio em comento.

A dignidade da pessoa humana representa significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor fonte que conforma e inspira o ordenamento jurídico dos Estados de Direito, traduzindo-se, inclusive, como um dos fundamentos do Estado brasileiro. Entretanto, se por um lado hodiernamente existe uma grande preocupação na tutela da dignidade da pessoa humana (seja no plano doméstico, seja no plano internacional), por outro, evidencia-se que lesões de toda ordem são processadas e que aviltam a dignidade humana⁶.

Ainda ratificando a idéia integradora que se atribui ao princípio, vejamos as sábias palavras de Jorge de Miranda.

A Constituição, a despeito do seu caráter compromissório, confere uma nidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, proclamada no art. 1o, ou seja, na concepção que faz da pessoa

5 FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional, in: AJURIS nº 76, ano 1999, pag. 406.

6 GUERRA, Sidney. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Disponível in <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.>>

fundamento e fim da sociedade e do Estado. Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam também à idéia de protecção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve fazer perder de vista esse referencial. (...)

Para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa. A conjugação dos diferentes direitos e do preceitos constitucionais, legais e internacionais a eles atinentes torna-se mais clara a essa luz. O 'homem situado' no mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino⁷.

Foi a partir da Declaração Universal da ONU em 1948 que o princípio assumiu contornos expressivos, passando a partir daí a constar nas Constituições, principalmente, logo após a Segunda Guerra Mundial. No direito comparado deparamo-nos com vários exemplos de constituições que consagraram o princípio em seu texto. A Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, pareceu propender a esse respeito quando, em seu art. 3º, inserido no espaço reservado aos Princípios Fundamentais, afirmou que *“todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”*.

Nessa linha, também a Constituição da República Portuguesa, promulgada em 1976, acentou, logo no seu art. 1º, inerente aos princípios fundamentais, que: *“Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”*. Da mesma forma, a Constituição da Espanha, expressamente dispôs que : *“A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social”*.

Percebe-se que na atualidade há a tendência nos ordenamentos jurídicos de se reconhecer o ser humano como o centro e fim de todo o direito.

7 MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 3 ed. Coimbra: Coimbra, Tomo IV, 1998. p. 166 e 167

Traçados esses aspectos iniciais, passemos a abordar as conseqüências de seu reconhecimento em nossa Lei Máxima.

A consagração da dignidade da pessoa humana, como visto, é relativamente recente e implica em considerar o homem como o centro do universo jurídico. Esse reconhecimento, lembre-se, não se dirige a determinados indivíduos, abrange todos os seres humanos e cada um destes individualmente considerados.

Como bem explanou Celso Antônio Bandeira de Mello⁸, a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto no que concerne à elaboração da regra de direito quanto em relação à sua aplicação.

Dentre as facetas mais importantes, considera-se que a consagração do princípio resulta na imposição ao Estado em garantir à pessoa humana um patamar mínimo de recursos, capaz de prover-lhe condições de subsistência.

O direito à existência digna não é assegurado apenas pela abstenção do Estado em afetar a esfera patrimonial das pessoas sob a sua autoridade, almeja-se também o cumprimento de prestações positivas. Não foi à toa que a nossa Lei Fundamental impôs ao Estado e à sociedade a realização de ações integradas para a implementação da seguridade social (art. 194 da CF/88), destinada a assegurar a prestação dos direitos inerentes à saúde, à previdência e à assistência social, bem como outros, englobando proteção à maternidade, ao trabalhador etc.

Diante disso, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana se desdobra em duas vertentes, sendo uma negativa e outra positiva, sobre as quais Nelson Rosenvald tece os seguintes comentários.

Aquela significa a imunidade do indivíduo a ofensas e humilhações, mediante ataques à sua autonomia por parte do Estado e da sociedade. Já a dimensão positiva importa em reconhecimento da autodeterminação de cada homem, pela promoção de condições que viabilizem e removam

8 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade. Revista dos Tribunais. 2ª ed., São Paulo, pág. 49, 1984.

toda sorte de obstáculos que impeçam uma vida digna⁹.

É justamente inserida nessa dimensão positiva do princípio da dignidade da pessoa humana que se encontra a noção do mínimo existencial a ser resguardado pelos direitos sociais de prestação. A preocupação com o mínimo existencial exige a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de subsistência digna do indivíduo e de sua família. Nesse aspecto, o mínimo existencial vincula as prestações estatais para que sejam cumpridas as aspirações do Estado Democrático de Direito.

O mestre e professor Ricardo Lobo Torres é um dos poucos a cuidar do tema na doutrina brasileira. Em sua visão, o mínimo existencial representa um conjunto imprescindível de condições iniciais para o exercício da liberdade, que ele assim especifica: "os direitos à alimentação, saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive"¹⁰.

Apesar de não estar positivado de forma expressa pela Constituição Brasileira, a garantia de um mínimo existencial guarda estreita relação com a dignidade humana. O posicionamento doutrinário, em grande parcela, traz um consenso de que é possível exigir-se em juízo, ao menos, a prestação daqueles direitos vinculados ao mínimo existencial. Seguimos, todavia, o posicionamento de que a dignidade da pessoa humana possa e deva ser observada não somente quanto às prestações de caráter positivo ligadas à ideia de um mínimo existencial.

O conteúdo do mínimo existencial não se encontra na esfera de discricionariedade do Legislador ou mesmo do Administrador, ele, em termos gerais, representa um verdadeiro fundamento básico do Estado de Direito brasileiro. Essa própria ideia de padrões mínimos, não somente de existência

9 ROSENVALD, Nelson. Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p 9/10.

10 TORRES, Ricardo Lobo. "O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais", in RDA, v.177, 1989, p. 29-49.

humana, mas de dignidade do indivíduo, foge a limitações jurídicas e fáticas que sirvam de entrave a prestações de natureza social que envolvam a garantia constitucional em comento. Lembre-se que ao Estado compete efetivar a proteção ao valor maior do nosso ordenamento, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

De tal sorte, pode-se afirmar que ao Judiciário é permitido fazer valer, desde logo, esses direitos pautados em um mínimo existencial, independentemente de qualquer mediação legislativa.

O problema está em se entender que núcleos basilares de direitos fundamentais englobam o que a doutrina chama de mínimo existencial para uma vida digna. Seriam apenas os elementos essenciais como a educação fundamental, saúde básica e a assistência aos necessitados?

Pensando-se da tal forma, reduzir-se-ia a própria noção estabelecida no ordenamento pátrio, já que não há previsão pelo constituinte de 1988 em conferir proteção a apenas um mínimo capaz de prover as necessidades da população. Pelo contrário, percebe-se que nos dispositivos constitucionais, como por exemplo, aqueles pertinentes ao direito à saúde e educação, o constituinte fez questão de assegurá-los de forma ampla e integral, sem reduzi-los a um mínimo essencial.

Grande parte dos autores defendem a teoria do mínimo existencial, eis, mais uma vez, as palavras de Ricardo Lobo Torres, um dos principais defensores da teoria do mínimo existencial entre nós.

A jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Esse é o caminho que leva à superação do primado dos direitos sociais prestacionais (ou direitos a prestações positivas do Estado, ou direitos de crédito – *droit créance* – ou *Teilhaberechte*) sobre os direitos da liberdade, que inviabilizou o Estado Social de Direito, e ao desfazimento da confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que não permite a eficácia destes últimos sequer na sua dimensão

mínima¹¹.

Apesar de ser tal posicionamento bastante atraente, não nos filiaremos a essa noção. Apesar de ser uma saída encontrada para se satisfazer um mínimo de direitos prestacionais, sem barreiras a sua efetivação, podendo até mesmo serem diretamente exigíveis no Judiciário, por representarem o basilar livre de impedimentos, não se pode transformá-lo em regra geral na concepção do que seja o essencial para um indivíduo.

Em muitas situações, o caso concreto revela circunstâncias em que o juiz deve lançar uma interpretação além do que seria permitido pela teoria do mínimo existencial, situações que não estão por ela consubstanciadas.

Vejamos o exemplo em relação a uma cirurgia estética. As intervenções cirúrgicas meramente estéticas, obviamente, não estão abrangidas no núcleo essencial do direito à saúde. No entanto, se uma pessoa teve o rosto desfigurado em razão de um acidente automobilístico, pode, diante das circunstâncias específicas, ter o direito fundamental à realização da cirurgia, a ser custeada pelo Poder Público, bastando que demonstre, inclusive com laudos médicos, a necessidade da cirurgia para minimizar o seu sofrimento.

Por isso, são aplaudíveis recentes decisões que reconhecem direitos fundamentais a serem protegidos, mesmo fora do catálogo daqueles que representariam um mínimo existencial. Vem-se concretizando a idéia de uma máxima efetividade aos direitos sociais, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, pois sempre há de se perquirir qual o conteúdo da dignidade humana, se esta foi ou não violada diante de um caso específico, logo não estaria o princípio limitado ao que muitos entendem pelo mínimo existencial.

11 TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. p. 1-2. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. São Paulo: Renovar, 2003, p. 1-46.

1.3 A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. O alcance do art. 5º, § 1º, da CF/88.

Não há, numa Constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular a seus órgãos¹².

É oportuno o exame em torno do significado e alcance do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Isto, principalmente, em face da opinião de parte da doutrina que nega a aplicação imediata dos direitos que exigem um comportamento ativo por parte do Estado. Esta discussão será o ponto de partida na intenção de, mais adiante, analisarmos a eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Segundo estatui o art. 5º, § 1º da Constituição, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Lembre-se que o tema é dos mais polêmicos do nosso Direito, pois não se alcançou um consenso quanto ao significado do dispositivo em comento.

É inquestionável que a norma do art. 5º, § 1º da nossa Carta estende-se a todas as categorias de direitos fundamentais, seja aos direitos de liberdade, seja aos direitos sociais. Neste aspecto não se percebem dificuldades, todavia estas surgem ao nos depararmos com a problemática sobre o alcance do mencionado dispositivo, em relação as essas diferentes categorias de direitos fundamentais.

As posições são diversas, oscilando entre aqueles que sustentam que a norma em exame atribui eficácia a boa parte dos direitos fundamentais apenas

12 Comentários à constituição federal brasileira. Corrigidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933, vol II *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 236

nos termos e na medida da Lei; enquanto outra parte entende que mesmo aquelas normas tidas como programáticas ensejam gozo imediato do direito, independentemente de concretização legislativa.

Parece-nos relevante considerar que muito embora exista tal divergência, a doutrina reconhece que o Constituinte pretendeu, através do art. 5º § 1º, elevar o *status* jurídico dos direitos fundamentais, evitando que estes possam perecer diante da inércia legislativa. A questão é: até onde vai o alcance do preceito? Possuiria força suficiente para conferir a aplicabilidade imediata mesmo aos direitos que reclamam uma intervenção do legislador?

Alguns doutrinadores, como por exemplo, Eros Grau¹³, advogando na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, acredita que a própria Constituição criou instrumentos como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, justamente para afastar a inércia e a omissão do legislador diante de normas que requerem sua atuação.

Seguimos a posição de Ingo Sarlet¹⁴, na qual tais mencionados instrumentos processuais configuram uma prova contundente de que existem normas na Constituição que dependem da interposição do legislador, constituindo tal circunstância a própria razão de ser dos instrumentos citados, o que reforça a idéia de que o Mandado de Injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão se encontram, isto sim, a serviço da aplicabilidade imediata, da eficácia e, portanto, também da efetividades das normas constitucionais, situando-se contudo, em plano diverso – embora não incompatível – desta norma de natureza eminentemente material.

Desde logo, admite-se que em nosso sistema constitucional vigente existem normas programáticas e que reclamam uma atuação concretizadora por parte dos órgãos estatais. O que não se pode defender é a tese de que a tais preceitos não se confie a aplicabilidade e eficácia, conforme assegurou-se no art. 5º § 1º da CF/88. Ora, se assim entendêssemos, estar-se-ia limitando a vontade

13 GRAU, Eros. A ordem econômica na Constituição de 1988, 3ªed., São Paulo:Malheiros, 1997 p.322.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, 7ª ed., Porto Alegre:livraria do Advogado, 2007 p.278.

do Constituinte, suprimindo a própria essência do Estado Social de Direito que, diga-se, expressa-se na natureza ideológica, nos fins e programas sociais previstos nas normas tidas como programáticas.

Há de se reconhecer ainda que, mesmo sendo instituível o princípio da aplicabilidade imediata, sustenta-se que existe diferenciação, segundo a doutrina, no que atine à significação do disposto no art. 5º, § 1º da CF/88 em relação aos chamados direitos de defesa e aos direitos sociais, na sua dimensão prestacional.

É muito famosa a classificação de José da Silva¹⁵ ao considerar os aspectos de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que, por seu lado, compreendem dois grupos: normas de eficácia limitada, definidoras de princípio institutivo, que são aquelas que prevêm esquemas genéricos de instituição de um órgão ou entidade, cuja estruturação definitiva o legislador constituinte deixou para a legislação ordinária; normas de eficácia limitada, definidoras de princípio programático, que são aquelas que traçam esquemas de fins sociais, que devem ser cumpridos pelo Estado, mediante uma providência normativa ou mesmo administrativa ulterior.

As normas constitucionais de eficácia plena são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata. Não necessitam de providência normativa ulterior para sua aplicação, sendo desde logo exigíveis.

As normas constitucionais de eficácia contida também receberam do constituinte normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam. Mas prevêm meios normativos não destinados a desenvolver sua aplicabilidade, mas, ao contrário, permitindo limitações à sua eficácia e aplicabilidade.

Já as normas de eficácia limitada, em geral, não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao

15 SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2004.

legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação da matéria nelas traçada em princípio.

Os direitos de defesa (liberdades, igualdade etc.) que, preponderantemente, reclamam uma abstenção por parte dos poderes estatais, gozariam de plena eficácia, conforme essa classificação de José Afonso da Silva. Já os direitos sociais, especialmente, quando apreciada sua dimensão prestacional teriam eficácia limitada e aplicabilidade indireta, considerando-se que só possam ser exercitados em virtude de uma atuação positiva dos órgãos estatais.

Dentro dessa idéia, analisando-se essa conhecida classificação da aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva, seguimos o entendimento no qual os direitos fundamentais, ou seriam normas constitucionais de eficácia plena, sendo capazes de produzir todos os efeitos essenciais nela previstos desde a sua entrada em vigor, ou seriam normas constitucionais de eficácia contida, isto é, estariam suficientemente regulamentadas pelo constituinte, mas seriam passíveis de restrições pelo legislador¹⁶. Todavia, compreendemos como inaceitável a idéia de ser um direito fundamental enquadrado como norma de eficácia limitada, pelo menos segundo a tese de que um direito fundamental deixe de ser apreciado por não estar regulamentado por lei infraconstitucional.

Quanto às normas de eficácia limitada, deduzimos que não se possa intitular assim uma norma constitucional pelo só fato desta exigir uma conduta positiva do Legislativo, não gerando efeitos enquanto não regulamentada, muito pelo contrário, deve-se ponderar que ela detém uma ampla efetividade. Deve-se partir do pressuposto de que uma norma sempre possui eficácia plena, independentemente da forma como se apresenta seu conteúdo. A ausência de regulamentação, por si só, não é apta a afastar a incidência da norma, ou melhor, a sua eficácia.

Vale registrar a crítica contundente feita por Eros Roberto Grau¹⁷ à

16 LIMA, George Marmelstein. Disponível In Revista Consultor Jurídico, março de 2008.

17 GRAU, Eros Roberto. A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas. In: *Revista de*

classificação das normas constitucionais elaborada por José Afonso da Silva, na medida em que, segundo Eros Grau, afirmar que determinadas normas constitucionais têm sua eficácia dependente da edição de normas pelo legislador ordinário equivaleria a uma “revogação de fato”, sempre que o legislador se omitisse no seu dever de concretizar a norma constitucional. Seria inverter a hierarquia das normas jurídicas, na medida em que uma lei ordinária acabaria por se sobrepor a uma norma constitucional. Nestas condições, o autor defende que as normas de direitos sociais, ainda que anunciem a possibilidade de integração do seu conteúdo por legislação ordinária, não dependem desta para sua interpretação e aplicação, gerando verdadeiros direitos subjetivos aos seus titulares.

Noberto Bobbio questionou-se, ao analisar os fatores que obstam a efetivação ou aplicação das normas jurídicas referentes aos direitos humanos.

Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o "programa" é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado de 'direito'?¹⁸

Partindo-se da idéia referente à inaceitabilidade da existência de uma norma definidora de direitos que se torne inaplicável em face da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, defende-se que é cada vez mais indispensável a responsabilidade política de juízes e tribunais.

A norma do § 1º, art. 5º da Carta Maior é um convite ao ativismo judicial, perante a omissão dos demais Poderes do Estado.

Apresenta-se o Poder Judiciário, sob a ótica de uma proteção *in*

Direito Constitucional e Ciência Política, n. 4, Rio de Janeiro: IBDC/Forense, 1985, p. 40-43.

18 BOBBIO, Roberto. *A Era dos Direitos*. 8ª ed. Campus: Rio de Janeiro, 1992, p. 77/78

concreto dos direitos fundamentais, como o caminho mais próximo a qualquer interessado na busca do cumprimento das disposições constitucionais, tornando-as verdadeiramente efetivas.

Se admitirmos a existência de normas de eficácia limitada estaríamos negando o próprio potencial de aplicabilidade que detém uma norma definidora de direitos. Apesar de se sustentar que no mínimo o legislador está adstrito aos mandamentos e fins de uma norma dessa natureza, estando proibido a legislar em desacordo com suas disposições, não se pode querer que uma norma de direito fundamental esteja sempre na pendência de uma atuação por parte do administrador público e do legislador infraconstitucional.

A incidência do Princípio da Aplicabilidade Imediata deve afastar a existência de normas tidas como limitadas. Não é sob tal concepção que se confere um menor ou maior grau de concretude a uma norma constitucional reveladora de direitos. O que verdadeiramente poderá interferir neste aspecto diz respeito às questões fáticas e materiais externas ao conteúdo do direito, ou melhor, a dimensão econômica do custo dos direitos influencia a sua efetividade.

2. OS DIREITOS SOCIAIS

A necessidade de um estudo das Políticas Públicas torna-se mais necessária quando se almejam formas de se concretizar os direitos humanos, especialmente os denominados direitos sociais.

Esta categoria de direitos vem definida por Paulo Gilberto Cogo Leivas.

Apresento a minha definição de direitos fundamentais sociais: eles são em sentido material, direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional¹⁹.

Valemo-nos ainda do conceito dado por Alexy:

Os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais fundamentais) são direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obter também de particulares²⁰.

Os direitos sociais, direitos fundamentais de 2ª geração, possuem uma conceituação formulada pelo mestre José Afonso da Silva.

Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se

19 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p. 89.

20 ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.482.

ligam ao direito de igualdade²¹.

A Constituição de 1988, com o Estado Democrático de Direito, inaugurou um novo período no constitucionalismo brasileiro. Avançou, conforme visto, entre outros temas, com os direitos fundamentais sociais. Estes ganharam fundamentalidade positivada na Carta Maior, além da correspondência havida entre esses direitos e o núcleo de valores que apresenta a Constituição, principalmente quanto ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que recebeu título de verdadeira norma constitucional.

A este respeito Paulo Bonavides²² certificou a íntima correlação entre os direitos sociais e a dignidade da pessoa humana ao declarar que não há diferença de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais, pois ambos estão conectados a um valor maior: a dignidade da pessoa humana.

A Jurisprudência e a Doutrina ainda divergem quanto ao caráter das normas de direitos sociais. Seriam estas verdadeiros direitos fundamentais ou seriam meros indicativos de programas a serem efetuados pelos Poderes Públicos, em estrita dependência da vontade legislativa ou mesmo da discricionariedade?

Entre nós, doutrinadores como Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Roberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Bonavides, defendem que todos aqueles direitos previstos nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal são autênticos direitos fundamentais.

Anuindo com a concepção apresentada por estes renomados doutrinadores, resta-nos apenas acrescentar que o verdadeiro debate em virtude do reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais está na classificação de sua eficácia enquanto direitos subjetivos a prestações.

Conforme asseguramos é certo que existem normas de direitos fundamentais carecedoras de concretização legislativa, em virtude disto ocorre,

21 SILVA, José Afonso. Direito Constitucional Positivo. Malheiros. Ed. 15ª ed., 1998, p. 289.

22 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2002, p.595.

para alguma parte de doutrinadores, uma diferenciação no tratamento outorgado a esta série de direitos, influenciando na sua aplicabilidade e eficácia.

De qualquer sorte, todas as normas de direito fundamentais são direta e imediatamente aplicáveis na medida de sua eficácia, sejam normas de cunho programático ou não.

A doutrina majoritária destaca as cargas eficaciais comuns a todas às normas de direito fundamentais conforme apontado por Sarlet²³. Assim: (a) causam a revogação das normas anteriores que forem contrárias à norma de direito fundamental e, conseqüentemente, ocasionam sua desaplicação, sem que haja necessidade de declaração de inconstitucionalidade; (b) compreendem comandos que vinculam o legislador, pois este ficará obrigado a concretizar os programas e fins contidos nas normas de direito fundamental, assim como não poderá se afastar de seus parâmetros ao editar qualquer legislação; (c) acarretam a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados posteriormente à Constituição, que conflitem com o conteúdo dos direitos fundamentais; (d) constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das demais normas jurídicas, sejam constitucionais, sejam infraconstitucionais, na medida em que veiculam princípios, diretrizes e fins que informam todo o ordenamento jurídico; (e) geram sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva (ainda que dependam de uma interposição legislativa), pois, no mínimo, geram um direito subjetivo no sentido negativo, possibilitando ao indivíduo que exija do Estado que se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma de direito fundamental; (f) ocasionam a denominada proibição de retrocesso, impedindo o legislador de eliminar determinadas posições jurídicas já criadas.

2.1 Discussão: Direitos sociais na qualidade de direitos subjetivos a prestações.

23 SARLET, Ingo Wolfgang . A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp.280/287.

A fim de direcionar nosso estudo, não versaremos acerca do tema genérico da eficácia dos direitos fundamentais, mas da específica questão da eficácia dos direitos sociais sob a ótica de direito subjetivo.

Há de ser reconhecer que a própria noção do significado do termo “direito subjetivo”, já enseja uma diversificada gama de discussões. Não pretendemos adentrar nesta seara, logo, para fins dessa pesquisa, adotaremos o sentido que trata os direitos subjetivos como aqueles capazes de gerar ao titular uma pretensão dedutível em juízo, ou seja, conferir-se a este a possibilidade de exigir do Estado uma conduta em favor de um interesse seu.

Neste direcionamento converge a doutrina brasileira, como se extrai da obra de Ingo Wolfgang Sarlet²⁴ e Luís Roberto Barroso²⁵.

Clèmerson Merlin Clève salienta que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais desempenha três funções: a) de defesa do indivíduo contra a ingerência do poder público que venha impedir a satisfação do direito fundamental; b) de prestação, segundo a qual o indivíduo pode demandar a realização do objeto do direito fundamental; e c) de não discriminação, segundo a qual o indivíduo deve ter ao seu dispor, sem discriminação em relação aos demais (a não ser que a discriminação seja necessária para a concretização da igualdade material), os bens e serviços necessários à satisfação de seus direitos fundamentais²⁶.

A efetivação do caráter social empregado pela Constituição torna-se viável a partir do momento que os direitos fundamentais sociais forem observados enquanto verdadeiros direitos subjetivos. O grande problema está na caracterização programática dos direitos fundamentais sociais, por representar, as normas assim enquadradas, programas e princípios a serem perseguidos pelos

24 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, pag. 167.

25 BARROSO, L. R. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, p. 103-104

26 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: Revista Crítica Jurídica, n.22, jul-dez 2003, p.23.

órgãos estatais, visando a realização dos fins sociais do Estado.

O professor Luís Roberto Barroso²⁷ acredita que tais normas não confeririam direitos subjetivos aos cidadãos, por estipularem apenas fins genéricos a serem perseguidos pelo Estado, sem vinculá-los concreta e especificamente à adoção de condutas determinadas.

Segundo ainda a própria classificação quanto à eficácia das normas de direitos fundamentais elaborada por José Afonso da Silva²⁸, observa-se ainda que esta inclui grande parte das normas de direito social como programáticas. Neste contexto, Sarlet²⁹ salienta alguns exemplos no próprio rol dos direitos a prestações, inclusive os constantes fora do Catálogo, como, por exemplo, as disposições dos arts. 6º e 7º, incs. II, III, IV, XI, XII e XIV, bem como os arts. 194, 196, 205, e 215, todos da nossa Constituição.

Com base nestas primeiras considerações, percebe-se a dificuldade enfrentada no caminho à concretização das normas de direitos fundamentais sociais, mesmo quando reconhecemos o fenômeno da subjetivação em relação a estas.

Assim, apresentaremos um balanço do ponto de vista de ilustres representantes da doutrina e os argumentos utilizados contra e a favor a respeito do tema.

Primeiramente, Celso Antônio Bandeira de Melo³⁰ advoga dentre aqueles que reconhecem o caráter subjetivo a uma prestação estatal conferido aos direitos de cunho social.

Sob este aspecto, o fato de uma norma de direito social possuir uma formulação vaga e aberta, não constitui razão para afastar sua eficácia e

27 BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 121-2.

28 SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2004.

29 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.319.

30 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, in RDP nº 57-58, 1981, p. 244

aplicabilidade. Celso Antônio Bandeira de Melo³¹ entende como fundamental o papel do Judiciário na determinação do conteúdo desses preceitos normativos.

Eros Grau³², da mesma forma, defende que a lacuna deixada pela ausência de atuação do legislador pode ser suprida, no caso concreto, pelos Tribunais. Ressalte-se que alguns defensores deste ponto de vista sustentam que por força do art. 5º, § 1º, da CF/88, os direitos sociais possuem caráter de verdadeiros direitos subjetivos. Ainda Eros Grau já se posicionava neste sentido mesmo antes do advento da Carta de 1988.

Estes autores seguem uma linha mais liberal, enquanto outros sustentam um posicionamento diverso, apontando para a carência de uma *iterpositio legislatoris* a tais normas, pois a própria Constituição não aponta o alcance da prestação que constitui seu objeto.

A oposição ao reconhecimento de direitos subjetivos a prestações apresenta ainda a reserva do possível como limite fático à efetivação de pretensões consubstanciadas em direitos sociais. Nesta linha, seus defensores sustentam que a efetivação destes direitos fundamentais está condicionada à disponibilidade de recursos por parte do Estado. O fato de ser outorgado ao Judiciário a possibilidade de decidir sobre a aplicação de recursos, implicaria verdadeira afronta ao princípio da separação dos Poderes.

A breve exposição de todas essas concepções serviu para demonstrar que por mais que se vise a aplicação plena dos direitos sociais, não se pode impor a maximização destes direitos, da mesma forma que não se pode admitir a negação absoluta de direitos subjetivos a prestações, sob pena ao sacrifício dos bens tidos como fundamentais.

Na realidade é viável conceber a idéia de subjetivação aos direitos sociais. A possibilidade do indivíduo buscar a concretização de um direito perante os órgãos judiciários é indispensável. Todavia, a atuação do Poder Judiciário não funciona em níveis absolutos, desconsiderando a disponibilidade de recursos

31 idem, p. 244-5.

32 GRAU, Eros. A ordem econômica na constituição de 1988, pag. 315

públicos. Podemos chegar de forma razoável a idéia de que ocorre, em verdade, uma relativização dos chamados direitos subjetivos a prestações, isto porque há de se considerar que o embate entre a reserva de competência do legislador e o valor maior da dignidade da pessoa humana será sempre avaliado à luz do caso concreto. Neste aspecto é sábia a concepção de Sarlet³³ para quem o problema apenas poderá ser equacionado à luz das circunstâncias do caso concreto e do direito fundamental específico em pauta, sendo indispensável a ponderação dos bens e valores em conflito.

É justo que, em relação a esfera do chamado mínimo existencial, o titular de um direito fundamental tenha direito subjetivo a pleitear uma prestação de forma a impor ao Estado a imediata garantia a tais interesses. É certo que o mínimo existencial, ou melhor, o mínimo de condições dignas que o Estado deve fornecer ao indivíduo, não poderá ser afastado sob qualquer hipótese. Entretanto, como já explanado, o papel do Estado na concretização dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, não está limitado à teoria do mínimo existencial. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana exercer importante função demarcatória no enquadramento, não somente do padrão mínimo de vida, mas daquilo tido como fundamental ao ser humano.

Ao se considerar o que seja fundamental ao indivíduo deve-se partir do pressuposto da imprescindibilidade ou não de um direito diante das limitações a sua efetivação, não unicamente, por exemplo, quando a própria vida humana esteja em risco de ser atingida, porque neste caso sempre prevalecerá o direito à vida por ser imprescindível, mas falamos sob a ótica da proporcionalidade em tudo que envolva uma prestação de caráter social, relacionada a direitos como a saúde, educação, assistência social, moradia etc.

O princípio da proporcionalidade é um verdadeiro instrumento de interpretação quando se está diante de colisão entre direitos fundamentais e se

33 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais na constituição de 1988. revista diálogo jurídico – abril de 2001 – salvador – Bahia - Brasil . Ano I nº 1 pag. 37.

almeja uma solução conciliatória. O professor Paulo Bonavides³⁴ citando Eberhard Grabitz reconhece o influxo que este princípio começava a exercer no domínio dos direitos fundamentais:

Pertence o princípio da proporcionalidade àqueles princípios da Constituição que desempenham um notável e destacado papel na judicatura da Corte Constitucional. De início, o Tribunal o empregou apenas de forma hesitante e casual, sem conseqüência sistemática evidente; desde o "Apothekn – Urteil, porém, ele o tem utilizado de maneira cada vez mais reiterada e em campos sempre mais largos do Direito Constitucional como matéria de aferição da constitucionalidade dos atos do Estado.

Sua principal função, o princípio da proporcionalidade, a exercita na esfera dos direitos fundamentais; aqui serve ele antes de mais nada (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais.

A doutrina confere ao princípio da proporcionalidade três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios.

O primeiro é a pertinência ou aptidão, que deve indicar se determinada medida constitui "o meio certo (adequado) para se chegar em um fim baseado no interesse público. Analisa-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim³⁵. Ainda, conforme Canotilho, "*trata-se de controlar a relação de adequação medida-fim*"³⁶. Jorge Miranda³⁷ refere que tal subprincípio envolve a correspondência de meios e fins.

O segundo elemento é o da necessidade, por meio da qual a medida não há de ultrapassar/extrapolar os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou, ainda, uma medida para ser admissível, deve ser necessária. Aqui, analisa-se o meio empregado, devendo ser dosado para se chegar ao fim almejado. Constitui o princípio da escolha do meio mais suave e

34 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros, pag. 395.

35 BONAVIDES, op. cit., p. 395-396.

36 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 270.

37 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1998, v. IV, p. 218.

menos oneroso ao cidadão.⁵⁶ E Jorge Miranda menciona que a necessidade supõe a existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha intervenção ou decisão; “*equivale a exigibilidade desta intervenção ou decisão*”³⁸.

E, por fim, o terceiro, consiste na proporcionalidade “*stricto sensu*”. Aqui a escolha recai sobre o meio que, no caso concreto/específico, levar mais em conta o conjunto de interesses em conflito. É o subprincípio, no dizer de Canotilho, da “*justa medida*”³⁹.

Afirma-se que essa proporcionalidade *stricto sensu* significa que a providência não pode ficar aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido, nem mais, nem menos. Por se tratar de limites, de restrições e de suspensão de direitos fundamentais, ela se traduz em “proibição do excesso ou do arbítrio; os direitos podem ser limitados, restringidos ou suspensos apenas na medida da necessidade legitimamente acolhida pelos órgãos competentes, à face das normas constitucionais aplicáveis”⁴⁰. Esse subprincípio é o que de mais de perto se prende ao princípio da igualdade.

Aduz o professor Paulo Bonavides⁴¹ que o emprego inadvertido e abusivo do princípio da proporcionalidade poderá comprometer e abalar o equilíbrio entre o legislativo e o judiciário. Na utilização desse princípio não se pode chegar ao extremo, ao “Estado de juízes”, em que o remédio limitador da ação do Estado frente a direitos fundamentais seja utilizado de modo a cercear a ação do poder também constitucionalmente previsto e conferido ao legislador, de elaboração das leis. Todavia reforça o insigne professor que o princípio em comento, abraçado ao princípio da interpretação conforme Constituição, ao invés de reduzir a missão do legislador, busca jurisprudencialmente fortalecê-la.

38 MIRANDA, op. cit., p. 218.

39 CANOTILHO, op. cit., p. 270.

40 MIRANDA, op. cit., p. 218.

41 BONAVIDES, op. cit., p. 388.

3 . OS LIMITES À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO ÂMBITO JUDICIAL

3.1 A tripartição dos poderes do Estado

A intervenção judicial nas políticas públicas enfrenta problemas de várias facetas. Dentre eles, está o fato de não se atribuir, através da Constituição Federal, ao Judiciário, a competência originária para resolver questões relacionadas à alocação de recursos.

Tais atribuições foram conferidas aos Poderes Legislativo e Executivo. Logo, quando se abre a possibilidade ao Poder Judiciário de atuar em áreas que, a priori, não lhe diz respeito, deve-se considerar que sua atuação nesses casos é extraordinária, não se tornando a elaboração de políticas públicas em algo comum a este Poder do Estado.

Para alguns doutrinadores, o princípio da divisão de poderes surge como verdadeira barreira à chamada judicialização. Além disto, pelo princípio democrático, pelo qual as decisões de interesse da coletividade devem ser tomadas por representantes do povo, o Juiz não é detentor de legitimidade democrática, por não ter sido eleito.

Muito embora os argumentos apresentados, o princípio da divisão dos poderes e o princípio democrático não impõem uma barreira intransponível à revisão judicial de decisões acerca da alocação de recursos públicos. Em verdade, os princípios exigem do julgador o devido respeito às escolhas dos órgãos políticos, estando, é claro, tais condutas de acordo com os objetivos sociais traçados constitucionalmente.

Certo que as Teorias de Separação de Poderes desenvolvidas sempre se preocupavam, principalmente, com a abusividade praticada por parte do Estado, buscava-se diminuir a intervenção deste através da desconcentração,

com a defesa das liberdades individuais dos cidadãos (ideal claramente liberalista). Pode-se afirmar que o principal objeto do Princípio da Separação de Poderes era a proteção do cidadão frente ao arbítrio estatal, diante do excesso de poderes a seu alcance.

Hoje, a teoria da separação dos poderes sofre reformulações, principalmente, com ênfase ao sistema de freios e contrapesos, visando obter um equilíbrio ou formas de compensações funcionais. A plena atuação sadia e independente dos três poderes verifica-se por meio de interferências ponderadas entre eles, visando perseguir o bem estar social. Segundo as palavras de Canotilho, o sistema de freios e contrapesos somente se realiza pelo princípio da lealdade constitucional.

Esse princípio compreende duas vertentes. A primeira consiste em que diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento dos sistema com o mínimo de atrito possível. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciarem a tática da guerrilha institucional, de abuso do poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional seria possível sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido de responsabilidade do Estado⁴².

Com o advento do Estado Democrático de Direito, o Princípio da Tripartição dos Poderes é assim visto por outro aspecto. Não se mostra admissível alegar ser o Poder Judiciário incompetente para determinar a realização de prestações previstas em direitos fundamentais sociais, a serem cumpridas pelo Executivo.

Julgados já não tão recentes, calcados nesses tipos de argumento já ultrapassados, afastavam o controle jurisdicional em atividades tidas como inerentes ao Executivo.

42 CANOTILHO, J.J. Gomes. Os poderes do Presidente da República. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

Não há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevaecimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios, tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu (...)⁴³.

Ora, sendo o Princípio da Tripartição dos Poderes interpretado de forma tão restrita, ou melhor, entender-se que cada poder possui competências específicas e, por isto, estar o campo de suas atribuições livres de qualquer interferência, afastaria o modelo de Estado Constitucional de Direito. Este exige cada vez mais um Judiciário forte e participante. Ressalte-se que essa tendência, ou seja, a intensificação da criatividade jurisprudencial, principalmente, na matéria de direitos sociais, decorreu de vários fatores.

A “revolta contra o formalismo”, após a II Guerra Mundial; a necessidade de agigantamento do Judiciário enquanto terceiro poder capaz de controlar o Legislativo e o Executivo, que haviam se tornado imensamente potentes especialmente com o advento do Estado do Bem-Estar Social; em virtude da criação da legislação social, a necessidade de que o Judiciário implementasse o cumprimento às obrigações prestacionais neles previstas (“justiça administrativa”), não podendo tão somente exercer a função de garantidor dos direitos individuais frente ao Estado; a posição do Judiciário como defensor dos indivíduos que não tinham acesso às manobras políticas necessárias para influenciar nas políticas públicas, em virtude do complexo aparato burocrático que passou a cercar o Executivo e o Legislativo⁴⁴.

Assim verifica-se cada vez mais a importância da realização dos direitos sociais no Brasil, como bem salientou Andreas J. Krell.

43 532532 TJSP, Agravo de Instrumento nº 42.530.5/4, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Alves Bevilacqua, j. 11/11/1997, *apud* AMARAL, G. Ob. cit., p. 27-28.

44 PEREIRA, Áurea Pimentel. A Obra de Criação do Direito pelo Juiz na Interpretação das Leis. Limites. In: Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 5, n. 18, 2002, pg 31-60.

Na medida em que é menor o nível de organização e atuação da sociedade civil para participar e influenciar na formação da vontade política, aumenta a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, especialmente as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica⁴⁵.

Não há ofensa à teoria da tripartição, quando constrói-se uma prática jurisdicional na tentativa de efetivação de direitos fundamentais sociais, seja na elaboração das leis, seja na adoção de políticas públicas, seja no cumprimento estrito das obrigações previstas nas normas, quando assim demandado pelo seu titular.

Confiar exclusivamente na atuação política dos poderes públicos, quando se verifica de sua parte uma omissão em cumprir com as tarefas previstas na Constituição, é arriscado. Nestas situações, o Judiciário é convocado a fazer valer uma norma constitucional, por ser este poder um verdadeiro guardião da Constituição e da ordem jurídica como um todo.

A atual leitura do Princípio da Separação dos Poderes defende uma ação conjunta do Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo estes responsáveis pela efetivação harmônica do texto constitucional, levando em destaque que cada poder possui suas próprias prerrogativas, ou melhor, a cooperação dentre eles não pode acarretar em um aumento ou diminuição das funções de um ou outro poder.

Quando o Judiciário atua, implementando políticas públicas, não retira ou desvia essa função do âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo. Na realidade esse novo papel do julgador revela-se mais como uma forma de proteção à eficácia das normas jurídicas, principalmente, ante condutas omissivas

45 KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 70.

por parte dos poderes públicos.

O melhor posicionamento a ser seguido é o de que o Judiciário tem a função de garantidor da Supremacia da Constituição e, além disto, as instituições processuais da motivação e da recorribilidade das decisões, do devido processo legal e da publicidade, são base de sustentação para legitimar o Judiciário, em casos concretos, a agir como legislador positivo, ou eventualmente como administrador, para efetivar os direitos prestacionais sociais em virtude da ineficiência ou omissão do Poder Legislativo⁴⁶.

3.2A escassez dos recursos públicos e a função realizadora do Poder Judiciário.

O tema surge com muita força ao nos depararmos com a tutela dos direitos fundamentais sociais em nível judicial, quando o Poder Judiciário é acionado a fim de obrigar o Estado a efetivar direitos sociais constitucionalmente previstos. A proteção dos direitos sociais se dá por meio de uma ação estatal, e o Estado para atuar necessita realizar políticas públicas que assegurem o usufruto dos mesmos.

É certo que as políticas públicas voltadas para realização de direitos sociais demandam, na maior parte dos casos, gastos públicos. Por ser este o ponto central deste trabalho versaremos a respeito da possibilidade de exigibilidade judicial dos direitos denominados como sociais. Isto, pelo fato de que a concretização de um direito social exige a disponibilidade de recursos públicos necessários ao atendimento de uma decisão judicial que prevê a prestação de um direito fundamental social.

A partir destas considerações iniciais, percebe-se que alguns teóricos

46 MARTINS, Marianne Rios. Os limites de atuação do poder judiciário como legislador positivo para efetivar direitos humanos de 2ª dimensão. Disponível em: http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf. Acesso em 31/10/2008.

entendem haver um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais - a própria dependência da capacidade econômica do Estado ou, em outras palavras, de cobertura financeira e orçamentária - e que não pode ser ignorada pelas decisões judiciais⁴⁷. Este limite fático é expresso em estudos da doutrina e em decisões jurisprudenciais pelo termo “reserva do possível”.

O autor Robert Alexy define este termo como “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”⁴⁸. Entretanto para este autor, isto não se apresenta como uma forma de tornar o direito à prestação ineficaz, ou mesmo, inaplicável. Significa, na verdade, que os direitos sociais, assim como todos os outros direitos fundamentais, não podem ser encarados como se tivessem conteúdo absoluto e aplicável para todos os casos de um modo definitivo, mas podem sim sofrer delimitações pela colisão de interesses verificados no caso concreto.

A teoria do princípio da reserva do possível tem como origem as decisões proferidas pela Corte Constitucional Federal da Alemanha. O surgimento deste posicionamento é encontrado na apreciação de um famoso caso, no qual uma ação judicial então proposta visava obter uma decisão que permitisse a certo estudante cursar o ensino superior público. Tal pretensão se baseava na garantia prevista pela Lei Federal alemã de livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, tendo em vista que não havia disponibilidade de vagas em número suficiente para todos os interessados em freqüentar as universidades públicas.

Neste caso, ficou estabelecido que só se pode exigir do Estado o

47 Cf. Cristina Queiroz, “Direitos Fundamentais Sociais: Questões Interpretativas e Limites de Justiciabilidade”, in *Interpretação Constitucional*, Silva, Luis Virgílio Afonso da (organizador). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 175; Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p.498; José Joaquim, Gomes Canotilho, “Tomemos a serio os direitos economicos, sociais e culturais”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, numero especial, estudos em homenagem a A. Ferrer-Correia 3(1991), p. 497; Gustavo Amaral, *Direito, Escassez e Escolha*, São Paulo: Renovar, 2001, 185.

48 Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 498. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2ªed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 265, acrescenta que o conceito amplo de “reserva do possível” engloba tanto a possibilidade quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.

atendimento de um interesse, ou a execução de uma prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites da razoabilidade, destacando ainda a Suprema Corte Germânica que os intitulados direitos sociais “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”⁴⁹. Tal entendimento inviabilizaria que fossem requeridas providências do Estado acima de um patamar logicamente razoável de exigências sociais, razão pela qual restou afastada a lógica de que o Poder Público estaria obrigado a disponibilizar um número ilimitado de vagas, para acolher todos os interessados em ingressar nas universidades públicas.

Andréas Krell⁵⁰, analisando o princípio da reserva do possível à luz da realidade brasileira e do direito constitucional comparado, afirma que o princípio se trata de uma falácia, tendo em vista que a situação social brasileira não pode ser comparada àquela dos países membros da União Européia. Segundo este autor, no que diz respeito ao campo da saúde, a solução seria satisfazer todos os casos. “Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e saúde. Um relativismo nessa área poderia levar a ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo ‘por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais’?”⁵¹.

A exigência de recursos públicos para realização dos direitos sociais não tira destes sua importância, devendo sua efetivação ser levada a sério. Não se trata de uma mera opção deixada aos administradores ou do Poder Legislativo no cumprimento dos mandamentos constitucionais. Apesar da possibilidade conferida ao administrador no que pertine a sua discricionariedade, para se efetivar um direito constitucional, parte-se de uma ótica acima de tudo

49 KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.52

50 Idem p.53-54.

51 Idem p.53

constitucional, já que a Carta Maior fundamenta sua efetivação.

Logo, o não cumprimento de uma determinação constitucional exige um ônus argumentativo. E, dentro do chamado “ônus argumentativo”, pode caber a discussão a respeito dos custos dos direitos e dos recursos escassos. Vale ressaltar que a escassez de recursos não pode ser tomada de forma absoluta, a ponto de se sobrepor totalmente à fundamentalidade dos direitos, ela é apenas um dos elementos a ser levado em consideração, mas nunca o único.

As alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se “em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais”⁵²

O problema, além da existência ou não de recursos, está em saber se ao Judiciário compete impor a concretização de políticas públicas para assegurar a fruição dos direitos sociais pelo indivíduo. Estaria invadindo uma competência do Legislador ou mesmo o mérito da decisão administrativa naquilo que seria ou não conveniente? Em que seara o Poder Judiciário está legitimado a atuar quanto a este aspecto? Sarlet trata da questão, ponderando, no sentido de que no tocante ao que a doutrina costuma chamar de mínimo existencial, teria, o indivíduo um direito subjetivo frente ao Estado, sendo perfeitamente possível, neste caso, a propositura de ação judicial e a entrega do bem da vida pelo Magistrado.

Inclusive, cabe, a fim de realçar a concepção acima, registrar a afirmativa de Marcelo Novelino Camargo de que “o aspecto distintivo fundamental entre os direitos que compõe o mínimo existencial e outros direitos sociais, está no

52 FARENA, Duciran Van Marsen. A Saúde na Constituição Federal, p. 14. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, n. 4, 1997, p. 12/14.

fato de que aqueles por serem direitos mínimos imprescindíveis a uma vida digna não se submetem à reserva do possível”⁵³.

Como muito bem assevera Sarlet, no que pertine às demais necessidades humanas, a via legítima seria outra, ou melhor, é a alocação via recursos orçamentários.

Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, além de uma crescente **conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas ao fazê-lo haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/o retrocessiva de algum direito social**. Neste sentido (e desde que assegurada atuação dos órgãos jurisdicionais, quando e na medida do necessário) efetivamente há que dar razão a Holmes e Sunstein quando afirmam que levar direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é levar a sério o problema da escassez”⁵⁴

O entendimento esposado pelo Ministro Celso de Mello, firma posição do Egrégio Supremo Tribunal Federal sobre a participação do Judiciário, sim, na formulação de políticas públicas, mas de forma acessória na concreção do mínimo existencial; aos demais casos, a atribuição cabendo aos Poderes Executivo e Legislativo, mas levando-se em consideração a reserva do possível.

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora

53 CAMARGO, Marcelo Novelino. (Org). Leituras Complementares de Constitucional. Salvador: juspodivm, 2006

54 Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais..., p 349

em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. 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. 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 (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado⁵⁵.

Desse modo, pelos posicionamentos estabelecidos, percebe-se um entendimento no qual se reconhece ao Judiciário legitimidade na formulação de políticas públicas, ressaltando, todavia, que este efetuará um juízo de ponderação dos bens, valores e interesses em risco, para se chegar a alguma conclusão sobre as condições e possibilidades de intervenção democrática da Jurisdição

55 ADPF nr. 45, decisão monocrática do Excelentíssimo Ministro Celso de Mello em 29/04/2004, Supremo Tribunal Federal.

Constitucional e infraconstitucional no âmbito das relações societárias, dando prioridade às interpretações que favoreçam a integração política e social e que possibilitem o reforço da unidade política que visem o sistema como um todo. Há se revisar os limites da jurisdição constitucional, “não para excluir sua dimensão protetiva e concretizadora dos direitos e garantias fundamentais”, mas para propiciar formas de manifestação e participação da sociedade em temas que lhe interessam⁵⁶.

3.3 A reserva do possível e sua restrição aos direitos fundamentais.

Sabe-se que o Direito não pode se distanciar da realidade, de modo que as normas jurídicas, por certo, encontram-se sob a influência da reserva do possível.

A reserva do possível é uma realidade presente. Não se pode, todavia, pretender torná-la absoluta, ou mesmo, considerá-la inerente a um direito fundamental, entendendo-se que este já nasce com a limitação imposta. Imagine-se reconhecer que um direito fundamental seja previamente restrito levando-se em consideração a limitação orçamentária. Isto geraria uma discricionariedade muito ampla para os legitimados a descrever a amplitude normativa de um direito. Ora, seria definido qual direito seria ou não possível.

Um direito fundamental jamais poderá vir limitado com as restrições da reserva do possível. A prova maior disso mostra-se quando existem muitas decisões judiciais determinando o fornecimento de um certo medicamento. O Estado acaba por se organizar para promover uma dotação orçamentária capaz de suprir esta necessidade, passando este remédio a ingressar na lista daqueles

56 LEAL, Rogério Gesta. O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea, p. 97

que obrigatoriamente devem ser fornecidos gratuitamente a toda a população.

Reconhecemos a reserva do possível como um elemento externo a qualquer direito fundamental. Entenda-se, de um lado, deparamo-nos com um direito fundamental em sua magnitude e, de outro, a reserva do possível, como a disponibilidade orçamentária necessária à efetivação deste direito.

A reserva do possível acaba por configurar como verdadeira condição a ser considerada pelo aplicador do direito, quanto à existência de condições materiais para sua efetivação. Especificamente em relação aos direitos fundamentais sociais, isso significaria que o princípio determinaria posições jurídicas *prima facie* as mais amplas possíveis, as quais eventualmente poderiam ser restringidas em face da limitação dos recursos disponíveis para torná-las posições jurídicas definitivas, prontamente exigíveis.

De tal forma, seria inviável e, até mesmo, uma atitude capaz de ferir os direitos constitucionalmente reconhecidos, diferenciar quais tipos de tratamentos médicos estariam acobertados pelo direito à saúde de forma abstrata.

O confronto entre a pretensão juridicamente pleiteada com os recursos materiais disponíveis dá-se diante dos reais liames do caso concreto. Esse confronto permite que o Judiciário efetue um controle, especialmente quando pondera os valores em jogo. É seguro que à realização de um direito são considerados os elementos fáticos, como a escassez de recursos.

A posição seguida por Gustavo Amaral, envereda por este entendimento, quando assinala que a alocação de recursos pelo Estado é passível de controle pelo Judiciário na medida em que “cabe ao magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal”⁵⁷.

Ingo Wolfgang Sarlet, da mesma forma, considerando que a reserva do possível constitui um elemento externo aos direitos fundamentais, capaz de

57 AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha: em busca de critério jurídico para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p. 208.

reduzir sua eficácia, chega a afirmar que “por mais vital que seja a prestação, tal circunstância não tem o condão de contornar o limite fático imposto pela ausência de recursos”⁵⁸.

A partir da posição adotada por estes autores, verifica-se que a reserva do possível assume uma posição exterior ao direito, que não determina seu conteúdo, não influencia na sua existência jurídica, mas pode, eventualmente, comprometer a sua eficácia.

Nestas condições, a afirmação de que um direito pode ser exigível na medida em que houver disponibilidade dos meios materiais necessários à sua realização significa estabelecer, em um primeiro momento, o amplo alcance da norma de direito fundamental, e num segundo, a possibilidade da restrição deste alcance com base em elementos da realidade empírica.

A escassez de recursos poderia impedir a exigibilidade de um direito fundamental social, mas, para tanto, o Judiciário, perante o qual esta exigibilidade foi reclamada, terá ao seu alcance o mecanismo da ponderação, a partir da proporcionalidade, a fim de averiguar que escassez de recursos é esta, se é contornável ou não, se as razões que determinaram a escolha alocativa de recursos em prejuízo deste direito são efetivamente adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

Os juízes têm consciência das limitações econômicas do Estado, mas eles agem, e assim deve ser em uma ordem de Estado Social, em cumprimento à norma constitucional. Desta forma, não se estaria transferindo a competência de realizar as políticas públicas para o Judiciário, mas defendendo a eficácia da Constituição.

58 SARLET, I. W. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 326

3.4 Os limites impostos à reserva do possível.

3.4.1) *O postulado da proporcionalidade e o grau de essencialidade do direito fundamental em questão.*

O princípio da reserva do possível não impera de forma absoluta, aliás, nada no âmbito das ciências jurídicas poderá ser tido como de caráter irrestrito. Este princípio sofre limitações, da mesma forma que impõe limitações. Resta apenas saber, diante de uma ponderação concreta, o que deve prevalecer.

É unânime a concepção de que os direitos fundamentais, até mesmo, os direitos sociais, estão sujeitos a limites, mas existem também limites às limitações por estes sofridas. A própria Constituição prevê certas restrições aos direitos fundamentais de forma expressa, mas podemos admitir também que existem limitações, sem previsão constitucional, mas que, igualmente, influem na eficácia destes ditos direitos.

A própria verificação destas restrições fora da menção constitucional, merecem ser analisadas sob vários aspectos, levando em consideração os requisitos da proporcionalidade, da garantia do núcleo essencial de um direito e dos valores constitucionais protegidos.

Na realidade, sempre que se estiver diante de uma ação ou omissão do Estado que possa enfraquecer as obrigações previstas nas normas de direitos fundamentais sociais, reduzindo, dificultando ou impossibilitando os meios de acesso dos seus titulares aos bens jurídicos protegidos, estar-se-á diante de uma restrição ao direito fundamental social. Esta restrição somente será legítima se, ainda que desprovida de previsão expressa na Constituição, for adequada aos parâmetros de controle material da constitucionalidade, como os valores constitucionais, a proporcionalidade, o núcleo essencial, dentre outros.

É interessante este aspecto sempre quando se recorre à tese da reserva do possível, ou seja, daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir do Poder Público, visando-se afastar a prestação pleiteada.

A partir de agora se buscará analisar os limites da influência da reserva do possível sob os direitos fundamentais sociais. Conforme salientado, um direito fundamental não poderá ser afastado simplesmente quando se está diante de uma restrição jurídica, ou mesmo, fática.

A proteção conferida aos direitos fundamentais acarreta, quando se está diante de uma situação que imponha limites na aplicação destes direitos, na necessidade de manutenção ao denominado núcleo essencial de um direito fundamental. Destina-se o princípio da proteção ao núcleo essencial evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmembradas ou desproporcionais.

A garantia do núcleo essencial funciona como uma espécie de controle da atividade estatal, pois este configura um mínimo irreduzível e impassível de restrição, mesmo quando ausente os recursos públicos necessários a sua implementação.

A Constituição Federal de 1988 não a previu expressamente, mas, segundo Gilmar Ferreira Mendes, trata-se de garantia evidente: “é fácil ver que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas”⁵⁹

Duas importantes teorias buscam definir o conteúdo essencial de um direito: a teoria relativa e a teoria absoluta. A primeira delas entende ser o conteúdo de um direito fundamental estabelecido pela análise de ponderação, através de uma proporcionalidade.

Desta forma, a teoria relativa identificará o núcleo essencial dos direitos fundamentais sempre como fruto da técnica de ponderação, de modo que seu

59 MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. p. 39. 2a. ed. Celso Bastos Editor. São Paulo, 1999.

âmbito poderá ser mais ou menos elástico, dependendo do caso e do peso dos demais princípios, bens jurídicos ou valores em conflito.

A teoria absoluta, por outro lado, defende a idéia de que um direito fundamental detém um núcleo essencial intangível, que não poderá ser desconsiderado sob hipótese alguma. O problema está em se definir o conteúdo essencial de um direito fundamental. Ora, de uma forma ou de outra, esta delimitação somente se dará de forma relativa, observadas as condições externas que afetam o conteúdo de um direito.

A aceitação da teoria absoluta representa o risco de que somente a parte intangível do direito, em si, restará resguardada, deixando-se de proteger adequadamente a outra fora do âmbito núcleo essencial. Isto nos parece inaceitável. A priori, um direito fundamental, seja social ou de defesa, merece proteção como um todo, apresentando-se como intangível. Caso haja possibilidade de vir a ser limitado, o melhor caminho é ser esta restrição acompanhada de uma justificação racional, baseadas na ponderação do caso concreto.

A teoria relativa permite um conceito maleável do que venha a ser o núcleo essencial. Apesar desta maleabilidade, ela não deixa o direito fundamental desprotegido, pois os critérios da proporcionalidade deverão sempre ser satisfeitos quando o Estado pretende restringir o âmbito normativo de um direito fundamental.

Assim, posicionamo-nos sob o aspecto de que o núcleo essencial corresponde à uma porção do direito depois de ponderados os princípios, interesses e bens jurídicos em conflito, a partir do postulado da proporcionalidade. Este núcleo pode ser identificado através de uma extensa carga argumentativa, que obriga o intérprete e o legislador a apresentar racionalmente a identificação de um núcleo intangível do direito fundamental social para determinado caso concreto.

Essa análise constitui verdadeira restrição aos efeitos da reserva do possível, pois impede que um direito a uma prestação social por parte do Estado

seja de logo afastado por ausência de recursos públicos.

3.4.1.10 preceito da proporcionalidade como proibição da insuficiência

A ponderação, realizada diante da situação fática apresentada, constitui método de aplicação das normas constitucionais. Segundo Ricardo Lobo Torres⁶⁰, a ponderação de bens é informada pelos princípios da proporcionalidade, do melhor meio e da menor restrição possível. Logo, a regra de ponderação terá por instrumento o princípio da proporcionalidade.

Assim também segue Marçal Justen Filho.

(...) a proporcionalidade se relaciona com a ponderação de valores. Não há homogeneidade absoluta nos valores buscados por um dado Ordenamento Jurídico, pois é inevitável atrito entre eles. Pretender a realização integral e absoluta de um certo valor significaria inviabilizar a realização de outros. Não se trata de admitir a realização de valores negativos, mas de reconhecer que os valores positivos contradizem-se entre si. Assim, por exemplo, a tensão entre Justiça e Segurança é permanente em todo sistema normativo. A proporcionalidade relaciona-se com o dever de realizar, do modo mais intenso possível, todos os valores consagrados pelo Ordenamento Jurídico. O princípio da proporcionalidade impõe, por isso, o dever de ponderar os valores.⁶¹

A propósito da proporcionalidade, o Ministro Gilmar Mendes assim consignou em seu voto na decisão que julgou improcedente pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo, em face do não pagamento de precatórios

60 TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In ____ (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 423.

61 JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun. 1998, p. 118.

judiciais.

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei (...) há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).⁶²

Do posicionamento acima destacado, o controle da proporcionalidade mostra-se de extrema utilidade, especialmente, no que diz respeito aos seus três estágios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A constituição não traça a conduta a ser realizada a fim de implementar o objeto do direito fundamental, não existe esta pré-determinação constitucional.

O Poder Público acaba por efetuar uma análise política de conveniência e oportunidade, optando por uma dentre várias formas prestativas de um direito. Quando se faz uma escolha, resta ponderar se aquela alternativa atende proporcionalmente o direito em questão. Logo, a análise passa por três etapas: a adequação entre o meio escolhido e o fim perseguido; a necessidade da medida, ou seja, se esta além de atender os fins sociais, é a que menos atinge direito de terceiros e menor dano causa a comunidade e, por fim, há que se verificar que se a medida a ser adotada pelo Estado, a fim de satisfazer um direito fundamental prestacional atingir direitos de terceiros, será ainda proporcional se a prestação

62 STF, IF 139-1/SP ; Órgão Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 19.03.03.

constitucional em questão tiver um grau de importância maior que aquele outorgado aos direitos ou princípios colidentes atingidos.

3.4.1.2O mínimo existencial sob a perspectiva dos direitos fundamentais sociais: ponderações e limitações à teoria da reserva do possível

Como já antes comentado, os direitos fundamentais sociais garantidos na Constituição Federal de 1988 se relacionam com a realização do ser humano, reconhecendo direitos correspondentes às necessidades básicas de todo homem. Todos estes direitos, em maior ou menor grau, relacionam-se com a dignidade da pessoa humana, conferindo-lhe uma materialidade concreta e específica.

Apresentaremos o conceito de Canotilho quando reconhece um mínimo a ser garantido a todo cidadão com base nas normas de direitos fundamentais sociais, ou seja, um “núcleo básico dos direitos sociais”, sem o qual ao ser humano não é garantida sua subsistência, não tem condição de fruir qualquer direito⁶³.

Esta também é a posição de Clèmerson Merlin Clève:

O conceito de *mínimo existencial*, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido num cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino⁶⁴.

63 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 470.

64 CLÈVE, C. M. A eficácia dos direitos fundamentais sociais, In: *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, jul-dez 2003 p. 27.

Ana Paula de Barcellos relacionou sua noção de mínimo vital a um núcleo irreduzível do princípio da dignidade humana, o qual abarcaria um mínimo relacionado aos direitos individuais de liberdade (liberdade de expressão, autonomia, etc.), bem como quatro elementos de ordem prestacional: a educação fundamental, a saúde básica⁶⁵, a assistência aos desamparados (estes três materiais), e o acesso ao judiciário (instrumental)⁶⁶.

Ricardo Lobo Torres realiza ainda uma abordagem interessante ao ressaltar que o mínimo existencial corresponde a um direito constitucional prontamente exigível. Segundo ele, “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do estado e que ainda exige prestações estatais positivas⁶⁷”. Este mínimo se relaciona à dimensão essencial e inalienável da dignidade de todo ser humano, “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder além de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados⁶⁸”.

Saliente-se, todavia, que esse mínimo existencial não poderá ser tido como parâmetro de fundamentalidade dos direitos sociais. A sua importância está no fato de ser uma justificativa preciosa a tornar um direito social efetivo, quando se está das limitações da reserva do possível.

Para Ana Paula de Barcellos⁶⁹ o mínimo existencial seria verdadeira regra jurídica capaz de conviver com a reserva do possível, não estando sujeito sequer a uma ponderação, pois segundo esta autora quando a atuação dos poderes públicos tendem a ameaçar o mínimo, haverá total violação à Constituição. Não se faz legítima uma análise de ponderação entre os princípios

65 BARCELLOS, A. P. De. A Eficácia dos Princípios Constitucionais..., p. 277.

66 Idem, p.258.

67 TORRES, R. L. O Orçamento na Constituição, Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 126

68 Idem p. 127.

69 BARCELLOS, A .P. De. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Renovar, 2002, pg. 245-246.

contrários, pois parte-se do pressuposto que o mínimo existencial já deve estar resguardado e assegurado.

Louvável a pretensão doutrinária em se estabelecer um mínimo existencial para os indivíduos, afirmando-se de forma explícita que os direitos sociais possuem uma eficácia jurídica e, dentro desse âmbito mínimo de proteção, ou seja, dentro do núcleo essencial do bem jurídico protegido, pode haver a intervenção judicial para dar efetividade ao direito, mesmo diante da omissão das demais esferas de poder.

Todavia, a Constituição Federal Brasileira não prevê que apenas um mínimo seria resguardado. Existe, pelo contrário, algumas diretrizes que orientam para uma proteção cada vez mais ampla, como por exemplo, no âmbito da saúde, que se orienta pelo princípio da universalidade do acesso e integralidade do atendimento, o que afasta a idéia minimalista⁷⁰.

Nosso posicionamento segue a linha de raciocínio de George Marmelstein Lima, segundo este o núcleo essencial dos direitos sociais não se resume ao mínimo existencial. O mínimo existencial seria tão somente um parâmetro seguro de se reconhecer, com um elevado grau de certeza, a possibilidade de concretização judicial. O mínimo existencial seria, por assim dizer, o núcleo do núcleo, o patamar básico de garantia de uma vida digna que o Estado democrático não pode negar aos indivíduos⁷¹.

Para além desse patamar básico, garantido pelo mínimo existencial e pelo princípio da dignidade da pessoa humana, é possível que o Judiciário

70 “Art. 194. (...) Parágrafo único - Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento (...);” Art. 198 - As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes ... II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (...);”

71 LIMA, George Marmelstein. Proteção judicial dos Direitos Fundamentais: Diálogo Constitucional entre o Brasil e a Alemanha, 2007 pág 121. in <http://www.georgemlima.xpg.com.br/alemanha.pdf>. Acessado em 04/11/2008.

reconheça a nota de fundamentalidade de outros direitos socioeconômicos, levando em conta as peculiaridades do caso concreto⁷².

4. A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA E A RESERVA DO POSSÍVEL

Da análise de discussão sobre a efetivação de direitos sociais e os limites impostos pela reserva do possível no âmbito dos tribunais brasileiros, vê-se que no âmbito do direito à saúde, os casos são os mais freqüentes.

É cada vez mais comum pretensões dirigidas ao Poder Público, visando ao fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de determinadas doenças, ou mesmo, cirurgias que o SUS não cobre.

O problema vem sendo enfrentado por nossos tribunais, estando estes, principalmente na área da saúde, adotando posição a favor da plena justiciabilidade dos direitos fundamentais prestacionais.

Assim as palavras do Juiz Federal George Marmelstein.

Atualmente, é reconhecida uma eficácia jurídica máxima a todas as normas definidoras de direito fundamental, inclusive aos direitos sociais, como a saúde. Desse modo, dentro da chamada “reserva do possível”, o cumprimento dos direitos sociais pelo Poder Público pode ser exigido judicialmente, cabendo ao Judiciário, diante da inércia governamental na realização de um dever imposto constitucionalmente, proporcionar as medidas necessárias ao cumprimento do direito fundamental em jogo, com vistas à máxima efetividade da Constituição. Tem-se entendido, de forma quase pacífica na jurisprudência, que o direito à saúde, consagrado no art. 196, da CF/88, confere ao seu titular (ou seja, a todos) a pretensão de exigir diretamente do Estado que providencie os meios materiais para o gozo desse direito, como, por exemplo, forneça os medicamentos necessários ao tratamento e arque com os custos de uma operação cirúrgica específica...

...

No presente caso, o que se observa através das notícias de jornais apresentadas pelo Ministério Público Federal, é que as autoridades responsáveis estão se esquivando de cumprir a ordem judicial alegando que não possuem recursos para implementá-la. Chega-se a alegar, inclusive, que não há recursos orçamentários previstos para custear o tratamento dos pacientes em hospitais particulares. Essa alegativa é insustentável. Como já decidiu o Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Pet. 1.246-SC: “... Entre proteger a

72 Idem, p. 122.

inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana⁷³.

Enquanto este novo papel do Judiciário recebe críticas por parte daqueles que vêem em tal atitude um comprometimento dos programas de políticas públicas desenvolvidos pelo Estado, outros afastam a idéia de que o custo de tais direitos possam afetar o orçamento público. E ainda há os que consideram haver verdadeira invasão da competência discricionária do Poder Executivo.

Além desses posicionamentos extremados, existem decisões judiciais onde ocorre uma verdadeira ponderação entre os bens jurídicos envolvidos. Todavia, no que concerne ao direito à saúde, conforme observado, a dimensão de custos que eles possam significar, na maioria dos casos, vem sendo afastada.

Por exemplo, o Tribunal de Justiça do Paraná no julgado abaixo transcrito, determinou ao Estado o fornecimento de um medicamento ao custo de R\$ 1.700,00 ao mês:

Desse modo, não podendo ele pagar pelo remédio, não pode, por força do disposto na Lei Maior, ser privado da assistência médica e medicamentosa, posto que isso trar-lhe-ia graves danos à saúde. De fato, não pode o Poder Público privar-lhe do medicamento, sob pena de ferir-se o comando constitucional de que o Estado deve assegurar aos cidadãos o direito à vida e à saúde. Oportuno deixar asseverado que, por mais relevantes que sejam as dificuldades orçamentárias dos órgãos públicos ou por mais necessária que seja a regulamentação dos procedimentos do Sistema Único de Saúde, não é possível desrespeitar a Constituição Federal, sob pena de afronta à ordem jurídica, privilegiando-se meros regulamentos e, mais grave ainda, dando-se poderes ao administrador para, sob os mais variados pretextos, descumprir a Lei Maior.

73 TJCE, Ação Civil Pública nº 2003.81.00.009206-7, Relator Juiz Federal George Marmelstein Lima, [on line] disponível em www.anpr.org/boletim59/george.htm, em 01.12.2005.

O que se vem revelando ainda, em diversos julgados, é que os Tribunais Brasileiros têm se utilizado do mecanismo da ponderação para aplicação da reserva do possível. Nesse sistema, os tribunais vêm avaliando tanto o direito a prestação que é requerido, bem como os argumentos do Poder Público quando este levanta a hipótese da escassez de recursos públicos. A segunda conclusão depreendida da análise de decisões de tal natureza é a de que os Tribunais compreendem que o direito fundamental social jamais virá tido como absoluto e que, sofre sim, a intervenção de fatores externos, como a própria reserva do possível.

A intervenção do Judiciário na seara dos direitos sociais não resta impossibilitada, devendo o julgador, entretanto, observar a razoabilidade da pretensão e a existência de disponibilidade financeira estatal, realizando a ponderação para se chegar a uma conclusão responsável.

A título de exemplo, apresentamos a decisão do Presidente do TRF/4ª Região na Suspensão de Segurança nº 20050401000213-1/PR, requerida em face de liminar concedida em mandado de segurança em que o impetrante postulava liberação de valores para realização de cirurgia nos Estados Unidos da América.

A suspensão foi deferida tendo em vista grave lesão à saúde e à economia públicas ao privilegiar-se uma situação particular.

O tema, sem dúvidas, é delicado, pois envolve a vida de um ser humano. Ocorre que não se pode desconsiderar que embora precários os recursos destinados à área da saúde, tem as autoridades sanitárias brasileiras se mostrado eficientes no aperfeiçoamento de técnicas cirúrgicas em geral. Fazer um pré-julgamento negativo da eficiência de abalizadas clínicas brasileiras, como a Santa Casa de Misericórdia de São Paulo e o Hospital de Base de São José do Rio Preto, seria desprestigiar todo o sistema de saúde do nosso País. Ademais, há notícias de que no Brasil esse tipo de transplante já não mais é considerado um procedimento experimental, conforme documento incluso baseado em dados da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos. Ressalte-se ainda que toda cirurgia envolve riscos, não sendo absoluta a afirmação de que a paciente sobreviverá ou não, tanto se realizada aqui como nos EUA. E mais, a medicina brasileira

só evoluirá a partir dos casos existentes e se, a cada situação que surgir recorrer-se ao exterior, estaremos nos condenando a sermos eternos dependentes.

O Estado, ao liberar vultosa soma (U\$ 275.000 – duzentos e setenta e cinco mil dólares) para atender a uma situação isolada, prejudicaria as demais políticas públicas voltadas à saúde, como a de combate ao câncer, à Aids, ao diabetes mellitus, à hipertensão arterial, dentre tantas outras, tendo em vista a evidente escassez dos recursos orçamentários para tal fim. Em outras palavras, centenas de brasileiros se veriam privados de tratamento porque a verba foi direcionada a apenas um. Saliente-se que há notícias de que o custo de uma cirurgia de intestino realizada no Brasil custa aproximadamente U\$ 41.379, ou seja, aproximadamente U\$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil dólares) menos do que a de uma realizada na América do Norte. Assim, considerando que os recursos orçamentários são limitados, não há como deixar de considerar procedente o argumento da União, segundo o qual o cumprimento da liminar causaria grave ofensa à economia e saúde públicas.

Cumpri observar na decisão acima transcrita, conforme nosso entendimento, que não se trata de afastar a pretensão a um direito social pelo fato de ser este tão dispendioso a ponto de comprometer, em princípio, o direito de terceiros. A escassez de recursos públicos jamais poderá ser tida como alegação vaga, o Poder Público precisa demonstrar que uma decisão judicial desse tipo causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais.

Além disto, as circunstâncias de um caso podem levar a necessidade de um tratamento desigual a um só indivíduo a fim de evitar um risco inaceitável perante uma posição jurídica relevante, como a vida, a integridade física, o pleno desenvolvimento da personalidade, etc.

É evidente que possa o Judiciário considerar o direito de terceiros como uma restrição à efetivação de direitos sociais, porém não de forma absoluta, pois existirão situações onde a necessidade de um direito fundamental a um só indivíduo mostre-se justa e relevante, não se tratando de descumprimento ao postulado da igualdade.

Na decisão comentada, vê-se que o Judiciário pautou-se pela

razoabilidade da pretensão, visto que uma cirurgia no Brasil custaria bem menos que nos Estados Unidos, mostrando-se a pretensão do particular de certa forma desproporcional.

Em uma decisão recente o Ministro Gilmar Mendes analisou pedido de suspensão de liminar, ajuizada pela União, contra decisão proferida pelo Juízo da 18ª Vara Federal de Sobral (Ação Civil Pública nº 2007.81.03.000799-0) e mantida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Agravo de Instrumento no 2007.05.00.077007-0), onde se determinou que a União, o Estado do Ceará e o Município de Sobral transferissem todos os pacientes necessitados de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs) para hospitais públicos ou particulares que disponham de tais unidades, assim como o início de ações tendentes à instalação e ao funcionamento de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs neonatais e 10 leitos de UTIs pediátricas, no prazo máximo de 90 dias. No caso, o Ministro destaca o art. 196 da CF/88, sendo norma de direito social, que não admite ser consubstanciada tão-somente em uma norma programática incapaz de produzir efeitos. Pelo contrário, isto seria negar a força normativa da Constituição. Logo é legítima a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço.

O Ministro ainda asseverou que se uma prestação, no caso específico do direito à saúde, ora tratado, não for abrangida pelas políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não-prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, ou de uma decisão administrativa de não fornecer.

Nesses casos, ressalta o Ministro, a ponderação dos princípios em conflito dará a resposta ao caso concreto. E aduz que os critérios de justiça comutativa que orientam a decisão judicial sejam compatibilizados com os critérios das justiças distributiva e social que determinam a elaboração de políticas públicas. Assim, ao determinar-se o fornecimento de um serviço de saúde, o julgador precisa assegurar-se de que o Sistema de Saúde possui condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica.

Em consulta a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais , no processo nº 1.0133.05.027113-8/001(1), data de julgamento 29/11/2007, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpôs recurso de apelação contra sentença proferida pelo juiz da Vara da Infância e Juventude que, nos autos de ação civil pública ajuizada por aquele órgão em face dos Municípios de Carangola, São Francisco da glória, julgou-se improcedente o pedido que pleiteava a construção de abrigos para menores sob argumento de que era vedado ao Judiciário a implementação de políticas públicas. A Desembargadora Maria Elza em análise ao recurso, relata que ao admitir que o poder Judiciário nada pode fazer ante tanto abusos e violação de direitos e garantias fundamentais, estar-se-à rasgando o texto constitucional, condenando crianças e adolescentes a situações degradantes, além de se atribuir ao Poder judiciário papel decorativo ou de “mero capacho” do Executivo.

No acórdão em comento cita-se o aspecto pertinente à reserva do possível, admitindo-se que esta tenha realmente influência para o adimplemento de prestações estatais positivas, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto constitucional. Adverte ademais que a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, desta conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

É possível depreender das posições adotadas que a reserva do possível é confrontada com a realização de um direito fundamental social. Percebe-se, que a realidade dos custos que o implemento de um direito exige não tem sido desconsiderado pelos Tribunais Brasileiros, os quais buscam analisar com ponderação as alegações trazidas pelos Poderes Públicos. De tal modo,

verifica-se através da ponderação, de um lado, a essencialidade do direito em questão, e de outro, as alegações trazidas no sentido de que a realização das prestações materiais restaria impossibilitada em virtude da escassez de recursos financeiros.

O magistrado, perante um caso concreto, dispõe-se a ponderar os bens jurídicos, interesses e direitos em conflito, não podendo partir de premissas absolutas, como, por exemplo, as que afirmam não poder ser a reserva do possível utilizada como argumento para o descumprimento de obrigações constitucionalmente veiculadas, visto que esta é uma restrição não ignorável pelo julgador.

CONCLUSÃO

A judicialização de políticas públicas, ou seja, a implementação destas por meio de decisão judicial harmoniza-se com a Constituição de 1988. A concretização das disposições constitucionais é um dever a ser perseguido pelos três poderes, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário, muito embora, a efetivação de políticas públicas seja da alçada do Executivo e Legislativo, todavia, diante da omissão dos mesmos, cumpri também ao Judiciário atuar.

O Estado Democrático Social de Direito objetiva através da Constituição de 1988 seguir os fins sociais, proporcionando uma vida digna ao cidadão com um mínimo de direitos suficientes a atender o valor maior referente à preservação da dignidade humana. É verdade que os direitos sociais são reflexos deste princípio, logo, o fato de a realização destes direitos demandar gastos públicos não serve como empecilho a sua concretude, porque os direitos sociais são tidos como verdadeiros direitos fundamentais.

Diante deste quadro, compete ao Estado criar condições objetivas que possibilitem o acesso a todos os direitos conferidos no texto constitucional. A discricionariedade administrativa não poderá ser exercida de modo a comprometer a eficácia de direitos básicos de índole social. O mero juízo de conveniência e oportunidade não representa total liberdade ao administrador seja em suas escolhas, seja no cumprimento do mandato constitucional.

Revela-se possível, com base no estudo realizado, ao Judiciário a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, de forma excepcional, quando perante a omissão legislativa e as falhas nas escolhas administrativas dos Poderes Públicos.

Não se revela razoável o comprometimento de um direito social pela

inação do Poder Público. O particular ao encontrar-se prejudicado ante a carência de um direito que lhe é essencial, recorre ao Judiciário, exercendo a faculdade que detém em exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações.

Neste caso, a interferência do Judiciário não se mostra como um atentado a harmonia entre os três poderes do Estado, muito pelo contrário, impede-se a ocorrência de abusos contra a Constituição da República. A harmonia entre os poderes exterioriza-se pelo mecanismo de freios e contrapesos, evitando-se o autoritarismo e arbítrio descabido.

É certo que a concretização de políticas públicas pelo Judiciário não ignora o fato de que a realização dos direitos sociais depende de gastos financeiros subordinados às próprias condições orçamentárias do Estado. A reserva do possível é vista como uma limitação externa à efetivação dos direitos fundamentais sociais, porém não será considerada, caso o Poder Público, ante a hipótese, demonstrar justo motivo que impeça a imediata eficácia de um direito. Neste estudo, entretanto, cumpri-nos observar que jamais será permitido ao Estado exonerar-se de seu dever constitucional de concretização aos direitos sociais, se a alegação de ausência de recursos represente aniquilação daqueles direitos fundamentais mínimos conferidos ao ser humano. Logo, o que a doutrina entende por mínimo existencial não será afastado sob alegação da reserva do possível.

O posicionamento defendido na presente monografia vai além, vinculando-se ao princípio da máxima efetividade dos direitos sociais, pois o próprio constituinte não limitou direitos ao que se chama de um mínimo, havendo sempre de se buscar aquilo que represente a maior efetividade de direitos possível.

De todo modo, percebe-se que a teoria do mínimo existencial é aplaudível quando se vê que o Estado tem por meta cumprir os objetivos constitucionais, ele obtém recursos a fim de direcioná-los ao atendimento das condições materiais mínimas de existência. Assim, ao menos, esse mínimo existencial é capaz de conviver com a reserva do possível.

O Judiciário, ao dispor sobre as prestações estatais aos direitos sociais, está apenas determinando a realização efetiva da norma constitucional, não sendo seu papel primordial criar políticas públicas, mas sim trazer concretização dos principais objetivos do Estado Democrático Social de Direito.

E, por fim, o argumento da falta de meios financeiros para implemento de direitos sociais, não deve simplesmente prosperar, pois a presunção é de que as políticas sociais não estão sujeitas à disponibilidade de recursos, somente afastando-se tal presunção mediante justificativa demonstrável por parte do Estado.

Destaque-se que, se de um lado, a escassez de recursos é um aspecto que não poderá ser ignorado pelos Tribunais, por outro lado, não poderá ser considerado como barreira intransponível à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Portanto, o fator custo dos direitos é de ser adicionado nesta equação, mas é claro que, de preferência, cabe aos Poderes Executivo e Legislativo, a tarefa sobre a decisão do atendimento dos direitos fundamentais sociais, através da alocação de recursos públicos. Isto, todavia, não significa que tais decisões e escolhas fiquem imunes ao controle judicial. Logo, caberá sempre ao Poder Judiciário fiscalizar os atos tomados pela Administração, averiguando, com base no panorama fático-jurídico concreto, se eles revestem-se ou não de razoabilidade, afigurando-se legítimos ou não, além de atuar ante a inação do Poder Legislativo, quando se faz essencial seu papel integrador das normas de cunho constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

[AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha: em busca de critério jurídico para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.](#)

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

[_____ . O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade. Revista dos Tribunais. 2ª ed., São Paulo, pág. 49, 1984.](#)

[_____ .in RDP nº 57-58, 1981.](#)

[BARCELLOS, Ana Paula De. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Renovar, 2002.](#)

BARROSO, Ricardo Cavalcante. Considerações sobre o papel criativo – político do juiz na sociedade plural. Disponível em http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/ano_VII_junho_2008/Considera%C3%a7%C3%B5es%20sobre%20%20Papel%20%20Ricardo.pdf. Acesso em 23/10/2008.

[BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.](#)

[BOBBIO, Roberto. A Era dos Direitos. 8a ed. Campus: Rio de Janeiro, 1992.](#)

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social, 1996. Editora Malheiros. 7ª edição, 2ª tiragem.

[_____ . Curso de Direito Constitucional. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.](#)

[CAMARGO, Marcelo Novelino. \(Org\). Leituras Complementares de Constitucional. Salvador:](#)

[iuspodivm, 2006.](#)

[CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.](#)

_____. Os poderes do Presidente da República. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

[CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais, In: Revista Crítica Jurídica, n. 22, jul-dez 2003.](#)

[Comentários à constituição federal brasileira. Corrigidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933, vol II apud SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.](#)

[FARENA, Duciran Van Marsen. A Saúde na Constituição Federal, p. 14. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, n. 4, 1997.](#)

FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional, in: AJURIS nº 76, ano 1999.

GANDINI, João Agnaldo Donizete. A judicialização do direito á saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. Bdjur. Dezembro de 2007. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/16694/1/A_Judicializa%C3%A7%C3%A3o_do_Direito_%C3%A0_Sa%C3%BAde.pdf>. Acesso em 18/10/2008.

[GRAU, Eros Roberto. A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas. In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 4, Rio de Janeiro: IBDC/Forense, 1985.](#)

_____. A ordem econômica na constituição de 1988, 3ª ed., São paulo: Malheiros, 1997.

GUERRA, Sidney. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Disponível in <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.>>.

HESSE, Conrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: SAFE, 1991.

[JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun. 1998.](#)

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

Editor, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006.

LIMA, George Marmelstein. Disponível In Revista Consultor Jurídico, março de 2008.

_____. Proteção judicial dos Direitos Fundamentais: Diálogo Constitucional entre o Brasil e a Alemanha, 2007, in <http://www.georgelimaxpg.com.br/alemanha.pdf>. Acessado em 04/11/2008.

MAIA, Mário sérgio Falcão. A efetividade dos direitos sociais no Brasil: comentários sobre o papel do judiciário. Disponível em : <http://rbr4.dizinc.com/~ppgcj/gerencia/docs/04032008095847.pdf>>. Acesso em 25/10/2008.

MARTINS, Marianne Rios. Os limites da atuação do Poder Judiciário como legislador positivo para efetivar direitos humanos de 2ª dimensão. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf>. Acesso em 06/11/2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: RT, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 3 ed. Coimbra: Coimbra, Tomo IV, 1998.

_____. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

OLIVEIRA, Fabiano Henrique. Efetivação judicial dos direitos sociais e a proibição da não-suficiência. Disponível em:< http://www.esmafe.org.br/web/trabalhos/fabiano_henrique.pdf>. Acesso em 03/10/2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. Disponível em: <http://dSPACE.c3sl.ufpr.br/dSPACE/bitstream/1884/3084/1/Disserta%20a7%20a3o%20-%20Ana%20Carolina%20Lopes%20Olsen.pdf>. Acessado em 20/09/2008.

PEREIRA, Áurea Pimentel. A Obra de Criação do Direito pelo Juiz na

Interpretação das Leis. Limites. In: Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 5, n. 18, 2002.

[ROSENVALD, Nelson. Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.](#)

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

2 _____. (organizador). Constituição, Direitos Fundamentais Segunda edição, 2006. Livraria do Advogado. Porto Alegre.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na CF/88. Quarta edição. Livraria do Advogado, 2006, Porto Alegre.

[_____. Os direitos sociais na constituição de 1988. revista diálogo jurídico – abril de 2001 – salvador – Bahia - Brasil . Ano I nº 1.](#)

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____ Curso de Direito Constitucional Positivo. 15 ed., Malheiros. Ed. 15ª, 1998.

_____ Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 6 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

[_____ Aplicabilidade das normas constitucionais. 6ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2004.](#)

TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In ____ (Org.). Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[_____ "O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais", in RDA, v.177, 1989.](#)

[_____ A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. p. 1-2. In: SARLET, Ingo Wolfgang \(org.\). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. São Paulo: Renovar, 2003.](#)

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. O novo papel do judiciário e dos magistrados na sociedade contemporânea: reflexos em tempos de reformas. Disponível em : <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/judiciario.pdf>>. Acesso em 15/10/2008.

TJCE, Ação Civil Pública nº 2003.81.00.009206-7, Relator Juiz Federal George Marmelstein Lima, [on line]disponível em www.anpr.org/boletim59/george.htm, em 01.12.2005.

TMG, Processo nº 1.0133.05.027113-8/001(1), Relatora Maria Elza, disponível em http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_juris_resultado.jsp?palavrasConsulta=imiscuir. Acessado em 03/11/2008.

ADPF nr. 45, decisão monocrática do Excelentíssimo Ministro Celso de Mello em 29/04/2004, Supremo Tribunal [Federal](http://www.stf.jus.gov.br). Disponível em :www.stf.jus.gov.br. Acessado em 03/11/2008.

[Câmara Cível, Relator Des. Paulo Habith, julg. 28/06/2005\[on line\] disponível em http://www.tj.pr.gov.br/consultas/judwin/ListaTextoAcordao.asp?Codigo=283029500&CodigoInt=655837](http://www.tj.pr.gov.br/consultas/judwin/ListaTextoAcordao.asp?Codigo=283029500&CodigoInt=655837), acesso em 01.11.2008.

[Suspensão de liminar 228-7 Ceará. Disponível em www.esmp.mp.se.gov.br/Folhetim/Folhetim11/SUSPENSÃO%20DE%20LIMINAR%20228-7%20CE](http://www.esmp.mp.se.gov.br/Folhetim/Folhetim11/SUSPENSÃO%20DE%20LIMINAR%20228-7%20CE). Acessado em 21/10/2008.