

## A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Tarcísio Barros Borges<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente trabalho trata da questão da eficácia dos direitos sociais e as limitações de sua aplicabilidade imediata – reconhecida *prima facie* pelo art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 - que decorrem do princípio ou cláusula da reserva do possível. O texto analisa, com enfoque na Constituição brasileira, as possibilidades de limitação dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista as restrições materiais e jurídicas que impedem o Estado de entregar prestações materiais positivas aos cidadãos de forma a atender os diversos direitos sociais previstos no corpo da Carta Política.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Constitucional, Direitos Fundamentais Sociais, Eficácia.

### INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo traçar breves considerações sobre a eficácia dos direitos sociais<sup>2</sup> e sua relação direta com o chamado *princípio* ou *cláusula da reserva do possível*<sup>3</sup>, sob o ponto de vista do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Verifica-se a importância do debate, tendo em vista que a sociedade brasileira está ansiosa pelo reconhecimento de direitos efetivos, reais e concretos e não deseja mais meras formulações normativas abstratas, destituídas de potencial para a alteração do *status quo*. Enquanto isso, os juristas constitucionais ainda digladiam-se sobre os verdadeiros alcance e efetividade dos diversos direitos constitucionais presentes no Texto Constitucional de 1988, especialmente no que tange aos chamados direitos sociais, econômicos e culturais, notadamente, ainda, no que tange ao chamado direito ao *mínimo existencial*, que seriam as condições materiais mínimas para o ser humano libertar-se de situações de extrema precariedade, de forma a possibilitar o amplo desenvolvimento da personalidade<sup>4</sup>.

Trata-se de debate doutrinário ainda inconcluso — daí também decorrendo as vacilações da jurisprudência, mas que tende, no nosso modo de ver, para um reconhecimento mais efetivo dos direitos sociais, notadamente os direitos à saúde e educação<sup>5</sup> —, debate esse de extrema importância no contexto atual de tentativa de concretização efetiva de nossa

Constituição<sup>6</sup>, pois ainda persiste um forte déficit na efetivação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Com efeito, nas palavras de Edson Fachin:

*Dúvida não há sobre a primazia do debate que reclama tutela efetiva dos direitos, especialmente aqueles consagrados — explícita ou tacitamente —, pelo constituinte como fundamentais. Deve ser um imperativo do Estado — e, conseqüentemente, de suas Cortes Supremas — esse comprometimento<sup>7</sup>.*

Assim, o presente estudo tenta contribuir para o debate sobre o alcance da pretendida efetividade dos direitos sociais<sup>8</sup>, procurando tratar do tema dos limites materiais e jurídicos de ação do Estado no seio social quanto à execução de políticas públicas que procuram atender aos anseios básicos da comunidade. Tentar-se-á demonstrar em que condições o princípio da reserva do possível pode ser utilizado legitimamente para exonerar o Poder Público de deveres constitucionais que podem implicar direitos subjetivos dos particulares.

## 1. EVOLUÇÃO E ESTRUTURA DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais são considerados, pelo menos no que se refere à nossa Constituição, como direitos fundamentais, tendo em vista a posição de destaque dos preceitos dos arts. 6º e 7º da Lei Maior dentro do Título II da Constituição Federal de 1988, denominado *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*. Na nossa Carta Política, os direitos sociais foram tratados em igualdade de condições em face dos direitos individuais de defesa, estes de cunho ideológico liberal, estando, portanto, todos dotados de fundamentalidade.

E não poderia ser de outra forma, tendo em vista que, no plano do Direito Constitucional brasileiro, a “agenda social” está inserida logo no começo da Carta Constitucional de 1988<sup>9</sup>, o que já mostra a importância dos direitos sociais a partir da redemocratização do País. Por outro lado, é valioso registrar que nossa sociedade juridicizada constitucionalmente tem expressamente como fundamento primeiro a dignidade humana<sup>10</sup> e coloca como objetivos, também denominados *fundamentais*, diversas tarefas conectadas à igualdade material dos indivíduos, como, *e. g.*, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais; e a promoção do bem de todos<sup>11</sup>.

Nesse diapasão, no sentido da importância dos direitos sociais na Constituição, é sintomático constatar que o capítulo da Carta Política destinado a disciplinar os direitos sociais esteja inserido no Título denominado *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*,

juntamente com os demais capítulos destinados aos direitos individuais fundamentais, aos direitos de nacionalidade e aos direitos políticos. Pode falar, assim, na existência de “uma sonora declaração em favor das desigualdades sociais e regionais”<sup>12</sup>, a qual influencia todo o texto constitucional e dá um caráter de Estado Social ao nosso ente estatal.

Os direitos sociais surgem historicamente — e também evoluem — no século XX, a partir da consolidação da industrialização e, depois, da revelação das suas conseqüências sociais — exploração do trabalhador, desemprego, fome, doenças, etc. —, as quais foram o pano de fundo para o desenvolvimento dos ideais do socialismo e das mudanças constitucionais exigidas a partir de então como forma de pacificação social. A plena afirmação desses novos direitos dá-se com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919<sup>13</sup>.

Modernamente, em razão da prevalência em boa parte do mundo ocidental desenvolvido do chamado Estado Social de Direito, especialmente na Europa Ocidental<sup>14</sup>, reconheceu-se claramente a insuficiência dos direitos liberais clássicos para uma melhor conformação da sociedade exigida pelo princípio da solidariedade<sup>15</sup>, em oposição às perspectivas capitalistas mais radicais.

Nesse sentido, as doutrinas neoliberais econômicas e políticas de cunho globalizante, em vigor nos últimos anos do século XX e no começo do presente século, não parecem ser a melhor solução para os problemas da comunidade política tanto em nível nacional como no patamar mundial, na medida em que revelam um tipo de homem insensível à condição do outro, ou seja, sem os condicionantes morais das obrigações sociais decorrentes da dignidade humana.

De fato, assim se expressa Jürgen Habermas, revelando a tensão entre as perspectivas liberal clássica e social da filosofia política e que também implicou a evolução dos direitos fundamentais no sentido socializante e prestacional:

*A teoria neoliberal conta com sujeitos do direito privado [Privatrechtssubjekte] que “fazem e permitem o que querem”, segundo as próprias preferências e orientação de valores, dentro das fronteiras legais de ação. Eles não necessitam se interessar mutuamente uns pelos outros e, portanto, não estão equipados com um sentido moral para obrigações sociais. O respeito reclamado juridicamente pelas liberdades privadas [...] é algo diferente do respeito uniforme diante da dignidade humana de qualquer pessoa<sup>16</sup>.*

A perspectiva doutrinária da visão menos liberal acerca da filosofia política inclui a necessidade de o Estado, mais precisamente o Estado Social, atuar de forma mais efetiva para

propiciar a todos os indivíduos o suprimento de suas necessidades básicas, reconhecendo, destarte, uma “função promocional do direito”, de caráter liberal menos acentuado<sup>17</sup>.

O que se deve promover é uma igualdade mais real e menos formal dos seres humanos, rechaçando-se um “autismo economicista”, que apenas visualiza os problemas de escassez a partir de considerações meramente econômicas e que tem uma perspectiva despreocupada da “dimensão integral” da pessoa humana e dos valores da fraternidade e da solidariedade<sup>18</sup>. As doutrinas neoliberais, ao se afastarem do ideário do Estado Social, pecam pelo excessivo apego a uma idéia de uma liberdade radical como princípio básico da comunidade, por entenderem que “o valor de uso das liberdades dos cidadãos se esgota na fruição da autonomia privada”. E, com isso, descartam a necessária interação entre a autonomia privada e a autonomia política dos indivíduos, prejudicando a “idéia republicana de autolegislação”, na qual tais autonomias “se pressupõem reciprocamente”<sup>19</sup>.

No início do seu desenvolvimento, os direitos sociais passam por um “ciclo de baixa normatividade” e são considerados como meros programas de ação estatal, de cunho não impositivo, mas ultimamente tais direitos vêm recebendo mais força normativa no sentido de aplicabilidade imediata pelas constituições mundiais do pós-guerra, inclusive no Brasil<sup>20</sup>.

Note-se, inclusive, a existência de uma tendência atual, no âmbito internacional, no sentido do reconhecimento da universalização dos direitos humanos (que também implicam direitos sociais), embora de forma cuidadosa e maleável em face da grande diversidade cultural dos povos do mundo, que também deve ser preservada contra um universalismo radical. Com efeito, assevera Frederico W. Lacerda Dantas:

*Assim, na balizada lição de A. A. Cançado TRINDADE, uma vez examinando-se a universalidade dos direitos humanos em perspectiva adequada, não se verifica fundamento para a crítica relativista. É importante, porém, envidar esforços no sentido de buscar um consenso mínimo entre as diversas culturas que poderá ser ampliado mediante um cross-cultural dialogue, enriquecido pela legitimidade cultural universal dos direitos humanos*<sup>21</sup>.

Todavia, voltando-se agora a perspectiva para a realidade constitucional brasileira, pode-se reconhecer no texto da Constituição Federal de 1988, com clareza, três categorias de direitos fundamentais. Estes podem ser subdivididos em três categorias básicas, conforme a delimitação das respectivas estruturas normativas: a) direitos a abstenções estatais na esfera particular (*status negativus*); b) direitos a prestações positivas de cunho social (*status positivus*); e c) direitos políticos e de participação (*status activus*).<sup>22</sup>

Também apresenta classificação semelhante José Afonso da Silva, que reconhece existirem diversas classificações de direitos fundamentais, mas apresenta a seguinte divisão: a) direitos individuais, relacionados à autonomia particular frente à coletividade e ao Estado; b) direitos fundamentais coletivos, no sentido de direitos do homem enquanto membro de uma coletividade; c) direitos fundamentais do “homem-social”, relacionados à condição social ou cultural dos indivíduos; d) direitos de nacionalidade, que objetivam a definição dos critérios desta; e, por fim, e) direitos fundamentais do “homem-cidadão”, os direitos políticos, que são ligados à participação na vida política da comunidade<sup>23</sup>.

Vê-se, pois, na verdade, que, apesar de ligeiras divergências doutrinárias, os direitos fundamentais podem ser divididos em três grandes tipologias, a saber: a) os direitos individuais clássicos, garantidores da autonomia e de liberdades individuais frente ao Estado e à coletividade, que implicam geralmente atuação negativa do Estado ou de atuação positiva deste no sentido de proteção dessa liberdade individual contra ataques de outros particulares; b) os direitos sociais, entendido esse termo em sentido amplo, abrangendo direitos culturais e econômicos, os quais demandam em geral uma atuação positiva do Estado, comumente significando a necessidade de oferecimento de prestações materiais pelo Estado diretamente aos indivíduos, como meio de minorar as desigualdades socioeconômicas geradas pelo sistema de produção capitalista; e c) os direitos de participação política, que permitem a atuação do indivíduo na escolha dos governantes e na ingerência dos negócios estatais, como, por exemplo, o direito ao voto ou mesmo o direito de petição aos poderes públicos<sup>24</sup>.

De outro lado, existem, ainda, as chamadas *garantias fundamentais*, que são meios constitucionais destinados a fazer valer os direitos fundamentais e que não enunciam propriamente direitos<sup>25</sup>. Elas têm, portanto, nítido caráter instrumental. Todavia, tais direitos podem, sem maiores problemas teóricos, ser naturalmente colocados no mesmo patamar dos direitos fundamentais individuais, pois, em geral, visam à eliminação do arbítrio estatal, e, assim, são um reflexo direto dos direitos individuais materiais. As garantias instrumentais, portanto, apresentam importância equivalente aos direitos substanciais aos quais procuram salvaguardar, donde se pode afirmar existir uma interdependência entre as duas categorias.

No presente estudo, entretanto, interessa sobretudo o problema da justiciabilidade dos direitos sociais em face do problema das restrições materiais decorrentes da escassez de recursos ou da impossibilidade jurídica de alteração da legislação orçamentária, uma vez que, quanto aos direitos individuais clássicos, inexistem maiores problemas quanto às possibilidades de realização judicial. De fato, aponta Ingo Sarlet:

*Se relativamente aos direitos fundamentais de defesa inexistem maiores problemas no que diz com a possibilidade de serem considerados diretamente aplicáveis e aptos, desde logo, a desencadear todos os seus efeitos jurídicos, o mesmo não ocorre na esfera dos direitos fundamentais a prestações, que têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa [...]*<sup>26</sup>

Como dito, os direitos sociais dos particulares são geralmente direcionados contra o Estado<sup>27</sup>, visando à realização de prestações positivas, isto é, ações destinadas à realização de bens jurídicos materiais (serviços de saúde, incluindo medicamentos, serviços educacionais, culturais, entre outros). Para André Ramos Tavares: “Os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante na implementação da igualdade social dos hipossuficientes”<sup>28</sup>.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva, para quem os direitos sociais estão intimamente ligados aos direitos econômicos — sendo estes pressupostos daqueles — e constituem-se de dimensão dos direitos fundamentais, revelados por: “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”<sup>29</sup>.

Não há maiores dúvidas doutrinárias quanto à existência de diferenças entre os direitos liberais clássicos e os direitos sociais, ainda que se defenda existir uma aproximação maior entre eles do que se costuma atestar<sup>30</sup> nem, por outro lado, quanto à conceituação dos direitos sociais como direitos a prestações materiais — ou mesmo, eventualmente, a prestações normativas<sup>31</sup>.

Por outro lado, como visto, o objetivo dos direitos sociais é equalizar as desigualdades sociais verificadas em uma sociedade, permitindo que pessoas menos favorecidas contem com um mínimo suporte material para o desenvolvimento da personalidade. Tais direitos, no dizer de Ingo Sarlet, “objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais”<sup>32</sup>.

Também se reconhece quanto aos direitos sociais, ao lado do sentido de igualdade material, que a “concepção da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade pode estar na origem de uma política de realização de direitos sociais activa e comprometida [...]”<sup>33</sup>, posição essa também defendida por Sarlet ao reconhecer a possibilidade de reconhecimento de direitos sociais subjetivos a prestações, pois há uma

“íntima vinculação — destacada especialmente pela doutrina estrangeira — de vários destes direitos com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana [...]”<sup>34</sup>.

No que pertine à eficácia dos direitos sociais, também se aceita, de forma mais ou menos pacífica, uma certa vinculatividade das normas constitucionais definidoras de direitos sociais, ainda que elas sejam dotadas de caráter genérico e tenham, pelo seu caráter mais ou menos aberto, conteúdo também programático<sup>35</sup>. A eficácia imediata dos direitos fundamentais sociais é atribuível ao disposto no art. 5º, parágrafo primeiro, da CF/88, que prescreve a “aplicabilidade imediata” das “normas definidoras dos direitos e garantias individuais”. Assim, as normas constitucionais do nosso ordenamento, ainda que eventualmente programáticas e definidoras de direitos prestacionais que necessitam de intervenção legislativa, contêm um mínimo de eficácia ou aplicabilidade, por menor que seja a densidade normativa dos preceitos constitucionais pertinentes, aplicabilidade essa que ainda depende da “forma de positivação” e das peculiaridades de cada direito<sup>36</sup>.

Por outro lado, a doutrina tradicional considerava as normas programáticas mais destinadas ao legislador do que propriamente definidoras de direitos subjetivos, no sentido de que caberia à política ordinária, a partir da ação de governos eleitos, a tarefa exclusiva de concretizar as políticas públicas voltadas para os direitos sociais. Todavia, a decadência do positivismo jurídico implicou também um novo olhar sobre o constitucionalismo chamado “pós-positivista”, que passou a receber influxos de conceitos abertos e carregados de valores morais<sup>37</sup> reconhecidos pela razão e pela comunidade, ou seja, dos princípios jurídicos que reestruturaram a hermenêutica constitucional<sup>38</sup>. Esse novo constitucionalismo, por sua vez, apresenta a tendência de busca de uma maior “efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição”<sup>39</sup>.

Para Canotilho, a dependência da eficácia dos direitos sociais à intervenção exclusiva do legislador implica, na prática, uma garantia de pouca força dos direitos sociais previstos na Constituição. De fato, na sua visão, “uma tal construção e concepção da garantia jurídico-constitucional dos direitos sociais equivale praticamente a ‘um grau zero de garantia’” (HaverKate)<sup>40</sup>.

O mestre português informa, a propósito, que a Corte Constitucional portuguesa “fixou traços juridicamente constitutivos das normas constitucionais consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais”, estabelecendo que: a) eles dispõem de vinculatividade normativo-constitucional; b) servem de parâmetro de controle de constitucionalidade; c) a não-regulamentação legal pode gerar uma inconstitucionalidade por omissão; d) o Estado deve tomar medidas concretas e determinadas em favor desses direitos e não adotar

“promessas vagas e abstractas”; e, por fim, e) a produção legislativa de medidas concretizadoras, ainda que dotada de certa liberdade de conformação, não pode ser deixada à livre disponibilidade do legislador<sup>41</sup>.

Nesse contexto, ressalte-se a defesa promovida por Robert Alexy da justiciabilidade dos direitos fundamentais em geral e também dos sociais:

*O social, porém, teria perante o liberal pouca força, porque ele não se poderia apoiar em princípios de direito. [...]*

*A todas as tentativas de suavizar o problema da colisão pela eliminação da justiciabilidade, deve opor-se com ênfase. Elas são nada mais que a solução de problemas jurídico-constitucionais pela abolição de direito constitucional. Se algumas normas da constituição não são levadas a sério, é difícil fundamentar por que outras normas também então devem ser levadas a sério se isso uma vez causa dificuldades. Ameaçada a dissolução da constituição. A primeira decisão fundamental para os direitos fundamentais é, por conseguinte, aquela para a sua força vinculativa jurídica ampla em forma de justiciabilidade<sup>42</sup>.*

No que se refere aos direitos sociais, entretanto, essa efetividade jurídica ideal — e desejada —, pelo menos no caso brasileiro, ainda não consegue moldar adequadamente a realidade fática, pois permanece no nosso país uma enorme disparidade entre o conteúdo fortemente social do texto constitucional e as condições sociais de boa parte da população brasileira, a qual não tem acesso, principalmente, a serviços de saúde e de educação de mínima qualidade.

O maior problema da concretização dos direitos sociais, no que se refere às prestações materiais que envolvem um fazer fático, real, pelo Estado, consiste na ausência de recursos materiais ou jurídicos<sup>43</sup> para a concretização de direitos elencados pela Constituição. A partir do momento em que decisões judiciais, especialmente após a redemocratização pátria consolidada pela Constituição de 1988<sup>44</sup>, passaram a reconhecer mais fortemente a vinculação dos poderes públicos à Constituição — entendida esta não como mera norma jurídica abstrata, mas, sim, como documento que deve efetivamente moldar a conduta dos poderes públicos e também dos particulares<sup>45</sup> —, também começaram a surgir teorias que procuram negar uma maior vinculatividade às normas constitucionais definidoras de direitos sociais.

Tais teorias baseiam-se em dois aspectos principais: a) se reconhece a limitação dos recursos materiais e humanos para o perfeito atendimento de todos os serviços públicos estatais relacionados com os direitos sociais (saúde, educação, cultura, etc.) e b) não compete

ao Poder Judiciário traçar políticas públicas, sendo essa tarefa dos demais poderes da República, cujos representantes são eleitos diretamente pela população<sup>46</sup>.

No presente estudo, interessam ambos os aspectos da questão, isto é, tanto a impossibilidade material do Estado como a alegada proibição de alteração de políticas públicas. Então, cabe verificar em que medida essas alegações podem realmente negar a justiciabilidade dos direitos sociais.

## **2. CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL**

### **2.1 Origem**

O princípio ou a cláusula da reserva do possível é fruto de construção do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que o reconheceu no julgamento de um processo no qual estudantes tentaram obter mais vagas em universidades estatais, sob o fundamento de que o Estado deveria custear a educação para fins de amplo exercício da liberdade profissional<sup>47</sup>. A Corte germânica atestou que, embora houvesse de fato o direito à educação, pois o “Estado moderno se inclina ao fomento cultural dos cidadãos”<sup>48</sup>, ele estaria limitado pela reserva do possível, que seria “[...] aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade”<sup>49</sup>.

Pode-se considerar, portanto, pelo menos no que se refere ao Direito alemão, que a cláusula da reserva do possível configura um princípio constitucional implícito, que impede, presentes certas circunstâncias, a atuação estatal positiva (de cunho prestacional) em favor de particulares, bem como, analogamente, o reconhecimento de direitos subjetivos destes contra o Estado na seara prestacional. A cláusula revela nada mais do que a própria falta de recursos específicos para a despesa desejada, que garantisse o direito social postulado, bem como a impossibilidade de remanejamento de verbas orçamentárias previstas pelo legislador para o atendimento de despesas diversas (alteração de políticas públicas) em prol dos direitos sociais demandados no caso.

### **2.2 Reserva do Possível Fática e Jurídica**

A reserva do possível envolve, portanto, dois aspectos distintos: a) a *reserva do possível fática*, que concerne à falta de recursos financeiros para a concretização do direito; b) a *reserva do possível jurídica*, que diz respeito à legalidade orçamentária<sup>50</sup>.

No caso da reserva do possível fática, trata-se de “[...] limitação lógica e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Afinal, sem dinheiro não há direito”<sup>51</sup>. Em outras palavras, a reserva fática nada mais é do que a falta de recursos financeiros, ou mesmo humanos e de infra-estrutura, para o cumprimento do direito social fundamental. Assim, caso um indivíduo deseje a realização, por conta de um pequeno município do interior no qual reside, de uma custosa cirurgia que só pode ser feita no exterior, o ente público pode, comprovando a ausência efetiva de recursos financeiros, alegar o óbice à efetividade do direito social<sup>52</sup>.

Outro óbice à concretização de um direito social fundamental por meio de decisão judicial e que é relacionado à reserva do possível diz respeito ao princípio isonômico, pois a decisão judicial não pode afetar os direitos fundamentais de outros indivíduos que também esperam do Estado o mesmo tratamento<sup>53</sup>.

Assim, portanto, no âmbito de processos judiciais nos quais há pedido de direitos sociais prestacionais, como, por exemplo, a entrega de determinado medicamento essencial ao particular ou à realização de cirurgias de grande porte, cabe ao Estado a demonstração da inexistência de recursos financeiros para o atendimento ao medicamento pretendido, assim como apresentar detalhamento de quantas pessoas estariam sendo prejudicadas pela realocação dos recursos determinada judicialmente. Trata-se, aqui, da aplicação da cláusula da reserva do possível no aspecto fático.

Todavia, não havendo pelo Estado a demonstração da inexistência de recursos financeiros e sendo o medicamento essencial à saúde do particular, sem o qual ele poderia falecer ou mesmo ter graves complicações do estado clínico, há direito subjetivo à saúde, já que esta se relaciona diretamente com o direito à vida. Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal vem considerando que o direito à saúde, como consequência lógica do direito à vida, consiste em direito subjetivo do particular frente ao Estado, por força na norma do art. 196 da CF/88, conforme ver-se-á adiante<sup>54</sup>.

Por outro lado, o outro aspecto da reserva do possível diz respeito à legalidade orçamentária, no sentido de que o Poder Público não estaria obrigado a oferecer prestações positivas ligadas a direitos sociais caso não houvesse previsão legal orçamentária para tanto. Em princípio, o Estado deve agir de acordo com as políticas públicas adotadas pelo legislador ordinário no sentido de atendimento das demandas constitucionais, sendo o Poder Legislativo o poder competente para definir, *a priori*, a alocação dos recursos públicos. Com efeito, para Eduardo Appio: “A atividade legislativa desempenhada pelo Poder Legislativo se assenta na

representatividade popular e no princípio da separação dos poderes, segundo o qual incumbe ao legislador, com primazia, a escolha do momento e do conteúdo da atividade legislativa”<sup>55</sup>.

Todavia, deve-se reconhecer que compete ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade de políticas públicas adotadas pelo legislador ou mesmo de omissões legislativas, sem que isso afronte o princípio da separação de poderes ou a soberania popular, desde que ocorram evidentes abusos nas escolhas legislativas.

É que o legislador ordinário está plenamente vinculado à “concretização de direitos fundamentais” mesmo que ele tenha um “espaço de discricionariedade legislativa ampla” quanto à “elaboração orçamentária e à definição de políticas públicas concretizadoras das tarefas constitucionais atribuídas ao Estado”<sup>56</sup>.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, em que pese a existência de discricionariedade legislativa *prima facie*, pode o Poder Judiciário ser chamado a controlar políticas públicas, sendo que a “sindicabilidade judicial” dos direitos sociais decorre de diversos fatores, como: a) o direito constitucional à jurisdição; b) o dever constitucional de preservar o mínimo existencial, este conectado ao princípio da dignidade humana; c) o princípio da supremacia constitucional; e d) da atribuição constitucional conferida ao Judiciário de controlar a constitucionalidade dos “comportamentos e das normas” do Poder Público<sup>57</sup>.

No mesmo sentido, Andreas Krell, que defende o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias como forma de conferir efetividade aos direitos sociais<sup>58</sup>, além de entender possível o remanejamento de verbas orçamentárias de outras rubricas para o atendimento dos direitos básicos do cidadão<sup>59</sup>.

Assim, seria possível até mesmo o deslocamento de verbas orçamentárias para o atendimento de preceitos constitucionais, por meio de uma ponderação entre os bens jurídicos em jogo, não sendo a cláusula da reserva do possível um empecilho para tanto, pois as normas legais inferiores devem prestar homenagem aos valores maiores presentes na Lei Maior. Nesse sentido, assevera o juiz federal Eugênio Rosa:

*Portanto, o princípio da reserva do possível deverá ser ponderado com as regras do direito financeiro veiculadoras do direito material de rearranjo das dotações orçamentárias, colmatando eventual vácuo regulamentar que frustrasse ou iniba a regular fruição de direitos fundamentais garantidos pela ordem constitucional*<sup>60</sup>.

O autor citado esclarece, ainda, a possibilidade conferida pela Lei nº 10.837/2004 (Lei Orçamentária Anual para 2004) ao Poder Executivo para que este, por decreto, crie créditos suplementares no caso de excesso de arrecadação<sup>61</sup>. De fato, os arts. 4º e 5º da norma citada

permitiam a majoração de gastos no caso de excesso de arrecadação, sem necessidade de maiores formalidades.

Vê-se, pois, a existência de suporte normativo infralegal para o afastamento do princípio da vinculatividade orçamentária, suporte esse nem sempre necessário na atuação do Poder Judiciário em processos judiciais, pois este pode, em condições excepcionais e para dar cumprimento a preceitos constitucionais de alta densidade axiológica, determinar ao administrador público que promova o rearranjo das verbas orçamentárias a fim de que direitos fundamentais sociais sejam efetivamente cumpridos.

### **2.3 Direitos Sociais e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF**

No que se refere à concretização dos direitos sociais — saúde e educação, principalmente — e à aceitação do princípio da reserva do possível no âmbito da jurisdição constitucional promovida pelo STF, note-se que a tendência é no sentido da justiciabilidade dos direitos sociais, ainda que a atuação do Poder Judiciário deva ocorrer “em bases excepcionais”.

De fato, no julgamento do RE 410.715/SP, rel. Min. Celso de Mello<sup>62</sup>, ficou decidido que compete ao município o atendimento de crianças em creches e pré-escolas, até os 6 anos de idade, sendo tal direito de caráter social e fundamental. O tribunal entendeu que compete ao Poder Judiciário, ainda que excepcionalmente, determinar a realização de políticas públicas nesse sentido. Confira-se a ementa do julgado:

**E M E N T A:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – RECURSO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento

integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.
- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.
- Os Municípios — que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) — não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.
- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão — por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório — mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

Nesse julgamento, o relator, o ministro Celso de Mello, asseverou em seu voto que, embora a atuação do Poder Judiciário na seara dos direitos sociais — no caso concreto, o da educação — se dê de forma excepcional, é possível a concretização judicial no caso de claro descumprimento pelo Poder Público dos encargos constitucionais a ele atribuídos. Assim, na visão do STF, a:

*Cláusula da “reserva do possível”, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação, de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade<sup>63</sup>.*

Em outra ocasião, a Suprema Corte, ao analisar o direito social à saúde, também deu prevalência à efetividade das normas constitucionais, especialmente no que se refere à obrigação de fornecimento de medicamentos, entendendo que compete ao Poder Público tal incumbência.

Sobre o tema, confira-se as seguintes decisões:

**E M E N T A:** AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento<sup>64</sup>.

**E M E N T A:** PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO – PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196) – PRECEDENTES (STF) – ABUSO

DO DIREITO DE RECORRER – IMPOSIÇÃO DE MULTA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente

daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. [...]<sup>65</sup>

Neste último julgamento, o STF, por meio do entendimento do relator Celso de Mello, entendeu que o direito à saúde “Se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República” (grifos nossos) prevalece, como prerrogativa fundamental, contra o “interesse financeiro e secundário do Estado”, de forma que a decisão judicial correta é aquela que objetiva “o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas”.

Revela-se clara, portanto, a tendência jurisprudencial no sentido da rejeição de uma maior força jurídica à cláusula da reserva do possível, pois esta se fundamenta, principalmente, em interesses financeiros do Estado, os quais não são comparados à fundamentalidade dos direitos sociais à educação e à saúde, por exemplo.

### 3. CONCLUSÃO

Resumindo-se as idéias trazidas no texto, pode-se afirmar que os direitos sociais, tais como previstos na Carta Política de 1988, ostentam um caráter de fundamentalidade de similar dimensão ao dos direitos liberais clássicos, ou seja, os chamados *direitos de defesa contra o arbítrio estatal*.

O constitucionalismo moderno pátrio caminha — sob os influxos, especialmente, das doutrinas constitucionais européias do Pós-guerra, hauridas do ambiente democrático já prevalecente na segunda metade do século XX — no sentido da busca da maior efetividade das normas constitucionais, que tendem a ser interpretadas de forma menos positivista e dogmática. A nova interpretação constitucional decorre do amplo sistema de valores humanos e sociais colhidos racionalmente e acolhidos pelas constituições democráticas modernas e, especialmente, pela Constituição Federal de 1988, o que tem levado a parcela da doutrina e a jurisprudência a admitirem uma forte intervenção do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais prestacionais, sem, contudo, operar-se o abandono dos princípios da soberania popular e da separação dos poderes.

E outro não poderia ser o caminho a ser seguido, pois é norma expressa da Constituição de 1988 que os direitos fundamentais têm “aplicação imediata” (art. 5º, § 1º), de forma que, portanto, o legislador ordinário e os governos de ocasião estão plenamente vinculados aos direitos fundamentais.

Em que pese a discricionariedade legislativa constituir-se de característica ainda presente na teoria juspolítica moderna, ela é temperada e mitigada pela forte vinculação do legislador aos direitos fundamentais reconhecidos pelo pacto normativo supremo da coletividade.

E um dos limites à intervenção do Poder Judiciário constitui-se da chamada “*cláusula da reserva do possível*”, que apresenta dois aspectos: o fático e o jurídico, mas que não implica óbice absoluto à concretização judicial de direitos sociais, conforme, aliás, vem decidindo o Supremo Tribunal Federal em determinadas matérias, o qual parece exigir que a ausência de recursos financeiros para a realização do direito tem de ser demonstrada de forma clara pelo Estado em cada caso concreto.

Ressalte-se, inclusive, que a jurisprudência recente da nossa Corte Suprema vem conferindo uma maior efetividade aos direitos sociais que demandam a entrega pelo Estado de prestações materiais positivas nas áreas de saúde e de educação, o que merece elogios, tendo em vista a nossa grande desigualdade social e a tradicional e notória deficiência dos administradores públicos no tema.

Assim, portanto, a concretização judicial desses direitos atende à desejada “força normativa da Constituição”, além de impelir os agentes públicos a melhor cuidarem dos serviços públicos essenciais, sob pena de sofrerem o controle jurídico da própria comunidade prejudicada, por meio de ações judiciais dotadas de força condenatória e não meramente sugestiva.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. O Princípio da Reserva do Possível e Ponderação com Regras a Ele Pertinentes: Viagem na Irrealidade do Cotidiano Financeiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 15, p. 19-34, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo. In: *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BIGOLIN, Giovani. A Reserva do Possível como Limite à Eficácia e Efetividade dos Direitos Sociais. *Revista do Ministério Público*, n. 53, maio/set./2004, Porto Alegre.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DANTAS, Frederico Wildson Lacerda. Universalismo *Versus* Relativismo Cultural: a Afirmação Universal dos Direitos Humanos no Âmbito do Direito Constitucional Internacional. *Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 14, mar. 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.
- FACHIN, Luís Edson. Defesa da Constituição, Cortes Supremas e Estado Social Democrático. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano II, n. 3, p. 101, abr. 2007.
- FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Direito à Saúde, Escassez e o Judiciário. *Folha de S.Paulo*. São Paulo, 10 ago. 2007, Opinião, Caderno A3.
- HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional: Ensaio Político*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e Alemanha: os (Des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LIMA, George Marmelstein. *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais: Diálogo Constitucional entre o Brasil e a Alemanha*, p. 125-126. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/alemanha.pdf>>. Acesso em: 06/08/2007.
- MAIA, Antônio Cavalcanti. *As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos Acerca do Neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 09/08/2007.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico: Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Madri: Dykinson, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Integração Social e Perspectivas da Democracia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 461-477.
- MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Derechos Liberales y Derechos Sociales*. Disponível em: <[http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01361620824573839199024/cuaderno15/volIII/doxa15\\_09.pdf](http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01361620824573839199024/cuaderno15/volIII/doxa15_09.pdf)>. Acesso em: 05/07/2007.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>1</sup> Juiz Federal da 14ª Vara de Pernambuco. Especialista em Direito Público pela UFPE. Mestrando em Direito Processual pela Unicap.

<sup>2</sup> Neste texto, considera-se eficácia dos direitos sociais a possibilidade de sua concretização mediante uma decisão emanada do Poder Judiciário, no caso de descumprimento desses direitos constitucionais pelos poderes públicos. Também são utilizadas outras expressões no mesmo sentido, tais como *concretização*, *efetividade*, *realização*, etc. Por outro lado, utilizar-se-á no texto o termo “direitos sociais” para abarcar de forma genérica os direitos a prestações positivas (direitos sociais, econômicos e culturais).

<sup>3</sup> Trata-se de princípio que diz respeito às possibilidades materiais e jurídicas do Poder Público quanto ao cumprimento de políticas públicas relacionados com os direitos prestacionais elencados no texto da Constituição, conforme se verá adiante.

<sup>4</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 5, p. 446-447, jan./jun. 2005. Para a autora, o princípio do mínimo existencial está diretamente relacionado com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o qual deve ostentar a máxima efetividade possível. A teoria do mínimo existencial também é assumida cada vez mais por parcela da doutrina brasileira, conforme relato de LIMA, George Marmelstein. *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*, p. 112-114. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/alemanha.pdf>>. Acesso em: 06/08/2007.

<sup>5</sup> Cf., a respeito, FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Direito à saúde, escassez e o Judiciário. *Folha de S.Paulo*. São Paulo, 10 ago. 2007, Opinião, Caderno A3, que ressalta a atualidade do debate e apresenta crítica à tendência jurisprudencial no sentido de reconhecimento do direito à saúde como ilimitado. Para o articulista, o direito à saúde deveria ser tratado com enfoque na “igualdade de condições (equidade) no acesso aos serviços de saúde”.

<sup>6</sup> Cf. KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002, p. 17-18, para quem a efetivação real de direitos sociais é uma necessidade da sociedade brasileira, tendo em vista os péssimos índices socioeconômicos da maioria da população.

<sup>7</sup> FACHIN, Luís Edson. Defesa da Constituição, Cortes Supremas e Estado Social Democrático. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano II, n. 3, p. 101, abr. 2007.

<sup>8</sup> Cf., a respeito, BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Constitucionalismo Brasileiro: Pós-modernidade, Teórica Crítica e Pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47. Neste texto, o autor traça em linhas gerais a evolução do constitucionalismo brasileiro, notadamente pós-1988, no sentido da “busca da efetividade” das normas constitucionais por meio também de uma nova interpretação constitucional informada por princípios específicos, especialmente quanto à idéia da existência de um sistema de princípios jurídicos materiais abertos que informam todo o sistema jurídico no intuito da máxima efetividade da Constituição.

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Integração Social e Perspectivas da Democracia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 461-477, p. 465.

<sup>10</sup> Constituição Federal, art. 1º, III.

<sup>11</sup> Constituição Federal, art. 3º, I, III e IV.

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Integração Social e Perspectivas da Democracia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 461-477, p. 465.

<sup>13</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 54.

<sup>14</sup> Para Habermas, o estabelecimento do Estado Social na Europa na segunda metade do século XX foi uma das conseqüências benéficas da 2ª Guerra Mundial, época na qual a “forma econômica altamente produtiva do capitalismo foi sujeitada pela primeira vez de modo social”, o que garantiu, na sua visão, direitos sociais básicos. HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional: Ensaio Político*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 63-64.

<sup>15</sup> O princípio da solidariedade (“consciência da solidariedade cosmopolita obrigatória”) não só entre cidadãos dos Estados nacionais e também na comunidade internacional é uma exigência para o estabelecimento de ordens democráticas nacionais e internacionais de cunho social sem as danosas interferências do neoliberalismo econômico. Cf. HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional: Ensaio Político*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 136, 141.

<sup>16</sup> HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 119.

- <sup>17</sup>MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico: Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Madri: Dykinson, 1999. p. 69.
- <sup>18</sup>MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico: Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Madri: Dykinson, 1999, p. 81-82.
- <sup>19</sup>HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional: Ensaio Político*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 119-120.
- <sup>20</sup>BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 564-565.
- <sup>21</sup>DANTAS, Frederico Wildson Lacerda. Universalismo *Versus* Relativismo Cultural: a Afirmação Universal dos Direitos Humanos no Âmbito do Direito Constitucional Internacional. *Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 14, p. 136, mar. 2007.
- <sup>22</sup>DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. p. 64.
- <sup>23</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 186-187.
- <sup>24</sup>Cf. MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Derechos Liberales y Derechos Sociales*. Disponível em: <[http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01361620824573839199024/cuaderno15/volIII/doxa15\\_09.pdf](http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01361620824573839199024/cuaderno15/volIII/doxa15_09.pdf)>. Acesso em: 05/07/2007. O autor explica nesse texto, inicialmente, a classificação tradicional entre os direitos civis (individuais), políticos (estes dois considerados liberais) e sociais, para depois fazer uma crítica de uma rígida diferenciação entre direitos liberais e sociais, na medida em que existem diversos pontos em comum entre as duas categorias, como, por exemplo, o fato de que ambos os direitos operam custos para o Estado. Ademais, o autor defende que os direitos fundamentais, liberais e sociais consistem em categoria unitária quanto a seus aspectos essenciais, conectados à dignidade e autonomia humanas.
- <sup>25</sup>DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. p. 80.
- <sup>26</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 296.
- <sup>27</sup>Note-se, entretanto, que alguns direitos sociais consistem em prestações positivas que não são deduzidas diretamente contra o Estado, a exemplo dos direitos trabalhistas previstos no art. 7º da CF/88, que são prestados por empresas e pessoas particulares quando assumem a função de empregadores. Assim também na Constituição portuguesa, conforme ensinamento de CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 379.
- <sup>28</sup>TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2007.
- <sup>29</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 289.
- <sup>30</sup>Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 299, nota de rodapé 124, na qual o autor entende que os direitos sociais prestacionais diferem dos direitos de defesa por critério de grau, e não de substância.
- <sup>31</sup>Cf., a propósito, o entendimento de CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1181, para quem existem direitos a “prestações fácticas” e direitos a “prestações normativas”.
- <sup>32</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 299.
- <sup>33</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 443-444.
- <sup>34</sup>SARLET. Op. cit., p. 373.
- <sup>35</sup>Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 235-263, que faz uma defesa do princípio da máxima efetividade da Constituição.
- <sup>36</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 297.
- <sup>37</sup>Cf. MAIA, Antônio Cavalcanti. *As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos acerca do Neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 09/08/2007. Nesse texto, o professor da Uerj e da PUC-Rio mostra que as constituições contemporâneas incorporam conteúdos materiais em forma de princípios, diretrizes e valores, com ênfase no reconhecimento de direitos fundamentais com forte caráter axiológico e racional, o que ele chama de “neoconstitucionalismo”.
- <sup>38</sup>BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo. In: *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 29; 34-35.
- <sup>39</sup>Ibidem. p. 47.
- <sup>40</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 451.
- <sup>41</sup>Ibidem. p. 452.

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 63.

<sup>43</sup> Conforme ver-se-á mais adiante, nem sempre a falta de efetividade dos direitos sociais decorre da ausência de recursos financeiros. Pode ocorrer ausência de normatização pelo Estado, desorganização administrativa, simples inércia estatal, etc.

<sup>44</sup> Cf. ARAÚJO, Eugênio Rosa de. O Princípio da Reserva do Possível e Ponderação com Regras a ele Pertinentes: Viagem na Irrealidade do Cotidiano Financeiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 15, p. 20, 2005, para quem a redemocratização implicou o aumento das demandas populares por melhores serviços públicos.

<sup>45</sup> Cf., a propósito, a idéia de “vontade de constituição” descrita magistralmente por HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

<sup>46</sup> Para uma visão sistemática das principais correntes doutrinárias, inclusive estrangeiras, e também críticas quanto à atuação do Poder Judiciário na realização de direitos sociais, cf. BIGOLIN, Giovani. A Reserva do Possível como Limite à Eficácia e Efetividade dos Direitos Sociais. *Revista do Ministério Público*, n. 53, mai./set./2004, p. 49-69, Porto Alegre.

<sup>47</sup> Confira-se um preciso comentário da decisão em: LIMA, George Marmelstein. *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais: Diálogo Constitucional entre o Brasil e a Alemanha*, p. 125-126. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/alemanha.pdf>>. Acesso em: 06/08/2007.

<sup>48</sup> *Ibidem*. p. 126.

<sup>49</sup> *Ibidem*. p. 127.

<sup>50</sup> Cf. ARAÚJO, Eugênio Rosa de. O Princípio da Reserva do Possível e Ponderação com Regras a Ele Pertinentes: Viagem na Irrealidade do Cotidiano Financeiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 15, p. 23, 2005, que colhe a distinção em obra de Marcos Masilli Gouvêa (O Controle Judicial das Omissões Administrativas, Forense: 2003. p. 384).

<sup>51</sup> LIMA, George Marmelstein. *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais: Diálogo Constitucional entre o Brasil e a Alemanha*, p. 125-126. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/alemanha.pdf>>. Acesso em: 06/08/2007.

<sup>52</sup> Acredito que cabe ao Estado o ônus de comprovar, na contestação da ação judicial, a falta de recursos financeiros, de acordo com o art. 333 do CPC. Cf., ainda, LIMA, George Marmelstein. *Op. cit.*, p. 129-130, que também defende a atribuição do ônus da prova ao Estado, inclusive com a remessa aos autos de dados orçamentários e financeiros que provem a ausência de recursos.

<sup>53</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 106-107.

<sup>54</sup> STF, 2ª Turma, Ag. Reg. No RE 393.175-0/RS, julg. 12/12/2006, rel. Min. Celso de Mello.

<sup>55</sup> APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 81.

<sup>56</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 5, p. 448, jan./jun. 2005.

<sup>57</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 5, p. 460, jan./jun. 2005.

<sup>58</sup> KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e Alemanha: os (Des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002. p. 102.

<sup>59</sup> *Ibidem*. p. 53.

<sup>60</sup> ARAÚJO, Eugênio Rosa de. O Princípio da Reserva do Possível e Ponderação com Regras a Ele Pertinentes: Viagem na Irrealidade do Cotidiano Financeiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 15, p. 34, 2005.

<sup>61</sup> *Ibidem*. p. 24-27.

<sup>62</sup> STF, 2ª Turma, julg. 22/11/2005, DJU 03/02/2006, p. 76.

<sup>63</sup> STF, voto do ministro Celso de Mello no RE (Ag. Reg.) 410.715/SP.

<sup>64</sup> STF, 2ª Turma, julg. 26/06/2007, DJU 17/08/2007, min. Eros Grau.

<sup>65</sup> STF, 2ª Turma, julg. 12/12/2006, DJU 02/02/2007, min. Celso de Mello.