

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATU SENSU* EM
ADVOCACIA PÚBLICA**

MARIA GORETE COSME

**DIREITOS CONSTITUCIONAIS SOCIAIS DE
NATUREZA PRESTACIONAL - LIMITES
MATERIAIS PARA SUA CONCRETIZAÇÃO**

BRASÍLIA – DF

2008

MARIA GORETE COSME

**DIREITOS FUNDAMENTAIS DE NATUREZA PRESTACIONAL - LIMITES
MATERIAIS PARA SUA CONCRETIZAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em advocacia pública do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

BRASÍLIA – DF

2008

MARIA GORETE COSME

**DIREITOS CONSTITUCIONAIS SOCIAIS DE NATUREZA PRESTACIONAL -
LIMITES MATERIAIS PARA SUA CONCRETIZAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Especialista em Advocacia
Pública, no Curso de Especialização *Latu Sensu* do
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com
menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Brasília, 27 de junho de 2008

RESUMO

A presente monografia dedica-se às questões que envolvem a aplicação das normas constitucionais que definem direitos fundamentais sociais de natureza prestacional e as limitações materiais para sua concretização. Inicialmente é abordado o conceito de direito fundamental para em seguida apresentar o pensamento doutrinário acerca da efetividade de tais direitos e a discussão acerca das limitações do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas que concretizem direitos sociais, com ênfase na tese da “Reserva do Financeiramente Possível”.

Palavras-chave:

Concretização dos Direitos fundamentais sociais. Limitações do Poder Judiciário. Políticas Públicas. “Reserva do financeiramente possível”. Hermenêutica constitucional.

ABSTRACT

This monograph aims the question of the application of the norms that define basic social rights in face of the material limitations. To reach this objective, after a revision of the concept of fundamental right, will be discussed the doctrine concerning the effectiveness of such rights, as well as argued concepts related to the limitations of the judiciary in the implementation of the public politics that materialize social rights, in special in what it refers to the “Reserve of the Financially Possible”.

Key words:

Effectiveness of the social rights. “Reserve of the Financially Possible”. Constitutional hermeneutics. Public policies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. Direitos Fundamentais	8
1.1 Conceito	8
1.2 Classificação dos Direitos Fundamentais	9
1.3 Direitos Fundamentais Sociais	11
1.4 O sentido do Art. 5º, § 1º, da Constituição Federal - A eficácia jurídica dos direitos fundamentais	17
1.5 Núcleo essencial dos Direitos Fundamentais Sociais - Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial	22
2. Limitações materiais aos direitos fundamentais de ordem prestacional	26
2.1 Princípio da Reserva do Possível	26
2.2 Limitações à concretização judicial dos direitos fundamentais sociais	34
CONCLUSÃO	44
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	46

INTRODUÇÃO

O estudo dos Direitos Fundamentais tem permeado o objeto das recentes pesquisas que tratam de temas relacionados às ciências humanas. Sem dúvida, inegável se mostra o desenvolvimento de tais direito ao longo dos tempos recentes. No entanto, é sabido que certas categorias de direitos fundamentais, para serem efetivas, demandam forte atuação estatal, a qual, por sua vez, é suportada mediante a cobrança de tributos entre outras receitas.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a concessão e a garantia de direitos aos cidadãos, em especial os direitos fundamentais de ordem prestacional, em que pese sua essencialidade, encontram um limite na capacidade que o Estado dispõe para destinar fundos públicos a tais ações. E esse limite do Estado, por sua vez, é demarcado pela capacidade contributiva de seus cidadãos.

Por certo que quanto mais desenvolvido e, conseqüentemente, mais rico um país, maior a sua capacidade de prover aos seus habitantes os direitos fundamentais que lhe são devidos.

Por outro lado, países como o Brasil, que se encontram no limite de sua carga tributária, as restrições orçamentárias indubitavelmente constituem importante óbice à realização das garantias constitucionais.

Caso emblemático da escassez de recursos que dificulta – ou impossibilita – a realização dos ditames constitucionais é a questão do salário-mínimo. Reza a Carta Magna que o salário-mínimo deverá ser suficiente para atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. No entanto, ano após ano, as discussões sobre salário-mínimo esbarram no sempre alegado déficit da previdência, que impede que sejam concedidos reajustes que façam com que o seu valor se aproxime do nível previsto na constituição.

Dentro dessa linha de investigação, a presente monografia tem como escopo sintetizar os pontos que, sob o aspecto financeiro do Estado, realmente podem ser considerados como efetivos limites à realização dos direitos fundamentais.

Inicialmente será discutido o conceito de direito fundamental, com o intuito

de estabelecer o escopo deste estudo. Em seguida será apresentada uma resenha crítica da bibliografia existente acerca do tema, com o objetivo de identificar as diversas teorias existentes sobre os limites da aplicação desses direitos. Será também analisada a aplicabilidade das teorias anteriormente citadas, com o intuito de verificar o seu cabimento no caso brasileiro. Por fim serão expostas as conclusões.

O objetivo do presente trabalho é contribuir para o avanço da compreensão sobre quando, e em que medida, pode-se efetivamente considerar a limitação financeira como obstáculo para a concretização dos direitos fundamentais.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 CONCEITO

Preliminarmente, cumpre apresentar um conceito, o mais amplo possível, acerca do que constituem os direitos fundamentais. Dispensando-se as divagações acerca da multiplicidade de conceituações existentes, optou-se pelo conceito lapidado por Jorge Miranda (1998, p. 7), *verbis*:

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, *direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material*.

De se notar que a dogmática constitucional refere-se aos direitos fundamentais sob as acepções formal e material. Diz-se direito fundamental de natureza formal aqueles inseridos na Carta Constitucional, de modo explícito, escrito, ou implícito, derivado. Já os direitos fundamentais no sentido material, diz respeito àqueles direitos que se coadunam com os valores dominantes do Estado. Nesse ponto, Paulo Gustavo Gonet Branco (*in* Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais), destaca que “*os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir do valor da dignidade humana*”.

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais começaram a assumir posição de relevo no momento em que foi invertida a tradicional relação vigente, até o fim do absolutismo, entre estado e indivíduo. A partir de quando se reconhece que o indivíduo tem, em primeiro lugar, direitos e, em seguida, deveres perante o Estado e é que se pode falar, sob o aspecto material, na existência de direitos fundamentais. O surgimento de tal conceito pode ser vinculado ao nascimento das constituições e, por conseguinte, ao ocaso dos estados absolutistas e ao nascimento das sociedades “liberais” sob o ponto de vista político.

1.2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Considerando-se que os direitos fundamentais resultam de processos históricos, a doutrina houve por bem classificar tais direitos em “fases” ou “gerações”.

Os direitos de primeira geração são aqueles atinentes à liberdade. Trata-se de direitos civis e políticos, cujo reconhecimento coincidiu com o nascimento do constitucionalismo no ocidente. Tais direitos têm por titular o indivíduo, sendo oponíveis em face do Estado. Configuram-se, no dizer de Bonavides (1997, p. 517) como direitos de resistência ou de oposição perante o estado. É a defesa da pessoa humana e de sua dignidade perante os poderes deste estado. O nascimento desses direitos corresponde à fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente.

Caracterizam-se os direitos dessa primeira geração, ainda segundo Bonavides, por serem oponíveis ao Estado, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentando uma subjetividade que é seu traço mais característico. Segundo Canotilho (2002, p. 405), tais direitos cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva:

a) “constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual;

b) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.

Já os direitos de segunda geração, ou de igualdade, são aqueles atinentes a aspectos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos de coletivos ou de coletividades. Foram introduzidos no constitucionalismo após terem germinado por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX.

Ainda segundo Bonavides (1997, p. 518), os direitos fundamentais de segunda geração passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade em virtude de sua natureza de direitos que exigiam do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização

aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar sendo revertida desde que recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais de segunda geração representam, em regra, o que Canotilho (2002, p. 406) denomina de “direitos a prestações”. Tais direitos, segundo esse autor, significam, em sentido estrito, “direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social)”. Tal critério, no entanto, não se apresenta absoluto, como será oportunamente discutido.

Os direitos de terceira geração, ou de fraternidade, são aqueles referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e à comunicação (Bonavides, 1997, p. 523). Tais direitos não possuem *numerus clausus*, tendo o espectro aberto para a incorporação de novos direitos.

Vale mencionar, como resumo das características das três gerações anteriormente citadas, o voto do Ministro Celso de Mello, relator do MS 22.164, *verbis*:

“Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade.”

Por fim, os direitos de quarta geração são aqueles derivados da globalização política na esfera da normatividade jurídica. Consubstanciam-se no direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Ainda segundo Bonavides, deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. Vale destacar que Sarlet (2005, p. 59) afirma que esta tendência em se reconhecer a quarta dimensão de direitos fundamentais ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens

constitucionais internas.

No que tange ao presente trabalho, interessam os direitos de segunda geração, mais especificamente, aqueles que demandem uma prestação por parte do estado e que tenham contrapartida econômica. São aqueles que constituem uma categoria de direitos que não prescindem de uma atividade estatal positiva. Requerem uma prestação, a qual tem um custo a ser suportado por aquele que a provê, ou seja, o Estado. Esses direitos constituirão o objeto do estudo a seguir desenvolvido.

1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Conforme já dito, a presente monografia, dirige-se a estudar as limitações materiais à realização dos direitos fundamentais de natureza prestacional. Dentro deste escopo, interessa identificar, entre os direitos fundamentais, aqueles que necessitam de prestações materiais, ou seja, uma intervenção 'positiva' por parte do Estado para que sejam implementados. Nesse intento, é necessário definir com clareza o conteúdo dos direitos fundamentais sociais.

Segundo Sarlet (2001), na Carta vigente os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, de modo especial no capítulo dos direitos sociais. Além disso, verifica-se que, mesmo em outras partes do texto constitucional, inclusive fora do catálogo dos direitos fundamentais, encontra-se uma variada gama de direitos a prestações. Neste contexto, vale ressaltar os exemplos do art. 17, § 3º, da CF (direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário), bem como do art. 5º, incisos XXXV e LXXIV (acesso à Justiça e assistência jurídica integral e gratuita), para que se possa perceber que até mesmo entre os direitos políticos e direitos individuais encontram-se direitos fundamentais que demandem uma função prestacional.

Aponta Sarlet (2001, p. 17), ao estudar a tradição de nossa doutrina, que os direitos fundamentais sociais têm sido compreendidos como direitos a prestações estatais. Tais direitos passaram a ser vistos como uma dimensão específica dos direitos fundamentais, já que têm como objetivo fornecer os recursos fáticos para

uma efetiva fruição das liberdades. Nesse sentido, para a realização dos direitos fundamentais sociais é indispensável uma postura ativa do Estado.

Dessa forma, é por meio dos direitos sociais que se objetiva atingir uma liberdade tendencialmente igual para todos, o que apenas pode ser alcançado com a superação das desigualdades. Sarlet (2001, p. 22) observa que os direitos sociais a prestações, por almejarem a igualdade real, cumprem a função de promover a redução das desigualdades sociais, econômicas e culturais, os quais atuam como fatores impeditivos da liberdade real. Dessa forma, tanto os direitos de defesa quanto os direitos sociais a prestações se baseiam na concepção de que a dignidade da pessoa humana apenas poderá ser plenamente realizada com uma maior liberdade para todos e com menos privilégios. No entanto, vale destacar que os direitos fundamentais sociais na nossa Constituição não formam um conjunto homogêneo, e também não podem ser definidos restritivamente como direitos a prestações estatais.

Sarlet (2001, p. 18) ressalta o fato de não serem os direitos fundamentais sociais identificados somente como direitos a prestação. Consoante afirma, “não há como desconsiderar a evidência de que a conceituação dos direitos fundamentais sociais como direitos a prestações estatais – ao menos do ponto de vista de nosso direito constitucional positivo – é manifestamente equivocada”. Ressalta que nem todos os direitos a prestações são direitos sociais, assim como também não se limitam a uma dimensão prestacional. Afirma que vários direitos fundamentais sociais não constituem tipicamente direitos a prestações, estando mais próximos ao grupo dos direitos de defesa, como ocorre com o direito de greve (art.9º, da CF), a liberdade de associação sindical (art. 8º, da CF), e as proibições contra discriminações nas relações trabalhistas consagradas no art. 7º, incisos XXXI e XXXII, de nossa Lei Fundamental. Tal concepção do autor é explicada da seguinte forma (2001, p. 19):

“Os direitos sociais a prestações, por sua vez (direitos de cunho positivo), que não esgotam o grupo dos direitos prestacionais, já que excluem os direitos a prestações em sentido amplo (integrantes de um “status positivus libertatis”), compõem o grupo dos direitos a prestações em sentido estrito, formando o que oportunamente já se chamou de “status positivus socialis”. Podendo ser considerados (também) como fatores de implementação da justiça social, por se encontrarem vinculados à obrigação comunitária para com o fomento integral da pessoa humana, percebe-se, desde logo, que os direitos sociais prestacionais (positivos) constituem expressão direta do Estado Social e, portanto, produto, complemento e limite do Estado liberal de Direito e dos direitos de defesa, especialmente

dos clássicos direitos de liberdade de matriz liberal-burguesa. Os direitos sociais (na sua dimensão prestacional) encontram-se, neste contexto, intimamente atrelados às tarefas do Estado como Estado Social, o qual justamente deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes. É por esta razão que se justifica a opção por excluir do âmbito dos direitos sociais a prestações (direitos prestacionais em sentido estrito, portanto) os direitos a prestações em sentido amplo, que, apesar de sua dimensão positiva, dizem respeito principalmente às funções tradicionais do Estado de Direito.”.

Continuando o autor aponta (2001, p.19) que uma classificação dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada “poderia partir – na esteira de Alexy e Canotilho – da distinção entre dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica)”. No que se refere ao segundo grupo, Sarlet acrescenta que este se divide “em dois subgrupos - os direitos a prestações em sentido amplo (englobando, por sua vez, os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e o dos direitos a prestações em sentido estrito”.

Feita essa classificação, Sarlet logra demonstrar que os direitos a prestações não estão restritos aos chamados direitos sociais, entendidos como direitos a prestações fáticas, englobando também os direitos à proteção e direitos à participação. Dessa forma, conforme o seu objeto, pode-se distinguir os direitos a prestações em direitos a prestações materiais ou fáticas e direitos a prestações normativas ou jurídicas.

Conforme essas ponderações, conclui-se pela existência de um conjunto de direitos a prestações em sentido amplo, que são os direitos à proteção e participação na organização e no procedimento, os quais colocam o Estado na condição de garante da liberdade e igualdade, e outro de direitos a prestações em sentido estrito, consubstanciados nos direitos a prestações sociais materiais, vinculados prioritariamente às funções do estado social.

Sarlet (2001, p. 16) também aponta para outra classificação, qual seja, a que divide os direitos a prestações em direitos derivados e direitos originários. Tal classificação alcança tanto os direitos prestacionais em sentido amplo quanto em sentido restrito. O autor afirma que sob a rubrica de direitos derivados a prestações, compreendem-se, em síntese, de acordo com a formulação de Gomes Canotilho, tanto o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições criadas

pelos poderes públicos, quanto o direito de igual participação nas prestações que estas instituições dispensam à comunidade.

Quanto aos direitos originários a prestações, o referido autor (2001, p.16) define-os como “direitos dos cidadãos ao fornecimento de prestações estatais, independentemente da existência de um sistema prévio de oferta destes bens e/ou serviços por parte do Estado”. Tais direitos podem, portanto, ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que os consagram.

No que tange aos direitos derivados a prestações, são eles concretizados com base e na medida da lei concretizadora. Sarlet ressalta que, em favor de uma necessária concretização pelo legislador ordinário, situa-se o argumento de que, em virtude de sua relevância econômico-financeira e de sua colocação sob uma “reserva do possível”, a decisão em favor da definição do objeto da prestação e de sua realização, ainda mais no âmbito da aplicação de recursos públicos, incumbe aos órgãos políticos legitimados para tanto, cuidando-se, portanto, de um problema atinente à competência, razão pela qual há quem sustente que ao Poder Judiciário falta a capacidade funcional necessária para resolver o problema no âmbito estrito da argumentação jurídica.

Quanto ao tema, Canotilho (2002, p. 406) aponta alguns problemas a serem resolvidos quando se estudam os direitos fundamentais que ensejam prestações por parte do Estado. Acrescenta que a função de prestação dos direitos fundamentais está associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, econômicos e culturais, quais sejam:

1. “ao problema dos **direitos sociais originários**, ou seja, se os particulares podem derivar diretamente das normas constitucionais pretensões prestacionais (ex: derivar da norma consagradora do direito à habitação uma pretensão prestacional traduzida do 'direito de exigir' uma casa)”;
2. “ao problema dos **direitos sociais derivados** que se reconduz ao direito de exigir uma atuação legislativa concretizadora das 'normas constitucionais sociais' (sob pena de omissão inconstitucional) e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador”;
3. “ao problema de saber se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais têm uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes (independentemente de direitos subjetivos ou pretensões subjetivas dos indivíduos) a **políticas sociais ativas** conducentes à criação de instituições (ex: hospitais, escolas), serviços (ex.: serviços de segurança social) e fornecimento de prestações (ex.: rendimento mínimo, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, habitações econômicas).

De acordo com Canotilho (2002, p. 554), pode-se concluir pela existência de direitos originários a prestações quando, a partir da garantia constitucional de certos direitos se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado de criar os pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos. Vale registrar que a 2ª Turma do STF, no julgamento do Agravo Regimental nº 410.715, como será mais bem analisado adiante, reconheceu ser o direito à educação pré-escolar um direito originário, que independe de norma regulamentadora para que possa ser exigido.

Segundo Robert Alexy (Theorie der Grundrechte, pp. 465-66. apud Sarlet, 2001, p. 36), poder-se-á reconhecer um direito subjetivo originário a prestações nas seguintes circunstâncias:

a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática;

b) quando o princípio da separação de poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros), forem atingidos de forma relativamente diminuta.

Para Alexy, tais condições se encontram satisfeitas sobretudo na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo, como é o caso do direito às condições existenciais mínimas, direito à formação escolar e profissional, uma moradia simples e um padrão mínimo de atendimento na área da saúde. Dessa forma, para esse autor o '*mínimo existencial*' consistiria em um direito fundamental originário.

A partir do exposto, pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais, na nossa Constituição, não formam um conjunto homogêneo e, por isso, não se pode entendê-los como direitos a prestações estatais. Tal fato decorre basicamente do objeto diferenciado dos direitos sociais, que abrangem tanto direitos a prestações como direitos de defesa. Além disso, tais direitos assumem feições distintas no que concerne à problemática da **eficácia e efetividade**. Essa falta de homogeneidade também pode ser notada no fato de os direitos sociais não se limitarem aos expressamente positivados no catálogo constitucional, tendo em vista que, à luz do disposto no art. 5º, § 2º, da nossa Constituição, pode-se defender tanto a existência

de direitos não escritos (ou direitos fundamentais materiais, implícitos e decorrentes do regime e dos princípios), quanto de direitos sociais positivados em tratados internacionais e, principalmente, localizados em outras partes do texto constitucional, especialmente na ordem social.

A denominação de direitos fundamentais sociais, consoante Sarlet (2001) encontra sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas. Neste sentido, podem-se conceituar os direitos fundamentais sociais – seguindo a lição de Jorge Miranda (1998) – como direitos à libertação da opressão social e da necessidade.

Nesse ponto cumpre anotar que grande parte dos direitos sociais prestacionais tem por objeto ações do Estado diretamente vinculadas à criação, destinação, distribuição e redistribuição de serviços e bens materiais. Nesse sentido, deve-se atentar para sua dimensão economicamente relevante. Os direitos sociais prestacionais em sentido estrito, quando não classificados como direitos fundamentais originários, de acordo com classificação anteriormente exposta, necessitam de uma concretização legislativa. Dependem, além disso, das circunstâncias de natureza social e econômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando para o legislador indispensável liberdade de conformação na sua atividade concretizadora. É por essa razão que os direitos sociais a prestações costumam ser, às vezes, apontados como direitos de cunho eminentemente programático, especialmente quando se trata dos direitos “derivados”. No entanto, há que se observar a eficácia jurídica dos direitos fundamentais, na forma como determinada pelo Art. 5º, § 1º da Constituição. Tal dispositivo será a seguir analisado.

1.4 O SENTIDO DO ART. 5º, § 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - A EFICÁCIA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme o preceito do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. No entanto, deve-se compreender o exato sentido da aludida norma, sob pena de reconhecer como originários todo o catálogo de direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

Sarlet (2001, p. 29) menciona que a melhor exegese para a norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, é aquela que parte da premissa segunda a qual tal norma possui natureza principiológica, que, por esta razão, pode ser considerada como uma espécie de mandado de otimização. Nesse sentido, a aludida norma estabeleceria para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Tal entendimento, ressalta Sarlet, é sustentado, entre outros, por Gomes Canotilho e, no Brasil, por Flávia Piovesan.

Em conformidade com tal exegese, pode-se afirmar que o postulado da aplicabilidade imediata não se poderá resolver, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas, de acordo com a lógica do “tudo ou nada”, razão pela qual a sua eficácia dependerá do exame da hipótese em concreto. Nesse ponto, Sarlet defende ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata e plena eficácia (e efetividade) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa na outorga da plenitude eficaz a determinada norma de direito fundamental, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá ser necessariamente fundamentada.

Para Krell (1999), o disposto no § 1º do art. 5º da Constituição Federal tem como objetivo salientar o caráter preceptivo e não-programático das normas de direito fundamental, deixando claro que esses direitos podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei. Afirma que seu conteúdo não precisa ser concretizado por lei, pois eles possuem um conteúdo que pode ser definido na própria tradição da civilização ocidental-cristã, da qual o Brasil faz parte. A sua regulamentação legislativa, quando houver, nada acrescentará de essencial.

Para esse autor, tal regulamentação apenas pode ser útil (ou, porventura, necessária) pela certeza e segurança que criar, quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação frente a outros direitos.

Ainda acerca da questão da aplicabilidade imediata, fica claro que, tratando-se de direitos de defesa, a existência de lei regulamentadora não se revela indispensável à fruição do direito. Quanto a essa espécie de direitos, inexistem qualquer razão para não fazer prevalecer o postulado contido no art. 5º, § 1º, da CF, já que não se aplicam às aludidas hipóteses os argumentos usualmente utilizados contra a aplicabilidade imediata dos direitos a prestações, especialmente aqueles referentes à ausência ou à insuficiência de recursos ou à ausência de legitimação dos tribunais para a definição do conteúdo e do alcance da prestação.

Diferente é o posicionamento quanto aos direitos de cunho prestacional, ou positivos, pois, nesse caso, a aplicação dos termos do art. 5º, § 1º, da CF, não significa uma efetividade total de tais direitos. A aplicação desse dispositivo, seguindo a linha exposta por Sarlet, deve levar à exegese de que os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, mesmo quando eminentemente programáticos, por menor que seja sua densidade normativa em nível constitucional, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos.

Comungando na mesma tese, Suzana de Toledo Barros (1996, p. 146), segue a lição de José Carlos Vieira de Andrade e afirma que a aplicabilidade imediata deve ser considerada atributo de todas as normas constitucionais sobre direitos fundamentais, mas o grau e a medida desta exeqüibilidade variarão conforme a natureza do direito e a situação em que esteja inserido, de forma que somente em face do caso concreto ela pode ser determinada.

Giovani Bigolin (2004) conceitua, na linha seguida por José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 66), eficácia jurídica e eficácia social. A primeira, como a possibilidade de aplicação, no sentido da capacidade de serem atingidos os objetivos traduzidos na norma. Já a eficácia social ou efetividade como a efetiva aplicação da norma no mundo dos fatos. Tendo em vista tal conceituação, o autor afirma que, em face da expressa disposição contida na Constituição, pode-se partir da premissa de que o art. 5º, § 1º, abrange todas as normas de direitos fundamentais garantidos pela nossa Carta, sendo insustentável a tese defendida em outras ordens constitucionais – pelo menos por parcela significativa da doutrina e

jurisprudência – de que os direitos sociais a prestações não têm eficácia plena e não são imediatamente aplicáveis, tal como ocorre em Portugal e na Espanha. No caso de Portugal, ressalta o autor, os “direitos econômicos, sociais e culturais” não são imediatamente aplicáveis e não integram as 'cláusulas pétreas' da Constituição Lusitana de 1976.

No caso brasileiro, continua o autor, a inexistência de regime jurídico diverso para os direitos de defesa e os prestacionais pode ser demonstrado pelo fato de os direitos sociais terem sido incluídos no Capítulo II do Título II, rompendo-se com a tradição inaugurada na constituição de 1934, que os albergava no título concernente à ordem econômica. Tal formulação, frisa o autor, está afinada com o compromisso de nossos constituintes com o Estado Social materializado particularmente nos artigos 1º e 3º do Texto Fundamental. Não obstante tal posicionamento, Bigolin ressalta que ainda permanece atual o debate sobre uma eventual 'cisão' entre direitos da liberdade que, sendo 'negativos', têm sede constitucional, ao passo que os direitos sociais, que seriam 'positivos', dependeriam de meios materiais e, assim, a mediação legislativa e orçamentária. Dentro dessa dicotomia, formam-se, segundo o autor, três correntes:

- a) “a dos que entendem serem passíveis de tutela judicial imediata todos os direitos classificados pela Constituição como Fundamentais;
- b) a dos que entendem serem passíveis dessa tutela apenas os direitos negativos, já que os positivos, por demandarem recursos, vigeriam sob a reserva do possível, a depender de mediação legislativa;
- c) a dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao mínimo existencial, que seria sempre instantaneamente tutelável, quedando os demais direitos positivos sob a reserva do possível ou de interposição legislativa.”

Consoante referido anteriormente, Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte*, pp. 465-66. apud Sarlet, 2001, p. 36), afirma ser possível reconhecer um direito fundamental originário quando imprescindível ao princípio da liberdade fática e quando o princípio da separação de poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros), forem atingidos de forma relativamente diminuta. Para o autor, tais condições se encontram satisfeitas sobretudo na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo, como é o caso do direito às condições existenciais mínimas, direito à formação escolar e profissional, uma moradia simples e um padrão mínimo de atendimento na área da saúde.

A solução apontada por Alexy, consoante destaca Sarlet (2001, 36-37) pode constituir um norte para a interpretação da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF. Isso porque, ao se impor a otimização da eficácia de todos os direitos fundamentais, não se poderia admitir, de um lado, uma realização plena de todos os direitos sociais prestacionais e, de outro, a negação absoluta de direitos subjetivos a prestações, sob pena de sacrifício de outros bens igualmente fundamentais. Deve-se, portanto, quanto a esse ponto, fazer uma ponderação dos princípios constitucionais colidentes, com vista a proporcionar a máxima efetividade a cada um deles.

Sarlet (2001, 33-34) ressalta ainda que as normas de direito fundamental, por mais programáticas que sejam, são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já no nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa. Constata esse autor que a doutrina majoritária costuma destacar as seguintes cargas eficaciais como sendo comuns mesmo a este tipo de normas, consideradas, em regra, de eficácia limitada, por ser carentes de uma “*interpositio legislatoris*”:

“a) Acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao seu conteúdo e, por via de consequência, sua desaplicação, independentemente de uma declaração de inconstitucionalidade, ressaltando-se que entre nós o Supremo Tribunal Federal consagrou a tese da revogação, em detrimento da assim chamada inconstitucionalidade superveniente.

b) Contêm imposições que vinculam permanentemente o legislador, no sentido de que não apenas está obrigado a concretizar os programas, tarefas, fins e ordens mais ou menos concretas previstas na norma, mas também que o legislador, ao cumprir seu desiderato, não se poderá afastar dos parâmetros prescritos nas normas de direitos fundamentais a prestações.

c) Implicam a declaração de inconstitucionalidade (por ação) de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidentes com o conteúdo das normas de direitos fundamentais, isto é, caso contrários ao sentido dos princípios e regras contidos nas normas que os consagram.

d) Constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e, especialmente, infraconstitucionais), já que contêm diretrizes, princípios e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, neste sentido, toda a ordem jurídica.

e) Geram algum tipo de posição jurídico-subjetiva, tomando-se esta em sentido amplo e não necessariamente na concepção de um direito individual subjetivo à fruição da prestação que constitui o objeto da norma de direito fundamental a prestação. Fala-se, neste contexto, de um direito subjetivo de cunho negativo no sentido de que o particular poderá sempre exigir do Estado que se abstenha de atuar em sentido contrário ao disposto na norma de direito fundamental prestacional. Cuida-se, portanto, de uma dimensão negativa dos direitos positivos, já que as normas que os consagram, além de vedarem a emissão de atos normativos contrários, proibem a prática de comportamentos que tenham por objetivo impedir a

produção dos atos destinados à execução das tarefas, fins ou imposições contidas na norma de natureza eminentemente programática.

f) Próximo ao sentido referido no item imediatamente precedente, situa-se a problemática dos direitos sociais a prestações que já foram objeto de concretização pelo legislador. Neste sentido, impõe-se a indagação sobre se um dos efeitos inerentes às normas constitucionais que consagram direitos fundamentais desta natureza não seria também o de gerarem o que se convencionou chamar de proibição de retrocesso, impedindo o legislador de, voltando atrás sobre seus próprios passos, abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas. Cumpre frisar, neste contexto, que parte da doutrina se posiciona favoravelmente a este aspecto, ressaltando que, uma vez concretizado determinado direito social prestacional, este acaba por transformar-se, neste sentido, num típico direito de defesa.

g) Mesmo no âmbito dos direitos fundamentais de ordem prestacional típicos (direito à saúde, educação, previdência social, etc.), em face do perfil que lhes foi conferido pelo nosso Constituinte, verifica-se que a própria prestação que constitui seu objeto acaba, por vezes, assumindo a feição de um direito defensivo, inobstante não exatamente no sentido já referido. Tomando-se, por exemplo, o direito social à educação, regulado na Constituição no art. 6º nos arts. 205 e segs., constatar-se-á que o direito geral à educação abrange uma série de direitos, dos quais o direito à instrução (no sentido de um direito a que o Estado preste ensino, colocando à disposição do titular do direito escolas, material didático e professores) é apenas um entre outros. O art. 206, em diversos dos seus incisos, consagra alguns direitos de natureza eminentemente defensiva (negativa), como é o caso da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (inc. I), da liberdade de ensino e aprendizagem (inc. II), e da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (inc. IV). O mesmo se poderá afirmar com relação ao art. 207 da CF, que consagra a garantia institucional da autonomia universitária.”

Apresentados os pontos essenciais acerca dos direitos fundamentais sociais, resta analisar duas características desses direitos que constituem seu núcleo essencial: a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

1.5 NUCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E MÍNIMO EXISTENCIAL

Impõe-se ao Estado não apenas o respeito à vida humana, mas também o dever de protegê-la ativamente, uma vez que constitui a razão de ser da própria comunidade e ser o pressuposto para a fruição de qualquer direito fundamental.

Para Ana Paula de Barcellos (2002) a dignidade da pessoa humana comporta várias modalidades de eficácia jurídica em faixas diferentes de sua extensão. No que tange ao chamado 'mínimo existencial', ela corresponde às condições materiais básicas para a existência, especificamente a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva. Para além desse núcleo, defende a autora, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem apenas outras modalidades de eficácia jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias. Nesse sentido, as prestações materiais atinentes ao mínimo existencial independeriam de opções políticas acerca de aplicações de recursos.

Sobre o tema, Sarlet (2001) assevera que negar, por exemplo, ao particular o acesso ao atendimento médico-hospitalar gratuito, ou mesmo o fornecimento de medicamentos essenciais, não parece ser a solução mais adequada, ainda quando considerados o princípio da reserva do possível e a reserva parlamentar em matéria orçamentária. O mesmo raciocínio, defende, poderá ser aplicado no que diz respeito aos outros direitos sociais prestacionais básicos, tais como educação, assistência social e condições materiais mínimas para uma existência digna.

Neste contexto, registra o autor que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se deverá restringir às hipóteses nas quais a vida humana estiver correndo o risco de ser sacrificada, inobstante seja este o exemplo mais significativo. O princípio da dignidade da pessoa humana assume, no que diz respeito a este aspecto, importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido. Também negar o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito, continua o citado autor, ainda mais em face da norma contida

no art. 208, § 1º, da CF, de acordo com a qual se cuida de direito público subjetivo, importa igualmente em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este implica para a pessoa a capacidade de compreensão do mundo e a liberdade de se autodeterminar e formatar sua existência.

Com base no exposto, Sarlet concluiu que o problema da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana somente 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. Dessa forma, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislador, assim como o da separação de poderes e das demais objeções habituais aos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos implicarem grave agressão, ou mesmo o sacrifício do valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes, resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e de Gomes Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo for ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo *prima facie*, já que nesta seara, como já foi dito, não há como resolver a problemática em termos de uma lógica do tudo ou nada. Esta solução impõe-se até mesmo em razão da natureza eminentemente principiológica da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, e das próprias normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Por outro lado, há que se ressaltar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotados de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de se impor ao Estado, inclusive mediante recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental.

Na mesma linha do autor anteriormente citado, Alexandre Santos Aragão (sem data) defende que não se deve descartar de forma absoluta a imposição judicial de prestações de serviço público para assegurar direitos fundamentais. Tal providência, no entanto, só seria admissível, segundo o autor, nos casos concretos excepcionais em que a omissão estatal estiver atingindo a dignidade da pessoa humana, o que não se dá simplesmente quando a pessoa não tem como usufruir uma prestação relevante, mas sim quando a ausência desta colocar em risco o

mínimo existencial ou o núcleo essencial do direito fundamental em questão.

O Autor cita uma aplicação jurisprudencial dessa diretriz doutrinária, que foi feita pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em caso concernente à prestação do serviço público de saúde. A seguir apresenta-se o trecho mais relevante:

A norma constitucional que estabelece o direito à saúde tem natureza programática. As normas programáticas, muito embora não possuam eficácia plena, prestam-se a garantir o mínimo existencial ali previsto. Esse mínimo existencial vem a ser o núcleo de cada direito fundamental. O dever de prestar saúde é uma norma programática, que gera em contrapartida o direito ao seu acesso. Embora esse direito não possa ser exercido de maneira plena, cabendo ao 'Estado' estabelecer suas metas de atendimento ao bem comum, há necessidade de garantir-se o seu Núcleo, que é o direito à vida. Não garantindo esse mínimo existencial, pode o Judiciário determinar que o Executivo cumpra com o seu dever, pois a Constituição Federal, nesse ponto, possui densidade normativa suficiente para tanto. (TJRJ. Apelação Cível nº. 2004.001.19572, Rel. Antonio César Siqueira).

Nesse sentido, o aludido autor defende que a imposição judicial de prestações em razão da dignidade da pessoa humana não pode se dar por meio de critérios gerais, aplicáveis a todos os serviços públicos. Há serviços públicos mais relacionados ao mínimo existencial das pessoas do que outros. A ausência do serviço de telefonia, segundo este autor, salvo em casos extremos, não tem como ameaçar o núcleo do que as pessoas precisam para ter uma vida digna. Já as ausências de serviços como o de saúde, de coleta de lixo ou de esgoto, podem afetar mais freqüentemente a existência digna das pessoas, ainda mais se estas deixarem de gozá-las por absoluta impossibilidade econômica, não por desídia.

No entanto, Alexandre Santos de Aragão entende que, em um País como o nosso, mesmo o mínimo existencial pode faltar a muitas pessoas e até a comunidades inteiras, não sendo de se imaginar, por exemplo, que o saneamento básico de todas as comunidade pobres do Brasil pudesse ser imposto judicialmente. Dessa forma, conclui que mesmo a efetividade do mínimo existencial ou do núcleo fundamental dos direitos fundamentais fica condicionado à reserva do possível. Defende que o Judiciário não pode impor medidas que, de antemão, sabe ser impraticáveis.

Por outro lado, ressalta este autor, as hipóteses em que os cidadãos têm o direito à prestação de determinado serviço público não se limitam somente aos

casos em que o mínimo existencial de direitos fundamentais estiver ameaçado e for atendida a reserva do possível. Há pelo menos outras duas hipóteses básicas de imposição judicial de prestações de serviço público:

(a) Quando as **Normas do Serviço** (legais, regulamentares ou integrantes do contrato de concessão ou respectivo edital de licitação) previrem a prestação do serviço público sob determinadas condições (geográficas, financeiras, temporais, etc.) e o particular, mesmo atendendo a todas elas, não consegue obter o serviço voluntariamente da prestadora;

(b) Por força do **Princípio da Igualdade** (art. 5º, caput) pode ser determinada a prestação em virtude de o serviço público estar sendo prestado a pessoa que, de acordo com os critérios legítimos para eventuais distinções, se encontra em situação idêntica à do cidadão postergado.

Aragão afirma que em ambos os casos a responsabilidade do prestador do serviço público por sua prestação independe de considerações sobre a relevância da atividade para o núcleo essencial de algum direito fundamental. Nas hipóteses citadas, ponderando os diversos direitos e valores envolvidos, inclusive a situação financeira do Estado, as normas infraconstitucionais fornecem densidade normativa a direitos constitucionais, indo além da mera garantia de seu núcleo essencial. A Constituição não determina a proteção apenas do núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas sim de toda a sua extensão. No entanto, a proteção do seu núcleo essencial é mais imediata, independendo, via de regra, de intermediação infraconstitucional para poder ser imposta judicialmente.

2. LIMITAÇÕES MATERIAIS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ORDEM PRESTACIONAL

2.1 PRINCIPIO DA RESERVA DO POSSIVEL

Considerando-se que os direitos à prestação em sentido estrito têm por objeto, ao menos em regra, prestações do Estado diretamente vinculadas à criação, destinação, distribuição e redistribuição de serviços e bens materiais, deve-se reconhecer, em sua realização, uma dimensão economicamente relevante. Diferente apresenta-se o caso dos direitos de defesa, já que, tendo em vista sua condição de direitos de cunho negativo, podem ser assegurados judicialmente, independentemente das circunstâncias econômicas.

A referida dimensão econômica relevante, que se caracteriza pela necessidade de se prover meios materiais para a realização dos direitos fundamentais sociais (ao menos para parte deste, como já foi visto), leva ao estudo das condições para a efetiva realização de tais prestações, o que necessariamente passa pela análise da alocação de recursos e, também, da conjuntura econômica.

Dessa forma, a concretização dos direitos fundamentais, notadamente no que tange às prestações materiais, encontraria seu limite no que se convencionou chamar de “reserva do financeiramente possível” ou, simplesmente, “reserva do possível”. Dispõe essa reserva que o juiz não pode determinar a concretização de direitos sem que existam meios materiais para tanto. A aferição desta disponibilidade seria feita em face do orçamento público. A imposição de tal “reserva” se justificaria tendo em vista que a concessão de determinadas prestações, ou seja, a realização de determinados direitos, não pode implicar a inviabilização da consecução de outros.

Tal conceito começou a ser desenvolvido no começo da década de 1970 por Peter Häberle, que formulou a idéia da 'reserva dos cofres financeiros', para exprimir a idéia de que os direitos econômicos, sociais e culturais se encontram submetidos à capacidade financeira do Estado (Barcellos, 2002).

Gilmar Mendes (2002) explica pormenorizadamente o surgimento da

“Reserva do Financeiramente Possível” na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. Tal ocorreu quando a referida Corte se deparou com o problema da restrição ao ingresso de alunos em universidades daquele País em face do direito à educação previsto na Lei Básica.

No caso citado, pretendia o autor da demanda ser aceito em uma Faculdade de Medicina, tendo sido seu pleito rejeitado com a alegação de que faltariam lugares para estudantes daquele curso. O Tribunal Constitucional alemão manifestou-se, em tese, favoravelmente ao pleito do autor, tendo o não-acolhimento derivado justamente do conceito de reserva do financeiramente possível.

Ao aplicar tal conceito, o Tribunal entendeu que não pode existir qualquer obrigação constitucional que faça incluir o dever de, no sistema educacional, fornecer vagas a qualquer tempo e a qualquer um que as pleiteie. Isso porque a idéia de que cada indivíduo teria demandas ilimitadas, efetuadas em detrimento da comunidade no seu conjunto, seria incompatível com o princípio de um Estado de bem-estar social. Tal fato levaria o Estado a conceder a apenas poucos privilegiados o benefício de limitados recursos públicos e, ao mesmo tempo, seria levado a negligenciar outras demandas relevantes.

Dessa forma, o citado Tribunal firmou o entendimento de que uma restrição absoluta no que tange à admissão de estudantes somente é constitucional se o legislador impõe tal restrição apenas quando absolutamente necessária, após ter esgotado todas as possibilidades existentes de recursos públicos. Mencionada decisão baseou-se no fato de que os recursos públicos são finitos e que a construção de uma sociedade que busque efetivar os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente consagrados só é possível por meio do regramento fiscal, buscando sempre privilegiar as atividades mais relevantes para a efetivação de tais direitos.

Pode-se afirmar, portanto, que a “Reserva do Possível” (Vorbehalt des Möglichen), do modo como formulada pelo Tribunal Constitucional Alemão, aponta no sentido de que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Salienta ainda que a decisão acerca da disponibilidade e da aplicação de tais recursos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, por meio da elaboração dos orçamentos.

Vale mencionar que o Tribunal Constitucional Português, seguindo a linha adotada pelo seu congênere alemão, vem, em sua jurisprudência, condicionando a concretização de direitos fundamentais de ordem prestacional à existência de recursos. O posicionamento do Tribunal Português pode ser mais bem analisado tendo em vista os fundamentos a seguir expostos, extraídos do Processo nº 143/91:

O artigo 65º, nº 1, da Constituição estabelece que 'todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar'.

.....
 Nos termos desse preceito, a Constituição reconhece a todos os cidadãos o direito a uma habitação dimensionada ao número de membros da respectiva família, onde possa ser preservada a intimidade individual e a privacidade familiar, que ofereça condições de vida condigna e minimamente integrada na vida da comunidade.

'O direito à habitação - como se escreveu no Acórdão nº 130/92 (in 'Diário da República', IIª Série, de 24 de Julho de 1992) - é um direito a prestações. Ele implica determinadas acções ou prestações do Estado, entre as quais, como já foi salientado, são indicadas as dos nºs 2 a 4 do artigo 65º da Constituição (cf. J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 1991, pp.680-682). Está-se perante um direito cujo conteúdo não pode ser determinado ao nível das opções constitucionais, antes pressupõe uma tarefa de concretização e de mediação do legislador ordinário, cuja efectividade está dependente da «reserva do possível» (Vorbehalt des Moglichen), em termos políticos, económicos e sociais [cf. J.J. Gomes Canotilho, 'Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador', Coimbra, Coimbra Editora, 1982, p. 365, e 'Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais', separata do número especial do 'Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra', «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia», 1984, Coimbra, 1989, p.26; J.C. Vieira de Andrade, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976 (reimpressão)', Coimbra, Almedina, 1987, pp.199 e segs. e 343 e segs.].

O direito à habitação traduz-se, assim, no seu aspecto positivo, na exigência de medidas e prestações do Estado visando a sua realização mas que todavia não confere a qualquer cidadão um direito imediato a uma prestação efectiva, porquanto não é directamente aplicável ou exequível, exigindo uma actuação do legislador que permita concretizar tal direito, pelo que o seu cumprimento só pode ser exigido nas condições e nos termos definidos na lei.

Dessa forma, o Tribunal Constitucional Português entende que os direitos a prestações, como é o caso do direito à habitação, não podem ter o seu conteúdo determinado ao nível das opções constitucionais, necessitando, portanto, da mediação do legislador ordinário, o qual se encontra, ainda, subordinado à reserva do possível. Nesse sentido, entendeu que não cabe ao Judiciário determinar a efetivação dessa espécie de prestação.

De se mencionar que a questão da “Reserva do Possível” também está presente nos ensinamentos que HOLMES e SUNSTEIN expuseram em *The Cost of*

Rights. Neste livro (p. 131), defendem a tese de que não somente os direitos sociais demandam recursos para a sua realização, mas também os direitos individuais e os políticos necessitam de recursos para serem colocados em prática. Os autores desta obra também enfatizam que os juízes nem sempre estão em boa posição para determinar se um conjunto de alocações é melhor ou pior que outro conjunto. Atestam também que a escassez de recursos é uma razão legítima para a falha do governo em proteger os direitos de uma forma absoluta.

Canotilho (2002, P.369) defende idéia semelhante, ao afirmar que “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentárias, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as 'prestações integradoras' dos direitos sociais, econômicos e culturais”. A limitação de recursos financeiros seria, no entender do autor, limite intransponível para a concretização dos direitos sociais prestacionais.

Marcelo Antônio Theodoro (2002) destaca que a dimensão jurídico-concretizante dos direitos sociais "se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural, isto é, sob a 'reserva do possível', ou na conformidade de autorização orçamentária". Os direitos sociais estariam, portanto, "reféns" de opções de política econômica do aparato estatal, eis que a reserva do possível traduz-se, em última instância, em uma chancela orçamentária. Trata-se, segundo o autor, de um princípio implícito decorrente da atividade financeira do Estado alusivo à impossibilidade de um magistrado, no exercício da função jurisdicional, ou, até mesmo, do próprio Poder Público, de efetivar ou desenvolver direitos, sem que existam meios materiais para tanto, o que conseqüentemente resultaria despesa orçamentária oficial. A aferição desta disponibilidade, segundo o autor, é feita em função do orçamento, considerando-se “que a concessão de determinadas prestações, ou seja, a realização de determinados direitos, pode implicar a inviabilização da consecução de outros”.

Acerca do tema, Alexy (apud Theodoro 2002) contrapõe o direito fundamental a um 'mínimo vital', já consagrado pelo direito alemão. O Autor afirma que mesmo os direitos sociais mínimos têm consideráveis efeitos financeiros. No entanto, só isso não justifica inferir a não-existência desses direitos. A força do princípio da competência privativa do legislador, segundo Alexy, não é ilimitada, não consistindo em princípio absoluto. Para esse autor, os direitos individuais podem ter

mais peso do que as razões da política financeira.

Tendo em vista o citado posicionamento de Alexy, Theodoro (2002) entende ser perfeitamente sustentável que, no Brasil, atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana, estampado no art. 1º, inciso III, da Constituição, os operadores do direito busquem pautar suas decisões privilegiando o mínimo vital em detrimento da reserva do possível, sempre observando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Na esteira do que foi acima consignado, pode-se argumentar que o Poder Executivo, que dispõe de departamentos especializados na elaboração de políticas públicas, está em melhores condições de definir quais são as prioridades para o gasto público, quando comparado ao Poder Judiciário. No entanto, tal assertiva não invalida a possibilidade de este poder ter legitimidade para intervir em determinadas situações. Na mesma linha apontam Guido Calabresi e Philip Bobbitt, em *Tragic Choices (The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resource, apud Barcellos 2002)*, ao estabelecerem a relação entre escassez relativa de recursos e escolhas 'trágicas' que deverão de ser feitas. Isso porque decidir investir os recursos existentes em determinada área significa ao mesmo tempo deixar de atender outras necessidades, mesmo que a opção de se abandonar um campo específico não tenha sido consciente.

Deve-se ressaltar que, na elaboração da peça orçamentária, a fixação da despesa deve ser efetuada em estrita observância às prioridades estabelecidas pela constituição. Nesse sentido, aponta Ana Paula Barcellos (2002, p 241):

“A Constituição, como já demonstrado, estabelece metas prioritárias, objetivos fundamentais, dentre os quais sobreleva a promoção e preservação da dignidade da pessoa humana e aos quais estão obrigadas as autoridades públicas. A despesa pública é o meio hábil para atingir essas metas. Logo, por bastante natural, as prioridades em matéria de gastos públicos são aquelas fixadas pela Constituição, de modo que também a ponta da despesa, que encerra o ciclo da atividade financeira, esteja submetida à norma constitucional”.

No mesmo sentido, German J. Bidart Campos, em sua obra *El orden socioeconomico em la constitución* (Apud Barcellos, 2002, p. 241), conclui da seguinte forma:

“A atividade financeira pública é, assim, uma atividade constitucionalmente juridicizada de natureza instrumental, mas não só em sentido formal (no sentido de que a constituição determina a competência dos órgãos habilitados a exercê-la) mas também, e principalmente, no

sentido material (no que se refere à normatização para fins determinados, de acordo com princípios e valores). (...) Por isso, quando se refere ao ciclo orçamentário como processo cujo resultado consiste em aplicar a receita pública do modo como determina a lei orçamentária, deve-se ter cuidado para não cair na falsa idéia de que a distribuição e a execução orçamentária se satisfazem pelo simples fato de que se ajustam formalmente com a lei respectiva. Deve-se fazer uma análise mais profunda, porque tal conformação apenas está efetivamente cumprida quando a lei de orçamento ponderou devidamente, no plano das políticas públicas, as pautas axiológicas da constituição, segundo as reais necessidades sociais do ano”.

Com efeito, tendo em vista que os recursos financeiros são limitados, as disponibilidades do Estado deverão ser aplicadas prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados na máxima extensão possível. A realização dos ditames constitucionais é uma atuação vinculada do poder público, não havendo margem de discricionariedade quanto a isto. Em relação aos recursos remanescentes, podem eles ser aplicados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento. Assim, no caso brasileiro, cumpre ressaltar que tal conclusão é reforçada em face de um conjunto de compromissos internacionais assumidos, como é o caso do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre o Direito das Crianças e o Pacto de São José da Costa Rica. Tais instrumentos obrigam os Estados signatários a investirem o máximo dos recursos disponíveis na promoção dos direitos previstos em seu texto.

Em reforço a esse posicionamento, Bidart Campos, na já citada obra, anota que (apud Barcellos, p. 244)

“Há que se partir de um princípio elementar, que é o de que os direitos sociais são direitos humanos e, como tal, gozam de uma prioridade imperativa e exigível que implica o dever de destinar-lhes o máximo possível de recursos, não com um montante arbitrariamente quantificado pelo Estado, mas com o montante que, de acordo com uma escala axiológica, fica determinado como necessário e devido, dentro do disponível e possível. É verdade que não se pode marcar rigidamente com uma cifra imutável o máximo de recursos disponíveis. O que se pode e se deve é supor que o máximo disponível é o máximo que razoavelmente surge de uma avaliação objetiva, com a qual, ao distribuir as receitas e os gastos da fazenda pública se prioriza o mais valioso e se escalona, a partir daí, o menos valioso”.

Sérgio Fernando Moro (2001, p. 108-110), afirma que os direitos sociais prestacionais enfrentam duas ordens de limites para a possibilidade de sua efetivação jurisdicional: a baixa densidade normativa (reserva de consistência) e o fato de exigirem condições materiais para a sua viabilização (reserva do possível, a

qual, para o autor, constitui uma das expressões da reserva de consistência), que o Judiciário não pode criar e que devem ser aferidas essencialmente pelos órgãos com competências orçamentárias.

No entanto, a reserva do possível não é, para Moro, um limite intransponível, já que, apesar das dificuldades, pode o Judiciário verificar quais prestações materiais são de possível atendimento. Isso porque, embora seja ampla a liberdade do legislador na elaboração do orçamento, este não deve se descuidar das exigências constitucionais mínimas, ou seja, dos direitos sociais mínimos, casos em que a necessidade de argumentação se imporá com especial força. Nesse sentido, afirma este autor:

"De um lado, encontrar-se-ia, principalmente, o princípio da liberdade fática (possibilidade real do exercício das liberdades pelos indivíduos); de outro, o argumento democrático e, eventualmente, outros direitos fundamentais que poderiam sofrer restrições no caso de desenvolvimento e efetivação de direitos a prestações materiais (como a liberdade da atividade econômica quando concretizado o salário mínimo). A ponderação restaria favorável aos direitos a prestações materiais no caso dos direitos sociais mínimos".

Ao analisar a possibilidade de transposição da doutrina germânica dos direitos fundamentais, em especial na questão da "Reserva do Possível", KRELL (1999, p. 244) afirmou:

"A dogmática jurídica alemã é, em muitos aspectos, transponível ou adaptável para o Brasil, já que muitos preceitos e formulações das Cartas de 1988 e anteriores foram fortemente inspirados pela Lei Fundamental Alemã. Todavia, isso não acontece com os direitos sociais, que quase não constam da atual constituição germânica".

Nesse ponto, alerta o citado autor que não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos sócio-culturais e econômico-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos. Nesse sentido, KRELL destaca:

"os sistemas jurídicos em países 'centrais' como a Alemanha, em que há um alto padrão nos índices de desenvolvimento humano e um nível elevado de satisfação da população em relação aos serviços sociais básicos, recusam, com bons argumentos, a idéia do Poder Judiciário como 'arquiteto da ordem social', acima de tudo pela falta de legitimidade democrática e de aptidão funcional para efetuar uma distribuição dos recursos públicos disponíveis".

Em conclusão ao que foi exposto, segue-se a linha trilhada por Barcellos (2002), para afirmar que a limitação de recursos do poder público existe, constituindo-se em um fator que não se pode ignorar. No entanto, não se apresenta

como um fator intransponível, a justificar o afastamento do Poder Judiciário do deslinde de questões atinentes à concretização dos direitos fundamentais. Tal limitação deve ser levada em conta pelo intérprete ao determinar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. No entanto, não se pode olvidar que a finalidade do Estado ao obter recursos é, primordialmente, realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, consoante Barcellos (2002), 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, as condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade, que constituem 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, afirma a autora, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Ainda nesse tópico cumpre abordar a questão inerente à concretização de direito social estipulado na constituição, quando a prestação do respectivo serviço se der sob o regime de delegação, isto é, fora da esfera nitidamente estatal.

Embora a doutrina não tenha se aprofundado no tema, é possível delinear algumas considerações tendo em conta a natureza do serviço.

Não obstante a prestadora do serviço não integre a Administração pública, o serviço oriundo de um contrato de concessão ou permissão que implique a concretização de um direito fundamental prestacional pode ser exigido imediatamente do concessionário ou permissionário, não podendo este se valer de impossibilidade material. Ocorre que o regime de delegação de serviço público submete-se aos preceitos constitucionais, especialmente aqueles que delineiam direitos a prestações de serviços.

No julgamento da ADI 3768-4, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido formulado na inicial que consistia na declaração de inconstitucionalidade do art. 39, *caput*, do Estatuto do Idoso, por não ter o legislador

ordinário previsto mecanismo de compensação, na medida em que a referida norma apenas previu a gratuidade dos transportes coletivos aos maiores de sessenta e cinco anos. Trata-se de direito revisto no art. 230, §2º, da CF/88.

Para o Supremo, a gratuidade do transporte coletivo viabiliza a concretização da dignidade do idoso, princípio este que se compatibiliza com a garantia do mínimo existencial.

Sobre a alegação de necessidade de previsão de custeio, ou seja da não-previsão de fonte financeira para fazer face à prestação do serviço, o Supremo respondeu que a questão de escassez material, há de se resolver no âmbito da recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato. Assim, a concretização do direito assegurado no caso não se compadece com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível.

2.2 LIMITAÇÕES À CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Destaca Krell (1999) que muitos autores entendem ser ilegítima a conformação das políticas públicas pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da separação dos poderes. Esse autor, no entanto, defende ser necessária a revisão do conceito de “separação dos poderes” em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

Além da questão do princípio da separação dos poderes, outros argumentos militam contrariamente à possibilidade de o Poder Judiciário se imiscuir em assuntos atinentes a políticas públicas. Há a já citada questão da “Reserva do Financeiramente Possível”, segundo a qual as limitações financeiras constituem impeditivo à determinação, pelo Poder Judiciário, de prestações estatais. A fixação de políticas públicas, nesse cenário, refere-se a escolhas com imediato reflexo orçamentário. Nesse sentido, ressalta-se que as escolhas orçamentárias são efetivadas num ambiente de limitação de recursos. A fixação de despesas constante da lei orçamentária tem como limite o montante de receita estimado. Dentro dessa

barreira é que os formuladores das políticas públicas – Executivo e Legislativo – devem fazer suas escolhas.

Também é mencionado como impeditivo o fato de que o art. 61, § 1º, II, da Constituição Federal confere ao Chefe do Poder Executivo a competência privativa para apresentar projetos de lei que disponham sobre as atribuições dos órgãos da Administração Pública, ou seja, que estabeleçam normas a respeito dos serviços a serem por ela prestados. Nesse ponto, cumpre indagar se seria defeso ao Poder Judiciário estipular que tipo de prestações deveriam ser colocadas à disposição da população pelo Poder Executivo. No entanto, pode-se contrapor a tal questionamento o fato de que o Judiciário, ao determinar uma prestação, não necessariamente altera o rol de atribuições dos órgãos públicos, não se podendo, no caso, atestar o descumprimento do aludido dispositivo constitucional.

Além disso, pode-se argumentar, contra a interferência do Judiciário em políticas públicas, o fato de não ser permitido o aumento de despesas em processos legislativos deflagrados pelo Poder Executivo (art. 63, I, CF). Nesse sentido, também não seria possível a criação originária de despesas, em tais casos, mediante decisões judiciais. Na linha desse raciocínio, a competência seria da Administração Pública a quem incumbe gerir os recursos escassos de forma a atender os anseios da população. Tal óbice pode ser contraposto pelo fato de o Poder Judiciário não determinar o acréscimo no valor global do orçamento público ao determinar uma prestação. A determinação do Judiciário deverá ser cumprida pelo Executivo, o qual deverá remanejar as dotações orçamentárias, se for o caso, ou utilizar as já existentes, ou ainda, caso haja a necessidade de recursos suplementares, solicitar a abertura de crédito adicional ao orçamento. Nesse sentido, o Judiciário não determina aumento de despesa, mas sim o cumprimento de uma obrigação, competindo ao Poder Executivo as providências financeiras necessárias ao atendimento da prestação, o que, no mais das vezes, pode-se resumir a um remanejamento de dotações orçamentárias.

Segundo José Reinaldo Lima Lopes (1998), os direitos sociais não são fruíveis ou exeqüíveis individualmente, o que não quer dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem judicialmente outros direitos subjetivos. De regra, os serviços sociais dependem, para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo, por terem o caráter de

generalidade e publicidade. Nesse contexto, o autor defende a possibilidade da contestação e do controle das leis orçamentárias, por ação direta de inconstitucionalidade (mediante atuação do Ministério Público, art. 102, I, CF), toda vez que contrariarem dispositivos constitucionais. Isso porque o orçamento público, quando não atender aos preceitos da Constituição, pode e deve ser corrigido mediante alteração do orçamento consecutivo. Em casos individuais, pode, segundo o autor, ocorrer a condenação do Poder Público para a prestação de determinado serviço público básico, ou o pagamento de serviço privado (exemplo: reembolso das despesas de atendimento em hospital particular).

Krell (1999) afirma que o sistema jurídico brasileiro já está desenvolvendo uma nova visão do princípio da separação dos poderes, ainda que uma boa parte dos seus operadores ainda não tenham se dado conta desse fato. O ponto central dessa mudança é, para o autor, a crescente utilização da ação civil pública (Lei nº 7.347/85) por parte do Ministério Público e da sociedade civil para defesa dos chamados direitos difusos, que são também ligados à implementação dos direitos sociais pelo Estado, direitos básicos estes que compõem o arcabouço da cidadania.

Nessa linha, Krell (1999) cita B. de Moraes, que vê a garantia de padrões mínimos de serviços sociais básicos como uma questão da realização dos interesses transindividuais (difusos). Defende que, segundo o entendimento prevalente na Alemanha, os órgãos administrativos têm a função de defender o interesse público, por meio da prestação de serviços e a implementação de políticas públicas, o que habitualmente é chamado de “cumprimento de tarefas públicas” (*öffentliche Aufgabenerfüllung*). Isso inclui também as áreas da proteção ambiental, da proteção do consumidor, das crianças e adolescentes, dos serviços de saúde, educação, etc.

A existência da lei da ação civil pública, ainda segundo Krell, leva necessariamente a uma maior competência ao lado do Poder Judiciário no controle das políticas públicas. Muitas medidas, que na Alemanha estariam cobertas pela discricionariedade administrativa e, portanto, não-sindicáveis, no Brasil podem ser controladas pelos tribunais, por se tratar de questões envolvidas com “interesses difusos” da sociedade.

Outro ponto relevante acerca do presente tema é notar que o conceito de responsabilidade fiscal vem, recentemente, tomando relevância crescente na

discussão de gastos públicos. O Estado, que dispõe de vastos poderes na seara financeira, como o de emitir moeda e colocar no mercado enorme quantidade de títulos públicos, deve observar sua capacidade financeira atual, sob pena de prejudicar as gerações futuras. Recursos públicos devem ser encarados dentro de sua limitação, para que não haja a produção de déficits que se transformarão em aumento de dívida pública, a qual um dia terá de ser honrada. O respeito à responsabilidade fiscal significa, em primeiro lugar, a garantia de que as próximas gerações terão recursos disponíveis para aplicar em políticas públicas.

Por certo que a Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000) representou importante fator a garantir o equilíbrio das contas públicas. E a sua observância evidentemente importa limitações quando se trata de concretizar políticas públicas.

Ao Poder Público, consoante a mencionada lei, são impostas metas de resultado financeiro (resultado primário/nominal). E a impossibilidade de cumprir tais metas implica, nos termos do art. 9º da referida LRF, a necessidade de os Poderes e o Ministério Público promoverem limitação de empenho e movimentação financeira. Ou seja, ficam obrigados a reduzir suas despesas no montante suficiente para garantir o resultado fiscal previsto. Tal corte de despesa tem como implicação direta a redução na prestação de serviços públicos, com efeito imediato sobre a concretização das políticas públicas. Nesse contexto, há que se perquirir como e em que medida se pode efetivar uma determinação judicial em face das limitações de ordem financeira que são impostas ao estado.

De fundamental importância para o presente estudo é a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da efetivação de políticas públicas. Nessa seara, cumpre apontar a decisão monocrática exarada pelo Ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 45. Embora concluísse estar prejudicada a arguição em face da superveniente perda do objeto, o citado ministro tece abalizadas considerações acerca da intervenção do Judiciário em sede de políticas públicas. Conclui, pelos argumentos colocados, pela possibilidade de o Judiciário intervir em sede de políticas públicas. Tal conclusão está sintetizada no trecho a seguir transcrito:

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 irreduzível 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 Estado." (ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/05/04)

Releva notar que a argumentação anteriormente exposta aparentemente diverge da jurisprudência consolidada no âmbito do STF, que considera “não caber ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo”. Tal posicionamento está consubstanciado no acórdão cuja ementa a seguir se transcreve:

Não cabe ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. (RE 322.348 AgR – 2ª Turma do STF).

Não obstante a aparente contradição entre a opinião apresentada pelo relator na ADPF nº 45 e o acórdão anteriormente citado, a jurisprudência do STF parece estar se inclinando pela possibilidade de o Judiciário interferir em questões atinentes a políticas públicas. É o que revela os termos do acórdão prolatado no AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 410.715-5, pela 2ª Turma do STF em 22/11/2005 (DJ de 03/02/2006). Nesse caso, tratou-se de determinar que uma única criança tivesse direito a ser matriculada na pré-escola. Vale ressaltar que tal acórdão assume entendimento contrário ao posicionamento tomado pelo Tribunal Constitucional Alemão na anteriormente referida decisão que constituiu exemplo da aplicação da 'reserva do financeiramente possível'. Vale citar, por sua relevância, a ementa do referido acórdão do STF:

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 conseqüência, 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 mandatário – 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.

Cabe inicialmente ressaltar que, no citado acórdão, o STF considerou o direito à educação pré-escolar como um direito fundamental originário, ou seja, que independe de norma regulamentadora para sua concretização. Nesse sentido, pode-se afirmar que não há contradição entre o acórdão em análise e a jurisprudência dominante no âmbito da referida Corte, que entende “não caber ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo”. Isso porque, ao reconhecer a educação pré-escolar como direito fundamental originário, o STF entendeu não ser necessária norma que

regulamentasse o direito previsto na Constituição. Não há falar, no caso em análise, em substituição ao legislador ordinário.

No citado aresto, o Pretório Excelso, nos termos do voto do relator, considerou que se estava a tratar de uma omissão do poder público, a qual poderia ser analisada pelo Poder Judiciário em face da evidente inconstitucionalidade da situação. É o que se pode concluir da leitura do seguinte trecho do acórdão:

“O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis – notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola -, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público.”

Nesse sentido, reconheceu-se a legitimidade do Poder Judiciário para atuar em sede de políticas públicas, desde que se trate de direito originário – ou, acrescente-se por analogia, de direito derivado devidamente regulamentado por legislação infraconstitucional – e se configure uma situação de omissão inconstitucional derivada da inércia da Administração Pública. Acerca do conceito de omissão inconstitucional, vale transcrever trecho do acórdão em exame, em que é citado outro aresto exarado pelo Pleno daquele Tribunal (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno), *verbis*:

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional.

Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

.....
- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição,

também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

O relator pondera, no processo em exame, que não se incluem, de ordinário, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois tal encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. No entanto, acrescenta que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.

Examinou-se, no caso, também a questão da “reserva do possível”. Acerca do tema expenderam-se as seguintes considerações:

Não se ignora 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 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 da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

Cumpra advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, “Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública”, p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda.), que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Vê-se, portanto, que o STF não se furtou ao exame da questão financeira, especificamente no que tange à questão da limitação de recursos. No entanto, ficou assente que a cláusula da “Reserva do Possível” somente pode ser invocada em face da ocorrência de motivo objetivamente aferível, não devendo ser utilizada, de

forma indiscriminada, como limitação à concretização dos direitos fundamentais.

Além disso, o relator destacou que o caráter de fundamentalidade inerente ao direito à educação autoriza a adoção, pelo Judiciário, de provimentos jurisdicionais que viabilizem a concreção dessa prerrogativa constitucional, mediante utilização, se for o caso, de medidas extraordinárias necessárias a tornar efetivo o atendimento dos direitos prestacionais que congregam os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, como é o caso do direito à educação fundamental.

Por certo que, em sede de restrições a direitos fundamentais, em especial naqueles prestacionais, que ocorre mediante omissão total ou parcial em seu fornecimento/prestação, deve-se analisar a proporcionalidade da situação restritiva. Nesse sentido, Canotilho (2002, p. 272) aponta que o campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da restrição de direitos, liberdades e garantidas por atos dos poderes públicos. Tal campo, pondera o autor, também se amplia ao campo do direito a prestações. A análise feita pelo STF no caso trazido a exame por certo considera o princípio da proporcionalidade, uma vez que, ao analisar a questão da “Reserva do Possível”, adentra a questionamentos acerca da fundamentação dos argumentos colocados para alegar a inexistência de recursos. Dessa forma, embora de forma implícita, entendeu o Supremo que, não estando fundamentados os óbices colocados pelo poder público para justificar a não-implementação de uma política pública, não seria proporcional a limitação imposta aos cidadãos à fruição de seus direitos fundamentais sociais.

Também relevante para o caso é analisar a validade da aplicação do princípio da proporcionalidade na seguinte situação: a obrigatoriedade de o gestor público obedecer a uma ordem judicial que demande gasto e a indisponibilidade imediata de recursos públicos. Nesse caso, não havendo crédito orçamentário disponível, e tendo o gestor tomado todas as providências necessárias para que o crédito seja oportunamente disponibilizado, não se pode acusá-lo de descumprimento de ordem judicial enquanto estiver em tramitação, por exemplo, um pedido de crédito adicional, ou um remanejamento de dotações. Nesse sentido, a obrigatoriedade constitucional de prévia previsão orçamentária deve ser conjugada com a necessidade de cumprimento de decisão judicial que determine prestação, de forma que somente se pode exigir do gestor que tome todas as providências necessária para a execução da ordem judicial, devendo-se aguardar os trâmites

necessários. Cabe, nesse caso, ao Poder Executivo decidir que despesas serão remanejadas para disponibilizar os recursos para cumprimento de decisão judicial.

Além disso, a análise acerca da possibilidade de implementação de prestação de direitos fundamentais transpassa a mera análise da existência de recursos disponíveis, que se constitui apenas uma das vertentes a ser analisada no caso. De se observar também a existência das demais condições materiais para o provimento do serviço. No caso, mesmo havendo recursos financeiros disponíveis, ou seja, não havendo óbice no que tange à “reserva do financeiramente possível”, há outros fatores a serem considerados: estrutura física disponível, levando-se inclusive em conta o tempo necessário para a sua implementação; mão de obra qualificada apta para prover o serviço, entre outros.

Vale frisar ainda que o Judiciário, em face de uma demanda onde se requer o provimento de um serviço a um único indivíduo, jamais poderá eximir-se de emitir pronunciamento alegando restrições de ordem material para prover o direito fundamental requerido. Em face do tamanho e da capacidade financeira dos entes da federação – mesmo tratando-se de pequenos municípios, cuja tarefa precípua se concentra na educação – o provimento de qualquer serviço a uma única pessoa sempre será possível, salvo de tal serviço não estiver ainda implementado – o que exigirá do poder público um relativo tempo para prover a estrutura necessária à sua implementação.

CONCLUSÃO

A matéria discutida nesta monografia diz respeito às limitações financeiras que podem afetar a implementação dos direitos fundamentais, especificamente aqueles de natureza prestacional *strictu sensu*, os quais demandam uma prestação material por parte do Estado.

Trata-se de questão que está a dividir a doutrina e jurisprudência no que tange à aplicabilidade imediata das normas atinentes a direitos fundamentais sociais.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, visualiza-se uma tendência a adotar a tese que reconhece não ser possível ao Estado eximir-se de implementar uma política, quando se tratar de política pública já estabelecida na própria constituição (direitos sociais originários), ou enunciada na Lei Maior e regulamentada em norma infraconstitucional (direitos sociais derivados). Com efeito, de acordo com a jurisprudência analisada, o Pretório Excelso tende a assentar que assiste ao Poder Judiciário a competência para verificar e, se for o caso, determinar a aplicação de política pública cuja omissão administrativa tenha levado ao seu abandono.

É certo que há limites à aplicação de políticas públicas já determinadas. Tais limites consubstanciam-se na Reserva do Possível, que constitui uma aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso específico do aferimento da existência de recursos públicos disponíveis. No entanto, a reserva do possível não se apresenta como um limite intransponível, já que, apesar das dificuldades, pode o Judiciário verificar quais prestações materiais são de possível atendimento. A aplicação da reserva do possível somente pode ser aceita quando verificada a ocorrência de justo motivo que seja objetivamente aferível.

A toda evidência, o Poder Executivo encontra-se melhor aparelhado do que o Judiciário para definir políticas públicas compatíveis com as normas pertinentes. Todavia, verificada pelo Judiciário a omissão do planejamento público, pode e deve este Poder determinar a correção da situação, caso não seja verificada a proporcionalidade da atuação do poder público. Dessa forma, se não houver a demonstração de que a omissão do poder público não foi assentada em sólidos

fundamentos que inviabilizem a sua execução, deve o Judiciário determinar ao Executivo que execute a política pública que irá concretizar determinado direito fundamental social.

Na esteira do que foi exposto, pode-se concluir pela possibilidade de o Poder Judiciário pronunciar-se acerca de assuntos que envolvam políticas públicas. Tal intervenção, no entanto, consoante a doutrina e a jurisprudência expostas, deve limitar-se aos casos de direitos fundamentais originários ou devidamente regulamentados por legislação infraconstitucional.

Não obstante devam ser observadas as limitações de ordem financeira, constitui dever do Estado promover as políticas públicas previstas na Constituição para a realização dos preceitos nela delineados. Assim não procedendo cabe ao judiciário determinar a implementação dessas políticas. Diante do mandamento judicial, eventual escassez de recursos financeiros deve ser resolvida pelo próprio Poder Executivo, que terá a obrigação de remanejar recursos de despesas que não tenham caráter obrigatório, para utilizar tais valores de acordo com a ordem de prioridades estabelecida na Constituição. Dessa forma, é dever do Executivo implementar e rever as políticas públicas, com o fito de adequá-las a uma nova situação financeira derivada da obrigação, imposta pelo Judiciário, de implementar uma política pública obrigatória por mandamento constitucional ou legal.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdé. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo Fernando. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Serviços públicos e direitos fundamentais*. Artigo disponível no sítio da Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR (www.abar.org.br). Sem data.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. RJ-SP: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade de Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília. Brasília Jurídica, 1996.

BIGOLIN, Giovani. *A Reserva do Possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*. Porto Alegre, Revista de Doutrina do TRF4 – 30.06.2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros, 1997.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Almedina, Lisboa, 2002.

HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. *The cost of Rights: Why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999.

KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa)*. Brasília: Revista de Informação Legislativa nº 36, 1999.

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

LOPES, José Reinaldo Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: Faria, José E. (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 125ss., 133s.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Lei de Responsabilidade Fiscal, Correlação entre Metas e Riscos Fiscais e o Impacto dos Déficits Públicos para as Gerações Futuras*. Salvador: Revista Diálogo Jurídico – N.º. 14 – junho/agosto de 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Gilmar Ferreira Mendes, inocência mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV*. Coimbra, 1998.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. Max Limonad, São Paulo, 2001, pp. 108-110

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Salvador: Revista Diálogo Jurídico ano I – Vol. I – N.º. 1 – Abril de 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

THEODORO, Marcelo Antônio. *Direitos Fundamentais e sua concretização*. Curitiba: Juruá, 2002.