

A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA DEFESA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

LA CLÁUSULA DE LA RESERVA DEL POSIBLE Y LA EFETIVACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LO ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO: EL PAPEL DEL PODER JUDICIARIO EN LA DEFESA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Janaina da Silva Rabelo*

RESUMO

A consecução de direitos sociais prevista na Carta Magna é primordial na garantia da dignidade da pessoa humana e na redução de desigualdades sociais. Contudo, o Estado Brasileiro tem se utilizado da chamada cláusula da reserva do possível como escusa legítima para a não concretização desses direitos, ao alegar a ausência ou insuficiência de recursos disponíveis voltados à implementação e execução de políticas públicas que concretizem esses direitos fundamentais. Nesse sentido, torna-se primordial examinar como o Poder Judiciário tem se posicionado frente a essa tese, sobretudo em face da inércia da atuação do Executivo e do Legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Reserva do possível. Atuação do Poder Judiciário.

RESUMÉN

La consecución de derechos sociales insertada en la Carta Magna es esencial en la garantía de la dignidad de la persona humana y en la reducción de desigualdades sociales. Pero el Estado Brasileño tiene se utilizado de la llamada cláusula de la reserva de lo posible como excusa legítima para la no concretización de esos derechos, al alegar la falta o insuficiencia de recursos disponibles para la implementación e ejecución de políticas públicas que concretizen esos derechos fundamentales. Así, es importante examinar como lo Poder Judiciário tiene se posicionado frente a esa tese, principalmente en face de la inercia de la actuación de lo Ejecutivo y de lo Legislativo.

PALABRAS-CLAVE: Políticas Públicas. Reserva de lo posible. Actuación de lo Poder Judiciário.

* Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Estadual do Rio Grande do Norte (2012). Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: janaina.rabelo02@gmail.com

Os direitos fundamentais positivados pela Constituição Federal de 1988 apresentam-se distribuídos em todo o corpo constitucional e são frutos de um amplo processo de discussão e de elaboração democrático, pós-ditadura militar, com a conseqüente adoção de certa ordem de valores e de princípios e a preocupação com a efetivação de direitos não apenas na ótica formal, mas, e imprescindivelmente, na ordem material, considerando as desigualdades econômicas, sociais, culturais, políticas entre os seus cidadãos.

Nesse sentido, não obstante a norma do artigo 6º da Carta Magna enunciar os direitos sociais básicos (educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados), esses ainda são considerados como direitos de *facere*, carecedores de atuação ou prestação positiva estatal, e que, em muitos casos, não são efetivados pela ausência ou insuficiência de recursos disponíveis, voltados à implementação e execução de políticas públicas que concretizem esses direitos fundamentais.

Não basta, assim sendo, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Contudo, a cláusula da reserva do possível tem sido utilizada como uma escusa apresentada pelos órgãos estatais para a não efetivação de direitos sociais. Neste azo, ressalvada a ocorrência de justo motivo, a ser auferido no caso concreto, a reserva do possível não pode ser invocada com a finalidade de exonerar-se, de forma dolosa, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, especialmente quando, dessa inércia governamental puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais fundamentais.

Compete abalizar, assim, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, sobretudo em face do descumprimento de encargos constitucionais (e mais especificamente políticos-jurídicos) pelos órgãos estatais competentes, vez que sobre eles incidem a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos atribuídos pela Constituição Federal.

Diante dessas notas introdutórias, o presente artigo pretende discutir e analisar como a cláusula da reserva do possível tem se tornado uma escusa legítima para o cumprimento dos direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais, tornando-se necessário, outrossim, a intervenção do Poder Judiciário como garantidor dos preceitos constitucionais.

1 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O artigo 5º, §1º, CF/88 assegura que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, “não precisam de regulamentação para serem efetivados, pois são diretamente vinculantes e plenamente exigíveis”, de acordo com Marmelstein (2009, p. 17). Logo, a efetivação dos direitos sociais é garantia de vida digna, justa e solidária para todos os brasileiros e brasileiras.¹

Nesse sentido, o professor Cançado Trindade (1997, p. 364) enumera estratégias políticas de efetivação desses direitos, que podem e devem ser exigidos de imediato:

- a) Obrigação de adotar medidas após a entrada em vigor desses direitos; b) compromisso de garantir o exercício desses direitos sem discriminações; c) aplicação imediata de determinadas disposições por órgãos judiciais e a institucionalização de mecanismos e institutos do ordenamento jurídico nacional; d) Obrigação de realizar esses direitos sem retrocessos; e) Obrigação de prestar um padrão mínimo de direitos humanos e, em caso de não cumprimento, provar que o máximo de recursos foi utilizado de forma absolutamente eficiente; f) Obrigação de proteger as partes mais vulneráveis da sociedade por meio de programas específicos de prestação de direitos.

Não obstante o reconhecimento da aplicação imediata, os direitos sociais encontram problemas de efetivação por depender de recursos financeiros e de dotação orçamentária. Em virtude disso, muitos representantes governamentais utilizam a denominada “reserva do possível” para se eximir das obrigações constitucionais, alegando a insuficiência de chofre nos cofres públicos.

1.1 A cláusula da reserva do possível e o mínimo existencial

A cláusula da reserva do possível, trazida do direito constitucional alemão, é utilizada como critério para limitar os deveres estatais de prestação, principalmente os direitos sociais, ao entender como aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade – somente se for razoável, o Estado não pode se negar a fornecer.

¹ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins afirmam que essa norma possui dois significados. O primeiro refere-se ao fato de que os direitos fundamentais vinculam todas as autoridades do Estado, incluindo o Poder Legislativo, que não pode restringir um direito fundamental de forma não permitida pela Constituição. Em segundo lugar, a norma determina que os titulares dos direitos não precisam aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal para poder exercer seus direitos fundamentais.

Contextualizando a origem da teoria, o Ministro Herman Benjamin, nos autos do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1107511², traz à tona, de forma crítica, que a importação alemã da teoria da reserva do possível deve ser analisada à luz da realidade social, econômica e política brasileira.

A teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, tem sido utilizada constantemente pela administração pública como escudo para se recusar a cumprir obrigações prioritárias.

Não deixo de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada.

Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição.

Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade (Krell. Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais in SARLET, Ingo Wolfgang (org.). A Constituição Concretizada – Construindo Pontes entre o Público e o Privado. 2000, p. 41).

Ora, não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para as peculiaridades jurídicas e sociológicas de cada país. A Alemanha já conseguiu efetivar os direitos sociais de forma satisfatória, universalizou o acesso aos serviços públicos mais básicos, o que permitiu um elevado índice de desenvolvimento humano de sua população, realidade ainda não alcançada pelo Estado brasileiro.

Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo é que o indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica.

Situação completamente diferente é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil. Aqui ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna.

Corroborando com o entendimento do Ministro do STJ, Dimoulis e Martins (2009, p. 93-94) lecionam que a reserva do possível não pode ser utilizada como critério para limitar a aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais.

Primeiro. O “possível” não é uma grandeza objetivamente aferível no que diz respeito à atuação do Estado.

(...)

Segundo. O Judiciário só pode declarar inconstitucionais as opções orçamentárias e as políticas públicas dos demais Poderes se houver critério para tanto. O critério racional consiste na verificação do correto estabelecimento de prioridades (distribuição de recursos) pelos demais Poderes.

(...)

Terceiro. A impossibilidade de o Estado atender demandas de despesa não pode servir como limite constitucional ao seu dever de concretizar um direito social tanto no plano geral (controle abstrato das políticas públicas de saúde, habitação,

2 Superior Tribunal de Justiça. Processo: AgRg no REsp 1107511 / RS. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL2008/0265338-9. Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 21/11/2013. Data da Publicação/Fonte: DJe 06/12/2013.

educação etc.), quanto individual (pretensão concreta exigida pelo titular do direito à saúde, por exemplo).
(itálico no original).

Assim sendo, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou aniquilação de direitos. Ademais, a mera alegação de inexistência de verbas orçamentárias para a implementação dos direitos sociais não é motivo suficiente para caracterizar a impossibilidade material ou jurídica desses direitos³, podendo o juiz, inclusive, autorizar a transferência de recursos de uma dotação orçamentária para outra.

A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, essas limitações financeiras e a necessidade de garantir vida digna de ordem material têm sido utilizadas para fundamentar um direito fundamental a um *mínimo existencial*.

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.

Os direitos sociais de cunho prestacional (direitos a prestações fáticas e jurídicas) encontram-se, por sua vez, a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à garantia de uma existência com dignidade, constatação esta que, em linhas gerais, tem servido para fundamentar um direito fundamental (...) a um mínimo existencial, compreendido aqui – não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo vital) mas, mais que isso, uma vida com dignidade (...). (SARLET, 2010, p. 105-106).

³ Ressalta-se que “o ônus da prova de óbices orçamentários para a execução de um direito fundamental deve ser feito por meio da comprovação documental e compete a pessoa jurídica de direito público que está sendo acionada judicialmente a fazê-lo, cabendo, inclusive, se for o caso, a inversão do ônus da prova.”, conforme explica Sá (2013, p. 85).

Para o Ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, “somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir.”. Com isso, o ministro não nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao Estado, mas que “se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, (...)”.

Entende Marmelstein (2009, p. 315-316) que há um lado positivo e um lado negativo na doutrina do mínimo existencial. Positivamente, “há uma afirmação explícita de que os direitos sociais possuem eficácia jurídica e, dentro dessa mínima dimensão (...) pode haver a intervenção judicial para dar efetividade ao direito, mesmo diante da omissão das demais esferas de poder.” O aspecto negativo é o uso inadequado da teoria “para esvaziar ao máximo a força jurídica desses direitos, diminuindo até onde pode o seu conteúdo do ‘essencial’, até porque o balizamento sobre o que será esse ‘conteúdo mínimo’ ficará a cargo da doutrina e da prática judicial.”

Portanto, esse mínimo essencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade primeira do Poder Público. Somente depois de atendido o mínimo existencial é que se pode cogitar a efetivação de outros gastos.

1.2 A efetivação dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso

Como garantia da proteção dos direitos sociais já alcançados e concretizados, encontra-se o princípio da proibição do retrocesso, que assegura que “o Estado deve se abster de atentar contra as normas consagradoras de direitos sociais ao adotar medidas de cunho retrocessivo que tenham por escopo a sua destruição ou redução.” (SARLET, 2010, p. 105-106). Assim sendo, o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los

efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstenendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.

Na medida em que há uma obrigação de concretizar um direito, exsurge um dever anexo de não tomar medidas retrocessivas que atentem contra conquistas já atingidas. Dessa maneira, o princípio da proibição do retrocesso social possui não apenas o dever de vedar ações retrocessivas, mas também de vedar omissões estatais que ocasionem retrocesso social, impondo medidas concretizadoras dos direitos fundamentais.

Para Canotilho, o princípio de proibição do retrocesso social é o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas e deve ser considerado constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial.

Há, portanto, a necessidade de justificar medidas reducionistas ou retrocessivas com medidas compensatórias, sob pena de violar o princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, a realidade judiciária brasileira demonstra que os governantes têm se eximido de efetivar os direitos sociais.

A práxis demonstra que os representantes utilizam a escusa de proporcionar à coletividade o mínimo existencial, na medida da disponibilidade orçamentária e financeira do Estado. Entretanto, resta indagar que tipo de mínimo existencial efetivamente está sendo assegurado e para quem está sendo assegurado, posto que a maior parte da população somente dispõe do aparato estatal (escola, posto de saúde etc.) como meios de garantir uma vida minimamente digna.

Nesse sentido, na medida em que o Estado apenas prioriza a construção de estádios, de vias de acesso ou de grandes obras públicas, por exemplo, sem que haja um retorno a todos os indivíduos, mas apenas a quem possui capital para usufruí-los, e alega insuficiência de verbas para a consecução de direitos sociais, cabe ao Poder Judiciário atuar de forma concreta na garantia desses direitos.

2 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS

O Poder Judiciário, como instância de discussão democrática, atua como interventor e transformador da realidade jurídica, garantindo e efetivando os direitos não assegurados pelos demais poderes. Há que se destacar também que o Judiciário é o defensor da Carta

Magna e do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual essa atuação tem se mostrado importante, principalmente em face da inércia do Legislativo e do Executivo.

Nesse sentido, o Judiciário está jungido à Constituição e às leis, aos princípios e regras do ordenamento jurídico, estabelecendo parâmetros e objetivos mínimos capazes de efetivar os direitos sociais. Assim, sempre que uma atuação estatal violar a Constituição ou ofender os direitos fundamentais (sejam os individuais, sociais, difusos ou coletivos), caberá a atuação do Poder Judiciário, conforme o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se do princípio da inafastabilidade da tutela judicial.

O magistrado, quando aplica a Constituição e obriga os demais poderes a agirem de acordo com a previsão de seu papel constitucional, não está atuando para interferir nos outros poderes, ferindo, assim, o princípio da separação dos poderes, de modo a chamar para si a função política dos demais, mas sim, visa adequar sua conduta às previsões constitucionais, realizando sua atribuição de afastar lesões ou ameaças a direito e concretizando os direitos fundamentais.

Sobre possibilidade de intervenção jurisdicional, especificamente no direito à saúde, demonstra o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo⁴, que cabe ao Poder Judiciário cumprir a sua missão institucional.

Mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa.

Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.

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.

Ainda:

⁴ Supremo Tribunal Federal. RE 581352 AgR / AM – AMAZONAS. AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29/10/2013. Órgão Julgador: Segunda Turma.

É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

(...)

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma

Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

Assim sendo, é legítimo a atuação Poder Judiciário nas hipóteses em que os órgãos estatais deixem de acatar o comando constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social. Contudo, a concretização dos direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais, ocorrerá, na prática, mediante a implementação de políticas públicas. Dessa forma, torna-se imperioso tecer breves comentários sobre o conceito e significado dessas políticas.

2.1 Direitos sociais, políticas públicas e tutela judicial

Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 03) leciona sobre “a necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais.”

Corroborando, Jorge Neto expõe que o conceito de políticas públicas está relacionado a um fazer estatal, a uma ação ou atuação pública, com vistas a concretizar, mediata ou imediatamente, os direitos fundamentais.

Quando falamos políticas públicas, ora estamos a significar a ação estatal com vista ao atingimento de um fim estatal, mais especificamente a concretização dos direitos fundamentais; ora estamos a significar o planejamento, o programa, as balizas dessa atuação; ora estamos a significar todo o conjunto de ações, incluídas as ações de planejamento e as ações executivas do atuar estatal. (2009, p. 53).

No mesmo sentido, manifesta-se José Reinaldo de Lima Lopes (2005, p. 134) que “as políticas públicas são um conjunto heterogêneo de medidas do ponto de vista jurídico,

(...). Envolve elaboração de leis programáticas, portanto, de orçamentos de despesas e receitas públicas.”

Percebe-se, com base nos conceitos expostos, a possibilidade de submeter políticas públicas a controle jurisdicional, diante da garantia da inafastabilidade da tutela judicial, prevista no artigo 5º, inciso XXXV da CF/88.

Em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos e lesivos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava uma inaceitável ofensa a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por inércia do órgão estatal.

O Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgados, reconheceu a omissão governamental e conferiu efetividade real a direitos essenciais, dando-lhes concreção, viabilizando, nesse azo, o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público.

Cabe mencionar que essa intervenção ou o denominado ativismo estatal, contudo, encontra severas críticas, por afrontar o princípio da separação dos poderes. Essas críticas não devem ser acolhidas na realidade brasileira, vez que o referido princípio não pode ser sustentado de forma absoluta e estagnada. Uma vez que os demais poderes não cumpram os objetivos e finalidades que a Constituição Federal os concedeu, caberá a atuação do Judiciário, legitimamente, em prol dos direitos fundamentais, da justiça e da paz social.

Podemos tecer, por exemplo, que em relação ao direito à educação, a corte Suprema, no julgamento do ARE 639337 AgR (Relator Min. CELSO DE MELLO), condenou o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida, por considerar o *direito constitucional à educação como dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público*, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º).

Dessa forma, no julgamento em análise, decidiu-se que havia legitimidade constitucional da intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição, e que não havia transgressão ao postulado da separação de poderes, pois o que estava em discussão era a proteção judicial de direitos sociais, a escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas”, ou seja, reserva do

possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social. Portanto, entendeu o STF que há possibilidade constitucional a intervenção concretizadora do Poder Judiciário em tema de educação infantil, quando da omissão estatal injustificável.

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) 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. (negrito nosso).

Pelo exposto, revela-se possível ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, que sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão⁵, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

2.2 A atuação do Poder Judiciário frente à cláusula da reserva do possível e do mínimo existencial

⁵ A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. **É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.** A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. (negrito nosso). ARE 639337 AgR

Em face da reserva do possível e do mínimo existencial, como o Judiciário deveria pronunciar-se, ou seja, em quais critérios deverá embasar a sua decisão?

Stephen Holmes e Cass Sunstein (1999) afirmam que todos os direitos custam dinheiro, inclusive os direitos negativos e nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Assim, nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo de valores pode ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerar as consequências orçamentárias.

Gustavo Amaral (2001) defende a escassez de recursos ou de meios para satisfazer os direitos. Dessa forma, cabe ao Judiciário apenas o controle do discurso e das condutas adotadas por aqueles que ocupam a função executiva ou legislativa, ou seja, não é função do magistrado fazer a medição fato-norma.

Andreas Krell (2002), diferentemente, adverte que se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas onde sua aplicação não está intimamente ligada aos direitos mais essenciais do ser humano. Nesse aspecto, seria legítimo, por exemplo, “retirar” recursos destinados a propaganda para serem aplicados na saúde.

Para Robert Alexy (1997), as condições se encontram satisfeitas na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo de segurança material. Assim, o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações sociais básicas, indispensáveis para uma vida com dignidade, deverá sempre prevalecer no caso concreto, quando do conflito com o princípio da reserva do possível e do princípio democrático.

Por fim, Ingo Sarlet (2007) leciona que o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana constituem-se em fios condutores, em critérios referenciais na tarefa de otimizar a eficácia jurídica e social dos direitos fundamentais, inclusive viabilizando o reconhecimento subjetivo a prestações, pelo menos na esfera de um padrão mínimo de condições materiais mínimas.

Assim sendo, com relação à controvérsia pertinente entre a reserva do possível e a intangibilidade do mínimo existencial (ARE 639337 AgR), manifestou-se o Supremo que a destinação e a escassez de recursos públicos faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, resultando contextos de antagonismo que impõem ao Estado o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, ademais, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter

em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental.

Ao analisar a reserva do possível, o julgador estabelecerá se os objetivos traçados para que a ofensa aos direitos fundamentais seja sobrestada são razoáveis e possíveis de serem atingidos pelo órgão público. Com juízo de possibilidade, o julgador deverá analisar também se os objetivos por ele traçado são adequados, necessários e proporcionais para a concretização dos direitos fundamentais.

Uma vez constatada que há possibilidade material para a concretização da medida judicial, o julgador há de se certificar se a medida que pretende adotar é adequada para suprimir a ofensa aos direitos fundamentais; se é exigível ou necessária, ou seja, causa o mínimo de prejuízos possível aos demais direitos fundamentais, especificamente, à Administração Pública e às demais políticas públicas; e se sua implementação resultará mais benefícios que prejuízos.⁶

No mesmo sentido, o STF manifestou-se sobre a possibilidade de intervenção judicial no que se atém ao direito à saúde.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, **ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 642536 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013). Negrito nosso.

Como se observa, o Supremo Tribunal Federal já sinaliza, de modo bastante claro, pela possibilidade de o Judiciário intervir na consolidação dos direitos fundamentais, notoriamente no que se atém aos direitos sociais, por ainda serem considerados como dispendiosos e carecedores de uma atuação estatal, um *facere*, através de políticas públicas, exigindo uma decisão embasada na responsabilidade e, na medida do possível, levando em conta o contexto global da atuação estatal.

⁶ JORGE NETO. *Ob. Cit.* p. 148 e 149-50.

3 CONCLUSÃO

Os direitos sociais têm por finalidade a criação e garantia de igualdade entre os indivíduos; são direitos que buscam a justiça social e a plena realização ou aperfeiçoamento dos direitos individuais.

Nesse sentido, a garantia dos direitos sociais constitui-se como exigência do reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, de modo a assegurar uma sociedade livre, justa e solidária e a reduzir as desigualdades sociais, econômicas, políticas, culturais existentes entre os cidadãos brasileiros.

Lamentavelmente, a teoria da reserva do possível tem sido invocada para obstaculizar o acesso a esses direitos fundamentais, na medida em que destaca a ausência ou insuficiência de recursos financeiros disponíveis como escusa para a implementação de determinado direito social.

Assim, tem-se utilizado essa cláusula de modo arbitrário e desproporcional para descumprir os objetivos e as finalidades garantidas pela Constituição Federal, dispondo-se apenas a assegurar um mínimo existencial. Ressalta-se, contudo, que a Carta Magna não prevê que apenas o mínimo será protegido; a efetivação dos direitos deve ser garantida de modo que o existencial proporcione uma vida digna a todos e a todas – o que deve ser combatido e refutado é que, diante do quadro de desigualdades sociais e econômicas, o Estado seja máximo para uns e mínimos para outros.

Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras, é preciso demonstrá-la. E mais: é preciso ir além. Torna-se imprescindível a efetivação dos direitos sociais de maneira progressiva, planejando a aplicação da verba pública via orçamento, pois a mera existência de direitos sociais no ordenamento jurídico não faz sentido se não forem efetivados, principalmente através das políticas públicas.

Para tanto, o Judiciário possui o papel de protetor e decisor do Estado Democrático de Direito, bem como a realização da cidadania e da justiça social, sem que, para isso, seja considerado violador do princípio da separação dos poderes, que não pode ser entendido de forma absoluta, principalmente quando há grave violação, omissão ou ameaça a direito, que deve ser apreciado e analisado pelo Judiciário.

Por fim, ressalta-se que não há primazia dos direitos individuais sobre os direitos sociais, uma vez que todo direito fundamental exige a intervenção estatal, a implementação de políticas públicas e o gasto público para que sejam minimamente observados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, Eliane Romeiro; CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **O princípio da proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro**. In: Revista de Direito Constitucional. Ano 18, n. 73. Out-dez/2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton & Co., 1999.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Bahia: JusPodivm, 2009.

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 de Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais**: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SÁ, Itanieli Rotondo. **Controle judicial das políticas públicas como mecanismo de concretização do Estado Democrático de Direito**: uma reflexão sobre a ponderação econômica como elemento objetivo para uma decisão judicial responsável. In: MATIAS, João Luís Nogueira (coordenador). Ordem econômica na perspectiva dos direitos fundamentais. Curitiba: CRV, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudências.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em 15 fev 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudências.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 14 fev 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** Porto Alegre: Safe, 1997.