

Direitos sociais: diálogo entre reserva do possível, mínimo existencial e necessidades humanas

Social rights: dialogue between reserve of the possible, existential minimum and human needs

Dimas Pereira Duarte Junior¹

Ilzver de Matos Oliveira²

Icone Rocha Oliveira³

RESUMO

O artigo analisa os direitos sociais constitucionalmente estabelecidos através de prestações positivas do Estado sob o prisma da reserva do possível, do mínimo existencial e das necessidades humanas. Diante disso, ao se reconhecer a responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo na elaboração e implementação das políticas públicas com o escopo de promover uma sociedade mais justa, estamos diante da possibilidade de inércia ou ineficiência do Poder Público no atendimento dos ditames do Estado Democrático de Direito. A resposta para tal cenário se dá com o controle judicial e participação mais ativa do Poder Judiciário na garantia das políticas públicas. Todavia, considerar as necessidades humanas enquanto parâmetro de otimização dos direitos sociais significa atribuir a eles um sentido mais plástico e inter-relacionado com os anseios sociais e com a realização plena desses direitos tanto por meio de políticas públicas, forjadas pelas esferas executiva e legislativa, como também por meio da atuação do Poder Judiciário, quando as promessas constitucionais não são cumpridas pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVE:

Direitos sociais; políticas públicas; controle judicial; limitações.

ABSTRACT

The article analyzes the social rights constitutionally established through positive benefits from the State under the prism of the reserve of the possible, existential minimum and human

¹ Doutor em Ciências Sociais – PUC-SP. Professor e Pesquisador do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes.

² Doutor em Direito – PUC-RIO. Professor titular do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes - PPGD –UNIT; Pesquisador do do Instituto de Tecnologia e Pesquisa – ITP.

³ Especialista em Direitos Fundamentais pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e o Instituto Ius Gentium Conimbrigae, Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

needs. Given this, in recognizing the responsibility of the Executive and Legislative Powers in the elaboration and implementation of public policies with the scope of promoting a more just society, we are faced with the possibility of inertia or inefficiency of the Public Power in complying with the dictates of the Democratic State of Law . The answer to this scenario is with the judicial control and more active participation of the Judiciary in the guarantee of public policies. However, considering human needs as a parameter of optimization of social rights means giving them a more plastic and interrelated sense of social longings and the full realization of these rights both through public policies, forged by the executive and legislative spheres, as well as through the actions of the Judiciary, when the constitutional promises are not fulfilled by the State.

KEYWORDS:

Social rights; public policy; judicial control; limitations.

1. INTRODUÇÃO

Há um aumento paulatino no reconhecimento da implementação de políticas públicas para a efetividade dos direitos humanos. Mais do que isso, com o advento da Constituição de 1988 tem-se o bem-estar coletivo e a justiça social como responsabilidade do Estado e da sociedade. Nessa esteira, aflora-se o tema da inclusão social e seus mecanismos de concretização, atuando simultaneamente e de forma diferenciada nas operações de inclusão (e também exclusão) dos participantes da sociedade.

Ao passo que o Direito vai além da estrutura jurídica estatal, as operações políticas transcendem o aparato político do Estado. Assim, as políticas públicas, ao assumirem a natureza de ações políticas construídas e sistematizadas, almejam o bem comum, ou o interesse público, simbolizando a pretensão de planejamento social.

Ocorre que, em função da não realização ou de um preenchimento insatisfatório das necessidades básicas dos cidadãos, o conteúdo das políticas públicas, não raro, é alvo de eventual judicialização. Ao entender tal conteúdo como protagonista de ameaça ou lesão a direito, há uma questão jurídica a ser enfrentada, cuja decisão servirá para corrigir e orientar as políticas públicas. Neste cenário, ao controle judicial dá-se o revestimento de solução dos problemas políticos calcados na realização dos direitos humanos.

O presente trabalho visa analisar quais são os limites da atuação do controle judicial e o dever do sistema político em administrar sua própria contingência, assegurando a

consecução das políticas públicas como instrumento de implementação dos direitos humanos.

Para tanto, busca-se interpretar o controle judicial como mecanismo de atender a sociedade quando, por comportamento comissivo ou omissivo do Poder Público, direitos fundamentais não são assegurados ou implementados, gerando forte assimetria social.

Por sua vez, o estudo visa entender o princípio da separação dos poderes em uma ótica que dialogue com os princípios da reserva do possível, do mínimo existencial e da ideia de necessidades humanas básicas, possibilitando assim ao Judiciário interferir nas políticas públicas sem a violação de preceitos constitucionais, em especial atenção ao orçamento da Administração e a dignidade humana, princípio máximo do Estado Democrático de Direito brasileiro.

2. DOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

De início, é preciso destacar que os direitos humanos mantêm um liame com o direito internacional, “por se referirem àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional”⁴, ao passo que o conceito de direitos fundamentais é dado “para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.”⁵

A definição dos direitos fundamentais sociais e a sua garantia têm por escopo a implementação de condições razoáveis a todos para a efetivação dos direitos individuais. A indisponibilidade dos direitos inscritos no art. 6º da CRFB⁶, bem como sua natureza social, pautam um poder de agir, comum às liberdades públicas, e de exigir, dado o seu aspecto prestacional.

Enquanto que os direitos humanos, ao serem previstos, atuam na proteção contra a possibilidade de arbítrios infligidos pelo Estado, e se concretizam por intermédio deste mesmo ente, os direitos sociais foram originalmente constituídos sob o impacto da luta de classes, através da normativa pautando obrigações do Executivo, uma vez que a intervenção

4 SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 36.

5 *Ibid.*, p. 38.

6 Redação do art. 6º da CRFB: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

ativa do Poder Público implica na eficácia material desses direitos.

Os direitos sociais, ao adotarem uma perspectiva de grupos e classes sociais, afastam-se do paradigma de justiça universal kantiana e da preocupação com indivíduos anônimos e livres. Assim, compete ao Estado não somente impedir a violação dos direitos sociais, como ocorre com os direitos individuais tradicionais, mas sim a implementação de políticas públicas diversas objetivando determinados segmentos da sociedade e suas legítimas expectativas.

Mais do que isso, os direitos sociais objetivam não só assegurar ao cidadão o mínimo, mas sim o máximo possível, uma vez que defendem uma perspectiva de eficácia progressivamente mais ampla, desde que haja envolvimento do Poder Público e da sociedade. O mínimo aqui mencionado é entendido como herança do modelo liberal de Estado, herdado das revoluções burguesas do século XVIII e que, por sua vez, só veio a ser enfrentado sob a perspectiva constitucional a partir das revoluções socialistas do século XIX, em especial a que deu origem a Constituição mexicana de 1917 e à Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da Rússia, de 1918. Trata-se da ideia de um mínimo necessário, atrelado à medida do que viria a ser o essencial, exigível do Estado para assegurar a dignidade humana, pois esta sempre será abalada quando ausentes condições de saúde, educação, assistência, entre outros, responsáveis por assegurar a autonomia e a defesa contra as áleas do destino.⁷

Mas o fato é que a questão social não pode mais ser compreendida em toda a sua complexidade sob a égide do político, tampouco também o pode por meio de seus próprios atributos, atrelado aos conceitos de mínimo e de essencial. Compreender a questão social hoje nos demanda novas categorias de análise diferentes daquelas invocadas para sustentar o Estado-nação. Em um mundo cada vez mais fragmentado os pobres não têm mais nacionalidade, logo nenhuma ação local, nenhum aparato de Estado, por si mesmos, se mostram como ferramentas aptas a dar conta da questão social.

Se o mínimo apresenta a conotação de “menor, de menos, em sua acepção mais íntima, identificada com patamares de satisfação de necessidades que beiram a desproteção social”, o básico não. O básico, nesse contexto, expressa algo fundamental, principal, primordial, que

7 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*. Nº 22. jul/dez 2003. p. 23.

serve de base para a sustentação indispensável e fecunda ao que a ela se acrescenta, ou seja, enquanto o mínimo nega, o básico prepara o terreno para impulsionar a satisfação básica de necessidades rumo ao ótimo, por conseguinte, rumo à construção de uma concepção de direitos mais próxima do conceito dignidade humana.⁸

Enquanto compreendidos como mínimos sociais ou existenciais, a serem realizados de acordo com os recursos disponíveis, desvencilhados da premissa máxima da plasticidade das necessidades humanas, os direitos sociais não passarão de uma armadilha da pobreza e não como máxima a orientar sua formulação e materialização, a alcançarem padrões ótimos de modo a corroborar a realização da tão almejada dignidade humana por meio do reconhecimento, por completo, do homem como sujeito de direito, e dos direitos econômicos, sociais e culturais, não como benesses ou favores concebidos e concedidos por práticas políticas relativistas e seletivas, mas como verdadeiros direitos capazes de lançar o homem como detentor do direito de participar e usufruir de toda a herança social. Logo, “os direitos sociais são politicamente editados com o objetivo de socializar riscos, neutralizar perdas e atenuar diferenças, mediante tratamentos diversificados por parte das múltiplas instâncias do setor público.”⁹

A Constituição brasileira de 1988, ao regular tanto a sua organização como a relação com os cidadãos, se compromete à limitação do poder, dissociando a titularidade do exercício do poder através da representação.

O Estado Constitucional tem como baluarte a proteção e promoção dos direitos dos integrantes da sociedade, cuja atuação respeitará não somente tal premissa, mas também o ordenamento jurídico vigente.

Nessa linha, o poder não pode ser utilizado contrariando o interesse público, uma vez que para se proteger os direitos humanos é preciso restringir o exercício do poder estatal.

Ao passo que a competência constitucional confere ao Estado, através dos seus Poderes Executivo e Legislativo, de atuarem discricionariamente como sujeito ativo no impulso oficial das políticas públicas, em atenção ao desenvolvimento social, verifica-se cada vez mais a participação da sociedade civil organizada no auxílio da elaboração, planejamento e execução dessas políticas.

⁸ PEREIRA, P. A. Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais. São Paulo: Cortez, 2000.

⁹ FARIA, José Eduardo. Os desafios do Judiciário. Revista USP. São Paulo, n. 21: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994, p. 54.

Assim, sobre as políticas públicas, seus fundamentos estão presentes no dever de efetivação dos direitos dos cidadãos pautadas em prestações positivas do Poder Público, de modo que objetive primeiramente o desenvolvimento da nação. Deste modo, “do desenvolvimento econômico e social aliado à eliminação das desigualdades sociais far-se-á a síntese dos objetivos históricos nacionais.”¹⁰

Ademais, o poder discricionário da Administração Pública não pode afastar o cumprimento art. 6º da CRFB, esta de ordem pública e auto-aplicável, cuja garantia é obrigação do Poder Público, que se fará presente na criação de estratégias de atuação para sua implementação.

Os direitos sociais, ao se tornarem objeto de consolidação na Constituição, serviram para trazer uma mudança funcional no Poder Judiciário, de modo a assegurar a efetividade dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, como se analisará a seguir.

3 DO CONTROLE JUDICIAL E SUAS LIMITAÇÕES NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito fundamental pode ser maculado de duas formas: i) em razão da omissão do Estado na concretização espontânea dos direitos previstos no art. 6º da CRFB; ii) por comportamento comissivo ou omissivo do Poder Público, que permita a existência da assimetria social na utilização dos serviços que visam a satisfação dos bens jurídicos pautados no art. 6º da CRFB.

É razoável argumentar que os direitos sociais não podem “ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa.”¹¹

Diante disso, emerge um tema sensível, qual seja, o ativismo judicial, que está imbricado com a questão do controle judicial, uma vez que é entendido no sentido de uma

10 BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o Dirigismo Constitucional. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional). v. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, p. 174.

11 REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005. O julgado discutiu a possibilidade de controle judicial de políticas públicas em casos excepcionais, mais especificamente, no caso concreto, para garantir o fornecimento de medicamentos, diante da manifesta necessidade, uma vez que é obrigação do Poder Público assegurar o direito à saúde. Nessa linha, sedimentou-se que não há de se falar em violação do princípio da separação de poderes, muito menos na oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial.

atuação do Judiciário mais ativa na realização dos objetivos e valores exigidos pela sociedade, interferindo sensivelmente nas opções políticas do Executivo e Legislativo.

Ao Judiciário não se pode abdicar de seu compromisso constitucional com a justiça, na missão de apreciar violação ou ameaça de violação a direito, atuando, pois, de forma mais ampla e intensa no cumprimento e concretização dos direitos sociais sempre que houver suas violações por parte dos demais Poderes.

Se para uma sociedade mais justa escolheu-se, no processo constituinte, por um Estado intervencionista, é necessário que o Poder Executivo e o Legislativo respeitem e sigam os programas pautados na Constituição. No entanto, para o prejuízo da sociedade, não é isso que está ocorrendo. Assim, com a não implementação de políticas públicas asseguradoras do Estado Democrático de Direito, temos o Judiciário para resgatar os direitos ausentes de realização.¹²

Ocorre que a atuação do Judiciário nesta seara precisa analisada com prudência. Primeiro, pois a atuação do magistrado no campo das políticas públicas dos direitos sociais é uma medida pontual, uma vez que está adstrito às suas características institucionais, impedindo vastas mudanças sociais. Segundo argumento, pautado na possibilidade concreta de se alterar, para uma situação mais precária, programas que, embora carecidos de perfeição, foram planejados e implementados por pessoas que detém o conhecimento técnico necessário para tanto.

Isto posto, há a necessidade da ponderação de um pressuposto. Ao juiz não pode ser entendido como um simples aplicador do direito. Hodiernamente, sua função evoluiu da visão do liberalismo clássico, que o preconizava como “boca da lei”, para um agente político que interfere de forma direta nas políticas públicas. Não restam dúvidas que, sempre que um magistrado decide sobre a concessão de certo benefício previdenciário a alguém, há a interferência em uma política pública, mesmo que minimamente. Seu julgamento comportará na destinação de mais recursos, modificação de alguns procedimentos, bem como servirá de paradigma para outros em equivalência fática.¹³

12 STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 44.

13 ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário*. P. 02. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf>. Acesso em: 11/11/ 2017.

Assim, “todas as soluções possíveis para a disponibilização dos bens da vida previstos no art. 6º da Constituição Federal são admissíveis no processo coletivo desde que objetivem a correção de desigualdades.”¹⁴

A judicialização abarca uma transferência de poder para os magistrados, resultando que em questões de relevante repercussão social ou política a decisão está sendo atribuída ao Judiciário, e não pelas instâncias políticas, quais sejam, Legislativo e Executivo.¹⁵

Com a atribuição ao Judiciário da função de controlar os poderes políticos, seus limites são estabelecidos no sistema de freios e contrapesos. Cumpre destacar que ambos o administrador público e o legislador foram legitimados pelo sufrágio universal, com o objetivo precípua de estabelecer uma pauta de prioridades na concretização de políticas sociais e econômicas. Imaginar que o Judiciário pudesse substituir o Executivo ou o Legislativo é faltar com uma legitimidade política inerente da nossa Constituição.

Não devemos confundir a judicialização com usurpação da esfera política pelo Judiciário, uma vez que aquela advém do fato de que várias matérias controvertidas são alcançadas pela Constituição, podendo haver a conversão para postulações de direitos subjetivos, em pretensões coletivas ou subjetivas. Desta forma, ao órgão judicial compete a palavra final em assuntos sensíveis à direitos fundamentais, políticas públicas, constitucionalidade de planos econômicos e até em temas do cotidiano da sociedade.¹⁶

É em função desse delicado cenário que o controle judicial não deve ser fonte de um controle político, mas sim servir para recompor o tecido da sociabilidade, atendendo o cidadão quando houver negligência do Estado em políticas sociais previstas em lei, bem como na proteção de direitos fundamentais.

Nesse âmbito, o que se busca defender é o controle judicial das políticas públicas sociais, atendendo à uma cuidadosa ponderação entre princípios constitucionais e interesses, e suas limitações, para assim contribuir efetivamente no desenvolvimento humano e social.

3.1 Da limitação constitucional da separação dos poderes

14 CANELA JUNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 154.

15 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas, Brasília, Editora OAB, 4 ed., jan./fev. 2009, p. 03. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 09/11/2017.

16 BARROSO, Luis Roberto. Vinte anos da constituição brasileira de 1998: o Estado a que chegamos. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D.; BINENBOJM, G. (orgs.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 53.

O mérito do ato administrativo não pode sofrer controle ilimitado pelo magistrado, sob pena de tal interferência ser ausente de legitimidade. No entanto, ao se considerar que o administrador não pode ser substituído pelo Judiciário, se faz necessário destacar que aquele pode vir a agir de forma ilegal. Assim, imperiosa é a análise deste ato pelo órgão jurisdicional. Entendimento semelhante se aplicará para o ato administrativo discricionário.

A elaboração e implementação das políticas públicas são de competência do Executivo e Legislativo, de forma primária, sendo possível, contudo, ao Judiciário determinar, ainda que em caráter excepcional, a execução dessas políticas pelos órgãos estatais inadimplentes, pois, ao descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre incidem sobre eles, revela uma omissão que compromete a eficácia e a solidez de direitos sociais de dimensão constitucional.¹⁷

Em outros termos, é razoável dizer que o princípio da separação dos Poderes pode ser entendido sob uma ótica de adequação constitucional, com os ajustes da nossa realidade. Ora, tal princípio, concebido com a função primeira de garantir os direitos fundamentais, jamais poderia ser um óbice à concretização dos direitos sociais, dotados de mesmo aspecto fundamental.

Ao aplicar a teoria da separação dos poderes isoladamente, teríamos a noção de que a tarefa de legislar é atribuída somente ao Legislativo, ao passo que a administração é de competência exclusiva do Executivo, bem como a aplicação do direito ao caso concreto é reservada de forma única ao Judiciário. Não é razoável tal raciocínio, uma vez que, trazendo como exemplo as medidas provisórias, a autonomia administrativa do Legislativo e do Judiciário e o próprio controle jurisdicional do Estado, podemos demonstrar o equívoco dessa premissa.¹⁸

Logo, ao respeitar a hermenêutica da máxima efetividade, interpreta-se a Constituição para otimizar sua eficácia e, no que tange ao tema de políticas públicas, não há de se argumentar violação do princípio da separação dos Poderes no momento em que há afronta aos direitos difusos e coletivos, com desrespeito às obrigações legais, necessitando assim da

17 RE 603.575-AgR, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 14/05/2010.

18 ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. P. 09. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf>. Acesso em: 11/11/ 2017.

atuação judicial para recuperar a ordem jurídica maculada.

Quando verificada a abstenção do Poder Público no cumprimento total ou parcial de políticas públicas trazidas pela Constituição, fere a integridade da Lei Maior, propiciando, na esfera do Estado, o fenômeno da erosão da consciência constitucional. Tal inércia configura conduta de desrespeito pela autoridade da nossa Constituição, o que deve ser abolido, pois nada se mostra mais letal e ilegítimo do que criar uma Constituição, sem a intenção de atendê-la na íntegra, ou subjugá-la para atender às conveniências políticas individuais, em detrimento do interesse coletivo.¹⁹

3.2 Os limites entre os princípios da reserva do possível, do mínimo existencial e das necessidades humanas básicas

A implementação dos direitos sociais é gradual, e por ser pautada na viabilidade orçamentária do Poder Público²⁰, será definidora, de forma objetiva, se é razoável a exigência imediata da efetivação do comando constitucional.

Logo, o gasto público é o elemento basilar da eficácia das políticas públicas, uma vez que não é possível realizar os programas por elas definidos sem alocação de recursos econômicos e humanos estatais, mesmo com o Judiciário obrigando ao Poder Público que satisfaça as prestações reclamadas em juízo. Esse delicado limite fático entre a real disponibilidade de recursos e a efetividade dessas políticas precisará sempre ser ponderado.²¹

Há uma relação dialética entre a efetivação dos direitos fundamentais pelas políticas públicas e orçamento público, uma vez que este dispõe da previsão e autorização das “despesas para a implementação das políticas públicas; mas estas ficam limitadas pelas possibilidades financeiras e por valores e princípios como o do equilíbrio orçamentário”.²²

Assim, orçamento é conceituado como um procedimento que integra documentos em que “se elaboram, se expressam, se aprovam, se executam e se avaliam os planos e programas

19 ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 15/09/2011.

20 Sobre o tema. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends On Taxes*. New York: W.W. Norton & Company Inc., 1999.

21 BARROS, Sérgio Resende de. O poder judiciário e as políticas públicas: alguns parâmetros de atuação. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/o-poder-judiciario-e-as-politicas-publicas--alguns-parametros-de-atuacao.cont>>. Acesso em: 13/11/2017.

22 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.738.

de obras, serviços e encargos governamentais, com estimativa de receita e fixação das despesas de cada exercício financeiro.”²³

A limitação a então denominada reserva do possível se funda no reconhecimento de uma fronteira fática ao exercício dos direitos sociais, atinente à disponibilidade material e jurídica de aportes fundamentais para o adimplemento da obrigação. Nessa linha, devem-se observar os limites do razoável.

Importada do Direito alemão²⁴, a teoria da reserva do possível vem constantemente sendo levantada como argumento de defesa da Administração Pública para se recusar a garantir obrigações prioritárias.

Ou seja, ao se pensar que o Estado precisa respeitar suas limitações orçamentárias, incorre-se em admitir que nem sempre haverá a garantia da efetivação dos direitos sociais. Importante frisar que tal tese defensiva, pautada na reserva do possível, não pode, ou não poderia, ser utilizada de forma imoderada.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que a cláusula da reserva do possível não pode ser trazida pelo Poder Público com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas estabelecidas na própria Constituição.

Ressalta-se que a reserva do possível se limita na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa emanção direta do princípio essencial dignidade da pessoa humana²⁵.

Ao se analisar a origem desse instituto, temos que seu intuito precípua é a garantia de

23 TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. V.5. O orçamento na Constituição. 2.ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000. p. 110.

24 O princípio da reserva do possível advém da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha. “No conhecido Caso Numerus Clausus das Vagas em Universidades (“*numerus-clausus Entscheidung*, BverfGE n.33, 303-333), o TCF entendeu que o direito à educação não implicaria o dever do Estado de custear os serviços educacionais para todos os cidadãos, mas tão somente que o Poder Público deveria demonstrar que estaria dando a maior efetividade possível ao direito social, em face dos recursos financeiros disponíveis. O caso, em síntese, era o seguinte: várias universidades alemãs estabeleciam um número limitado de vagas de admissão na faculdade de medicina, como, aliás, é em qualquer lugar do mundo. Um grupo de estudantes que não conseguiu ingressar na referida faculdade acionou a justiça alegando que o critério de seleção dos alunos seria arbitrário e que estaria havendo violação ao direito de educação e de escolha da profissão. A Corte, embora tenha negado o pedido, decidiu que o Estado, além de ter o dever de utilizar critérios razoáveis para a seleção dos alunos, estaria obrigado a demonstrar que o número de vagas disponíveis era mesmo o máximo possível. Nesse contexto, afirmou-se que o Poder Público não estaria obrigado a prover educação superior para todos os estudantes, pois os direitos a prestações estariam submetidos à capacidade financeira dos entes estatais.” MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Editora Atlas. 1.ed. 2008. p.318.

25 ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 15/09/2011.

que o cidadão só pudesse peticionar requerendo uma prestação adstrita aos limites do razoável.

Ocorre que as peculiaridades sociais e jurídicas alemães diferem da brasileira, uma vez que aquela já assegurou os serviços públicos principais, garantindo uma existência digna, refletindo assim no alto índice de desenvolvimento humano da população, o que infelizmente ainda não se vislumbra no Estado brasileiro, marcado por uma distribuição de renda assimétrica.

Logo, ao alemão não se pode aceitar que exija prestações não básicas, pois iriam além do limite do razoável, bem como não seria crível imputar tal ônus para a sociedade.

Com clareza solar pode-se dizer que, no que tange ao Brasil, grande parte dos cidadãos não foi agraciada com condições mínimas para uma vida digna, servindo de testemunha das mazelas da nossa sociedade. Obviamente que, nesses casos, é razoável a procedência de um pedido que vise garantir uma existência minimamente decente, uma vez que o Estado é pautado com o objetivo nuclear de garantir a dignidade humana.

Para ilustrar, a apelação cível²⁶ trata da imposição da obrigação para que o Estado construa uma nova escola no município de Pracuúba, uma vez que foram trazidas provas irrefutáveis da inadimplência do Poder Público em assegurar a educação básica.

Entendeu-se que, sob à luz do art. 208, I, §1º e §2º da Constituição Federal, a educação básica é entendida como direito social indisponível, sendo o Estado responsável pela prestação regular e de qualidade, assegurando às crianças e adolescentes não só o acesso à matrícula escolar, como também os meios necessários ao seu pleno desenvolvimento, inseridos aqui a disponibilização de condições estruturais e materiais mínimas do ambiente físico onde se desenvolve a aprendizagem, sem as quais se inviabiliza essa relevante prerrogativa constitucional.

Desta forma, reconheceu-se a necessidade da intervenção do Judiciário, a quem os cidadãos depositam a esperança da concretização dos seus direitos, diante da situação precária que se encontrava a escola, construída de madeira que, sem qualquer reparo, está apodrecendo; muro rachado, fiação elétrica exposta, teto sem forro a elevar o calor a níveis insuportáveis, o qual foi retirado em razão da grande quantidade de fezes de morcegos;

26 STF - ARE: 761127 AP, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 23/04/2014, Data de Publicação: DJe-086 DIVULG 07/05/2014 PUBLIC 08/05/2014.

ausência de vigia, o que permite a entrada de estranhos e a atuação de vândalos; cozinha com lodo nas paredes, fatos esses que evidenciam a situação de risco à saúde, à integridade física e à segurança dos alunos e profissionais que frequentam a escola e inviabilizam desenvolvimento normal da aprendizagem escolar.

Demonstrado o caso concreto, importante destacar que há limitações naturais consequentes da reserva do possível. Imaginemos uma decisão judicial que, objetivando melhor atender a população, obrigue um município de pequena estatura a construir um enorme hospital equipado com os mais modernos aparelhos. Apesar de abstratamente ser de grande valia na efetivação do direito fundamental à saúde, uma decisão desse porte incidiria no esvaziamento orçamentário do município.

Ao Poder Público compete comprovar, de forma suficiente, que a decisão provocará mais danos do que vantagens à garantia de direitos fundamentais.

Sobre esse tema, destaca-se uma apelação cível²⁷ em ação que obrigava o município a realizar obras de saneamento básico em imóvel residencial, bem como a pavimentação da rua.

No caso concreto, decidiu-se que não é possível exercer o controle judicial absoluto sobre as políticas públicas, especialmente no que pertine aos direitos sociais urbanísticos, em função de que a utilização de recursos para este tipo de demanda exige um planejamento global integrado e interdisciplinar entre os entes federativos.

E avança-se na direção de que a ingerência do Judiciário é realizada de forma excepcional, devendo ser pautada pelo que pode ser razoavelmente exigido do Poder Público, dada a expressividade do direito em questão.

Ora, nesse sentido, a aplicação do princípio da reserva do possível deve ser ponderado com outro princípio, qual seja, o do mínimo existencial, que será analisado em seguida.

É cediço que, advindo do princípio da dignidade humana, todo ser humano detém um direito ao mínimo existencial, o que se traduz em um direito aos meios que visam satisfazer as necessidades básicas, prioridade primeira do Poder Público.

Para tanto, é necessária uma firme relação entre o mínimo existencial e os direitos sociais, em especial nos países periféricos, acometidos por expressivas desigualdades sociais, com déficits de condição econômica para ampla maioria da população. Assim, aplicar os

27 TJ-RJ - APL: 03937353120088190001 RJ 0393735-31.2008.8.19.0001, Relator: DES. RICARDO COUTO DE CASTRO, Data de Julgamento: 17/02/2014, SÉTIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 10/04/2014 15:32.

direitos fundamentais sociais é atribuir níveis mínimos para o exercício das capacidades desta população excluída, garantindo a liberdade real para o gozo da liberdade jurídica.²⁸

Neste caso, ao se identificar o mínimo existencial, não haverá empecilho jurídico para que o Poder Judiciário determine a inclusão de uma política pública específica no planejamento orçamentário do ente político, sempre atento se houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

Deste modo, a teoria do mínimo existencial é um dever imposto ao Estado, compreendida como aquelas prestação de cunho material que não podem ser dispensadas pelo Poder Público, uma vez que visam assegurar a cada pessoa uma vida digna, núcleo central dos direitos fundamentais sociais, motivo pelo qual está protegido contra intervenções do Estado e da sociedade.

A ideia de um mínimo existencial, que deriva, de forma implícita, de preceitos constitucionais específicos²⁹, abrange variadas prerrogativas cuja concretização traduz a capacidade de assegurar uma existência digna e as prestações positivas originárias do Estado, responsáveis pela fruição de direitos sociais básicos.

Nossa Constituição, ao definir um direito fundamental, o possibilita de ser exigido, até mesmo por provocação judicial. Ao se deparar com a ponderação entre direitos fundamentais ou princípios constitucionais, aplicar-se-á o direito fundamental na maior extensão possível, respeitando a limitação fática e jurídica, bem como seu núcleo essencial. A intervenção do Judiciário se dará sempre quando houver violação de direito, principalmente se maculado o mínimo existencial do cidadão.³⁰

Assim, a oposição evidente à garantia do mínimo existencial é a insuficiência dos recursos financeiros da Administração Pública para viabilizar sua concretização.

A escassez dos recursos públicos inviabiliza sua destinação, prejudicando não só a execução de políticas públicas pautadas na redação constitucional, como também na implementação de direitos sociais conferidos pela própria Lei Maior. Neste cenário, alvorece o contexto de antagonismo, conferindo ao Estado a árdua obrigação de superá-lo se valendo

28 SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. Revista Interesse Público. Belo Horizonte, n. 32, Fórum, 2005, p. 226.

29 CRFB, art. 1º, III e art. 3º, III.

30 BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>>.

Acesso em: 09/11/2017.

da escolha determinados valores em detrimento de outros com igual relevância. Advindo deste dramático dilema, com causa oriunda da insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, as escolhas adotadas pelo Poder Público, revestidas pela natureza trágica, devem preconizar a dignidade de pessoa humana e o caráter intangível do mínimo existencial, com escopo de garantir efetividade concreta às normas programáticas constitucionais.³¹

A análise do binômio reserva do possível e mínimo existencial se faz necessária principalmente em épocas de crise econômica, pois a extinção dos direitos fundamentais fundado nos interesses financeiros do Estado não pode ser absolutamente justificável.

6 CONCLUSÃO

A garantia da dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais é o núcleo da República Federativa do Brasil, que não deve, ou não deveria, ser pautado à conveniência política do administrador público. Ao Judiciário não compete assistir passivamente a não efetivação de políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção de direitos fundamentais.

Com o presente trabalho pode-se concluir que o controle judicial das políticas públicas não pode assumir um caráter indiscriminado, pois comprometeria o princípio da separação dos Poderes.

Mais do que isso, se verificou que, ao se perceber que a Administração Pública, de forma indubitável, fere direitos fundamentais através da execução ou falta injustificada de programas de governo, a atuação do Judiciário se faz legítima para o restabelecimento da integridade da ordem jurídica.

Analizou-se que nesse cenário de judicialização das políticas públicas, cumpre a difícil tarefa de olhar para o direito fundamental a ser concretizado sem negligenciar o eventual impacto no orçamento público, que deverá ser encarado com razoabilidade frente ao caso concreto, sob pena de inexecução da decisão. Desta forma, ao magistrado compete o delicado dever de dialogar com os princípios da reserva do possível, do mínimo existencial e das necessidades humanas básicas, trazendo assim maior efetividade para a política pública judicializada.

31 ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 15/09/2011.

Uma relação franca entre os Poderes Públicos e o Judiciário é o meio mais eficaz de conciliar a execução das decisões judiciais com as limitações administrativas e orçamentárias, sem macular a harmonia entre os Poderes.

Além disso, alinhado ao diálogo entre Poderes, é preciso se pensar em soluções criativas às limitações impostas na efetivação dos direitos fundamentais, como também reconhecer a importância de possíveis instrumentos garantidores de direitos, em especial a lógica comunicativa, capaz de atribuir aos direitos sociais um conceito mais plástico e adequado à satisfação das necessidades humanas como forma de transpor a sua já tão mitigada feição assumida em tempos de globalização econômica e transnacionalização dos interesses inerentes ao capital.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª Edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas no Brasil*. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário*. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenh art%2001.pdf>. Acesso em: 11/11/ 2017.

BARROS, Sérgio Resende de. *O poder judiciário e as políticas públicas: alguns parâmetros de atuação*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/o-poder-judiciario-e-as-politicas-publicas--alguns-parametros-de-atuacao.cont>>. Acesso em: 13/11/2017.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>>. Acesso em: 09/11/2017.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas, Brasília, Editora OAB, 4 ed., jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso

em: 09/11/2017.

_____. *Vinte anos da constituição brasileira de 1998: o Estado a que chegamos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 27-63.

BAVA, Sílvio Caccia. *As Ongs e as políticas públicas na construção do estado democrático*. *Revista do Serviço Público*, v. 118, n. 3, p. 97-100, set./dez. 1994.

BERCOVICI, Gilberto. *Políticas públicas e o Dirigismo Constitucional*. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional)*. v. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003.

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

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

CABRAL, Edgar Araújo. *Política Pública: o que é e como se faz*. In: *Sistema de Garantia de Direitos. Um caminho para a Proteção Integral*. Recife: CENDHEC, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Judiciário e a democracia no Brasil*. *Revista USP*. São Paulo, n. 21, p. 116-125: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição e déficit procedimental*. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais*. In: *Crítica Jurídica*. *Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*. Nº 22. jul/dez 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARAH, Marta Ferreira Santos. *Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo*. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 35, jan./fev. 2001.

FARIA, José Eduardo. *Os desafios do Judiciário*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 47-57: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Remédios Constitucionais: Mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção, habeas data, ação popular e habeas corpus na doutrina e jurisprudência do STJ e STF*. Salvador: Podivm, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência*. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 13-21: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma Constituição dirigente*. Curitiba: Juruá, 2006.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRIONOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends On Taxes*. New York: W.W. Norton & Company Inc., 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição*. Revista USP. São Paulo: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS/USP), n. 21, p. 23-33, 1994.

LUHMANN, Niklas. *Poder*. Trad. de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1985.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas. 1.ed. 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, André Luiz et COUTINHO, Priscila. *A nova configuração do mandado de injunção no direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2012/05/15_1_ribeiro4.pdf>. Acesso em: 10/11/2017.

SANTOS, Sandra Ávila dos. *Políticas públicas no estado democrático de direito: uma análise da legitimidade dos conselhos gestores e da judicialização das políticas públicas*. JUSTIÇA DO DIREITO, v. 30, n. 2, p. 298-311, maio./ago. 2016.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. Revista Interesse Público. Belo Horizonte, n. 32, p. 213-226: Fórum, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

VIANNA, Luiz Jorge Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. *Revolução processual do direito e democracia progressiva*. In: VIANNA, Luiz Jorge Werneck. (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Do paradigma político da representação à democracia participativa*. In Revista Sequência (revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC), Florianópolis, n. 42, ano XXII, p. 83-97, jul. 2001.

Submetido em: 03/05/2018

Aceito em: 15/06/2018