

# EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS E A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA SUA EFETIVAÇÃO

Bernardo Rocha Rozendo Pinto<sup>1</sup>

**Resumo:** Após a elevação da dignidade da pessoa humana a fundamento da República e a positivação de um extenso rol de direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988, as normas definidoras de Direitos Fundamentais passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais e deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente público conquistando, assim, verdadeira força normativa e efetividade no Brasil. Entretanto, algumas teses são levantadas para negar a aplicabilidade de alguns direitos, especialmente os direitos sociais, os quais necessitam de prestações materiais do Estado para sua concretização. Desse modo, torna-se necessário debater a existência de obrigação Estatal em implementar essas prestações - uma vez que os direitos sociais fazem parte dos direitos fundamentais do homem - e se há algum limite - Separação dos Poderes e Reserva do Possível - para a concretização dessas prestações, tendo como ponto de partida para esse limite a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

**Palavras-chave:** Direitos Sociais; Eficácia e Efetividade; Dignidade da Pessoa Humana; Mínimo Existencial.

**Abstrat:** After the elevation of the concept of human dignity to foundation of the Republic and the positivization of an extensive list of fundamental rights by the 1988 Federal Constitution, the constitutional laws started to enjoy direct and immediate applicability to judges and courts and no longer perceived as members of a document strictly public, thus conquering, real normative force and effectiveness in Brazil. However, some arguments are raised to deny the applicability of certain rights, especially social rights, which require material benefits from the state to their achievement. Thus, it

---

<sup>1</sup>Advogado no escritório Ayres Britto Advocacia e Consultoria Jurídica. Assessor Técnico da Comissão Nacional de Relações de Trabalho e Previdência da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA, no período entre 2011 e 2013. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub. Pós-Graduado em Direito e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Distrito Federal.

becomes necessary to discuss whether there is an obligation to implement these State benefits - since social rights are part of the fundamental rights of humans - and if there is a limit - Separation of Powers and Possible Reserve - for achieving these benefits, taking as a starting point the limit to human dignity and the existential minimum.

**Keywords:** Social Rights; Efficacy and effectiveness; Dignity of the Human Person; existential minimum.

## INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 positivou de maneira detalhada os direitos fundamentais, além de elevar à fundamento da República a dignidade da pessoa humana, o que representa a percepção do homem como um fim em si mesmo. Entretanto, um dos principais desafios encontrados no campo dos direitos fundamentais corresponde à sua eficácia, principalmente quando os direitos sociais estão em pauta.

Nesse sentido, a questão da escassez dos recursos como limite para o reconhecimento pelo Estado do direito às prestações é constantemente desafiada pelos operadores do Direito. De fato, existe uma grande tensão entre a realização dos direitos sociais e a limitação de recursos públicos, especialmente em um País com uma desigualdade social tão latente.

Desse modo, para se possibilitar a atuação do Judiciário no campo da efetivação dos direitos sociais, deve-se estabelecer o entendimento sobre eficácia e efetividade desses direitos, tendo por finalidade delinear o campo de alcance da tutela de tais direitos. Além disso, é importante que se verifique se a atuação do Judiciário encontra limites no Princípio da Separação dos Poderes e à Reserva do Possível.

Cabe salientar, também, que é papel do Estado garantir as condições mínimas de existência digna, obrigação irradiada do princípio da dignidade da pessoa humana, o que significa que o Estado não deve apenas se abster, anular ou invalidar atos que atentem contra essa dignidade, mas promovê-la através de uma conduta proativa (PESSANHA, 2006, p.316).

Desse modo, o objetivo do presente ensaio não é o esgotamento da matéria, mas contribuir para o debate, apresentando posicionamentos de diversos doutrinadores acerca do tema.

## Direitos Fundamentais: Direitos Individuais e Sociais

De fato, somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, grande parte das normas constitucionais definidoras de Direitos Fundamentais passou a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais e deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente público – uma mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo – conquistando, assim, verdadeira força normativa e efetividade no Brasil. Isso proporcionou que os direitos fundamentais - em especial os direitos sociais –

se tornassem direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica (BARROSO, 2008, p. 2).

Mas nem sempre foi assim. Houve um processo gradativo entre o reconhecimento dos direitos fundamentais e sua positivação. Cada passo na etapa da evolução da humanidade importa na conquista de novos direitos (SILVA, 2005, p. 150). Mesmo não se podendo dizer que foi na antiguidade que se deu o início dos direitos fundamentais, não se pode negar que nessa época a filosofia e a religião nos deixaram as ideias-chave de que o simples fato de existir já torna o homem sujeito de direitos naturais e inalienáveis (SARLET, 2007, p. 45-48). Nesse contexto, a cidadania civil foi a primeira esfera dos direitos através de três documentos básicos: o *Bill of Rights*, em 1689, na Inglaterra; a *Declaração de Independência Norte-Americana*, de 1776; e a *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, na França (COSTA, 2009, p. 11).

A *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*<sup>2</sup>, de 1789, na França - o mais conhecido diploma legal a positivar os direitos individuais - foi influenciada pelas ideias de John Locke, Montesquieu e Rousseau, e consagrou a ótica contratualista liberal, onde os direitos do homem se reduzia à liberdade, segurança e propriedade (PIOVESAN, 2004, p. 50). Destacam-se principalmente os direitos da liberdade de ir e vir, de associação e de reunião, bem como da liberdade de pensamento e de credo religioso (COSTA, 2009, p. 11).

Esses direitos têm como titular o homem como indivíduo e são oponíveis ao Estado. São traduzidos como uma faculdade ou atributos da pessoa, ostentando um grau de subjetividade - uma de suas principais características - (BONAVIDES, 2008, p. 564), objetivando colocar limites à atuação arbitrária do Estado absolutista, regulando o poder aos limites da legalidade (PIOVESAN, 2004, p. 50). Impõem ao Estado um dever de abstenção - não intromissão - no espaço de autodeterminação do indivíduo, além de proteger bens jurídicos contra ações do Estado que os afetem, e se expressam na pretensão de manutenção de certas posições jurídicas (MENDES et. al., 2009, p. 289-290).

Posteriormente, a Revolução Industrial trouxe consigo um grande impacto na economia do mundo, assim como graves problemas sociais e econômicos. Com isso, notou-se que os ideais socialistas e a consagração da liberdade e igualdade não geravam a garantia do seu efetivo gozo. Movido por forte pressão social, como os movimentos Cartis, na Inglaterra, e Comuna, de Paris, o Estado foi obrigado a adotar um comportamento ativo no reconhecimento de direitos e na realização da justiça social (SARLET, 2007, p. 55). Nesse contexto, o Poder Público passou a assumir uma série de atividades que antes não lhe competiam, como a educação, a saúde, a seguridade e a previdência social, dentre outras (SILVA, 2005, p. 285-287).

Esses são os chamados direitos de segunda geração: direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades (BONAVIDES, 2008, p. 560). A Declaração Francesa de 1793 - Constituição Jacobina - positivou um elenco de direitos do homem, reconhecendo, dentre eles, o direito ao trabalho, a proteção frente à pobreza e o direito à educação, normatizando a luta pelas conquistas sociais. Entretanto, a

---

<sup>2</sup> “O grande apogeu da discussão em torno dos direitos fundamentais estabeleceu-se com as ideias consagradas no pensamento iluminista, que teve seu auge no século XVIII. [...] Os iluministas teceram diversas críticas ao absolutismo francês, propondo uma sociedade baseada no liberalismo econômico e político. Os direitos individuais do homem, principalmente os referentes à sua liberdade e à limitação do poder público, tornam-se o marco do Estado Liberal e constituem-se na primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais” (PESSANHA, 2006, p. 299).

Constituição Mexicana de 1917 é considerada a primeira Constituição que trouxe em seu texto os direitos sociais, seguidas das Constituições Alemã, de 1919 e do Brasil, em 1934. Contudo, os direitos sociais passaram por um ciclo de baixa normatividade e eficácia duvidosa (KRELL, 2002, p. 19). No âmbito internacional, eles foram positivados através do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966, e marcou a evolução do Estado liberal burguês para um novo modelo de Estado, o denominado Estado Social de Direito (SARLET, 2007, p. 7).

Os direitos sociais não são direitos contra o Estado, mas direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais para sua concretização (KRELL, 2002, p. 19). São direitos de segunda geração e com a incorporação dos direitos sociais ao ordenamento jurídico, o Estado passa a ter o dever de concretizá-los (BOBBIO, 2004, p. 52-53), através de políticas que amparem o indivíduo em suas necessidades espirituais e materiais essenciais, resguardando-lhe um mínimo de segurança social, relativamente ao trabalho, à saúde, à educação, à assistência social, à previdência, etc., como exigência da dignidade da pessoa humana e a garantia de um mínimo existencial (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 97).

É importante que se estabeleça uma diferença entre os direitos individuais e os sociais: é exatamente a dimensão positiva, ou seja, o fato de propiciar a participação no bem-estar social (LAFER, 1991, *apud* SARLET, 2007, p. 55) e não mais adotar uma postura não intervencionista na esfera da liberdade individual, que se encontra, em regra, a diferença entre os dois. Por exigirem essa conduta positiva do Estado na sua concretização, eles passaram por um ciclo de baixa normatividade – como dito antes –, uma vez que eles exigem determinadas prestações materiais nem sempre possíveis de serem feitas, devido aos recursos financeiros do Estado (BONAVIDES, 2008, p. 564). Os Direitos Sociais servem de pressuposto para o gozo dos direitos individuais, uma vez que proporcionam as condições materiais propícias ao aferimento da igualdade real (SILVA, 2005, p. 286-287), assim como o exercício dos demais direitos e liberdades, por isso sua concretização é mais complexa do que a de outros direitos (BARROSO, 2006, p. 102-103). Podemos falar em conjuntos de direitos sem os quais as liberdades públicas se consubstanciam meras fórmulas vazias. As liberdades somente são reais quando existem as condições da mesma, os bens materiais e espirituais para tanto pressuposto de autodeterminação (ALEXY, 1993, *apud* TAVARES, p. 837).

Entretanto, na concepção mais moderna, a diferenciação dos direitos ditos de primeira e segunda geração é meramente gradual, mas não substancial, visto que muitos direitos fundamentais foram reinterpretados modernamente como direitos sociais. Essa posição é sustentada sob o fundamento de que os Direitos Fundamentais contém, ao mesmo tempo, componentes de obrigações positivas e negativas para o Estado. Se o Estado, por exemplo, não presta o direito à saúde, os direitos à vida e à integridade física das pessoas estarão sendo ameaçados (KRELL, 2002, p. 45-49).

Estabelecida essa diferença entre os direitos de primeira e segunda gerações, é importante ressaltar que os direitos sociais foram remetidos à esfera de normas programáticas, dentre outras razões, por não possuírem as garantias processuais necessárias à sua implementação (BONAVIDES, 2008, p. 560-564). Esse argumento é constantemente utilizado para se negar a eficácia dos direitos sociais, e a não prestações materiais necessárias. Isso porque, segundo Veronese (*in* BONAVIDES et. al., 2009, p.363), as normas programáticas serviam como um dever ao legislador ordinário, condicionando a futura da legislação futura, parâmetros para declarar inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem, e vetores para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas que condicionam a

atividade discricionária da Administração Pública e do Poder Judiciário, criando situações jurídicas subjetivas, de vantagens ou de desvantagens.

## Eficácia e Aplicabilidade dos Direitos Sociais

Impende destacar, a princípio, que todas as normas jurídicas, assim como os atos jurídicos, possuem três planos distintos: existência, validade e eficácia. Uma vez contidos os elementos agente, objeto e forma, ele existirá. Preenchidos os requisitos de competência, forma e licitude, ele será válido. Já a eficácia, é a aptidão de o ato jurídico ou norma jurídica de produzir efeitos (BARROSO, 2006, p. 80). A eficácia jurídica quer dizer a aptidão da norma jurídica ser aplicada ao caso concreto e gerar efeitos jurídicos. Por outro lado, a aplicação da norma juridicamente eficaz e o resultado concreto decorrente da aplicação é denominada eficácia social ou efetividade (SARLET, 2007, p. 235). Esta representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o dever ser normativo e o ser da realidade social (KRELL, 2002, p. 39).

Todas as normas constitucionais são cogentes – normas de aplicação obrigatória, imperativas e absolutas, não dependem de vontade das partes e não podem dispor sobre elas. Elas se dividem em normas de eficácia plena e eficácia limitada. Essas últimas se dividem em normas de legislação e normas programáticas (CRISAFULLI, 1952, *apud* TAVARES, 2012, p. 116). Essa classificação pode aumentar de acordo com o autor, incluindo-se as normas de eficácia contida (SILVA, 1999, p. 82-84).

As normas de eficácia plena são aquelas que, a partir da entrada em vigor da Constituição, já produzem todos os seus efeitos essenciais. Desse modo, podemos dizer que elas são de aplicabilidade direta, imediata e integral. Por outro lado, as normas de eficácia contida incidem imediatamente e produzem todos os efeitos, mas permitem manter sua eficácia contida em certos limites e circunstâncias. Por isso, diz-se que se tem aplicabilidade direta, imediata, mas não integral (SILVA, 1999p. 82-83), uma vez que

[...] foram objeto de uma superabundância legislativa, que o legislador constituinte não quis internar suas diversas exceções, deixando o papel para o legislador comum. Elas se tornam inexecutáveis em sua totalidade, porque padecem de insuficiência instrumental, uma vez que dependem realmente de interferência legislativa para alcançarem plenamente o desiderato plasmado constitucionalmente (BASTOS; BRITTO, 1982, *apud* TAVARES, 2012, p. 120-121).

Por fim, as normas de eficácia limitada - ou reduzida – não produzem todos os seus efeitos essenciais quando da entrada em vigor da Constituição vigente. Elas possuem aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, uma vez que só virão incidir totalmente após a edição de norma posterior que lhe traga eficácia. Podemos subdividir esse grupo em normas programáticas e normas de legislação. As normas programáticas possuem conteúdo ético-social, trazendo programas de ação social, como econômico, religioso, cultural, etc. As

normas de legislação não possuem esse conteúdo ético-social – e assim se distinguem das normas programáticas -, mas esquemas gerais, como estruturação de instituições, órgãos ou entidades (SILVA, 1999, p. 90 - 123).

Cabe salientar que, por via de regra, quando se quer negar eficácia a algum preceito constitucional, invocam a sua inaplicabilidade sob o fundamento de se tratar de uma norma simplesmente programática (MENDES et. al., 2009, p. 49). Isso porque estas normas definem princípios definidores dos fins do Estado, de conteúdo eminentemente social, cuja relevância seria essencialmente política, pois servem, apenas, para pressão sobre os órgãos competentes. Todavia, sob o enfoque jurídico, os direitos sociais introduzidos nos programas constitucionais obrigam o poder público a regulamentar as prestações sociais (CANOTILHO, 2003, p. 474).

A negação da eficácia sob o fundamento de se tratar de norma programática se dá em face dos direitos sociais, uma vez que necessitam de recursos financeiros para garantir as prestações materiais (MENDES et. al., 2009, p. 49). Entretanto, esse argumento está em constante mudança, visto que várias constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Dessa forma, os direitos fundamentais de segunda geração deverão ser tão justificáveis quanto os de primeira, não cabendo mais a argumentação de caráter programático da norma para se justificar a sua não implementação (BONAVIDES, 2008, p. 564).

Admitir a existência de uma norma constitucional sem vigência seria dar mais poderes ao legislador comum que ao legislador constitucional, além de tornar vulnerável a hierarquia normativa da norma constitucional, anulando as funções de normatividade (PINA, 1973, *apud* TAVARES, 2012, p. 123). Um direito não será um direito quando o seu reconhecimento e sua efetiva proteção são adiados, além de confiadas à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar um programa é apenas uma obrigação moral ou política. A Constituição Federal não é apenas um ser, mas um dever ser. Limitar normas constitucionais a expressar a realidade de um fato seria sua negação (BOBBIO, 1992, *apud* KRELL, 2002, p. 25).

Nesse contexto de discussão sobre a eficácia jurídica dos direitos sociais – “elevados” a normas programáticas – e a sua aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, a própria Constituição Federal de 1988 consagrou, no § 1º do art. 5º, a aplicação imediata dos direitos fundamentais (SARMENTO, *in* BONAVIDES et. al., 2009, p. 373-374). Assim, deve-se analisar a abrangência dessa norma, uma vez que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Será que ela tem força suficiente para transformar todos os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de plena eficácia, ainda que se cuide de preceitos que - independentes de outros fatores - não recebam do Constituinte normatividade suficiente para tanto, reclamando uma intervenção do legislador? (SARLET, 2007, p. 4).

Importa dizer que há divergências quanto a não aplicação imediata das normas fundamentais. O art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, consagra a aplicação imediata das normas sobre Direitos Fundamentais. Ademais, o referido § 1º do art. 5º da CF-88 é considerado norma-princípio, uma vez que constitui uma espécie de mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a maior eficácia e efetividade possível dos direitos fundamentais, sob pena de se submeterem à esfera de disponibilidade desses órgãos (SARLET, 2007, p. 9). Regulamentações semelhantes se encontram nas Constituições de Portugal e da Alemanha,

[...] isso salienta o caráter preceptivo e não programático dessas normas, deixando claro que os direitos fundamentais podem ser invocados ainda que haja falta ou insuficiência da lei. A lei infraconstitucional apenas será útil, ou por ventura, necessária, para regulamentar o modo de exercer ou a segurança para o “exercimento” desse direito, assim como a limitação em face de outros direitos (KRELL, 2002, p. 37-38).

Por outro lado, existem posições que sustentam que os direitos fundamentais são - a princípio e na medida do possível - diretamente aplicáveis, muito embora comportem duas exceções: a primeira quando a Constituição expressamente remete ao legislador, estabelecendo que deva ser exercido na forma prevista em lei, e a segunda, quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam assegurar a aplicabilidade, não possuindo normatividade suficiente à geração de seus efeitos principais (SARLET 2007, p. 235-248).

Há quem sustente, também, a tese da inexistência de normas programáticas, uma vez que o constituinte criou instrumentos processuais aptos a combater a omissão por parte do legislador e dos demais órgãos estatais, a saber: o Mandado de Injunção (art.5º, inc. LXXI, da CF/88) constituindo um autêntico direito-garantia fundamental, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (art.103, § 2º, da CF).Entretanto, esses institutos não têm, por si só, o condão de outorgar a todas as normas constitucionais a qualidade da aplicabilidade direta e a sua plenitude eficaz, sendo, pelo contrário, justamente uma prova de que existem normas na Constituição que dependem de interposição do legislador (SARLET, 2007, p. 5).

Concluimos, desta forma, que os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia (SARLET, 2007, p. 10). Sempre que o Poder Público se omite ou disponibiliza de forma inadequada ou insuficiente uma prestação material garantidora de direitos fundamentais – em especial os direitos sociais -, nasce para o particular a pretensão de se ver satisfeito esse direito subjetivo, através do Judiciário.

## Atuação Judicial na Efetivação dos Direitos Sociais

Como apontado anteriormente, a posição atual do Judiciário e da maioria da doutrina é de que as normas programáticas são caracterizadoras de direitos subjetivos imediatamente invocáveis. Desse modo, algumas teses são levantadas para negar a aplicabilidade imediata a essas normas constitucionais e a sua efetivação através do Judiciário. Uma delas é a impossibilidade de o Judiciário exigir a concretização de programas sem ferir a separação de poderes. A segunda é quanto à inexistência de obrigação direta dirigida ao Estado para dar imediato e pleno cumprimento aos diversos programas contemplados constitucionalmente. A terceira crítica é a chamada reserva do possível, que pretende chamar a atenção para as limitações orçamentárias - e até de responsabilidade gerencial - quando da apuração das necessidades sociais a serem satisfeitas (TAVARES, 2012, p. 123).

Antes de adentrarmos nas críticas sobre a “in”eficácia dos direitos sociais, é necessário tecer breves comentários acerca das “dimensões” ou “aspectos” dos direitos fundamentais. Considera-se que esses direitos possuem duas dimensões: subjetiva e objetiva. A subjetiva trata os direitos fundamentais como direitos subjetivos do cidadão, impondo ao Estado a consecução de certos fins e valores constitucionalmente proclamados (JORGE NETO, 2009, p. 42-44). Essa dimensão subjetiva, dentre outros efeitos, garantem a possibilidade de exigência de uma ação ou de uma abstenção. Por outro lado, a dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. O bem por ele proporcionado não será visto apenas com um enfoque individualista, mas como um valor em si, a ser preservado e fomentado (MENDES et. al., 2009, p. 300), ou seja, a dimensão objetiva serve para reforçar dimensões subjetivas dos direitos (CANOTILHO, 2006, p. 14-15).

Esta dupla dimensão dos direitos fundamentais, como ensina Novais (2010, p. 58), resulta na vinculação do Estado atais direitos que se traduz genericamente, não apenas na obrigatoriedade de abstenção dos poderes públicos na intervenção restritiva nos âmbitos de liberdade que os direitos fundamentais garantem aos particulares, mas também na sua atuação positiva a fim de garantir o exercício efetivo, além da obrigação do Estado estruturar todo o ordenamento jurídico em conformidade e em função dos direitos fundamentais.

### *A Separação dos Poderes*

A Separação dos Poderes surge em contraponto ao estado absolutista, diluindo o poder absoluto e dividindo-o para que seja garantida a liberdade do indivíduo. Montesquieu, posteriormente a Aristóteles e a Locke, trouxe a ideia de que os três poderes deveriam ser separados para evitar a tirania - o abuso de poder quando na mão de uma única pessoa (TAMER, 2005, p. 16-18). Foi com ele que surgiu a ideia de freios e contrapesos, em que cada poder não só produz os atos inerentes à sua função – *faculté de statuer* -, mas também interfere em atos de outros órgãos, com a finalidade de contribuir para a produção de seus efeitos, assim como para impedir que eles se deem – *faculté d’empêcher* – (MIRANDA, 2002, p. 136).

O Poder do Estado é uno, titularizado pelo povo – soberano -, exercido em seu nome – representação -, por órgãos específicos que distribuem entre si funções especializadas. Cada Poder desempenha funções típicas e atípicas. A função típica é a preponderante, a atípica é a secundária. Isso é importante, como dito anteriormente, para manter o sistema de freios e contrapesos ou o princípio da interferência funcional. O importante é que entre os Poderes Orgânicos exista independência, sem prejuízo da harmonia, e equilíbrio, sem hegemonia de qualquer deles. (TAMER, 2005, p. 19-21).

A separação dos poderes – assim como os demais princípios estruturantes do Estado de Direito - é fundamental à garantia do exercício moderado do poder e à contenção do totalitarismo (ZIPPELIUS, 1997 *apud* GARCIA, 2005, p. 51). A divisão de poderes é muito mais um preceito de arte política do que um preceito jurídico, “menos um princípio para a organização do sistema estatal e de divisão de competências, mas um meio de se evitar um despotismo real” (KRELL, 2002, p. 89).

Portanto, se a divisão de poderes é importante para se conter a atuação em um Estado Liberal - no que tange à garantia da liberdade individual -, ela se torna essencial em um Estado Social, no que diz respeito à atuação mais ativa e interventora do Poder Público. Desse modo, cabe salientar que o Estado passa a atuar de forma dirigida, substituindo a antiga



estabilidade do Estado Liberal pelo dirigismo estatal. Assim, o Estado deve promover a igualdade substancial dos cidadãos e não apenas a igualdade meramente formal dos bens da vida amparados pelos direitos fundamentais sociais (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 70-72).

Cabe à ordem constitucional, através dos seus valores materiais contidos, implícita ou explicitamente, atuar como elemento polarizador do princípio da separação dos poderes. A contemplação de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, assim como a exigência da preservação da dignidade da pessoa humana e de um padrão mínimo de existência, indica uma opção ideológica constitucional, a qual deve ser prestigiada na interpretação, influenciando princípios como o da separação dos poderes (GARCIA, 2005, p. 3-5).

A opção – do Constituinte Originário - pelo Estado Social e Democrático de Direito<sup>3</sup> impõe a imperativa observância de certos padrões de conduta estabelecidos em lei – tanto omissivos, quanto comissivos – podendo-se falar em Estado de Direito; do mesmo modo, a necessária participação popular na vontade e exercício do poder político – o que implica, conseqüentemente, na aceitação das normas dela derivada – daí falar-se em Estado Democrático. Por fim, a integração dos Poderes a fim de assegurar o progresso social e uma existência digna, sempre em vista do bem-comum, justifica o significado de Estado Social (GARCIA, 2005, p. 7). No âmbito das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, chamamos Estado *Democrático* de Direito aquele Estado que se empenha em assegurar o exercício efetivo dos direitos civis e políticos e, com mais força, assegurar, também, os direitos sociais, econômicos e culturais, uma vez que sem esses de nada valeria a proclamação daqueles (MENDES et. al., 2009, p. 171).

Portanto, todos os Poderes devem agir de acordo com os direitos, programas e fins estabelecidos constitucionalmente. Isso significa que quaisquer condutas praticadas por agentes da administração que se desviam dos objetivos estatais estarão sujeitas ao controle pelo Judiciário. Em outras palavras, uma vez violado um direito fundamental, nasce a pretensão ao indivíduo de vê-lo satisfeito. A ideia de Independência entre os Poderes Constituídos não pode ser levantada como óbice à efetivação pelo Judiciário dos Direitos Fundamentais. (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 77-81).

O controle judicial da administração é, sobretudo, um meio de preservação de direitos fundamentais, porque visa a impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários (TAMER, 2005, p. 146). O não cumprimento – pelo Legislador ou pelo Governo – das tarefas constitucionais ligadas aos direitos é suscetível de desencadear uma inconstitucionalidade por omissão (KRELL, 2002, p. 86).

Não haverá indevida intromissão judicial na correção de ato administrativo se o critério ou opção do administrador houverem sido insustentáveis, desarrazoados, manifestamente impróprios “ante o plexo das circunstâncias reais envolvidas”, resultando, por isso, na eleição de providência descontraída com a finalidade legal a que o ato deveria servir (TAMER, 2005, p. 146).

É importante salientar que, ainda que se tratando de atos políticos – ato caracterizado pela liberdade valorativa e, em regra, de reduzida sindicabilidade, uma vez que desprovidos de conteúdo normativo (GARCIA, 2005, p. 9) –, eles são passíveis de controle pelo Judiciário

---

<sup>3</sup>A ideia de Estado Democrático de Direito, consagrada no art. 1º da Constituição Federal de 1988, é a síntese histórica de dois conceitos próximos, mas que não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei - Estado de Direito. Democracia significa soberania popular e governo da maioria (BARROSO, 2008, p. 10).

quando em desconformidade com a Constituição, ou quando eivados de arbitrariedade, sob o manto do Princípio da Supremacia da Ordem Constitucional. Portanto,

[...] em uma democracia, a força política acha-se jurisdicizada e exprime-se pela Constituição: qualquer ato político que não tenha a conformação constitucional é ilegítimo e repugna a esta, pelo que se submete à censura do Judiciário. Todo ato político que não esteja revestido de juridicidade é espúrio ao sistema normativo em vigor. Todo ato de poder também se submete ao Judiciário quando colidem com direitos subjetivos públicos do indivíduo ou desatendem ao interesse público (TAMER, 2005, p. 171).

Nesse contexto, não é possível a invocação do princípio da Separação dos Poderes para a não apreciação da pretensão do titular do direito fundamental social, uma vez que a atividade jurisdicional é uma atividade corretiva do Estado-juiz, tendo por finalidade atender aos objetivos estatais, através da satisfação dos direitos fundamentais sociais. Isso se justifica porque o Judiciário é o Poder constitucionalmente responsável pela função de verificar a compatibilidade destas atividades com a Constituição Federal (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 95).

Entretanto, segundo Barroso (2008, p. 11), é de suma importância que o Judiciário atue, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Entretanto, a atuação do Judiciário nunca poderá expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.

### *Reserva do Possível*

Na discussão sobre as restrições dos direitos fundamentais, a cláusula da reserva do possível é invocada. Ela foi referida no julgamento *Numerus Clausus I* pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. *Numerus Clausus* é o nome de uma política adotada neste País, em 1960, com a finalidade de limitar o acesso de estudantes a determinados cursos universitários, como Direito, Medicina, Farmácia, entre outros, devido ao grande número de interessados. Estudantes que não conseguiram ingressar nas Faculdades de Medicina de Hamburgo e Munique contestaram essa limitação, com base no art. 12 da Lei Fundamental, que garante o direito de livre escolha da profissão, local de trabalho e seu centro de formação, devendo a lei regulamentar essa liberdade (LEIVAS, *in* NETO; SARMENTO, 2008, p. 286 – 287).

De acordo com a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, os direitos prestacionais estão limitados à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, poderá esperar do Estado. Isto significa que a reserva do possível impossibilita exigências acima de certo limite básico social. Cabe destacar que é necessário não apenas que a norma outorgue certa capacidade de atuação para seu destinatário, como também existam recursos materiais que tornem possível a satisfação do direito (BIGOLIN, 2004, p. 4). Nota-se, portanto, que a *teoria da reserva do possível* não se refere exclusivamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização dos direitos sociais, mas à pretensão razoável do indivíduo em exigi-lo (MÂNICA, 2011, p. 11).

Entretanto, de acordo com Mânica (2011, p. 12), essa teoria tem interpretação diversa no Brasil, sendo considerada *teoria da reserva do financeiramente possível*, uma vez que a efetivação dos direitos prestacionais está condicionada à dotação orçamentária e a suficiência de recursos públicos. Nesse contexto, a reserva do possível passou a ocupar o lugar da até então teoria das normas programáticas, separação dos poderes e pela discricionariedade administrativa, uma vez que a impossibilidade de intervenção do Judiciário na efetivação dos direitos sociais passou a ser entendida como ausência de previsão orçamentária.

Novais (2010, p. 138) argumenta que o condicionamento material dos direitos sociais o submete sempre à reserva do possível – ou da reserva do orçamento -, uma vez que o dever jusfundamental que recai ao Estado não é o da garantia da inviolabilidade e possibilidades jurídicas de concretização de um espaço de autodeterminação individual, mas garantir e promover as melhores condições de efetivação da prestação material Estatal, além de preservar os níveis de realização já atingidos.

Essa preservação dos níveis já realizados – proibição de retrocesso social – é fundamentada através do *princípio da democracia econômica e social*, o qual significa que os direitos sociais e econômicos, uma vez obtidos certo grau de realização, passam a ser considerados, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo (CANOTILHO, 2003, p. 338-339).

Há que se destacar, entretanto, que esse princípio não poderá ser aplicado em caso de recessões e crises econômicas – reversibilidade fática -, mas ele limita a reversibilidade dos direitos adquiridos, como segurança social, subsídio ao desemprego e prestações de saúde, tendo por finalidade a proteção aos princípios da confiança e da segurança econômica dos cidadãos, no âmbito econômico, social e cultural, assim como à proteção do núcleo essencial do mínimo existencial irradiado pelo princípio da dignidade da pessoa humana (CANOTILHO, 2003, p. 339).

Krell (2002, p. 51-57) entende que o condicionamento de realização de direitos sociais ao caixa cheio do Estado é reduzir sua eficácia a zero, visto que ele relativiza sua universalidade e rebaixa os direitos sociais à condição de direitos de segunda categoria. O Estado não pode atuar com discricionariedade absoluta, não podendo, por exemplo, escolher quem tratar – tratar milhões de pessoas com doenças comuns ou um pequeno número de pessoas com doenças terminais, por exemplo. Isso porque se não houver recursos suficientes, deve-se deslocar recursos de outros locais, como o transporte, pagamento de dívida, fomento econômico, etc., uma vez que tais direitos não estão ligados aos direitos essenciais da pessoa, como o direito à vida, à saúde e à integridade física.

Por outro lado, Sarlet (2005, p. 159-160) entende que pela natureza positiva vinculada fundamentalmente a um dever do Estado, os direitos sociais, econômicos e culturais têm um limite institucional e material com a reserva do possível. Quer dizer que está diretamente ligada a um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias. Por isso, comprovado objetivamente a insuficiência de recursos financeiros do ente Estatal, não seria razoável exigir a imediata efetivação do comando fundado na Carta Constitucional. Portanto, para não se negar por completo essa teoria, o Estado deve provar a completa insuficiência fática de recursos financeiros para impossibilitar a prestação material (KRELL, 2002, p. 51-57).

Via de regra, a cláusula da reserva do possível é invocada para se negar a eficácia dos direitos sociais, os quais precisam de disponibilidade financeira fática do Poder Público (KRELL, 2002, p. 51-57). Entretanto, Sarmento (*in* BONAVIDES et. al., 2009, p. 373)

assevera que não podemos considerar a necessidade dessa disponibilidade uma exclusividade dos direitos sociais, uma vez que certos direitos individuais necessitam, também, de dinheiro para sua efetivação, e cita como exemplo a proteção à propriedade e aos direitos políticos: para se fazer uma eleição, assim como para se proteger a propriedade, é mister que haja recursos orçamentários.

Destaca-se, entretanto, que não é incumbência do Judiciário, *a priori*, formular e implementar política pública de outras esferas do Poder, mas uma vez descumpridos os encargos políticos-constitucional do ente competente e comprometendo a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos “impregnados” de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático, dever-se-á atribuí-la ao Poder Judiciário, mesmo que de modo excepcional (SARLET, 2005, p. 159).

Contudo, isso não pode ser objeto de manipulação ilícita de sua atividade financeira e/ou político administrativa, criando obstáculos artificiais, revelando o principal propósito de fraudar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (SARLET, 2005, p. 159-160).

Nessa esteira, a finalidade do Estado ao obter recursos financeiros é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988. Dentre eles, no seu núcleo fundacional se encontra a dignidade da pessoa humana, o qual possui como limite de partida o mínimo existencial, que também sofre limites dos princípios constitucionais e dos direitos e garantias individuais e coletivos. Estes devem ser garantidos e não violados, utilizando-se para isso, critérios de ponderação devidamente fundamentado (SARLET, 2005, p. 159-160). Esse processo de ponderação deve levar em conta a limitação de recursos – racionalidade econômica –, uma vez que as necessidades são ilimitadas (MÂNICA, 2011, p. 15).

Todavia, as restrições dos direitos fundamentais somente se justificam quando previstas na própria constituição, além de não violarem o núcleo essencial dos Direitos Fundamentais. Os valores de ordem econômica não são postos como absolutos que sobressaiam à efetivação dos direitos sociais, uma vez que o seu propósito consiste na concretização dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Assim, o princípio da reserva do possível deve ser associado ao mínimo existencial, trazendo uma ideia de otimização dos recursos mediante o emprego do máximo possível para garantir a eficácia dos direitos sociais (GUERRA; EMERIQUE, 2006, p. 391-392).

Nessa esteira, segundo lições de Canotilho (2003, p. 339), o reconhecimento da proteção aos direitos prestacionais corresponde a um limite jurídico à atuação legislativa, assim como uma imposição de persecução de política em conformidade com os direitos concretos e suas expectativas subjetivas. Portanto, a violação do núcleo essencial configurará uma inconstitucionalidade, uma vez que se estará aniquilando a justiça social.

## Limites Necessários à Reserva do Possível: a Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial

*A teoria dos princípios*, desenvolvida a partir dos estudos de Ronald Dworkin, foi ordenada, posteriormente, por Robert Alexy em categorias mais próximas da perspectiva

romano-germânica do Direito. Dessa forma, são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo a atribuição de normatividade aos princípios e o reconhecimento da distinção qualitativa entre regras e princípios:

[...] regras se aplicam na modalidade ou tudo ou nada. Ocorrendo a hipótese de incidência, ocorrerá a subsunção na norma. Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete. Por isso se diz que as regras são mandados ou comandos definitivos. Uma regra somente deixará de ser aplicada se outra a excepcionar ou se for inválida. Como consequência, os direitos nela fundados também serão definitivos. Princípios abrigam um direito fundamental, um valor, um fim [...] em uma ordem jurídica pluralista, uma Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. Por isso os princípios não podem ser aplicados na modalidade ou tudo ou nada, mas de acordo com a dimensão do peso. Não é mera subsunção do fato à norma determinada. Cabe à autoridade competente – legislador ou intérprete judicial – proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes. Por isso se diz que princípios são mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese [...] (BARROSO, 2008, p. 7-9).

Os princípios são o núcleo do ordenamento jurídico, servindo de norte para as demais normas, irradiado por força da abstração. É mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce. Com efeito, a dignidade da pessoa humana se encontra no epicentro da ordem jurídica brasileira, uma vez que parte da valorização do ser humano como razão fundamental para a organização do Estado e do Direito (GUERRA; EMERIQUE, 2006, p. 385-386), considerado desde logo de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional, e elevado, de tal forma, à princípio fundamental da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (MENDES et. al., 2009, p. 172).

O Estado Constitucional de Direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e a centralidade dos direitos fundamentais. Da dignidade da pessoa humana irradia todos os direitos fundamentais, sendo, frequentemente, o núcleo essencial de tais direitos (BARROSO, 2008, p. 10). Cabe salientar que a gênese da tutela não reside na lei, sendo desnecessário arrolar direitos para que eles possam receber proteção jurídica: tudo aquilo que é inerente à personalidade do sujeito concreto é digno de proteção jurídica, por dizer respeito à dignidade da pessoa humana (FACHIN; PIANOVSKI, 2008, p. 16). Isso importa dizer que ela é uma base na qual os direitos fundamentais se tornam inegociáveis, imediatamente exigíveis, inclusive judicialmente (JORGE NETO, 2009, p. 153).

A dignidade da pessoa humana se difere das coisas, porque essa é considerada e tratada apenas como um fim em si, mas nunca como um meio para a consecução de determinado resultado, além de resultar do fato de que só a pessoa vive em condições de autonomia, devido sua vontade racional, o que significa que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas (COMPARATO, 1999 *apud* GUERRA; EMERIQUE, 2006, p. 382).

Acrescenta-se a isso, que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade (SARLET, 2001*apud* GUERRA; EMERIQUE, 2006, p. 382). Significa que ela representa um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa contra atos de cunho degradante e desumano, além de garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, assim como propicia e promove sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (FACHIN; PIANOVSKI, 2008, p. 2).

Cumpra acrescentar que a dignidade da pessoa humana – o axioma do ordenamento jurídico - não somente é um limite à atuação do Estado frente ao cidadão, mas afeta, também, as relações entre os particulares, assim, “a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tateados poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, detidos e de cada um, condição dúplce esta que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e prestacional da dignidade” (SARLET, 2001*apud* FACHIN; PIANOVSKI, 2008, p. 4). Portanto, ela é um dado concreto, aferível no atendimento das necessidades que propiciam ao sujeito se desenvolver com efetiva liberdade – que não se apresenta apenas em um âmbito formal, mas se baseia, também, na efetiva presença de condições materiais de existência que assegurem a viabilidade real do exercício dessa liberdade (FACHIN; PIANOVSKI, 2008, p. 10-11).

O mínimo existencial<sup>4</sup>, por sua vez, é o núcleo da própria dignidade da pessoa humana, sem o qual o ser não tem condições necessárias a sua existência e seu desenvolvimento como pessoa. Ele é fundamentado como corolário da dignidade da pessoa humana, pois esta aponta para certo nível de satisfação das necessidades, uma vez que o ser humano precisa do mínimo de existência para que ele possa gozar os seus direitos e para que leve uma existência humana digna (LEIVAS, *in* NETO; SARMENTO, 2008, p. 300). Assim, podemos dizer que o mínimo existencial integra o conceito de direitos fundamentais e corresponde a um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos – imunidade – e que ainda exige prestações estatais positivas (TORRES, *in* NETO; SARMENTO, 2008, p. 314).

Segundo a Teoria do Estado Social, o Estado tem o dever de transportar as liberdades da constituição para a realidade constitucional. Quase todos os autores aceitam e defendem que o Estado Social deve intervir para garantir a existência física da pessoa, o mínimo social. A Corte Alemã extraiu um direito a um mínimo de existência da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social. Isso possibilitou o aumento do dinheiro que o Estado está obrigado a pagar à população carente (KRELL, 2002, p. 61).

O mínimo existencial é o direito à satisfação das necessidades básicas – direitos a atividades e relações que garantam a saúde e a autonomia humana – que impeçam a ocorrência de dano grave ou sofrimento em razão da deficiência de saúde ou de impossibilidade de exercício da autonomia. Em uma definição mais completa, podemos dizer que o mínimo existencial é o direito à conservação da vida humana digna, que compreende a necessidade de vida física, como alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc.,

---

<sup>4</sup>A concepção de mínimo existencial surge em 1954, na Alemanha, incorporando-se, posteriormente, à jurisprudência alemã, a partir da conjugação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social. No Brasil, foi introduzido pela obra de Ricardo Lobo Torres, e também invocado em decisões do STF - AGRE n. 410.715-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005 – (SARMENTO, *in* BONAVIDES et. al., 2009, p. 382).

assim como a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Portanto, podemos falar em mínimo existencial físico e cultural-espiritual (LEIVAS, *in* NETO; SARMENTO, 2008, p. 300-301).

O problema é estabelecer o limite básico e as proporções de um padrão elementar tão necessário para atender às exigências da dignidade humana. O mínimo existencial tem duas facetas: garantista e prestacional. A primeira nos remete à ideia de proibir agressão do direito. Já a segunda, tem feição de direito social, frente ao Estado. Aqui se encontra a grande dificuldade de determinar quais prestações de direitos sociais conformam o seu núcleo (GUERRA; EMERIQUE, 2006, p. 387). Podemos falar que é preciso seriar as medidas pela ordem da sua prioridade e da sua maior e mais urgente necessidade.

A noção de necessidade oscila entre o conceito de sobrevivência e o conceito de abundância, no sentido da supressão das necessidades. Dessa forma, o Estado-protetor estaria ligado à garantia de sobrevivência, naquele sentido da proteção física da vida, enquanto que o Estado-providência corresponderia à garantia de uma abundância mínima para todos os cidadãos. (TAMER, 2005, p. 218).

Pode-se dizer que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais constitui limite intransponível para as restrições por parte do Estado. Segundo a teoria relativa, conteúdo essencial é o que resulta de uma ponderação, ou seja, as restrições que surgem da aplicação do princípio da proporcionalidade não ferem a garantia do conteúdo essencial – pressupõe o caráter de princípio das normas de direito fundamental. Já a teoria absoluta não abre margem para ponderação. Cada direito fundamental possui um núcleo em que não pode haver intervenção. E por não poderem ser ponderadas, representam regras. Quanto à eficácia negativa, é totalmente fechado, não se admitindo restrições. Quanto à eficácia positiva, *status positivus libertatis*, pode ser dinamizado pelas políticas jurídicas e sociais (TORRES, *in* NETO; SARMENTO, 2008, p. 320-321).

Conclui-se, portanto, que a adoção da teoria do mínimo existencial permite que os direitos devam ser interpretados a partir da cláusula da dignidade da pessoa humana, princípio vetor do Estado, visto que sem o mínimo necessário, cessa a possibilidade da própria sobrevivência (KRELL, 2002, p. 60-63). Entretanto, mesmo considerando a dignidade da pessoa humana como um vetor interpretativo, um valor fonte que inspira e conforma o ordenamento jurídico dos Estados de Direito, traduzindo-se no Estado brasileiro como fundamento do mesmo, é constante a sua violação de toda ordem (GUERRA; EMERIQUE, 2006, p. 394-395).

Nesse sentido, para se chegar a esse mínimo básico - fundado na dignidade da pessoa humana - o Estado deverá adotar condutas de prestações materiais garantidoras de direitos (KRELL, 2002, p. 60-63), não se podendo alegar a insuficiência de recursos orçamentários quando essa afete o seu núcleo essencial.

## CONCLUSÃO

Concluimos, portanto, que, após o advento da Constituição Federal de 1988 e a consagração das normas constitucionais como verdadeiras normas jurídicas, ganhando, portanto, força normativa e efetividade, diversas decisões do Judiciário vem interferindo

diretamente nas políticas públicas da Administração no que tange à efetivação dos direitos fundamentais, em especial, os direitos sociais. Notamos isso, principalmente, na seara dos Direitos à Saúde, em que os Tribunais brasileiros vêm condenando o Estado – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – a oferecerem medicamentos essenciais aos cidadãos carentes<sup>5</sup>, assim como lhes garantindo vagas em UTI's<sup>6</sup>.

É importante salientar que a falta de efetivação não se dá, em regra, pela ausência de leis ordinárias, como por muitos se pensam; o problema maior é a não prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público, ou seja, na formulação, na implementação e na manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Nesse contexto, sob o argumento de respeito à Separação dos Poderes, a discricionariedade do administrador público na elaboração e execução de Políticas Públicas, e na eficácia programática das normas constitucionais de Direitos Sociais e sua limitação orçamentária – reserva do possível -, a Administração Pública sustenta a impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário na efetivação dos Direitos Sociais.

O controle judicial da Administração é um meio de preservação de direitos individuais, porque visa a impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários. Inclusive, esse é o pensamento de Tamer, que sustenta que não ocorrerá indevida intromissão judicial na correção de ato administrativo, se o critério ou opção do Administrador houverem sido insustentáveis, desarrazoados, manifestamente impróprios diante as circunstâncias reais envolvidas.

Não nos podemos furtar, também, que, como bem sustenta o Ministro Relator da ADPF nº. 45 – Celso de Melo - o caráter programático de certas normas constitucionais, como no caso da regra contida no art. 196, da CFRB, não pode ser considerada como promessa constitucional inconsequente – de fato, independentemente da classificação quanto à eficácia das normas constitucionais, nenhuma regra contida na Carta Política pode ser entendida como promessa -, sob pena de se estar frustrando expectativas depositadas pela coletividade no Poder Público, que estará substituindo ilegitimamente seu dever governamental determinado pela própria Lei Fundamental.

Do mesmo modo, a questão sobre o custo dos direitos e o limite orçamentário não deve ser invocada para se negar a efetivação dos direitos sociais, especialmente quando o Estado destina recursos a programas de fundamentalidade questionável, como Copa do Mundo, Olimpíadas, etc. Não se pode negar, entretanto, que a efetivação dos direitos geram custos e que os recursos são limitados. Contudo, é dever do Estado garantir um mínimo de prestações sociais garantidoras da existência digna dos indivíduos. Portanto, para a realização dessas prestações mínimas, o orçamento pode servir de base para a maior efetividade dos direitos sociais prestacionais, na medida em que valorize as reais prioridades estabelecidas na Constituição e se comprometa cada vez mais com a promoção da dignidade da pessoa humana.

Assim, é importante que se estabeleça a prioridade da garantia material do padrão mínimo existencial em direitos sociais, estando presente uma restrição proporcional dos bens jurídicos colidentes, para reforçar o caráter de direito subjetivo à determinada prestação social. Dessa forma, é essencial que se estabeleça a dignidade da pessoa humana como

---

<sup>5</sup>RE 393.175-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 11.12.2006.

<sup>6</sup>ARE 700777 DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 06.08.2012.



verdadeiro limite à restrição dos direitos fundamentais, coibindo abusos que os levem à sua supressão ou esvaziamento.

## BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. Rio de Janeiro, Saraiva: 2009.

\_\_\_\_\_. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**. Revista Unijus, Uberaba – MG, v.11, n. 15, nov.2008. Disponível em <[http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus\\_15.pdf](http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf)> Acesso em 29 de novembro de 2012.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. Ed. Rio de Janeiro, Renovar: 2006.

BIGOLIN, Giovani. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15658-15659-1-PB.pdf>> Acesso em 06 de dezembro de 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7ª Triagem. Rio de Janeiro, Campus: 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, Malheiros: 2008.

BRASIL, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45, de 29/04/2004, rel. Min. Celso de Mello. Distrito Federal. Arguente: PSDB. Arguido: Presidente da República. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>> Acesso em 04/12/2012.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo, Saraiva: 2011.

COSTA, Nelson Nery. **Constituição Federal Anotada e Explicada**. Rio de Janeiro, Forense: 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. In: Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Org.: Dirley da Cunha Júnior e Rodolfo Pamplona Filho. Salvador, Juspodium: 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra, Portugal, 7ª edição, Almedina: 2003.

\_\_\_\_\_. Das constituições dos direitos a crítica dos direitos nas constituições. *In*: Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal, nº09. 2006.

FACHIN, Luiz Edson e PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista**, In Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 35, jul/set de 2008.

GARCIA, Emerson. **Princípio da Separação dos Poderes: Os Órgãos Jurisdicionais e a Concreção dos Direitos Sociais**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, periodicidade semanal XLVI, nº. 2, 2005. Disponível em <<http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=yv9pnpOdkK4%3D&tabid=266>> Acesso em 26 de novembro de 2012.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, nº. 9, 2006. Disponível em <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>> Acesso em 26 de novembro de 2012.

JORGE NETO, Nagib de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais**. Salvador: Juspodium, 2009.

KRELL, Andreas J. , **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre, Safe: 2002.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial**. In: Direitos Sociais, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Org.: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento. Lumes Juris, Rio de Janeiro: 2008.

MÂNICA, Fernando Borges. **A teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e à intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador/BA, nº. 25, fev/mar/abr, 2011. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>> Acesso em 06 de dezembro de 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Ver. E atual. São Paulo, Saraiva: 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Lisboa, Coimbra: 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2ª ed. Coimbra Editora: 2010.

PESSANHA, Érica. **A eficácia dos direitos sociais prestacionais**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, nº. 8, jun. 2006. Disponível em <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Discente/Erica.pdf>> Acesso em 06 de dezembro de 2012.

PIOVESAN, Flávia. **A Universalidade e a Indivisibilidade dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas**. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. In: César Augusto Baldi. Renovar: 2004.

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

\_\_\_\_\_. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, nº 11, Set/out/nov.,2007. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>> Acesso em 26 de novembro de 2012.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2005.

SARMENTO, Daniel. In: **Comentários à Constituição Federal de 1988**.Org.: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. 1ª Edição, Rio de Janeiro.Forense: 2009.

SILVA, José Afonso da.**Curso de direito constitucional positivo**. Malheiros: 2005.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TAMER, Sérgio Victor. **Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias. Um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais**.Porto Alegre, Safe: 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Edição, São Paulo, Saraiva: 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. In: Direitos Sociais, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Org.: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento. Lumes Juris, Rio de Janeiro: 2008.

VERONESE, Alexandre. In: **Comentários à Constituição Federal de 1988**.Org.: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. 1ª Edição, Rio de Janeiro, Forense: 2009.