

A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

Rosalia Carolina Kappel Rocha
Advogada da União – 4ª Região

Introdução; Breve Histórico e Classificação dos Direitos Fundamentais; 1. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 1988: Eficácia dos Direitos Sociais; 2. Direitos subjetivos e Direitos Solciais; 3. Direitos Sociais e Princípio da Proporcionalidade; 4. Princípio da Separação dos Poderes: políticas públicas e controle na realização dos direitos sociais; 5. Reserva do Possível: limitação de recursos e atendimento dos direitos sociais; Conclusão; Referências Bibliográficas

Resumo

O presente artigo versa acerca da eficácia dos direitos sociais em face da reserva do possível. Enquanto a plena eficácia dos direitos de defesa normalmente não costuma ser questionada, o mesmo não ocorre com relação aos direitos sociais, especialmente quando considerada sua dimensão prestacional. Em que pese o disposto no parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, a eficácia e aplicabilidade dos direitos sociais constituem matéria mais complexa, especialmente considerando que a concretização de tais direitos muitas vezes exige prestações estatais positivas. Assim é que nesse estudo é feita análise da eficácia dos direitos sociais, sendo apresentados posicionamentos diversos da doutrina, que diverge acerca do tema. Também são levantadas relevantes questões acerca da dimensão subjetiva de tais direitos, bem como do princípio da separação de poderes, dos limites de atuação judicial, das opções políticas públicas e do princípio da proporcionalidade. A reserva do possível, apontada não apenas pela doutrina alemã e portuguesa, mas também objeto de exame pela doutrina e jurisprudência brasileiras, é estudada diante das possibilidades e limites do que pode ser exigido do Estado, tendo em vista a escassez de recursos públicos.

Palavras-chave: direitos fundamentais, direitos sociais, eficácia, direitos subjetivos, separação de poderes, princípio da proporcionalidade, reserva do possível.

Abstract

The article approaches the effectiveness of social rights and the reserve of possible. While plain effectiveness of freedom rights is not commonly under question, such is not what happens with social rights, especially when welfare is

considered. Although the Constitution of Brazil, in its fifth article, first paragraph, is clear, the effectiveness of social rights is a complex matter, especially considering that it demands governmental assets and positive actions. In this study an analysis of the effectiveness of social rights is done, presenting the points raised by nowadays doctrine, that diverges on the theme. Also relevant questions are raised towards subjective dimensions of this type of rights, the separation of powers, the limits of judicial control, the political options and the proportionality principle. The reserve of possible, pointed not only by the German and Portuguese doctrine, but also by the brasilians schoolars and courts, is studied now ahead, confronted with the limits and possibilities of what can be demanded from State, considering a restricting budget.

Keywords: fundamental rights, social rights, effectiveness, subjective rights, separation of powers, proportionality principle, reserve of possible.

INTRODUÇÃO

O constituinte de 1988, inovando no constitucionalismo brasileiro, elencou já nos primeiros artigos da Carta Constitucional, os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (arts. 1º a 4º) e os direitos e garantias fundamentais (arts. 5º a 17). Dentre os fundamentos podem ser apontados a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político. Como objetivos fundamentais apontam-se, dentre outros, construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação. A Constituição ainda impõe a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (§ 1º do art. 5º) e estabelece que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (§ 2º do art. 5º).

A efetividade, a aplicabilidade e a concretização especialmente dos direitos sociais exigem conduta estatal. Entretanto, na concretização desses direitos, não há como escapar da sua adequação e harmonização à realidade e à possibilidade fática da própria atividade prestacional.

Assim é que, no presente trabalho pretende-se examinar a eficácia dos direitos sociais em face da reserva do possível.

Para tanto, será analisado, inicialmente e de forma mais sintética, o histórico dos direitos fundamentais bem como as dimensões dos direitos fundamentais e a eficácia de tais direitos, especialmente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Também serão estudados os direitos sociais em relação a direitos subjetivos.

No estudo da efetiva concretização dos direitos sociais, que são os que primordialmente constituem direitos que exigem prestação positiva do Estado, serão analisados os princípios da proporcionalidade e o da separação de poderes, considerando, inclusive, as políticas públicas.

Ainda pretende-se fazer cotejo da eficácia de tais direitos com a reserva do possível, tendo em vista os limites, em especial financeiros, impostos ao Estado. É na aplicação desses direitos, com exigências frente ao poder público, que surgem as questões quanto à real concretização dos direitos sociais, sendo necessária, portanto, a busca de soluções possíveis e viáveis a harmonizar os direitos consagrados na Carta Política com as condições financeiras públicas.¹

BREVE HISTÓRICO E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Quanto ao aspecto histórico, releva notar que os direitos fundamentais têm origem no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Assim, pode-se afirmar que a história dos direitos fundamentais está ligada à história da limitação do poder.¹

Observa Bonavides que, enquanto a Constituição do Estado Liberal é 'antigoverno' e 'anti-Estado', a Constituição do Estado Social é uma Constituição de "*valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder*".² O Estado de Direito foi um produto da Revolução Burguesa. O Estado ameaçava os valores dominantes (vida, liberdade e propriedade). Já o Estado Social passa a constituir produto da sociedade industrial, sendo que a ameaça em relação àqueles valores não procede mais do Estado, mas da sociedade e de suas estruturas injustas. Neste, o Estado aparece como aliado, protetor de novos valores, ao passo que a sociedade figura como o reino da injustiça e das desigualdades.³

Tendo em conta a classificação dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet menciona que o termo 'gerações' de direitos pode levar à falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual prefere o termo 'dimensões' dos direitos fundamentais, utilizada pela doutrina mais moderna.⁴

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são apresentados como direitos de cunho 'negativo', já que dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos.⁵ Têm por titular o indivíduo, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa, ostentando, ainda, uma subjetividade, que é seu traço marcante. São direitos de resistência ou de oposição frente ao Estado.⁶ Integram os direitos de primeira dimensão os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade. Tais direitos correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental.⁷ É de se observar que, em relação a tais direitos, nem sempre é exigida exclusivamente abstenção, já que podem ser exigidas prestações positivas ou ajudas materiais, sem as quais é frustrado o seu exercício (como por exemplo a liberdade de imprensa, que implica assegurar pela

¹SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 3ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 39.

²BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 336.

³Idem, p. 345.

⁴SARLET, op. cit., p. 50.

⁵Idem, p. 51.

⁶BONAVIDES, op. cit., p. 517.

⁷SARLET, 2003, p. 52.

lei os meios necessários à salvaguarda da sua independência perante os poderes político e econômico).⁸

Os direitos de segunda dimensão, também denominados de direitos econômicos, sociais e culturais, têm origem no século XIX. Com a industrialização e os graves problemas sociais e econômicos, acompanhados de movimentos reivindicatórios, houve a exigência em relação ao Estado, de um comportamento ativo na realização da justiça social. Há, portanto, uma dimensão positiva. Não se trata mais de liberdade do e perante o Estado, mas de uma liberdade por intermédio do Estado. Caracterizam-se por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc. É no século XX, de modo especial no segundo pós-guerra, que estes direitos acabaram sendo consagrados em um número significativo de constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. Distinguem-se dos direitos de liberdade e igualdade formal, já que têm relação com igualdade no sentido material.⁹ A liberdade igual leva para a igualdade real, pressupondo a possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais. Tal liberdade enseja tarefa de distribuição/redistribuição dos ‘bens sociais’ entre classes e extratos das populações, entre nações e entre gerações.¹⁰

Os direitos sociais não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as liberdades sociais, como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, a garantia de salário-mínimo, limitação de jornada de trabalho, entre outros.¹¹

Os direitos sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas, sim, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, de distribuição e redistribuição dos recursos existentes, assim como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que dele necessitam.¹² Os direitos sociais se realizam por meio de políticas públicas, orientados pelo princípio lógico e estruturante de solidariedade social.¹³

Jorge Miranda difere que, enquanto nos direitos de liberdade se parte da idéia de que as pessoas, “*só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem respeito e proteção por parte do Estado e dos demais poderes*”, nos direitos sociais, “*parte-se da verificação da existência de desigualdades e de situações de necessidade – umas derivadas das condições físicas e mentais das próprias pessoas, outras derivadas de condicionalismos exógenos (econômicos, sociais, geográficos, etc.) – e da vontade de as vencer para estabelecer igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da mesma comunidade política.*”¹⁴ O doutrinador português menciona ainda que, enquanto a maior parte dos direitos,

⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1998, v. IV, p. 102.

⁹ SARLET, op. cit., p. 53.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 476.

¹¹ SARLET, op. cit., p. 53.

¹² Idem, op. cit., p. 274.

¹³ CANOTILHO, op. cit., p. 511.

liberdades e garantias está consignada em normas constitucionais preceptivas e exeqüíveis por si mesmas, tornando seu exercício possível desde que estas sejam aplicadas, “a totalidade (ou quase totalidade)” dos direitos sociais está consignada em normas programáticas, “normas que têm de ser seguidas não só de lei como de modificações econômicas, sociais, administrativas ou outras”. Ademais, a realização de tais direitos é indissociável da política econômica e social de cada momento (ao passo que a realização dos direitos de primeira dimensão, implica, *prima facie*, atividade eminentemente jurídica). Nesse contexto, e tendo em vista o sistema pluralista, as normas constitucionais que consagram os direitos sociais devem ser normas abertas, de modo a receberem diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. Enquanto os direitos de liberdade têm conteúdo essencialmente determinado (ou determinável) ao nível de ações constitucionais, os direitos sociais têm conteúdo determinado, em maior ou menor medida por opções do legislador, pelo que “*uma mais vincada densidade constitucional dos primeiros do que dos segundos, sem embargo de, por via interpretativa, serem sempre apuráveis o lugar e a projeção de cada direito na ordem constitucional*”.¹⁵

Os direitos de terceira dimensão, também denominados de direitos de solidariedade e de fraternidade, caracterizam-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa.¹⁶ Conforme Bonavides, têm primeiro por destinatário o gênero humano, num momento signficante de sua afirmação como valor supremo de existencialidade concreta.¹⁷ Dentre tais direitos pode-se citar o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e à utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.¹⁸

Há, ainda, a tendência de reconhecer a existência de uma quarta dimensão, sendo esta o resultado da globalização dos direitos fundamentais. Dentre tais direitos pode-se mencionar o direito à democracia e ao pluralismo.¹⁹ Desses direitos depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, na sua dimensão de universalidade, para a qual inclina-se o mundo no plano de suas relações de convivência. A globalização de direitos fundamentais significa universalizá-los institucionalmente.²⁰

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.²¹

¹⁴ MIRANDA, Jorge. *Os Direitos Fundamentais – Sua Dimensão Individual e Social*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – 1, out/dez de 1992, p. 200.

¹⁵ MIRANDA, 1998, v. 4, p. 105-106.

¹⁶ SARLET, op. cit., p. 53.

¹⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 523.

¹⁸ SARLET, op. cit., p. 53.

¹⁹ Idem, op. cit., p. 56.

²⁰ BONAVIDES, op. cit., p. p. 525.

²¹ MIRANDA, 1998, v. 4, p. 166.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: eficácia dos direitos sociais

No que tange à regra insculpida no artigo 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet entende que todas as normas relativas a direitos fundamentais são dotadas de um mínimo de eficácia, podendo-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que consagram tais direitos, a maior eficácia possível, outorgando-lhes, nesse sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, tendo em vista o conteúdo do próprio § 1º do artigo 5º. Assim, há um plus nas normas definidoras dos direitos fundamentais quando comparadas às demais normas constitucionais. Isso não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções quanto à graduação da aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positividade, do objeto, e da função que cada preceito desempenha. O § 1º do artigo 5º da Constituição representa uma espécie de mandado de otimização (no sentido da doutrina de Robert Alexy), que impõe a maximização (portanto, otimização) da eficácia de todos os direitos fundamentais.²²

Enquanto a plena eficácia dos direitos de defesa, integrados especialmente pelos direitos de liberdade, igualdade, direitos-garantia, garantias institucionais, direitos políticos e posições jurídicas fundamentais em geral, que, preponderantemente, reclamam uma atitude de abstenção dos poderes estatais e dos particulares (como destinatários dos direitos), normalmente não costuma ser questionada, o mesmo não ocorre com relação aos direitos sociais, especialmente quando considerada sua dimensão prestacional.²³

Nesta seara, conforme sustentado por Clemerson Mèrlin Clève, não é possível deixar de reconhecer que, ainda que inexistente uma distinção de regime, há, todavia, uma distinção que decorre naturalmente da singularidade das estruturas normativas dos direitos. *“Deveras, a estrutura normativa de uma disposição tratando de um direito de defesa não é equiparável à estrutura de um direito prestacional. Há nas disposições contemplando direitos de defesa, em geral, um grau de determinidade maior. Por isso, nós encontramos nos direitos de defesa mais freqüentemente possibilidade de aplicação imediata, porque muitas vezes do que se trata é impedir que o Estado venha a obstaculizar o exercício do direito pelo cidadão, um direito que poderia desde logo ser por ele exercido não fosse a atuação desconforme ou inconstitucional do Estado. Tudo se passa de modo diferente em relação à estrutura dos direitos prestacionais, porque esses direitos, ao contrário, só podem ser exercitados em virtude de uma atuação positiva, de cunho legislativo primeiro, de cunho administrativo ou material depois, do Poder Público. Porque não fora a atuação do Estado, certamente esse direito não poderia ser satisfeito.”*²⁴

Já José Afonso da Silva refere que, em que pese o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição estatuir que as *‘normas definidoras dos direitos e*

²²SARLET, op. cit., p. 259-261.

²³Idem, p. 263.

²⁴CLÈVE, Clemerson Mèrlin. Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>.

garantias fundamentais têm aplicação imediata e isso abranger as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11, isso não resolve todas as questões, “*porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.*”²⁵

Manoel Gonçalves Ferreira Filho refere que o parágrafo 1º do art. 5º da Constituição (norma inspirada na Constituição portuguesa, art. 18, § 1º), tem sido lido como determinando a aplicação imediata, mesmo de normas incompletas (aquelas que não contêm todos os elementos necessários para guiar a sua aplicação, também denominadas pela doutrina clássica de normas não exequíveis por si mesmas, as quais só se tornam executáveis após regulamentação, por lei, acaso constitucionais, ou por regulamento, acaso legais). Critica tal posicionamento o referido jurista: “*Não me parece essa a exegese mais correta. O constituinte certamente não quis fazer aplicável o inaplicável, nem quis deixar ao juiz – a pretexto de cobrir lacuna - o arbítrio de dar esta ou aquela feição a um direito ou garantia incompletamente caracterizados na Constituição.*”²⁶

Jorge Miranda ressalta que, enquanto a maior parte dos direitos de liberdade está consignada em normas constitucionais preceptivas e exequíveis por si mesmas, os direitos sociais (ou sua grande maioria) estão contemplados em normas programáticas, normas que têm que ser seguidas não só de lei, mas também de modificações econômicas, sociais, administrativas e outras, além de ser necessário “*um ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível*”.²⁷

Ainda que não exista diferença de regime jurídico entre os direitos fundamentais, não resta simplificada a questão atinente à eficácia dos direitos prestacionais, que, conforme alerta Canotilho, não pode ser solucionada conforme a dimensão absoluta de “*tudo ou nada*”, dependendo do exame da hipótese em concreto.²⁸

Ricardo Lobo Torres sustenta, por outro lado, que “*os direitos sociais e econômicos estremam-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do status negativus, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia erga omnes e se subordinam à idéia de justiça social.*” Constituem forma de princípios de justiça, de normas programáticas, sujeitos à intervenção do legislador, especificamente na via do orçamento público, à justiça social, à ponderação de princípios constitucionais, ao balanço de escolhas dramáticas por

²⁵ SILVA, José Afonso da, Garantias Econômicas, Políticas e Jurídicas da Eficácia dos Direitos Sociais. Disponível na internet: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto110.htm>

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Os Direitos Fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988. Revista de Direito Administrativo, nº 203, jan/mar 1996, p.8.

²⁷ MIRANDA, 1992, p. 204.

²⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 431.

políticas públicas num universo de recursos financeiros escassos e limitados. Aduz o referido doutrinador que tais direitos às vezes aparecem, especialmente na doutrina alemã, sob a denominação de direitos fundamentais sociais, em decorrência de sua constitucionalização, mas consoante a maior parte dos autores germânicos que a adotam, subordinam-se à justiça social, encontram-se sob a reserva do possível e constituem meras diretivas para o Estado, não se confundindo com os direitos da liberdade, nem com o mínimo existencial.²⁹ Explica Ricardo Lobo Torres que o mínimo existencial significa que *“há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.”*³⁰ Sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A sua proteção positiva se realiza de diversas formas, indicando o autor como exemplos de tutela do mínimo existencial, a entrega de prestações de serviço público específico e divisível, como ocorre na prestação jurisdicional, a educação primária, a saúde pública, os programas de assistência à população carente (merenda escolar, leite, ...), etc. Assim, o referido autor estabelece nítida diferença entre o mínimo existencial e os direitos sociais. Nesse sentido, refere que a saúde preventiva, tratada como direito fundamental pelo art. 196 da CRFB, passou a ser confundida com a saúde curativa, prevista no art. 6º e definida como direito social. Entretanto, as prestações de medicina curativa devem ser analisadas a partir dos critérios elaborados pela teoria da justiça, já que dependem de escolhas orçamentárias, sempre dramáticas num ambiente de escassez de recursos financeiros. Da mesma forma, a educação: apenas o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, constituindo direito público subjetivo (art. 208, I e § 1º), restando incluído nos direitos fundamentais e no mínimo existencial. Entretanto, ao ensino superior foi estendida a gratuidade, sem que houvesse suficiência de recursos no orçamento, levando ao desequilíbrio no perfil do atendimento, aumentando-se as verbas das universidades e diminuindo-se as da escola primária. Enfatiza o autor que *“a retórica do mínimo existencial não minimiza os direitos sociais, senão que os fortalece extraordinariamente na sua dimensão essencial, dotada de plena eficácia, e os deixa incólumes ou até os maximiza na região periférica, em que valem sob a reserva da lei.”*³¹ Enfatiza o doutrinador que o *statuts positivus libertatis*, próprio do mínimo existencial, não se confunde com o *status positivus socialis*, constituído pelas prestações estatais entregues para a proteção dos direitos econômicos e sociais e para a seguridade social, estando compreendido aí o fornecimento de serviço público inessencial. Enquanto o primeiro gera a obrigatoriedade da entrega de prestações positivas para a defesa dos direitos fundamentais, constituindo direito público subjetivo do cidadão, o segundo se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural, ou seja, sob a 'reserva do possível' ou na conformidade da autorização orçamentária. *“O statuts positivus socialis, por conseguinte, que não encontra guarida no âmbito dos direitos fundamentais, salvo no do mínimo existencial, caracteriza os direitos sociais e se*

²⁹TORRES, Ricardo Lobo (org.). *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 282-283.

³⁰Idem, p. 266.

³¹Idem, p. 268.

*inclui na noção de cidadania, de cuja dimensão política e reivindicatória depende.*³²

Ainda, conforme a doutrina de Robert Alexy, apenas quando a garantia material do padrão mínimo em direitos sociais puder ser tida como prioritária e se tiver como consequência uma restrição proporcional dos bens jurídicos (fundamentais ou não) colidentes, há como se admitir um direito subjetivo a determinada prestação social.³³

Gustavo Amaral, por outro lado, entende não serem razoáveis máximas como 'se está na lei é para ser cumprido', já que a lei, "*não importa seu nível hierárquico ou a devoção que lhes emprestem os governantes, não consegue remover a escassez*". Sustenta o autor que as posições defendidas por Ricardo Lobo Torres e Robert Alexy não são suficientes. Diferenciar um núcleo denominado 'mínimo existencial' ou como 'status positivus' das liberdades fundamentais, que seria sempre exigível, de outros direitos, que estariam submetidos à reserva do possível, gera dificuldade lógica. A terminologia adotada para a exigibilidade de direitos leva a uma aplicação binária (exigível x não exigível), ao passo que a noção de mínimo existencial inclui grande gradação, não existindo divisões nítidas. Se não há divisão nítida, não há como saber se a prestação é exigível incondicionalmente ou não. Da mesma forma, o autor questiona se o mínimo existencial é o mesmo em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo e interior de Alagoas ou de Piauí. Se a resposta for positiva, então ele frisa que a escassez de recursos não está sendo considerada. Já se a resposta for negativa, "*então parecerá que foi incluída uma 'condição' que afasta a exigibilidade 'incondicional'*". Entende Gustavo Amaral que a escassez de recursos e de meios para satisfazer direitos, mesmo fundamentais, não pode ser descartada. "*Certamente, na quase totalidade dos países não se conseguiu colocar a todos dentro do padrão aceitável de vida, o que comprova não ser a escassez, quanto ao mínimo existencial, uma excepcionalidade, uma hipótese limite e irreal que não deva ser considerada seriamente.*"³⁴

O que se observa é que, a par da discussão em torno da aplicabilidade das normas atinentes a direitos sociais, é certo que na realização e na concretização efetiva e prática de tais direitos, via prestações positivas, não há como escapar dos elementos e condições materiais, especialmente financeiros, que não são suficientes para atendimento de todos os direitos sociais e econômicos de cada um dos indivíduos.

3. DIREITOS SUBJETIVOS E DIREITOS SOCIAIS

Questão não menos imbricada, relacionada ao ponto anterior, é a atinente à consideração dos direitos sociais como direitos subjetivos.

No âmbito da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais (subjetivos), há a noção de possibilidade de o seu titular (considerado como tal a pessoa

³²Idem, 298.

³³SARLET, op. cit., p. 334.

³⁴AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 184-185.

individual ou ente coletivo a que é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.³⁵

Entretanto, a doutrina não aponta consenso acerca dos direitos sociais como direitos subjetivos.

Clemerson Mèrlin Clève estabelece distinção entre direitos prestacionais originários e direitos prestacionais derivados, estes com dimensão subjetiva fraca, dependentes da atuação do legislador: *“há determinados direitos fundamentais sociais de caráter prestacional que apresentam uma dimensão subjetiva frágil. Outros, desde logo, apresentam-se com uma dimensão subjetiva forte. E é por isso que a doutrina contempla, ainda, uma outra distinção, envolvendo os direitos prestacionais originários e direitos prestacionais derivados. Os direitos prestacionais originários seriam aqueles que permitem desde logo ao intérprete encontrar na disposição constitucional uma dimensão subjetiva forte. Portanto, são direitos desde logo usufruíveis pelo cidadão e que, por isso, podem, mesmo sem regulamentação, ser reclamados perante o Poder Judiciário. Outros, ao contrário, são direitos prestacionais derivados, porque no campo constitucional, produzem uma dimensão subjetiva fraca, que demanda portanto atuação do legislador.”*³⁶

Acerca da noção de direito subjetivo no que tange aos direitos sociais, Fernando Atria coloca que, para o Direito, o crucial para que se possa falar de direito subjetivo, é a posição na qual se encontra uma pessoa com potestade para decidir se a obrigação do outro será ou não coativamente exigida. Quem reclama um direito se separa da comunidade e afirma seu direito ainda que contra ela seja necessário. Entretanto, a noção de comunidade e solidariedade é incompatível com a que concebe a seus membros primariamente portadores de direito, já que esta evoca guerra latente e desperta espírito de contenda. Conceber a política como estruturada fundamentalmente pela idéia de direitos subjetivos, por humanos que sejam, implica rechaçar a idéia de uma forma de associação na qual as pessoas se relacionam umas com as outras, não como agentes auto interessados, mas unidos por vínculos de solidariedade e reciprocidade. A noção de solidariedade a que estão imbuídos os direitos sociais, conforme o autor, não se coaduna com aquela em que os demais indivíduos *“son amenazas, amenazas contra las cuales deben estar defendidos”* e em que os direitos constituem as *“armas de defensa”*.³⁷

Canotilho aponta diferença entre uma norma que garante um *direito subjectivo de tipo definitivo*, que é aquela que “fornece fundamento imediato para uma norma individual de decisão (caso do ‘direito de sobrevivência)”, e uma norma que garante *prima facie um direito subjectivo*, isto é, *“uma norma que contém fundamento para justificar o direito a prestações, mas que não tem obrigatoriamente como resultado uma ‘decisão individual’*. *Direito subjectivo prima*

³⁵SARLET, op. cit., p. 159.

³⁶CLÈVE, loc.cit.

³⁷ATRIA, Fernando. *¿Existen Derechos Sociales?* Disponível na internet no endereço: <http://www.cartapacio.org.ar/viewarticle.php?id=39>.

*facie porque, com razoabilidade, não é possível resolver o problema do acesso à Universidade em termos de 'tudo ou nada'. A questão da 'reserva do possível' (Vorbehalt des Möglichen), da ponderação necessária a efectuar pelos poderes públicos (Abwägung) relativamente ao modo como garantir, com efectividade, esse direito ('optimização das capacidades existentes', 'alargamento da capacidade', 'subvenções a estabelecimentos alternativos') conduz-nos a um tipo de direito prima facie a que corresponde, por parte dos poderes públicos, um dever prima facie. Se não se pode aqui afirmar, como nos casos de posições jurídico-prestacionais garantidoras de um direito subjectivo definitivo, que o princípio de liberdade fática é de tal modo imperativo que obriga os poderes públicos à densificação de um grau mínimo de existência, sempre se poderá dizer, utilizando a fórmula de Muller/Peroth/Fohmann que se trata de direitos a prestações constitutivas do 'âmbito normativo' (Normbereich) de um direito fundamental de liberdade (ou liberdades: de escolha de profissão, de ensino, de investigação, etc.) que o Estado (poderes públicos) deve prima facie efectivar.'*³⁸

É de ser mencionado o princípio da proibição do retrocesso, em relação ao qual Canotilho é um de seus defensores. A ideia se funda em que, após a concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia constitucional, de tal forma que não se encontram mais na esfera de disponibilidade do legislador, de forma que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob risco de ofensa ao princípio da proteção da confiança, que é deduzido do princípio do Estado de Direito, implicando inconstitucionalidade das medidas que ameacem o padrão de prestações já alcançadas. Essa proibição do retrocesso pode ser tida como uma das decorrências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional.³⁹ No Estado Social e Constitucional de Direito, o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição do retrocesso. Canotilho explica que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (exemplos apontados no direito português: lei da segurança social, do subsídio de desemprego, do serviço de saúde, entre outros), deve ser considerado garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, impliquem, na prática, em uma anulação, revogação ou aniquilação desse núcleo essencial. Não se impede o exercício da atividade de legislar, mas a liberdade de conformação do legislador é inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.⁴⁰

É de se ter em conta, entretanto, que não se pode entender a proibição do retrocesso tendo a natureza de uma regra geral e de cunho absoluto, já que não apenas a redução da atividade legislativa à execução pura e simples da constituição se revela insustentável, mas também pelo fato de que esta solução radical, caso fosse aceita, levaria a uma espécie de transmutação integral das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Número Especial, Coimbra, 1991, p. 1840-1841.

³⁹SARLET, op. cit., p. 393.

⁴⁰CANOTILHO, 2002, p. 338.

desenvolvimento deste. A proibição do retrocesso, em realidade, constitui princípio constitucional implícito que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas), quanto ao princípio do Estado Social, como garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados.⁴¹

Além disso, ponto de relevo é que, considerando que o postulado da proibição do retrocesso social não tem caráter de regra geral e absoluta, mas de princípio, não admite solução fundada na lógica do tudo ou nada. Admitindo reduções no âmbito de conquistas sociais ao nível infraconstitucional, fica vedada, evidentemente, sua pura e simples supressão. Ademais, não se pode deixar de ter em conta que tais restrições não poderão ferir o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais legislativamente concretizados, além da necessidade de se situarem dentro dos limites estabelecidos pelo princípio da proporcionalidade.⁴² Nesse sentido, a efetivação dos direitos sociais é questão governamental que se envolve outros fatores como a disponibilidade de recursos financeiros e a fixação de políticas públicas.⁴³

A realização de direitos sociais prestacionais costuma ser encarada como verdadeiro problema de competência constitucional, competindo ao legislador, dentro das reservas orçamentárias, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Quanto aos direitos sociais prestacionais, há entendimento na Corte Constitucional Federal da Alemanha no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal forma que, mesmo dispondo do Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode cogitar de obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. O que corresponde ao razoável, conforme tal entendimento e parte da doutrina alemã, depende da ponderação por parte do legislador.⁴⁴

Nota-se, pois, que a condição de direito subjetivo em relação aos direitos sociais não é pacífica na doutrina. Ademais, tendo em vista a disponibilidade de recursos financeiros e a fixação de políticas públicas pelo legislador, necessária a noção do que se pode razoavelmente exigir do Estado. Nesse sentido, indispensável o exame do princípio da proporcionalidade.

4. DIREITOS SOCIAIS E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:

Em relação à concretização dos direitos sociais, há que se atentar para situações de limitação e carência de recursos, sugerindo Bonavides, então, o emprego do princípio da proporcionalidade pelos órgãos do poder estatal na esfera respectiva dos três ramos da soberania.⁴⁵

⁴¹SARLET, op. cit., p. 393.

⁴²Idem, ibidem.

⁴³ LEAL, Roger Stiefelmann. Direitos Sociais e a Vulgarização da Noção de Direitos Fundamentais. Disponível na internet no endereço: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>.

⁴⁴SARLET, op. cit., p. 276.

⁴⁵BONAVIDES, op. Cit., p. 597.

Na doutrina de Robert Alexy, a questão acerca de quais são os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui definitivamente, é uma questão de ponderação entre princípios. *“Por un lado se encuentra, sobre todo, el principio de la libertad fáctica. Por el otro, se encuentran los principios formales de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de la división de poderes, como así también principios materiales que, sobre todo, se refieren a la libertad jurídica de otros pero, también, a otros derechos fundamentales sociales y a bienes colectivos”*.⁴⁶

Não há como desconsiderar, portanto, as competências constitucionalmente estabelecidas, atinentes à divisão de poderes, bem como às opções e decisões do legislador, escolhido democraticamente, além de condições materiais para a realização desses direitos em uma sociedade que visa a igualdade real. Assim, a par da vinculatividade dos direitos fundamentais, não há como olvidar limitações e restrições na sua efetiva concretização. Nesse sentido, Alexy afirma que *“la propiedad de derecho vinculante prima facie significa que la cláusula restrictiva de este derecho, la reserva de lo posible en el sentido de aquello que el individuo puede razonablemente exigir de la sociedad, no tiene como consecuencia la ineficacia del derecho. Esta cláusula expresa simplemente la necesidad de ponderación de este derecho.”*⁴⁷

Com efeito, frente a limitações e restrições, especialmente materiais e econômicas, na concretização de direitos que ensejam prestações positivas pelo poder público, não há viabilidade em simplesmente impor-se a satisfação do direito em prol de determinado indivíduo, devendo-se ter em conta, conforme o doutrinador mencionado, aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

Acrescenta Jorge Miranda que *“a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação das normas constitucionais concernentes à organização económica. Depende, também, e sobretudo, dos próprios factores económicos, assim como – o que nem sempre é suficientemente tido em conta – dos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração pública e dos recursos financeiros.”*⁴⁸

O vínculo entre o princípio da proporcionalidade e o direito constitucional se dá por meio dos direitos fundamentais. É na Alemanha que o princípio da proporcionalidade teve raízes mais profundas, na doutrina e na jurisprudência. Embora a introdução no direito constitucional tenha ocorrido primeiro na Suíça, foi a Alemanha da segunda metade do século XX que talvez primeiro guardou consciência da sua natureza de princípio constitucional. Foi depois da Segunda Guerra Mundial, após o advento da Lei Fundamental e ainda com a jurisprudência do Tribunal Constitucional, que o princípio da proporcionalidade passou a ter maior aplicação de caráter constitucional.⁴⁹

⁴⁶ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 494.

⁴⁷Idem, p. 497-498.

⁴⁸MIRANDA, 1998, v. 4, p. 348.

⁴⁹BONAVIDES, op. cit., p. 370.

A proporcionalidade constitui princípio essencial da Constituição. A proporcionalidade está em plena e constante evolução, deixando cada vez mais o espaço tradicional do Direito Administrativo, onde nasceu, até chegar ao Direito Constitucional. Amparando os direitos fundamentais, relaciona-se com a questão da limitação do poder legítimo, fornecendo critério das limitações à liberdade individual.⁵⁰ Também é denominado princípio da “*proibição do excesso*”.⁵¹

No Brasil, embora a proporcionalidade não se configure como norma geral de direito escrito, existe como norma esparsa no texto constitucional. Infere-se de outros princípios que lhe são afins, como o da igualdade, esta, na atual fase do Estado de Direito, passando de igualdade-identidade para igualdade-proporcionalidade. Na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, com condições de acautelar do arbítrio do poder do cidadão e a sociedade, a proporcionalidade pode ser reconhecida como princípio implícito (§ 2º do art. 5º da CRFB), e, assim, positivado no Direito Constitucional.⁵²

O princípio da proporcionalidade é composto por três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios.⁵³

O primeiro é a pertinência ou aptidão, que deve indicar se determinada medida constitui o meio certo (adequado) para se chegar em um fim baseado no interesse público. Analisa-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Ainda, conforme Canotilho, “*trata-se de controlar a relação de adequação medida-fim*”.⁵⁴ Jorge Miranda refere que tal subprincípio envolve a correspondência de meios e fins.⁵⁵

O segundo é o da necessidade, por meio da qual a medida não há de ultrapassar/extrapolar os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou, ainda, uma medida para ser admissível, deve ser necessária. Aqui, analisa-se o meio empregado, devendo ser dosado para se chegar ao fim almejado. Constitui o princípio da escolha do meio mais suave e menos oneroso ao cidadão.⁵⁶ E Jorge Miranda menciona que a necessidade supõe a existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha intervenção ou decisão; “*equivale a exigibilidade desta intervenção ou decisão*”.⁵⁷

O terceiro, consiste na proporcionalidade “*stricto sensu*”. Aqui a escolha recai sobre o meio que, no caso concreto/específico, levar mais em conta o conjunto de interesses em conflito. É o subprincípio, no dizer de Canotilho, da “*justa medida*”.⁵⁸ Jorge Miranda aduz que a “*racionalidade*” ou proporcionalidade *stricto sensu* significa que a providência não pode ficar aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido, nem mais, nem menos. Por se tratar de limites, de restrições e de suspensão de direitos fundamentais, ela se traduz em “*proibição do excesso ou do arbítrio; os direitos podem ser limitados, restringidos ou*

⁵⁰Idem, p. 359.

⁵¹CANOTILHO, 2002, p. 267.

⁵²BONAVIDES, op. cit., p. 395-396.

⁵³Idem, p. 360-361.

⁵⁴CANOTILHO, 2002, p. 270.

⁵⁵MIRANDA, 1998, v. 4, p. 218.

⁵⁶CANOTILHO, 2002, p. 270.

⁵⁷MIRANDA, op. cit., p. 218.

⁵⁸CANOTILHO, op. cit., p. 270.

suspensos apenas na medida da necessidade legitimamente acolhida pelos órgãos competentes, à face das normas constitucionais aplicáveis". Esse subprincípio é o que de mais de perto se prende ao princípio da igualdade.⁵⁹

A inconstitucionalidade da medida se dará quando for excessiva, injustificável, não se enquadrando na proporcionalidade.⁶⁰ Esse princípio se converteu em princípio constitucional, anotando, Bonavides, que o controle de proporcionalidade é expressão do controle de constitucionalidade. Ainda, é princípio não escrito, pertencente à natureza e essência do Estado de Direito.⁶¹

Com a decisão sobre armazenagem de Petróleo, em 16-03-1971, é que a Corte Constitucional alemã externou com clareza seu entendimento acerca da natureza e essência do princípio da proporcionalidade, ao defini-lo na seguinte fórmula: *"O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental."*⁶²

Ressalta Bonavides que o emprego inadvertido e abusivo do princípio da proporcionalidade poderá comprometer e abalar o equilíbrio entre o legislativo e o judiciário. Na utilização desse princípio não se pode chegar ao extremo, ao "Estado de juízes", em que o remédio limitador da ação do Estado frente a direitos fundamentais seja utilizado de modo a cercear a ação do poder também constitucionalmente previsto e conferido ao legislador, de elaboração das leis.⁶³

O princípio sob comento tem campo de aplicação mais relevante na restrição de direitos, liberdades e garantias por atos dos poderes públicos, vinculando o legislador, a administração e a jurisdição. Refere Canotilho que ao legislador e a determinadas entidades com competência regulamentar é reconhecido um espaço de liberdade de conformação na ponderação dos bens quando edita nova regulação. Isso justifica que, tendo em vista o espaço de conformação do legislador, os tribunais se limitem a analisar se a regulação legislativa é "manifestamente" inadequada ou se há "erro manifesto" de apreciação pelo legislador. E o princípio, ainda, não pode ser invocado de "per si", abstratamente, mas tão-somente diante de posições jurídicas concretas.⁶⁴

O princípio da proporcionalidade é utilizado como instrumento de interpretação quando se está diante de colisão entre direitos fundamentais e se busca solução conciliatória. Ademais, na interpretação há que se atentar também para a técnica da "interpretação conforme a Constituição", pela qual, se houver possibilidade de interpretação de que se extraia a compatibilização da norma com a Constituição, a norma é constitucional e como tal se aplicará de acordo com a Constituição.⁶⁵

⁵⁹ MIRANDA, op. cit., p. 218.

⁶⁰ BONAVIDES, op. cit., p. 361.

⁶¹ Idem, p. 362 e 364.

⁶² Idem, p. 372.

⁶³ Idem, p. 382.

⁶⁴ CANOTILHO, 2002, p. 272.

⁶⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 388.

Adverte Canotilho que a interpretação conforme a Constituição só possibilita a opção entre dois ou mais sentidos possíveis da lei, mas nunca uma revisão de seu conteúdo. Assim, a interpretação conforme a Constituição possui limite “*na letra e na clara vontade do legislador*”, sendo imperioso “*respeitar a economia da lei*”, não podendo implicar na “*reconstrução*” de uma norma que não esteja explícita no texto, caso contrário, haverá usurpação de funções, convertendo os juízes em legisladores ativos.⁶⁶

O princípio da proporcionalidade, em conexão ao princípio da interpretação conforme a Constituição, ao invés de reduzir ou colocar em risco a missão do legislador, busca jurisprudencialmente fortalecê-la, já que na análise de uma inconstitucionalidade, o aplicador da lei, utilizando aquela posição hermenêutica, deve procurar preservar a validade do conteúdo volitivo inserido na regra normativa pelo seu próprio autor. Assim, garantido fica o equilíbrio entre os Poderes estabelecidos constitucionalmente.⁶⁷

5. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: políticas públicas e controle na realização dos direitos sociais

O princípio da separação de poderes, além do sentido negativo (de divisão, controle e limite do poder), tem sentido positivo, de assegurar a justa e adequada ordenação das funções do Estado, impondo competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Assim é que, conforme Canotilho, a separação de poderes nessa perspectiva, significa “*responsabilidade*” pelo exercício de um poder.⁶⁸ Na seara dos direitos fundamentais e respectiva concretização, essa dimensão positiva se apresenta extremamente relevante, tendo em vista que o excesso e o ilimitado uso de competências conferidos constitucionalmente implicaria ofensa ao princípio da separação de poderes.

Em relação ao controle judicial de realização dos direitos sociais, Canotilho ressalta que os tribunais não são órgãos de conformação social ativa. E isso também se aplica ao Tribunal Constitucional. Nos casos mais relevantes que esse tribunal foi chamado a se manifestar sobre direitos sociais em sede de constitucionalidade abstrata, considerou-se o seguinte: as normas institucionalizadoras de direitos sociais podem e devem servir de parâmetro para o controle judicial, ficando dependentes, entretanto, na sua exata configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa conformadora e concretizadora, só então passando a ter plena eficácia e exequibilidade. No entendimento do doutrinador português, há que se ter em conta, contudo, que o tribunal constitucional deve controlar se a atuação legislativa acerca de direitos sociais está baseada em critérios reais de realização gradual. Além disso, o Tribunal Constitucional não pode deixar de realizar um controle jurisdicional de razoabilidade fundado no princípio da igualdade, já que, muitas vezes, os direitos a prestações terão como objeto, não tanto pretensões a prestações, mas

⁶⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 1293.

⁶⁷BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 389.

⁶⁸CANOTILHO, 2002, p. 250.

pretensões de defesa por violação do próprio princípio da igualdade (ex.: diferenças de pensões consoante o cônjuge seja homem ou mulher).⁶⁹

Como se vê, ainda que admissível o controle judicial em determinadas situações que envolvam direitos sociais, o Tribunal Constitucional Português entende imprescindível a intervenção legislativa conformadora e concretizadora de tais direitos. Com efeito, não se pode negar a busca de exame e julgamento pelo Judiciário, tendo em conta sua competência prevista constitucionalmente. Entretanto, em pé de igualdade se encontra o legislador, ao qual cabe, também dentro da competência estabelecida na Constituição, viabilizar, levando em conta o contexto social e financeiro, a eficácia e a concretização dos direitos sociais.

Adverte, ainda, o constitucionalista português, que “*os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade de questões políticas*”. Esse princípio de autolimitação judicial foi definido pelo juiz Marshall, como significando haver determinadas “*questões políticas*”, atinentes à competência do Presidente, em face das quais não pode haver controle jurisdicional. Nessa perspectiva, nos limites de cognição dos juízes acerca dos vícios, compete-lhes conhecer dos vícios de constitucionalidade dos atos normativos, mas não, entretanto, dos vícios de mérito (atinentes à oportunidade política dos atos e usos dos poderes discricionários pelo Parlamento e Governo).⁷⁰

Ainda que o princípio da separação dos poderes não possa implicar a ausência de interferência do Judiciário na esfera dos direitos sociais, não pode ser ignorado que deve haver sempre respeito pelo papel dos demais poderes, cabendo às cortes serem “*extremamente cuidadosas para não extrapolar suas funções institucionais*”, pelo que “*os juízes devem interferir somente quando o núcleo do direito à saúde estiver em risco ou quando o Executivo e o Legislativo não souberem utilizar o poder discricionário dado a eles e passarem a atuar de forma abusiva*”.⁷¹

É de se referir que a previsão na atual Constituição de um extenso e detalhado rol de direitos, representando aspirações dos cidadãos após um período autoritário, não assegura a real eficácia na concretização das pretensões a eles atinentes. Como mencionado por Cezar Saldanha Souza Júnior, “*O constituinte pensou que, colocando na Constituição uma relação de tarefas a executar e prevendo instrumentos judiciais para dar-lhes eficácia, resolveria nossos problemas. Na verdade, o direito não pode substituir a política. Se o constituinte, ele próprio, não pode resolver os nossos problemas de uma penada, menos ainda pode obrigar qualquer dos poderes constituídos, ou os três, a resolvê-los*”. Entende o referido doutrinador que necessário seria organizar um sistema político que funcionasse adequadamente. “*Se a política desenvolvida pelo Congresso não puder resolvê-los, menos condições terá o Poder Judiciário, cuja função é de outra natureza, além de carecer dos meios e da legitimidade para essa tarefa*.”⁷²

⁶⁹ Idem, p. 1.290.

⁷⁰ Idem, ibidem.

⁷¹ MILANEZ, Daniela. *O Direito à Saúde: Uma Análise Comparativa da Intervenção Judicial*. Revista de Direito Administrativo, 237, Jul./Set. 2004, Rio de Janeiro, p. 208.

⁷² SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002, p. 87.

Com efeito, não cabe ao Judiciário formular políticas públicas, que constituem encargo de outro poder. Na realização de direitos sociais, por meio de processo judicial, muitas vezes não é levado em conta todos os elementos materiais e financeiros necessários para que a sociedade tenha a seu alcance os bens e serviços que possibilitem a realização de tais direitos.

A Constituição traz a previsão, entretanto, a satisfação do direito está inserida nas políticas públicas. Nas palavras de Clemerson Clève, “*O que já está definido (está-se a referir aos direitos, princípios e objetivos). O como (como satisfazer os direitos, princípios e objetivos fundamentais), esta, sim, é matéria residente no âmbito de decisão de natureza política. Alguns buscarão técnicas com determinada fisionomia, outros preferirão mecanismos dotados de natureza diversa. Mais intervencionista ou menos intervencionista, esses mecanismos decorrem de políticas que terão como compromisso último a satisfação dos direitos fundamentais, a consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil e, ao mesmo tempo, o respeito aos princípios fundamentais.*”⁷³

A idéia de que a Constituição estabelece, de pronto, um programa de políticas públicas a ser executado, em conformidade com o modelo de uma constituição dirigente, ao governo apenas restaria o cumprimento das normas constitucionais, não se abrindo espaço para a disputa político-ideológica, a ser realizada pelos partidos políticos, acerca da melhor forma de prestar saúde, educação, assistência social e outros direitos sociais. Tudo já estaria previsto na Constituição, bastando ao governo tão-somente cumprir seus ditames e, caso se negasse, seria impelido pelo Poder Judiciário. Tal entendimento, conforme Roger Stiefelmann Leal, levaria à total ineficácia do inciso V do art. 1º da Constituição, atinente ao pluralismo político, pois não teria qualquer valor serem admitidas a diversidade de tendências e ideologias no processo político-democrático, se, ao chegar ao poder, o grupo eleito não tivesse possibilidade de colocar em prática seus programas e idéias, cabendo-lhe apenas atender à ideologia constitucional. Abalada estaria, pois a democracia. “*Aqueles que chegassem ao poder não passariam de autômatos do programa político-constitucional. Caso se rebelassem, o Judiciário faria cumprir a Constituição, executando o programa por ela determinado.*”⁷⁴

Tendo-se em conta o princípio democrático e o pluralismo político, certamente há diversidade de meios a realizar uma prestação fática requerida por um direito social, disso resultando uma questão de escolha sobre qual o caminho a ser seguido. Tal escolha situa-se no campo do político, ao encargo dos órgãos governamentais e legislativos, legitimados pelo processo democrático para tarefas como essas. Ainda, ao condicionar, de regra, a aplicabilidade dos direitos sociais à lei, a Constituição atribui ao Legislativo a decisão acerca do melhor momento para concretizá-los. Assim é que o referido autor refere que “*O modo e a oportunidade de concretizar os direitos sociais através da oferta de serviços públicos não podem ser objeto de decisão judicial. (...) A administração financeira do Estado, bem como a definição de estratégias e políticas para a melhor aplicação dos recursos públicos a fim de atender às necessidades da população,*

⁷³ CLÈVE, op.cit.

⁷⁴ LEAL, loc. cit.

por óbvio, fogem da alçada do Poder Judiciário". Nesse sentido, só há de falar em direito subjetivo após a edição de normas infraconstitucionais, instituindo e organizando o serviço público. E segue o autor, "*Os direitos sociais previstos na Constituição são normas de cunho programático, restringindo-se a fornecer diretrizes e orientações ao parlamento.*"⁷⁵

Como referido por Fábio Konder Comparato, "*é claramente impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente, a todos os que o demandem, um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexividade, e outras prestações dessa natureza*".⁷⁶ A Constituição não cria relação jurídica direta entre o Estado e os indivíduos, pelo que não há nenhum direito subjetivo imediato. Tal direito surgirá como efeito indireto depois do estabelecimento de políticas públicas. Aduz o mencionado autor que toda política pública, enquanto programa de ação governamental financiado com recursos públicos, deve concretizar-se nas modalidades de orçamento previstos no art. 165 da Constituição, quais sejam, o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. Assim é que, afirma o referido autor, as verbas vinculadas à realização dos programas de ação, relativos a cada setor reconhecido constitucionalmente como de direito social, devem ser discriminadas a fim de possibilitar o controle desse dever constitucional. Na própria Constituição há disposições impondo a vinculação de percentuais da receita pública ao atendimento de despesas com serviços públicos destinados, por exemplo, à saúde e à educação (arts. 198 e 212, bem como art. 77 do ADCT).⁷⁷ Esse controle para verificação do cumprimento de diretrizes, metas e objetivos dos orçamentos, pode ocorrer, sugere o autor, via Tribunal de Contas, bem como por meio de ação judicial (ação civil pública).⁷⁸

No mesmo sentido, Clèmerson Merlin Clève, para o qual cumpre compelir o Estado a contemplar no orçamento dotações específicas para atendimento dos direitos sociais, de modo a resolver o problema do acesso do cidadão a esses direitos. "*Desta forma, tratar-se-ia de compelir o Poder Público a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias (evitando, assim, os remanejamentos de recursos para outras finalidades), assim como de obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos necessários para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais.*"⁷⁹

Assim como necessário o controle, em relação aos governantes, de concretização de políticas públicas e de verbas indicadas em orçamentos, igualmente necessário o controle de despesas, a fim de evitar o benefício de único indivíduo, com dispêndio de vultosa quantia de valores. Menciona-se como exemplo a decisão proferida na SLS 90, STJ, Relator Min. Edson Vidigal, DJU 22/02/2005, p. 78, pela qual foi deferida a suspensão da antecipação de tutela deferida em primeira instância e mantida no TRF/1ª Região, atinente à

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n.º. 40, Jul./Dez. 2001, Belo Horizonte, p. 73.

⁷⁷ Idem, p. 81.

⁷⁸ Idem, p. 83-84.

⁷⁹ CLÈVE, loc.cit.

determinação de a União custear trasplante autólogo de medula óssea, no valor de U\$218.833,00, com fixação astreintes de R\$ 50.000,00. Entendeu o Min. Relator que *“Compete à Administração Pública, através da aplicação de critérios médico-científicos, fixar e autorizar os tratamentos e remédios que devem ser fornecidos à população no País, sem com vistas a garantir a segurança, a eficácia e a qualidade necessária. (...) a decisão antecipatória reclamada efetivamente afronta a ordem pública administrativa, na medida em que interfere em matéria de política nacional de saúde, de seara exclusiva da Administração Pública. (...) A quantia extremamente vultosa (...) poderia beneficiar um sem-número de pacientes também necessitados de tratamento, já que, conforme assegura a União, além de o Sistema Único de Saúde oferecer condições seguras para a realização do transplante, com equipes médicas e instalações hospitalares adequadas, haja vista encontrar-se o Brasil em posição de destaque mundial no tocante aos procedimentos de transplantes de órgãos, a Lei 8.880/90, restringe a utilização de serviços de saúde conveniados e contratados ao território nacional (arts. 1º e 23).”* Acrescenta-se, ainda, que decisão antecipatória não pode privilegiar situação particular, comprometendo o orçamento destinado às demais políticas públicas voltadas à saúde da população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário.

6. RESERVA DO POSSÍVEL: limitação de recursos e atendimento dos direitos sociais

A reserva do possível é visualizada especialmente na seara das possibilidades financeiras do poder público. Observa-se que, especialmente no âmbito dos direitos derivados a prestações, assume relevância o postulado da reserva do possível, já que não haveria como contornar o limite fático representado pelo esgotamento dos recursos ou da capacidade das instituições existentes, de tal sorte que aplicável o princípio do 'ultra posse nemo obligatur'.

Assim como ao indivíduo é reconhecida a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas nas normas definidoras dos direitos sociais, conforme os pressupostos e parâmetros estabelecidos em lei, também relevante é a constatação de que o legislador, além de editar os atos normativos concretizadores, deve ater-se aos critérios previstos nas normas constitucionais.⁸⁰

Em virtude da relevância econômica do objeto dos direitos sociais prestacionais, estes se encontram sob uma reserva do possível, circunstância que enseja tomada de decisão acerca da destinação de recursos públicos, cometidas aos órgãos políticos e para tanto legitimados.⁸¹

Na concretização e realização dos direitos sociais, Gustavo Amaral refere que a reserva do possível significa *“que a concreção pela via jurisdicional de tais direitos demandará uma escolha desproporcional, imoderada ou não razoável por parte do Estado. Em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir,*

⁸⁰SARLET, op. cit., p. 294.

⁸¹Idem, p. 304.

concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. Ao Judiciário competiria apenas ver da razoabilidade e da faticidade dessas razões, mas sendo-lhe defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida a razoabilidade.” Assim é que entende o autor ser inviável pretender que as prestações positivas possam, sempre e sempre (na linha da doutrina da “máxima eficácia”), ser reivindicáveis, pouco importando as conseqüências financeiras e impossibilidades do Erário. Tal pretensão acabaria por divorciar-se do fundamento de justiça, não apenas porque a falta de recursos provocaria discriminações arbitrárias sobre quem receberá a utilidade concreta e quem não a receberá (como p. ex. “quem teve mais sorte na distribuição da demanda judicial, quem conseguiu divulgação na mídia, quem reivindicou primeiro, etc.”) mas também acarretaria desequilíbrio entre as pretensões para a utilidade em debate e as pretensões voltadas para abstenções arrecadatórias, e ainda, com anseios difusos, dirigidos para um estado de equilíbrio social, incompatível com a desestabilização das finanças públicas. Conforme o mencionado autor, “a própria concepção dos direitos fundamentais deve ocorrer sob a ótica de uma sociedade aberta, democrática e pretensamente justa, o que exclui a visão autoritária de um único intérprete autorizado a fazer opções maniqueístas, nos moldes do 'tudo ou nada' ou do 'certo e errado'. (...) Em tais casos, a opção política é preferencialmente do legislativo e do executivo, cabendo ao judiciário o controle de razoabilidade.” Em face de normas assecuratórias de prestações positivas redigidas com a densidade de regras, está o Estado igualmente obrigado a cumpri-las, mas podendo escusar-se por impossibilidades fáticas a serem suficientemente demonstradas. Finaliza o doutrinador que “A postura de 'máxima eficácia' de cada pretensão, sobre o fato de não adentrar no conteúdo do direito a ser dada a eficácia, implica em negação da cidadania, na medida em que leva à falência do Estado pela impossibilidade de cumprir todas as demandas simultaneamente e rompe com a democracia, pretendendo trazer para o ambiente das Cortes de Justiça reclamos que têm seu lugar nas ruas, a pressão popular e não na tutela paternalista dos 'sábios’.”⁸²

Quanto a direitos a prestações, Robert Alexy se baseia na idéia de ponderação entre princípios. Se de um lado há o princípio da liberdade fática (ou real), do outro encontram-se os princípios da competência decisória do legislativo e o da separação dos poderes, bem como princípios materiais relativos à liberdade jurídica de terceiros e outros direitos sociais ou coletivos.⁸³

O modelo ponderativo de Alexy sugere solução para o problema, ao ressaltar a indispensável contraposição de valores, além de remeter a uma solução baseada no caso concreto. Assim, em todas as situações em que a argumentação da reserva de competência do legislativo (bem como do princípio da separação dos poderes e outras objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas situações em que, do exame dos bens constitucionais em colisão (fundamentais ou não) resultar na prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar que, na esfera de um padrão mínimo existencial, ter-se-á

⁸²AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre os Poderes*. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 116-119.

⁸³SARLET, op. cit., p. 331.

como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, quando tal mínimo for ultrapassado, apenas um direito subjetivo 'prima facie', já que, nesse âmbito, não há como resolver a problemática em termos de tudo ou nada.⁸⁴

Das várias normas sociais, econômicas e culturais, pode-se deduzir um princípio estruturante da ordem econômico-social: todos (princípio da universalidade) têm direito a um 'núcleo básico de direitos sociais'. Nesse sentido, o 'rendimento mínimo garantido', as 'prestações de assistência social básica', o 'subsídio de desemprego', são, consoante Canotilho, direitos sociais originariamente derivados da Constituição sempre que constituam o standard mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito.⁸⁵

Por outro lado, como visto anteriormente, Gustavo Amaral sustenta que a escassez de recursos e de meios para satisfazer direitos, mesmo fundamentais, não pode ser descartada. Assim é que a escassez, quanto ao mínimo existencial, não constitui uma excepcionalidade, uma hipótese limite e irreal que não deva ser considerada seriamente.⁸⁶

Ademais, quanto menor a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que leva à necessidade de a sociedade buscar aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, além de crescente conscientização por parte dos órgãos do poder judiciário que não apenas podem mas devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas ao realizá-lo deverão ter a máxima cautela e responsabilidade seja ao conceder ou não um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social. Em verdade, levar direitos sociais a sério é levar a sério o problema da escassez. Ainda nesse sentido, o papel do administrador se mostra de extrema relevância, ainda a considerar os princípios da moralidade e da eficiência, notadamente quando se cuida de administrar a escassez e otimizar a efetividade dos direitos sociais.⁸⁷

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar acerca da 'reserva do possível'. Com efeito, na ADPF 45 MC/DF, o Relator Min. Celso de Melo, afirmando que a referida Corte *“não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (...) - , sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional”*, não deixa de enfatizar o tema pertinente à 'reserva do possível', *“notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas”*. Assim é que menciona que os condicionamentos impostos, pela

⁸⁴Idem, p. 338.

⁸⁵CANOTILHO, 2002, p. 511.

⁸⁶AMARAL, op. cit., p. 185.

⁸⁷SARLET, op. cit., p. 339.

cláusula da 'reserva do possível', ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa - *“traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”*. Assim, a intervenção do Judiciário na seara dos direitos sociais não resta impossibilitada, devendo o julgador, entretanto, observar a razoabilidade da pretensão e a existência de disponibilidade financeira estatal.

Acrescenta-se, a título de exemplo, decisão do Presidente do TRF/4ª Região na Suspensão de Segurança nº 20050401000213-1/PR, requerida em face de liminar concedida em mandado de segurança em que o impetrante postulava liberação de valores para realização de cirurgia nos Estados Unidos da América. A suspensão foi deferida tendo em vista grave lesão à saúde e à economia públicas ao privilegiar-se uma situação particular. Nas palavras do Desembargador, *“O Estado, ao liberar vultosa soma (U\$ 275.000 – duzentos e setenta e cinco mil dólares) para atender a uma situação isolada, prejudicaria as demais políticas públicas voltadas à saúde, como a de combate ao câncer, à Aids, ao diabetes mellitus, à hipertensão arterial, dentre tantas outras, tendo em vista a evidente escassez dos recursos orçamentários para tal fim. Em outras palavras, centenas de brasileiros se veriam privados de tratamento porque a verba foi direcionada a apenas um. Saliente-se que há notícias de que o custo de uma cirurgia de intestino realizada no Brasil custa aproximadamente U\$ 41.379, ou seja, aproximadamente U\$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil dólares) menos do que a de uma realizada na América do Norte. Assim, considerando que os recursos orçamentários são limitados, não há como deixar de considerar procedente o argumento da União, segundo o qual o cumprimento da liminar causaria grave ofensa à economia e saúde públicas.”*

Decisão semelhante se verifica na Suspensão de Tutela Antecipada nº 59, STJ, DJU 02/02/2004, na qual o Rel. Min. Nilson Naves, ressaltando a política pública de distribuição de medicamentos, entendeu que *“A matéria posta em debate é de grande relevância, pois, se, por um lado, está o órgão ministerial defendendo o acesso universal a todas as formas de tratamento recomendadas pela sociedade médica, por outro está a União a defender sua política pública de distribuição de medicamentos, a qual segue procedimentos próprios estabelecidos em lei. Na hipótese, consoante os elementos acostados aos autos, parece-me que assiste razão à requerente, na medida em que afirma que a decisão impugnada tem potencial para causar lesão à ordem e à saúde públicas. Com efeito, o Juízo de 1º grau, ao impor tal obrigação em sede de tutela antecipada – fornecimento de medicamento a qualquer pessoa, independentemente da listagem oficial da RENAME –, incursionou por seara exclusiva da Administração, afetando, em consequência, a saúde pública, visto que, como afirmado acima, a escolha dos medicamentos a serem adotados na Política Nacional de Medicamentos segue procedimentos baseados em critérios técnico-científicos.”*

Destarte, na defesa de direito social há que se levar em conta as políticas públicas, a escassez de recursos, e, inclusive, o princípio da isonomia, a fim de

não privilegiar determinado indivíduo, prejudicando, ainda que indiretamente, outras pessoas que igualmente dependem dos recursos públicos para satisfação de seus direitos, igualmente relevantes.

Nas palavras de Gustavo Amaral, sendo os recursos escassos, *“imaginar que não haja escolhas trágicas, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades nos parece ou uma questão de fé, no sentido que lhe dá o escritor aos Hebreus: a certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que se não vêem, ou numa negação total aos direitos individuais. Se o Estado está obrigado a sempre ter recursos para prestar as utilidades que lhe são demandadas, há que se reconhecer o direito de obter esses recursos. Mas seja no campo da receita pública, seja no campo da própria contenção de gastos, há direitos individuais, como as garantias tributárias, a vedação ao confisco, o direito à percepção dos vencimentos e proventos. Indo um pouco além, se poderia dizer que a Constituição não faz distinção entre doenças, e, assim, os que necessitam de transplante têm o direito de obter o tratamento eficaz, o transplante. Mas como o Estado poderá obter os meios sem ser, novamente, da sociedade através da retirada de órgãos daqueles que estão com morte cerebral diagnosticada?”* Assim, ressalta o autor, é praticamente impossível sustentar a defesa de um direito 'absoluto' à saúde ou a tratamento médico adequado, *“ao menos sem que se fundamente o critério de opção na colisão desse direito com normas constitucionais como a isonomia, a impessoalidade e a motivação, que demandam a adoção de critérios claros e sindicáveis na alocação de recursos escassos, ainda que a sindicabilidade seja pelo voto; a garantia à propriedade, seja através das receitas tributárias, seja através da vedação ao confisco; ou o direito à intimidade e a liberdade de crença, que podem levar a uma recusa em ser doador de órgãos”*.⁸⁸ Ainda, não há como negar a existência de escolhas trágicas. Exemplifica o mencionado autor o transplante de órgãos: *“todos que estão na fila de transplante necessitam do órgão. Todavia, mesmo que genuinamente se queira atender a todos, é necessário adotar um critério de escolha, já que atender a um é necessariamente deixar de atender a outro. O atendimento a um pleito demanda o emprego de recursos finitos. A limitação desses recursos pode torná-los escassos e, então será necessária a adoção de escolhas trágicas, onde se opta por quem atender e disso resulta o consumo de recursos que poderiam atender outros e outros”*.⁸⁹ Na intervenção judicial, sustenta o autor que não cabe ao magistrado fazer a mediação fato-norma, seja pela subsunção ou pela concreção. Cabe-lhe, entretanto, projetar o conteúdo da pretensão positiva do particular para, depois, contrastando o teor dessa pretensão com a realidade fática, verificar se há violação potencial. Havendo esta, impõe-lhe questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, *“fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal.”* Aduz a uma ponderação específica (não a de valores ou de princípios), mas *“uma ponderação desigual, entre valores, princípios e regras, de um lado, e um quadro fático conjuntural, para daí extrair não a decisão, mas o parâmetro de avaliação das escolhas estatais.”* Nesse contexto, a decisão deverá ser circunstancial, para

⁸⁸AMARAL, Gustavo, 2001, p. 37-39.

⁸⁹Idem, ibidem.

o caso concreto e não para a generalidade dos casos, mantendo a flexibilidade para o futuro e respeitando “a pluralidade de opções alocativas existentes, a heterogeneidade da sociedade e seu reflexo necessário sobre as concepções que tem sobre suas necessidades e a deficiência na coleta de informações que é inerente ao procedimento judicial”.⁹⁰

Vê-se, pois, que a questão não é tão simples, não bastando a mera positivação no ordenamento jurídico para tornar determinado direito realmente efetivo, já que a situação concreta é que vai indicar a possibilidade da realização da pretensão buscada. Não há como desconsiderar, ainda, que, enquanto as necessidades públicas são infinitas ou tendentes ao infinito, os recursos são finitos. Necessária, pois, a visão conjuntural, não apenas frente a demais direitos e valores sociais que eventualmente possam estar envolvidos, mas também as condições materiais e econômicas necessárias para a concretização do direito.

CONCLUSÃO

No presente trabalho procurou-se examinar a eficácia dos direitos sociais em face da reserva do possível. Os direitos sociais, ainda que incluídos no rol dos direitos fundamentais, apresentam dificuldades quanto à determinação de sua eficácia e à condição de direitos subjetivos. Como visto, não há consenso na doutrina acerca da aplicabilidade imediata e eficácia direta das normas atinentes aos direitos sociais, nem da possibilidade de exigência destes como direitos absolutos. Enquanto que pode ser mais facilmente identificada a eficácia dos direitos de liberdade ou direitos de primeira dimensão, já que demandam especialmente abstenções, sendo praticamente bastante a sua previsão no ordenamento, os direitos sociais, por serem, de regra, dependentes de prestações positivas, encontram dificuldades quanto à identificação de sua eficácia, em vista de não ser possível concluir que esta, na seara desses direitos, decorra exclusivamente da previsão normativa, pois há outros direitos e valores em pauta, bem como há a necessidade de condições materiais e financeiras para o atendimento das respectivas pretensões. Além disso, por dependerem de recursos financeiros, envolvem políticas públicas, o que entra na seara da separação de poderes. Não se mostra razoável, pois, a mera subsunção da norma ao fato ou a defesa de um direito absoluto. Na concretização de tais direitos, especialmente via judicial, observa-se a necessidade da ponderação de valores, bem como a visão conjuntural da situação concreta, sem restarem ignorados outros fatores como as opções políticas e as condições materiais financeiras. Assim, há que se atentar para a reserva do possível, levando-se em conta a limitação de meios e a alocação de recursos escassos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 494.

⁹⁰ Idem, p. 208-209.

2. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
3. ATRIA, Fernando. *¿Existen Derechos Sociales?* Disponível na internet no endereço: <http://www.cartapacio.org.ar/viewarticle.php?id=39>. Acessado em 10/03/2005
4. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
5. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
6. _____. *Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Número Especial, Coimbra, 1991.
7. CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acessado em 30/03/2005.
8. COMPARATO, Fábio Konder. *O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, nº. 40, Jul./Dez. 2001, Belo Horizonte.
9. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os Direitos Fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988*. Revista de Direito Administrativo, nº 203, jan/mar 1996, p.8.
10. LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos Sociais e a Vulgarização da Noção de Direitos Fundamentais*. Disponível na internet: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>. Acessado em 17/03/2005.
11. MILANEZ, Daniela. *O Direito à Saúde: Uma Análise Comparativa da Intervenção Judicial*. *Revista de Direito Administrativo*, 237, Jul./Set. 2004, Rio de Janeiro.
12. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1998, v. 4.
13. _____. *Os Direitos Fundamentais – Sua Dimensão Individual e Social*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – 1, out/dez de 1992.
14. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
15. SILVA, José Afonso da. *Garantias Econômicas, Políticas e Jurídicas da Eficácia dos Direitos Sociais*. Disponível na internet: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto110.htm>. Acessado em 30/03/2005.
16. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002.

17. TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

