

---

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS  
SOB A ÓTICA DO CONSTITUCIONALISMO  
CONTEMPORÂNEO – SUA APLICABILIDADE  
FRENTE AOS PRINCÍPIOS DO MÍNIMO  
EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL

---

*FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS UNDER THE  
PERSPECTIVE OF CONTEMPORARY CONSTITUCIONALISM  
- ITS APPLICABILITY BEFORE THE PRINCIPLES OF THE  
EXISTENTIAL MINIMUM AND THE POSSIBLE RESERVE*

*Mireuza Rangel de Souza Rocha  
Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Constitucionalismo contemporâneo e os Direitos Fundamentais; 2 Direitos Fundamentais Sociais e sua aplicabilidade; 3 Reserva do Possível e o Mínimo Existencial; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Pretende o presente trabalho discorrer sobre o modelo constitucional contemporâneo e sua contribuição para que os preceitos constitucionais, sobretudo os garantidores dos direitos de segunda dimensão, deixassem de ser apenas uma meta para o Poder Público e se tornassem autênticos direitos subjetivos do indivíduo. Pretende, ainda, analisar a aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais frente à cláusula da “reserva do possível” e a garantia do mínimo existencial, além de ponderar sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais originários.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo Contemporâneo. Direitos Fundamentais Sociais e sua Aplicabilidade. Reserva do Possível e Mínimo Existencial.

**ABSTRACT:** This work aims to discuss the contemporary constitutional model and its contribution to the constitutional principles, especially those guarantors of the rights of the second dimension, ceased to be just a goal for the Public Power and become authentic subjective rights of the individual. It also intends to examine the applicability of fundamental social rights front of the clause “possible reserves” and guarantee of existential minimum, and ponder the possibility of intervention of the judiciary in the implementation of originating social rights.

**KEYWORDS:** Contemporary Constitutionalism. Fundamental Social Rights and Its Applicability. Possible Reserves and the Existential Minimum.

## INTRODUÇÃO

As grandes transformações ocorridas no mundo de hoje requerem um olhar renovado sobre o fenômeno jurídico. Os institutos jurídicos, em especial aqueles contidos na Constituição, devem ser estudados levando-se em conta o paradigma ideológico em que estão inseridos, pois, caso contrário, poder-se-ia chegar a conclusões diametralmente opostas acerca de sua interpretação.

O modelo constitucional que vigorou na Europa até meados do século passado entendia a Constituição como um documento essencialmente político, e sua interpretação era obra do Parlamento, não de juízes e tribunais. A concretização de suas propostas ficava, invariavelmente, condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Nos últimos cinquenta anos, no entanto, notadamente após o término da Segunda Guerra Mundial, o Direito nos países que seguem a tradição romano-germânica passou por um conjunto extenso e profundo de transformações, que modificaram o modo como a ciência do Direito, o direito positivo e a jurisprudência são pensados e praticados. No centro desse processo de mudanças políticas, conceituais e paradigmáticas situa-se a Constituição. Observa-se uma redefinição do lugar da Constituição e a produção de uma nova forma de organização política, que atende por diversos nomes: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático.

Os direitos sociais, objeto do presente estudo, se analisados sob a ótica do antigo modelo poderiam estar condicionados à atuação efetiva do Legislativo ou serem considerados, simplesmente, como meta a ser perseguida pelos administradores públicos. Não seriam dotados de imperatividade, característica própria das normas jurídicas. Seriam inexigíveis judicialmente, caso não concretizados pelo Poder Público, ficando sua efetivação condicionada à discricionariedade administrativa.

A esse respeito, preleciona Paulo Bonavides:

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos de proteção aos direitos de liberdade.<sup>1</sup>

Ainda, segundo o renomado autor: “Com efeito, até então, em quase todos os sistemas jurídicos, prevalecia a noção de que apenas os

1 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 564.

direitos da liberdade eram de aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos sociais tinham aplicabilidade mediata, por via do legislador.<sup>2</sup>

Hodiernamente, entretanto, como se verá em detalhes adiante, não há outro modo de se considerar os direitos sociais senão como autênticos direitos subjetivos, o que possibilita a atuação do Judiciário, caso haja lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV, da CRFB).

Importante destacar que, diferentemente dos direitos fundamentais de primeira dimensão, os quais exigiam uma abstenção do Estado (direitos de defesa), os direitos sociais são direitos que se realizam por meio da atuação do Estado, por outorgarem ao indivíduo direito a prestações materiais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, liberdades sociais, entre outros, marcando a transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. Daí serem apresentados como direitos de cunho positivo.

Exatamente por exigirem uma atuação positiva estatal, os direitos sociais dependem da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para satisfazerem as prestações materiais que constituem seu objeto (saúde, educação, assistência etc.), o que fez surgir na Alemanha o que Canotilho chamou de “reserva do possível”. De acordo com o renomado autor, a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais deve ser examinada segundo os parâmetros desta “reserva do possível”, uma vez que a sua efetivação depende dos recursos econômicos necessários.<sup>3</sup>

Entretanto, a reserva do possível não deve ser aplicada indiscriminadamente no Brasil, servindo de obstáculo ilegítimo para frustrar e inviabilizar o estabelecimento e a preservação de condições materiais mínimas de existência digna da pessoa humana, anulando-se os direitos inseridos na Constituição, em especial, os direitos sociais. Nesse sentido, cabe investigar se a “reserva do possível” permite ser, no caso do direito constitucional brasileiro, um argumento que se apresenta como obstáculo a essa concretização.

## 1 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A reconstitucionalização<sup>4</sup> da Europa, imediatamente após a 2ª Guerra Mundial e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu

2 BONAVIDES, op. cit., p. 565

3 CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p.131.

4 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. p. 2. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 20 nov. 2012.

o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas.

Ficou evidente, após a Segunda Guerra Mundial, que o velho constitucionalismo europeu, caracterizado pelo culto ao legislador e pelo fetiche à lei, mostrou-se incapaz de evitar o surgimento de regimes totalitários, responsáveis por sistemáticas violações a direitos fundamentais. Em face do regime de terror que vigorou durante o nazismo, emergiu a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. Assim, sob as ruínas do velho continente, nasce um movimento, denominado “neoconstitucionalismo”, que procura reconstruir as bases do Direito Constitucional.

A palavra “neoconstitucionalismo” se refere a um conceito formulado, sobretudo na Espanha e na Itália, cujo embasamento teórico se encontra em doutrinadores e juristas de mais variadas linhas teórica: Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino.<sup>5</sup>

O neoconstitucionalismo, em apertada síntese didática, é, enfim, a denominação dada por alguns doutrinadores ao novo direito constitucional, a partir do final do século XX, fruto de mudanças paradigmáticas contidas em estudos doutrinários e jurisprudenciais que enxergam a Constituição como centro da hermenêutica jurídica. Pretende se caracterizar, entre outros pontos, essencialmente por incorporar valores e orientações políticas, especialmente no que toca à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais.

No caso brasileiro, a Constituição da República de 1988 é o marco histórico da mudança de paradigma constitucional.

---

5 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Organizador: NOVELINO, Marcelo. Bahia: Jus Podivm, 2009. p. 31.

O marco filosófico do neoconstitucionalismo<sup>6</sup> é o pós-positivismo, o qual é resultado da confluência do jusnaturalismo e o positivismo<sup>7</sup>. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura compreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.

No plano teórico<sup>8</sup>, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional:

a) o reconhecimento da força normativa da Constituição;

b) a expansão da jurisdição constitucional;

---

6 “Há três possíveis sentidos de ‘neoconstitucionalismo’: a) em um primeiro sentido, ‘neoconstitucionalismo’ indicaria um traço caracterizador de alguns ordenamentos jurídicos: em particular, o dado positivo pelo qual o ordenamento apresenta uma Constituição que, além de conter regras de individualização e ação dos órgãos principais do Estado, apresenta um mais ou mesmo amplo elenco de direitos fundamentais; b) em um segundo sentido, ‘neoconstitucionalismo’ indica um certo modelo explicativo do conteúdo de determinados ordenamentos jurídicos, ou seja, o termo indicaria um certo paradigma do Direito, de sua forma de aplicação e de conhecimento; nesse segundo sentido, ‘constitucionalismo’ não indica nada portanto no mundo, senão que mais precisamente representa um modelo teórico; c) em um terceiro sentido, o termo ‘neoconstitucionalismo’ indicaria um modelo axiológico-normativo do direito, um modelo ideal ao qual do Direito positivo deveria tender. Esse ideal, sem embargo, não seria um ‘objeto’ externo e separado do Direito concreto, senão pelo contrário seria um mero desenvolvimento e mera concretização do Direito real, sobre a base dos princípios e dos valores que em este último estão expressamente enunciados.” (T. Mazzaresse, *Appunti del corso di filosofia del diritto*, anos 2000/2001, proferido na Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Vrescia, inédito, apud Susana Pozzolo. “Um constitucionalismo ambíguo”. In: *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006, apud MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. *RDE Revista de Direito do Estado*. [S.1], v. 2, n.5, p.252).

7 O ponto de partida para confrontar as concepções filosóficas do jusnaturalismo e positivismo é a distinção entre o direito natural e o direito positivo. Segundo Francisco Amaral: “O direito natural é o conjunto de princípios essenciais e permanentes atribuídos à Natureza (na antiguidade greco-romana), a Deus (na Idade Média), ou à razão humana (na época moderna) que serviam de fundamento e legitimação ao direito positivo, o direito criado por uma vontade humana. Reconhece a existência desses dois direitos, e defende sua superioridade quanto ao positivo. Na época moderna, o direito natural desenvolve-se sob o nome de jusnaturalismo (Grotius e Pufendorf), sendo visto como ‘expressão de princípios superiores ligados à natureza racional e social do homem’, dos quais pode-se deduzir um sistema de regras jurídicas. No século XVIII, por influência do iluminismo, torna-se a expressão do racionalismo do direito, denominando-se, por isso mesmo, iusracionalismo. A questão principal que o direito natural suscita é o da sua possível superioridade em relação ao direito positivo, que o deve respeitar, sob pena da desobediência dos cidadãos. Sua função seria a de legitimar o poder do legislador, a ele se recorrendo, também no processo de aplicação das normas. Contrapondo-se ao jusnaturalismo, o positivismo jurídico afirma não existir outro direito que não seja o positivo. Defende, portanto, sua exclusividade.” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. introdução. 5. ed. revista, atualizada e aumentada, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 43-44).

8 BARROSO, op. cit., p. 4.

- c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Sem dúvida alguma, uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica, dotada, portanto, de imperatividade<sup>9</sup>, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.

Dessa forma, o Poder Judiciário alcança relevante papel na realização do conteúdo da Constituição<sup>10</sup>.

Supera-se o modelo de supremacia do Poder Legislativo e adota-se o da supremacia da Constituição, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, os quais ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário. Sua proteção passa a caber ao Judiciário, expandindo-se a jurisdição constitucional por meio do controle de constitucionalidade difuso e concentrado.

A interpretação jurídica tradicional, por sua vez, deixou de ser integralmente satisfatória, pois se verificou que, quanto ao papel da norma, a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo, somente sendo possível, muitas vezes, produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente. Tampouco, quanto ao papel do juiz, não lhe cabe apenas uma função de conhecimento técnico, voltado a revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

O neoconstitucionalismo, assim, busca promover o reencontro do Direito com os valores, rematerializando-o. Uma de suas principais características é, sem dúvida alguma, a positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais, dentre os quais destacam-se, nesse trabalho, os direitos sociais, como se verá mais adiante.

---

9 “O elemento essencial do direito, e da norma jurídica em particular, consiste na imperatividade dos efeitos propostos. Trata-se da capacidade de impor pela força, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos pela norma ou de algum tipo de consequência ao descumprimento desta, capaz de provocar, mesmo que substitutivamente, a realização do efeito normativo inicialmente previsto ou um seu equivalente.” (BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. [S. l.], n. 240, p. 84, abr./jun. 2005).

10 Não se pretende aqui atribuir atos de governo e ações programáticas ao Poder Judiciário, derrogando-se a função precípua do Poder Executivo. Entretanto as políticas públicas não podem ser configuradas simplesmente dentro do âmbito da oportunidade e conveniência do administrador, entendidas enquanto impassíveis de controle judicial. Impõe-se que o Judiciário possa, em princípio, determinar a sua elaboração quando da omissão administrativa.

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção desenvolvida por Luís Roberto Barroso, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e, como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SUA APLICABILIDADE

Não restam dúvidas de que os direitos fundamentais são a base e a essencialidade para qualquer Constituição, uma vez que eles se encontram vinculados aos mais diversos textos constitucionais, normatizados e efetivados, buscando sempre garantir a dignidade humana.

Os Direitos Sociais são, inegavelmente, direitos fundamentais, seja por que se destinam a prover o homem de meios de subsistência, garantindo-lhe o mínimo existencial, seja por que evidenciam o grau de democracia no Estado. A propósito, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tomou partido e incluiu os direitos sociais, expressamente, entre os direitos fundamentais do Título II de seu texto.

Nesses termos, José Afonso da Silva<sup>11</sup> apregoa:

A questão da natureza dos direitos sociais ainda se põe porque há ainda setores do constitucionalismo, especialmente os ligados à doutrina constitucional norte-americana, que recusam não só a idéia de que tais direitos sejam uma categoria dos direitos fundamentais da pessoa humana, mas até mesmo que sejam matéria constitucional, ou, quando admitem serem constitucionais, qualificam-nos de meramente programáticos, meras intenções e coisas semelhantes. De minha parte, sempre tomei a expressão direitos fundamentais da pessoa humana num sentido abrangente dos direitos sociais, e, portanto, não apenas os entendi como matéria constitucional mas como matéria constitucional qualificada pelo valor transcendente da dignidade da pessoa humana. Assim pensava antes da Constituição de 1988, guiado até pelo conteúdo de documentos internacionais de proteção dos direitos humanos. A Constituição assumiu essa posição, de sorte que, na sua concepção, *os direitos sociais constituem*

11 SILVA, José Afonso da. *Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais*. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=207](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=207)>. Acesso em: 20 nov. 2012.



*direitos fundamentais da pessoa humana*, considerados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Isso é importante, também, porque supera uma tendência doutrinária, não raro persistente, que via ou ainda vê os direitos sociais como contrapostos aos direitos individuais. Como já escrevemos, de outra feita, a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente. Nem é preciso fundamentá-los em bases jusnaturalistas, como se esforça em fazê-lo, para compreender que eles constituem, em definitivo, os novos direitos fundamentais do homem, e, com toda razão, se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades e sua proclamação supõe uma autêntica garantia para a democracia, ou seja: 'para o efetivo desfrute das liberdades civis e políticas. (destacado).

Alexandre de Moraes<sup>12</sup> corrobora com o aqui defendido:

Direitos sociais são *direitos fundamentais* do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (destacado).

Os direitos fundamentais sociais são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais. Todos os direitos que exprimem uma posição jurídica dirigida a um comportamento ativo por parte do Estado e, conseqüentemente, não se enquadram na categoria dos direitos de defesa (direitos de primeira dimensão), são direitos fundamentais a prestações.

O que distingue os direitos sociais dos direitos de defesa é, basicamente, o seu objeto: enquanto o objeto dos direitos de defesa é uma abstenção do Estado, os direitos sociais têm por objeto um atuar permanente do Estado,

12 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 203.

uma prestação positiva de natureza material ou fática em benefício do indivíduo para garantir-lhe o mínimo existencial, proporcionando-lhe os recursos materiais indispensáveis para uma existência digna.

A doutrina tradicional firmou posição no reconhecimento de que apenas os direitos fundamentais de defesa, por terem aplicação direta e imediata, gerariam verdadeiros direitos subjetivos, capazes de colocar o indivíduo na posição de pleitear perante o poder judiciário a reparação de sua eventual violação. No caso dos direitos sociais prestacionais, a doutrina tradicional insiste em afirmar a ausência da sua eficácia quanto a uma aplicação direta e imediata, fazendo com que deles não resulte possibilidade de reconhecimento de verdadeiro direito subjetivo, capaz de levar o seu sujeito a bater às portas do Judiciário, exigindo o cumprimento da contraprestação faltante por parte do Poder Público.<sup>13</sup>

A visão mais avançada do neoconstitucionalismo entende que não há mais que se falar na categoria de normas meramente programáticas em relação aos direitos prestacionais. Ao contrário, estes também instituídos por meio de norma princípio, exigem um desenvolvimento e atuação do legislador e do administrador, é o modelo prescritivo da Constituição. Todo e qualquer direito fundamental estabelece uma posição jurídica fundamental, constituindo-se, ao mesmo tempo, de dimensões positivas e de defesa.<sup>14</sup>

O Estado do Bem-Estar Social<sup>15</sup> tem como característica básica a intervenção estatal nas relações privadas, de forma a atenuar as desigualdades existentes, disponibilizando o necessário para que os indivíduos possam viver. Passou-se a garantir, portanto, a fruição de prestações por parte do Estado, dando aos indivíduos menos favorecidos acesso à educação, saúde e cultura, entre outros bens materiais.

Os direitos sociais têm como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo, por essa razão, ser reconhecida a aplicabilidade imediata desses direitos, até porque todos os direitos fundamentais, qualquer que seja a sua natureza, são direitos diretamente aplicáveis, vinculam todos os Poderes, especialmente o Legislativo, e essa vinculação se submete ao controle judicial.

13 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Passim.

14 *Idem* *ibidem*.

15 O Estado de Bem-Estar Social, ou Welfare State, foi criado no século XX como resposta jurídica, a partir de uma decisão política, para os anseios surgidos ainda em meados do século anterior, marcado pelo choque provocado pelo ideal socialista. Trata-se de um modelo que procurou se adequar à nova realidade então vigente, de recrudescimento da importância do proletariado enquanto classe social, ao contrário da proposta anterior, calcada em um paradigma liberal-burguês, que acabou por influenciar o constitucionalismo ainda incipiente. Em termos jurídicos, o início do Estado Social se deu com a Constituição Mexicana de 1917 e ganhou importância com a Constituição de Weimar (Alemanha), em 1919.

O simples fato de os direitos sociais terem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana seria causa suficiente para sua imediata aplicabilidade. No entanto, a própria Constituição da República, em seu art. 5º, parágrafo 1º, explicita essa imediatez ao prever que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Como já defendido alhures, os direitos sociais são reconhecidamente direitos fundamentais.

Convém frisar, nesse momento, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 caracteriza-se por ser do tipo dirigente, definindo fins, programas, planos e diretrizes para a atuação futura dos órgãos estatais. Ela estabelece um programa para dirigir a evolução política do Estado, um ideal social a ser futuramente concretizado pelos órgãos do Estado.

Migra-se, portanto, do direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos do indivíduo para o direito a exigir que o Estado intervenha ativamente no sentido de assegurar prestações aos indivíduos.

E essa intervenção reclama, em face de suas peculiaridades, a disponibilidade das prestações materiais que constituem o objeto dos direitos sociais, já que esses direitos tutelam interesses e bens voltados à realização da justiça social. Não são, portanto, direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, porquanto exigem dos órgãos do poder público certas prestações materiais.

Essas prestações correspondem a bens materiais economicamente relevantes e consideráveis, cuja efetivação depende de disponibilidade econômica do Estado, que, a rigor, é o principal destinatário da norma. Vale dizer, o objeto dos direitos sociais depende da existência de recursos financeiros ou meios jurídicos necessários para satisfazê-lo.

Frequentemente, faz-se diferenciação entre direitos originários a prestações (ou direitos sociais originários) e os direitos derivados a prestações (ou direitos sociais derivados). Os direitos sociais originários são aqueles que geram posições jurídicas subjetivas que podem ser diretamente deduzidas das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais, independentemente de concretização legislativa; já os direitos sociais derivados correspondem às posições jurídicas subjetivas já concretizadas pelo legislador e que somente podem ser sacadas, não diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais, mas da concretização destas pelo legislador infraconstitucional.

Inexistem maiores dificuldades acerca da imediata possibilidade de desfrute dos direitos sociais derivados, de modo que, na hipótese de o indivíduo ser excluído abusivamente do gozo de alguma prestação já existente e mantida pelo Estado, nasce para ele um direito subjetivo de natureza defensiva, com vistas a obstar qualquer discriminação e a garanti-lo do acesso à prestação

desejada. Assim, se já implantado o serviço público necessário para a satisfação de um direito social derivado, a sua não prestação em desacordo com a lei pode ser atacada pelos meios judiciais próprios. A título de exemplo, pode-se destacar a impetração de mandado de segurança contra um hospital público que se recusa a internar uma pessoa, não obstante a existência de vagas.

Entretanto, o presente trabalho volta-se aos direitos sociais originários, os quais, de acordo com o novo paradigma constitucional vigente (neoconstitucionalismo), que busca, antes de tudo, a eficácia da Constituição, são também dotados de aplicabilidade imediata, pois geram verdadeiros direitos subjetivos a prestações a partir diretamente da Constituição, de tal modo que investem o indivíduo da posição jurídica subjetiva de exigir do Estado, até judicialmente, as prestações materiais concretas que constituem seu objeto.

Conforme sustentado neste trabalho e à luz do neoconstitucionalismo, as normas constitucionais são normas jurídicas, dotadas, portanto, de imperatividade, o que faz gerar verdadeiros direitos subjetivos ao indivíduo. Os direitos sociais originários, na condição de autênticos direitos subjetivos a prestações, reclamam um papel mais ativo e renovado do Poder Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

Francisco Amaral<sup>16</sup>, ao caracterizar normas jurídicas prescreve:

O que distingue as normas jurídicas das demais regras de comportamento social é uma diferença específica, que consiste em particulares aspectos, como a *bilateralidade* e a *coercitividade*.

Bilateralidade significa que a aplicação da norma jurídica pressupõe uma pessoa em relação com outra, atribuindo poderes a uma e deveres a outra, com ou sem reciprocidade. [...]

A coercitividade, e não coercibilidade, consiste na possibilidade de coação para se compelir o devedor a cumprir seu dever ou obrigação. É a possibilidade de recurso à sanção, para se fazer cumprir o preceito da norma jurídica, se não cumprido espontaneamente.

As normas constitucionais garantidoras dos direitos sociais são, sobretudo, normas dirigidas ao Poder Público em favor da pessoa humana (bilateralidade) com vista a promover uma existência digna. Se não respeitadas, geram para o indivíduo o direito de demandar contra o agressor, a fim de que os preceitos constitucionais sejam cumpridos (coercitividade).

16 AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 5. ed. revista, atualizada e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 60.

Sendo as normas constitucionais autênticas normas jurídicas, de acordo com o novo modelo constitucional, os direitos sociais ali garantidos geram verdadeiros direitos subjetivos ao indivíduo, podendo o Judiciário ser chamado a concretizá-los em caso de omissão ou ação lesiva estatal.

Vale dizer, caso o Estado não promova o cumprimento das normas constitucionais, especificamente com relação aos direitos fundamentais sociais, está o indivíduo possibilitado a exigir do Estado-juiz o cumprimento forçado, pois os direitos e deveres expressos na Constituição não são mais considerados, com o era no modelo vigente até meados do século XX, como um “convite” à atuação dos Poderes Públicos, ficando a concretização de suas propostas invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador, não se reconhecendo ao Judiciário qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Felizmente, hoje os direitos e deveres expressos na Constituição são considerados verdadeiras normas jurídicas, de respeito obrigatório, podendo-se exigir o cumprimento forçado, em caso de ofensa aos seus preceitos.

Por mais vago que seja o conceito ou expressão utilizada na definição dos direitos sociais, sempre haverá um núcleo essencial incontestável, não dependendo, portanto, de lei para seu exercício. A Constituição não reconhece direitos fundamentais sem conteúdo. Sempre haverá um conteúdo mínimo e essencial a possibilitar a imediata fruição dos direitos conferidos. E a depender da hipótese, pode e deve o Judiciário completar a norma, compondo construtivamente o conteúdo material dos direitos fundamentais por ocasião de sua aplicação no caso concreto, sem que se cogite de qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes, uma vez que os direitos são dotados de força normativa autônoma contra ou na ausência do legislador, e é tarefa constitucional do Judiciário fazê-los aplicar. Em se tratando de direitos – e direitos fundamentais – seu titular se encontra imediatamente investido no poder jurídico de exigir prontamente, pela via judicial, a prestação correspondente a seu objeto, sempre que o obrigado deixar de satisfazê-la. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não exigível.

Devem-se reconhecer os direitos sociais como direitos originários a prestações, ante a sua condição indispensável à efetiva garantia do mínimo existencial, o qual deve ser entendido como atendimento básico das necessidades vitais do indivíduo com saúde, educação, trabalho, etc., garantindo-se a aplicação imediata desses direitos fundamentais.

### 3 RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Na discussão acerca das restrições à efetivação de direitos fundamentais sociais, a assim denominada cláusula da “reserva do possível” é constantemente invocada.

A expressão “reserva do possível” foi criada pelo Tribunal Constitucional alemão, e adotada pelos autores alemães, com o sentido de que a sociedade deveria delimitar a razoabilidade da exigência de determinadas prestações sociais, a fim de impedir o uso dos recursos públicos disponíveis em favor de quem deles não necessita, ou seja, foi criada com o objetivo da promoção razoável dos direitos sociais, a fim de que se realizasse a justiça social através da concretização da igualdade.

A doutrina e a jurisprudência alemãs<sup>17</sup> entendem, assim, que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para satisfazerem as prestações materiais que constituem seu objeto (saúde, educação, assistência, etc.). Para além disso, asseguram que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos insere-se no espaço discricionário das opções do governo e do parlamento, através dos orçamentos públicos.

Trata-se, portanto, de um instituto oriundo da Alemanha, baseado em paradigmática decisão da Corte Constitucional Federal, em que havia a pretensão de ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes, com espeque na garantia da Lei Federal alemã de liberdade de escolha da profissão.<sup>18</sup>

No julgamento da lide, firmou-se posicionamento naquele tribunal constitucional de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma profissão que se dê nos limites do razoável, ou seja, a qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição.

De acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.

Na compreensão do Ministro Gilmar Mendes, os direitos de promoção e prestação material têm como propósito atenuar desigualdades de oportunidades e têm sua efetivação ligada diretamente a condições

17 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível*. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, p. 349-395, 2008. Material da 4ª aula da disciplina Teoria Geral dos Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – UNIDERP/REDE LFG, p. 21.

18 LIMA, Flávia Danielle Santiago. Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais. Considerações acerca do conceito de reserva do possível e do mínimo necessário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. p. 5. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2177>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

e possibilidades de realização desses direitos no contexto histórico e econômico do Estado. Tais direitos são satisfeitos de acordo com a disponibilidade econômica do momento, são direitos submetidos à reserva do possível, dependem da disponibilidade material do Estado.<sup>19</sup>

A assimilação, pela doutrina pátria, sem as devidas adaptações, de um instituto oriundo de outra ordem jurídica torna-se bastante perigosa, especificamente quando se trata de realidades tão distintas, como a alemã e a brasileira. Os institutos jurídico-constitucionais devem ser compreendidos a partir da história e das condições socioeconômicas do país em que se desenvolveram, de modo que é impossível transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos.

A Alemanha, país em que se desenvolveu tal instituto, insere-se entre os chamados países centrais, onde já existe um padrão ótimo de bem-estar social. O Brasil, por sua vez, ainda é considerado um país periférico, onde milhares de pessoas não têm condições mínimas de dignidade.<sup>20</sup>

Para além disso, e sabedora da condição dos brasileiros, a Constituição de 1988 é essencialmente dirigente, eis que composta de uma enorme quantidade de normas que impõe ao Estado Brasileiro a realização de políticas públicas socialmente ativas voltadas ao atendimento das necessidades vitais básicas de seus cidadãos, fixando as diretivas, metas e os mandamentos que devem ser cumpridos pelo Estado Social na efetivação dos direitos sociais. Eis aí porque as teorias desenvolvidas na Alemanha sobre a interpretação dos direitos sociais não podem ser facilmente transferidas para a realidade brasileira, sem as devidas adaptações.

O modelo de Estado Social na Alemanha convive com a tensão própria do capitalismo nos países centrais: o de harmonizar as ideias neoliberais com a necessidade de intervenção do Estado para assegurar a igualdade entre os cidadãos através da redistribuição de riqueza, problema agravado no contexto pós-unificação.<sup>21</sup>

A impossibilidade do retrocesso de garantias institucionais já efetivadas na Alemanha convive com as propostas da globalização econômica. Nesse ponto, o debate é o mesmo nos dois países. A diferença

---

19 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.294.

20 Na teoria das relações internacionais, o termo “nova ordem mundial” (NOM) tem sido utilizado para se referir a um novo período no pensamento político e no equilíbrio mundial de poder; além de uma maior centralização deste poder. Apesar das diversas interpretações deste termo, ele é principalmente associado com o conceito de governança global. Nesse contexto, os países desenvolvidos (p. ex. EUA, Canadá, Europa Ocidental, etc.) são designados países centrais; por outro lado, os países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento são chamados países periféricos.

21 LIMA, op. cit., p. 5.

reside no fato de que no Brasil tais garantias ainda não foram efetivadas, sendo perigoso falar em retrocesso de um processo não concluído.

Realmente, trasladar, na íntegra, para o direito brasileiro essa limitação da reserva do possível criada pelo direito alemão, cuja realidade socioeconômica e política do país difere radicalmente da realidade brasileira, é negar acesso, a muitos brasileiros, ao mínimo existencial.

O argumento de que a reserva do possível obsta a competência do Poder Judiciário para decidir acerca da distribuição dos recursos públicos também não se aplica à realidade brasileira, ante a vigente Constituição de 1988. De fato, cabe ao Legislativo e ao Executivo, a princípio, a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários. Todavia, essa competência não é absoluta, pois se encontra adstrita às normas constitucionais, notadamente àquelas definidoras de direitos fundamentais sociais que exigem prioridade na distribuição desses recursos, considerados indispensáveis para a realização das prestações materiais que constituem o objeto desses direitos. A assim chamada liberdade de conformação do legislador nos assuntos orçamentários encontra seu limite no memento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira.

Esse padrão mínimo, entendido também como mínimo existencial, corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna. Não atendido esse padrão mínimo, seja pela omissão total ou parcial do legislador, o Poder Judiciário está legitimado a interferir para garantir esse mínimo existencial, visto que ele é obrigado a agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição, não satisfazendo os direitos fundamentais sociais. Assim, as questões sobre prioridades na aplicação e distribuição de recursos públicos deixam de ser questões de discricionariedade política, para ser de observância de direitos fundamentais, de modo que a competência para tomá-las passaria do Legislativo para o Judiciário, caso inobservados.

Não é nenhuma novidade no direito brasileiro a possibilidade de o juiz intervir na competência orçamentária do legislador. No âmbito dos direitos fundamentais de defesa, por exemplo, quando o juiz invalida, por inconstitucional, uma lei instituidora ou majoradora de tributo que viola um direito fundamental do contribuinte, ele está, de certa forma, interferindo na composição do orçamento público, e jamais alguém suscitou isso como óbice à atuação judicial.

Se os Poderes do Estado incumbidos da execução de políticas públicas agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara



intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, reconheceu a possibilidade de controle judicial das políticas públicas como modo de efetivação dos direitos sociais, *in verbis*:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, *poderá* atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por *descumprirem* os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), 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.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá *razoavelmente* exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de *justo motivo objetivamente aferível* - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.” (destacado, ADPF nº 45 do STF).<sup>22</sup>

E prossegue o Exmo. Ministro:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação

<sup>22</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

Os direitos sociais, como direitos fundamentais garantidos pela Constituição, reclamam imediata aplicabilidade, pois, além de ser essa uma exigência constitucional (art. 5º, §1º), como já salientado, é também a postura da doutrina moderna, que considera as normas constitucionais como verdadeiras normas jurídicas, não sendo possível, por sua vez, que institutos jurídicos estrangeiros venham a esvaziar os preceitos contidos na Lei Maior.

Na esteira da tese defendida pelo Ministro Celso de Mello, não se pretende neste trabalho ignorar a existência de empecilhos econômicos para a concretização dos direitos sociais. O que se quer concluir, com todo o arcabouço teórico aqui levantado, é que a “reserva do possível” não pode servir de fundamento simplista ao descumprimento das normas jurídicas constitucionais.

Sempre haverá um núcleo básico dos direitos fundamentais sociais que deverá ser promovido pelo Poder Público, garantindo-se a todos condições materiais mínimas de existência digna.

Na Alemanha, esse padrão mínimo de existência digna já existe, não sendo viável, portanto, que a “reserva do possível” seja adotada no Brasil da mesma forma que o é naquele país.

Somente se houver justo motivo objetivamente aferível é que a “reserva do possível” poderá ser aplicada no território nacional, pois o que é faticamente impossível não pode ser juridicamente exigível.

Entretanto, reafirma-se, o núcleo básico dos direitos sociais não está condicionada à “reserva do possível”, pois é dever do Estado promover o bem de todos, garantindo-se um padrão mínimo para a existência digna da pessoa humana. Por conseguinte, o não cumprimento dessa parcela mínima de cada direito fundamental social configuraria uma lesão do seu núcleo essencial. Por núcleo essencial entende-se aquela parcela mínima do direito em questão que não pode ser suprimida por meio de uma lei, é um sinônimo de “núcleo duro”, ou seja, há no direito uma parcela indisponível para o legislador. A não efetivação ou concretização da parcela mínima do direito configura uma lesão ao próprio direito.

Não se pode admitir o esvaziamento de normas jurídicas constitucionais, sobretudo as de direitos fundamentais sociais, por institutos estrangeiros, devendo, portanto, o Judiciário ser chamado para garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais em caso de ação ou omissão lesiva.

Se não se entender dessa forma, frustrar-se-ão todas as legítimas expectativas da sociedade.

#### 4 CONCLUSÃO

Contemporaneamente, deve-se atribuir força normativa à Constituição, superando-se o modelo constitucional que vigorou até meados do século passado, o qual entendia a Constituição como um documento essencialmente político.

A Constituição da República Federativa do Brasil e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar assentaram as premissas do neoconstitucionalismo em solo nacional.

A partir de então, os preceitos contidos no Texto Maior foram considerados verdadeiras normas jurídicas, dotadas, portanto, do atributo da imperatividade, exigindo-se uma busca constante de sua concretização, sobretudo, com relação aos direitos fundamentais.

Os direitos sociais, indubitavelmente, são verdadeiros direitos fundamentais, seja por que se fundamentam no princípio da dignidade da pessoa humana, destinando a prover o homem de meios de subsistência para garantir-lhe o mínimo existencial, seja por que evidenciam o grau de democracia do Estado. Ademais, a própria Constituição assim os definiu ao incluí-los entre os direitos fundamentais do Título II de seu texto.

Sendo direitos fundamentais, os direitos sociais exigem aplicação imediata, nos termos do art. 5º, §1º, da Constituição da República.

Entretanto, esses direitos, ao contrário dos direitos de defesa, pressupõem um agir estatal consistente em uma prestação positiva de natureza material ou fática em benefício do indivíduo a fim de atribuir-lhe o mínimo existencial, o que, naturalmente, necessita de disponibilidade de recursos públicos.

Essa necessidade de recursos públicos para a efetivação dos direitos sociais fez surgir na Alemanha a chamada “reserva do possível”.

No entanto, o que se procurou defender neste estudo é que os direitos fundamentais sociais têm aplicação imediata, nos termos do art. 5º, §1º, da Constituição, gerando verdadeiros direitos subjetivos ao indivíduo contra o Poder Público, podendo, inclusive, manejar o meio judicial próprio para concretizar a justa expectativa criada pelo Texto Maior.

E o Judiciário não estaria ofendendo o princípio da separação dos poderes, pois é seu dever constitucional agir em caso de ação ou omissão lesiva a direitos (art. 5º, XXXV, CRFB), ainda mais em se

tratando de direitos fundamentais como os direitos sociais. Por isso, ao poder judiciário é permitido fazer um controle judicial frente às omissões ou prestações insuficientes dos poderes inertes, mediante um método racional, baseado numa dogmática confiável e numa jurisprudência consistente.

Lado outro, não se procurou esquivar dos empecilhos fáticos à concretização dos direitos sociais. Realmente, eles dependem de dotações orçamentárias. Entretanto, não é possível importar institutos jurídicos sem as devidas adequações.

A “reserva do possível” foi desenvolvida em um contexto econômico, social e cultural diferenciado, em que já se concretizou um excelente padrão de bem-estar aos indivíduos. No Brasil, milhares de pessoas não têm condições mínimas de dignidade.

Por essa razão, defende-se, no presente estudo, que os direitos sociais possuem um núcleo essencial incontestável que deve ser imediatamente promovido pelo Poder Público, a fim de se conferir a todos um padrão mínimo de existência digna.

Qual a razão do Estado, senão promover o bem de todos (art. 3º, IV, CR)?

Caso esse mínimo existencial não seja atingido, não se efetivando ao menos o núcleo incontestável dos direitos sociais, o Judiciário deve fazer cumprir a norma constitucional, autêntica norma jurídica, caracterizada pela bilateralidade e coercitividade.

Não há dúvida quanto à possibilidade de o Judiciário intervir quando um direito social derivado é lesado. Por que, então, haveria no caso de direitos sociais originários?

Na esteira do posicionamento do eminente Ministro Celso de Mello, conclui-se que o Judiciário está legitimado a concretizar os direitos fundamentais sociais, inclusive os originários, não podendo a cláusula da “reserva do possível”, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se de suas obrigações constitucionais.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 5. ed. revista, atualizada e aumentada, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. [S. 1], n. 240, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUENO, Ewerton Teixeira. Efetividade dos direitos sociais. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 4, jun. 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível*. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. Material da 4ª aula da disciplina Teoria Geral dos Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – UNIDERP/REDE LFG.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais. Considerações acerca do conceito da reserva do possível e do mínimo necessário. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2177>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais*. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 3. ed. revista e atualizada, São Paulo: Método, 2005.

SANTOS, Fernando. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e o controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios. *Revista de Informação Legislativa*. [S.1.], v.2, n.5, jan./mar. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Organizador: NOVELINO, Marcelo. Bahia: Jus Podivm, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais*. Disponível na internet: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=207](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=207)>. Acesso em: 26 set. 2010.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional  
SIG, Quadra 6, Lote 800 70610-460, Brasília – DF  
Tiragem: 1.500 exemplares