

A RELEVÂNCIA ECONÔMICA DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS E O LIMITE DA RESERVA DO POSSÍVEL FACE O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

THE ECONOMIC RELEVANCE OF THE PROVISIONAL SOCIAL RIGHTS AND THE LIMIT OF THE RESERVE OF THE POSSIBLE FACE THE PRINCIPLE OF THE MINIMUM EXISTENTIAL

Eduardo Biacchi Gomes¹
Sólon Cícero Linhares²

RESUMO: Os direitos sociais prestacionais ganharam relevância quando a discussão constitucional passou a tratar o tema como direito fundamental, portanto, de aplicabilidade direta e imediata, nos termos do artigo 5º, par. 1º da Constituição Federal. Nesse sentido, é exigível do poder público a elaboração de políticas públicas eficazes aos seus administrados, notadamente as envolvendo saúde e educação. Nasce, então, para o sujeito um direito subjetivo o qual pode ser demandado no Poder Judiciário ante a omissão do Poder Público. Discute-se, neste contexto, o papel da judicialização de políticas públicas: o ativismo judicial. O confronto se dá basicamente na análise de dois princípios - Reserva do Possível e o Mínimo Existencial. Diante disso, o que se propõe é uma análise da jurisprudência e da doutrina acerca do tema, em especial envolvendo direitos prestacionais a saúde e educação, sopesando princípios constitucionais como a separação dos poderes e reserva orçamentária com a dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS CHAVES: SAÚDE. EDUCAÇÃO BÁSICA. ATIVISMO JUDICIAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT:

Social rights gained prominence when the constitutional discussion has treated the subject as a fundamental right, therefore, direct and immediate applicability under Article 5, par. 1, of the Federal Constitution. In this sense, the government is required to draw up effective public policies to their citizens, especially those involving health and education. To the citizens, arise, then, a subjective right which may be sued in the courts against the government omission. In this context, the role of public policy judicialization is discussed. The judicial activism. Basically, the confrontation takes place on the analysis of two principles - Possible Reserve and Minimum Existential. Regarding this matter, an analysis of case law and doctrine is proposed, especially involving social rights to health and education, under the evaluation of constitutional principles such as the separation of powers and budgetary reserve with the dignity of the human person.

KEY WORDS: HEALTH. BASIC EDUCATION. JUDICIAL ACTIVISM. PUBLIC POLICY. FUNDAMENTAL RIGHTS

1. Introdução

O tema envolvendo os direitos sociais prestacionais é frequentemente debatido na doutrina nacional e estrangeira especialmente quando envolve eventual negativa por parte

¹ Pós-Doutor em estudos culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Professor de Direito Internacional e Direito da Integração da UniBrasil, Graduação e Mestrado, Professor Titular de Direito Internacional PUC/PR, Professor Adjunto de Direito Internacional da FACINTER. Professor vinculado ao Grupo de Pesquisa PÁTRIAS (UniBrasil) certificado junto ao Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil do Cnpq. eduardobiacchigomes@gmail.com

² Aluno do Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* da Escola de Direito da PUC/PR, nível de doutoramento. Mestre em Direito e Professor de Direito Penal da PUCPR.

do Estado na sua prestação, como por exemplo, os direitos a saúde e educação, ao argumento da ausência de recursos financeiros para sua devida implementação ou efetivação.

Para uma melhor abordagem do assunto, necessário se faz o estudo da cláusula da reserva do possível através do “confronto” com o princípio do mínimo existencial, para em seguida se fazer um contraponto entre um e outro elencando os diversos entendimentos a favor e contra, seja na doutrina especializada ou na jurisprudência pátria. O princípio do mínimo existencial parte do pressuposto ou da premissa da fundamentalidade dos direitos sociais e da dotação de eficácia e efetividade de tais direitos, vale dizer: os direitos sociais tem aplicabilidade direta e imediata, conforme dispõe o artigo 5, par. 1 da CF³.

O presente artigo tem por finalidade examinar, sob os aspectos da doutrina e da jurisprudência como deve ser a atuação do Poder Judiciário quando o Estado, em face de impossibilidades materiais (como falta de dotação orçamentária ou propriamente de medicamentos), no sentido de satisfazer e garantir os direitos básicos de saúde e de educação dos cidadãos, de forma a garantir os direitos fundamentais.

2. Direitos Sociais e Fundamentais: aplicabilidade imediata

A Constituição Federal de 1988 inovou no que diz respeito aos direitos fundamentais e sociais, de forma a dispor, expressamente que os mesmos não necessitam de regulamentação para que possam ser aplicados e, conseqüentemente exigíveis pelos cidadãos, visto que em virtude de sua autoaplicabilidade, necessária a observância pelo Poder Público e, na hipótese de omissão, caberá a intervenção do Poder Judiciário.

Aliás, essa é a melhor interpretação do disposto no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal e sobre este assunto, com muita propriedade é a lição trazida por SARLET, 2008⁴:

Firma-se aqui posição em torno da tese de que pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional - todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional (...) os direitos sociais encontram-se sujeitos à lógica do art. 5, par. 1 da CF, no sentido de que todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível (...) em outras palavras, também as normas de direitos sociais (inclusive de cunho prestacional) devem, em princípio, ser consideradas como dotadas de plena eficácia e, portanto, direta aplicabilidade (...).

Neste mesmo sentido é o entendimento do constitucionalista CANOTILHO, 1999⁵:

o reconhecimento e garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais, em nível constitucional, é, pois, uma resposta a tese da impossibilidade de codificação de valores sociais fundamentais na Constituição e à tese do princípio da democracia social como simples linha da actividade do Estado. Por outro lado, não se trata de reconhecer apenas o direito a um standard mínimo de vida ou de afirmar tão-somente uma dimensão subjectiva quanto a direitos a prestações de natureza derivativa, isto é, os direitos sociais que radicam em garantias já existentes (ex:

³ As normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 17

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 544.

direito à reforma, ao subsídio de desemprego, à previdência social). Trata-se de sublinhar que o status social do cidadão pressupõe, de forma inequívoca, o direito a prestações sociais originárias como saúde, habitação, ensino, os quais são direitos fundamentais.

Ora, o que se pretende descortinar é de que os direitos sociais exigem, de fato, uma ação ativa do Poder Público, notadamente porque foram dotados a categoria de direitos fundamentais pela nossa Constituição Federal, razão pela qual tem aplicabilidade imediata e direta, ainda que se argumente que sua implementação dependa de condições objetivas por parte do Estado - como recursos financeiros disponíveis - como por parte da sociedade - com nível econômico elevado capaz de realizações no plano material.⁶

Por outro lado, não é válida a afirmação de que os direitos sociais são normas programáticas e que, portanto, dependeriam, de ações do legislador e do administrador público para sua implementação, uma vez que os direitos sociais, por terem sido levados a categoria de direitos fundamentais, devem ser interpretados através do princípio da efetividade máxima da Constituição e, portanto, sua implementação deve ser realizada através de políticas públicas, tendo sempre como norte o interesse público e a dignidade da pessoa humana para se garantir o que se chama de mínimo existencial.

Para uma melhor compreensão do tema, torna-se importante examinar-se a diferenciação entre mínimo existencial e mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, pois enquanto o primeiro diz respeito às condições mínimas que o indivíduo necessita para viver dignamente o segundo se refere a sobrevivência da pessoa no seu aspecto vital (garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade, segundo SARLET, 2008⁷: “não deixar alguém sucumbir a fome certamente é o primeiro passo em termos de garantia de um mínimo existencial, mas não é - e muitas vezes não o é sequer de longe - o suficiente”

Assim, o mínimo existencial está ligado diretamente às prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável e a vinculação com direito a saúde, tomado aqui em seu sentido mais amplo. Assim, BARCELLOS, 2002⁸, defende que o mínimo existencial é formado pelas condições materiais básicas para a existência e corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana, à qual deve-se reconhecer a eficácia jurídica positiva.

Ainda segundo a autora, o mínimo existencial é composto por quatro elementos: “destes, destaca-se três materiais e um instrumental, a saber: educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso a Justiça” .

Diante destas premissas, partindo do pressuposto inicialmente elencado neste texto, qual seja: que os direitos sociais prestacionais são direitos fundamentais e, portanto, tem aplicabilidade direta e imediata, é válido dizer que os direitos sociais prestacionais integram o mínimo existencial que reforça a dignidade da pessoa humana e, por esta razão, não há como conceber que tais direitos estejam submetidos ou limitados pela cláusula da reserva do possível.

⁶ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. Direito Fundamental à Saúde. o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 177.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; Reserva do Possível, mínimo existencial e direito a saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4 Região, Porto Alegre, n. 24, p. 22, jul. 2008.

⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248.

Nesse sentido, TORRES, 2003⁹ confere robustez ao entendimento ora em análise:

O mínimo existencial refere-se ao direito às condições mínimas de existência humana digna, que não pode ser objeto de intervenção do Estado que ainda exigem prestações estatais positivas, incluindo-se no rol dos direitos fundamentais ou direitos de liberdade (...) O mínimo existencial não está submetido aos ditames da reserva do possível, portanto, é possível o Poder Judiciário deferir a concessão de prestações positivas sobre direitos sociais prestacionais quando provocado em cada caso concreto.

Não é diferente o posicionamento de BARROSO 2005¹⁰, que, objetivamente, destaca a estrutura do que se pretende entender por mínimo existencial:

é a locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade, destacando-se que o elenco de prestações que compõe o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, asseverando haver razoável consenso de que inclui: saúde básica e educação fundamental, havendo ainda um elemento instrumental, que é o caso de acesso a Justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

Assim, a conclusão é no sentido de que os direitos sociais prestacionais, como por exemplo, organização de estabelecimentos públicos ou prestação de serviços públicos essenciais - hospitais públicos, clínicas, escolas primárias, saneamento básico, saúde, habitação, assistência social, transporte, etc - não se encontram sob a reserva do possível, pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, já que são direitos fundamentais e integram o mínimo existencial para sedimentação do princípio da dignidade da pessoa humana, podendo, inclusive, ser efetivado por ação do poder judiciário a depender de cada caso concreto

3. Atuação do Estado e Políticas Públicas para garantir os direitos sociais

Resta claro que é dever do Estado, através do Poder Executivo e Legislativo a elaboração de políticas públicas sociais, em especial àquelas vinculadas diretamente com a saúde e educação básica e, ainda, considerando que é direito do cidadão ver implementadas tais políticas de forma efetiva e eficaz, apta a atender seus anseios ou o mínimo para sua existência digna, é válido afirmar que o Judiciário pode intervir quando demandado nos casos de omissões daqueles poderes, notadamente para garantir a devida prestação estatal na prática.

Não é demais consignar que o cidadão está cansado de ouvir discursos e ilações dedutivas sobre seus direitos, o que o cidadão deseja de fato é ver na prática a efetivação destas políticas sociais, coisa que vem sendo feita, ainda que de forma transversa, ao menos nos casos envolvendo saúde e educação básica, pelo Poder Judiciário quando atende demandas em casos concretos individuais ou coletivos envolvendo o mínimo existencial do sujeito enquanto ser humano.

⁹ TORRES, Ricardo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, n. 12, p. 101, 2003.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 38-39.

A jurisprudência nacional sobre o mínimo existencial tem sido tema de debate em nossos Tribunais Superiores, conforme abaixo constata-se: O Supremo Tribunal Federal, em decisão marcante dada pelo Ministro Celso de Melo, apreciando demanda relacionada à saúde em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, consolidou entendimento sobre a possibilidade do Poder Judiciário atuar na formulação e implementação de políticas públicas para garantir o mínimo existencial ao indivíduo, em especial quando inerte o Poder Público, fundamentando sua decisão na dignidade da pessoa humana, que, segundo ele, deve ser o centro das prestações estatais.

Pela importância do tema e a clareza com que a decisão foi prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, destaca-se alguns pontos:

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 inconstitucional, 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.

Cumprir 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.

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar):

"Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição".

É essencial registrar que ainda que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tenham apreciado casos concretos envolvendo saúde e educação fundamental apenas, há que se lembrar que o princípio do mínimo existencial vai além destes elementos que integram a dignidade da pessoa humana. Na medida em que o Estado se desenvolve há que se almejar o exercício pleno da cidadania, sob pena do retrocesso social.

Por óbvio que não se está defendendo aqui um “salvo conduto” ao Poder Judiciário para enfrentar todas as questões envolvendo políticas públicas de cunho social, mas sim, somente aquelas onde há omissão dos outros poderes em casos envolvendo diretamente o mínimo existencial, como garantia ao fundamento da dignidade da pessoa humana, não sendo cabível a alegação de falta material de recursos ou de reserva orçamentária (cláusula da reserva do possível) para a negativa na prestação destes devidos direitos.

4. A Cláusula da Reserva do Possível.

A reserva do possível parte do pressuposto que as prestações necessárias à efetivação dos Direitos Fundamentais, dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-los ao cidadão individualmente ou coletivamente considerado.

Este é o cerne do entendimento, isto é, os Direitos fundamentais implementados por prestações e o próprio mínimo existencial só podem conformar-se diante dos limites impostos pelo que se denomina de cláusula da reserva do possível, não somente pela disponibilidade de recursos, mas também ao argumento das competências constitucionais, do princípio da separação dos poderes, da reserva da lei orçamentária e ainda do princípio federativo¹¹.

O princípio da reserva do possível teve sua origem na Alemanha e está relacionada diretamente com as limitações econômicas que podem comprometer a plena efetivação de direitos sociais, ficando a satisfação destes direitos condicionados a existência de condições materiais para a possibilidade de seu atendimento.

A decisão paradigmática sobre o tema foi proferida pela Corte Constitucional Federal da Alemanha no caso *BverfGE nr. 33, S. nr. 333*.¹² Destaque-se que a partir deste julgado, sedimentou-se o entendimento, internacional e nacional no sentido de que a implementação dos direitos sociais prestacionais estão sujeitos ao princípio da reserva do possível, relacionadas não somente a escassez de recursos materiais, mas também ao princípio da razoabilidade, separação dos poderes e ao pacto federativo e ainda a reserva da lei orçamentária.

Assim, pode-se dizer que a reserva do possível está ligada diretamente a situações fáticas e jurídicas que, segundo SARLET¹³, apresenta-se através de uma dimensão tríplice:

¹¹ SILVA, *ibidem*. p. 187.

¹² Este caso refere-se a uma ação judicial então proposta por um estudante visando a permiti-lo a cursar o ensino superior público, com fundamento na lei federal alemã que garante a livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, tendo em vista que não havia disponibilidade de vagas suficientes para todos os interessados em frequentar as universidades públicas na Alemanha. Neste caso o julgado proferido pelos juízes da Suprema Corte Alemã foi no sentido que o Estado, como poder Público, deve se pautar, além de outros princípios de ordem material (a presença de recursos financeiros e reserva de lei orçamentária) como também pela razoabilidade e proporcionalidade de cada caso concreto, negando, portanto, a pretensão do estudante.

¹³ *Ibidem*. SARLET. pg.193.

- a. a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
- b. disponibilidade jurídica dos recursos que guarda íntima relação com a distribuição de receitas pela lei orçamentária;
- c. diz respeito ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade de cada caso concreto.

Obviamente que todas as facetas acima devem guardar relação com os princípios constitucionais, especialmente o do Estado Federativo e da separação dos poderes, como forma de se impedir a violação ao princípio constitucional do pacto federativo, a invasão de competências legislativas dos entes da federação e até mesmo a ingerência dos poderes da Administração Pública.

Assim, diante do que foi estudado alhures, o que se percebe é que nasce um conflito entre as premissas lançadas do princípio do mínimo existencial com a cláusula da reserva do possível, em especial quando esta última funciona como um limitador fático e jurídico para se sustentar a negativa na implementação de eventuais políticas públicas ou mesmo em casos concretos isoladamente, envolvendo direitos sociais prestacionais, notadamente de saúde e educação básica.

Como entendimento de meio termo, apresenta-se BARCELLOS E TORRES, fundamentando que a reserva do possível não pode ser óbice ao princípio do mínimo existencial, entendimento este corroborado por dois acordãos do Supremo Tribunal Federal.¹⁴ Assim, pois, estruturada a dimensão da reserva do possível, verifica-se que este princípio funciona como uma barreira jurídica e fática a balizar os Direitos Fundamentais na perspectiva dominante da disponibilidade econômica de recursos para sua efetivação, garantido-os, por outro lado, nas hipóteses de ponderação, tendo como norte o mínimo existencial, de acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade de cada caso concreto.

Nesse sentido, é deveras importante, mais um vez, a contribuição de SARLET, segundo o qual a reserva do possível frente às premissas do mínimo existencial, deve ser interpretado não como de caráter absoluto, mas relativo, podendo, nestes casos, serem supridos pelo Poder Judiciário quando suscitados em demandas concretas.

Nasce neste momento um ativismo do judiciário ou uma judicialização das políticas públicas. Nas palavras de BARROSO, 2008¹⁵, judicialização significa que algumas questões que deveriam ser decididas pelas esferas próprias do Estado, como Congresso Nacional, Poder Executivo através dos seus respectivos ministérios, vem sendo decididos e implementados pelo Poder Judiciário na apreciação de demandas individuais ou coletivas em casos concretos.

Ainda segundo Barroso, a judicialização teve, basicamente três causas essenciais. A primeira delas diz respeito à *redemocratização* do país que teve o ponto culminante a promulgação da Constituição Federal de 1988, em especial pela nova roupagem que ganhou o Judiciário, deixando de ser apenas um órgão técnico para se transformar em um verdadeiro poder político da nação, capaz de fazer valer as leis e a constituição, inclusive em confronto ou mesmo contra os outros dois poderes constituídos da União, por outro lado há ainda outros fatores que contribuíram para esta nova democratização:

o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se

¹⁴ ADPF 45/DF, 29.04.2004 e AGRAVO REGIMENTAL RE 410.715-5/SP, 22.11.2005, ambos da relatoria do Ministro Celso de Mello.

¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Pg. 3.

a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira¹⁶.

O segundo ponto referido por BARROSO diz respeito a *constitucionalização abrangente*, isto é, temas que antes da Constituição Federal de 1988 eram tratados em leis ordinárias ou através do processo político majoritário, ganharam força quando elevadas a categoria constitucional, como por exemplo:

se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas¹⁷.

Por fim, o terceiro elemento crucial para dar sustentação ao ativismo judicial está no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que é um dos mais abrangentes do mundo, podendo, inclusive, questões afetas a política ou a moral serem apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo da Lei de Biossegurança, a vedação do nepotismo no Poder Judiciário, demarcação de terras indígenas, o uso de algemas e etc.

Assim, o que se denota é que a judicialização está presente cotidianamente e com o passar dos tempos, será mais frequente. Aqui não se vislumbra que o Poder Judiciário tenha extrapolado em seus limites constitucionais, pelo contrário, atuou sempre que foi demandado, em observância ao princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, dentro dos princípios éticos, razoabilidade e proporcionalidade.

Some-se ainda, neste contexto, a idéia de *vedação do retrocesso*, a qual pode ser aplicada também ao ativismo do Poder Judiciário, isto é, o Estado não pode atuar retrocessivamente em relação ao que está reconhecido como dignidade humana, assim, se os direitos prestacionais são direitos fundamentais, em especial o direito a saúde e educação básica, é essencial que o Judiciário faça valer o comando normativo do artigo 5º par. 1º da Constituição Federal em casos de omissão do Poder Público, vale dizer: a implementação de políticas públicas pelo judiciário quando se está em “jogo” direitos que integram o núcleo da dignidade da pessoa humana é o próprio exercício da democracia e portanto, não se pode pensar ao contrário sob pena de violação do retrocesso social.

Na doutrina foi denominada por CANOTILHO 1998,¹⁸ de princípio da proibição do retrocesso social. Segundo essa ideia de “vedação do retrocesso”, após a concretização dos direitos sociais prestacionais em nível infraconstitucional, eles assumem o caráter de direito subjetivos a determinadas prestações estatais, de tal forma que não mais se encontram na esfera de disponibilidade do legislador ordinário, tornando-se direitos adquiridos que não podem mais ser suprimidos ou reduzidos, representando uma dimensão negativa do princípio da dignidade da pessoa humana.

Logo é razoável se afirmar que o princípio da vedação do retrocesso social conjuga-se de maneira intensa com o disposto no artigo 5, par. 1 da CF, que representa a expressão da máxima efetividade das normas definidoras de Direitos Fundamentais, apontando para o

¹⁶ Idem. Pg. 3.

¹⁷ BARROSO, *ibidem*, pg. 4

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 321.

afastamento do ordenamento jurídico de hipóteses tendentes a implementar a redução do mínimo existencial, já devidamente resguardado e protegido”.¹⁹

A jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal como do Superior Tribunal de Justiça tem pautado o entendimento majoritário pela aplicação da reserva do possível, fundamentando suas decisões na disponibilidade de recursos materiais, mas também nos princípios da separação dos poderes, da reserva de lei orçamentária e ainda do princípio federativo.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, tem excepcionado a cláusula da reserva do possível apenas no que se refere ao direito fundamental a saúde e à educação básica, momento em que tem aplicado o princípio do mínimo existencial, porque ligado diretamente a dignidade da pessoa humana.

Assim, denota-se duas vertentes jurisprudenciais nos Tribunais Superiores:

- a. uma voltada para a aplicação da reserva do possível sempre que versarem em dar efetividade a direitos sociais prestacionais e outra
- b. pela aplicação do princípio do mínimo existencial sempre que versar sobre direitos fundamentais a saúde e educação.

A doutrina constitucionalista²⁰, sob a ótica da implementação de políticas públicas de direitos sociais prestacionais pelo Poder Judiciário, no que se refere ao princípio da reserva do possível, consagra três teorias:

- a. teoria da eficácia zero, segunda a qual o judiciário não pode implementar direitos sociais;
- b. teoria da eficácia mínima, segundo a qual o judiciário pode agir somente para efetivar o mínimo existencial;
- c. teoria da eficácia máxima, segundo a qual o judiciário pode e deve agir para efetivar normas de direitos fundamentais sociais.

Cabe destacar ainda que as políticas públicas no Estado Constitucional não são realizadas somente pelo Executivo e Legislativo, mas também pelo Poder Judiciário, este último como forma de garantir a plena eficácia dos direitos sociais e fundamentais, em caso de omissão por parte da Administração Pública, todavia sempre a observar as referidas competências constitucionais.

5. Considerações Finais

Assim, percebe-se que políticas públicas não são instrumentos que se revestem apenas da lógica do Governo, mas também do Estado como um todo, a ser utilizado na perspectiva do interesse público, tendo como norte a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sob o viés da dignidade da pessoa humana (que tem o mínimo existencial como parte integrante do núcleo princípio), conforme bem apontou a Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha: “Não há verdade Constitucional, não há suporte institucional para políticas públicas que não sejam destinadas ao pleno cumprimento daquele valor maior transformado em princípio constitucional: a dignidade da pessoa humana²¹

Assim, o arremate que se propõe é o de que os direitos sociais prestacionais são direitos fundamentais estampados na Constituição Federal de 1988 e, portanto, tem aplicabilidade e efetividade imediata, de acordo, aliás com a melhor interpretação do artigo 5o. Parágrafo Único do texto, no sentido de entender que os direitos fundamentais, por

¹⁹ SILVA, *ibidem*. pg. 195.

²⁰ Citada neste artigo.

²¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Interesse Publico*, ano 1, n. 4, p. 56, out/dez. 1999.

serem básicos para a pessoa humana, independem de regulamentação posterior e podem ser exigíveis, de imediato pelo indivíduo e cabe ao Estado a sua efetivação.

Por outro lado e como forma de contrapor o forte argumento em prol da plena observância dos direitos fundamentais, há que se observar a possibilidade do Estado em dar implementação a tais direitos, tendo como norte o princípio da reserva do possível, o que pode funcionar como um limitador fático e jurídico, levando-se em conta o princípio da separação dos poderes e da reserva orçamentária, visto que materialmente e em termos objetivos a prestação e a efetivação de tais políticas públicas somente poderão ocorrer se houver dotação orçamentária.

Como forma de conclusão ao referido debate e de forma a buscar-se uma posição conciliadora, entende-se que tal óbice ou limite não pode guardar resguardo quando se está em jogo garantias às condições mínimas a existência do ser humano, fundamento este que integra o princípio do mínimo existencial, sob pena de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, estrutura central de um Estado Democrático Constitucional, de forma a garantir a máxima efetividade do texto constitucional.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998..

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. Interesse Público, ano 1, n. 4, p. 56, out/dez. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; Reserva do Possível, mínimo existencial e direito a saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4 Região, Porto Alegre, n. 24, p. 22, jul. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

TORRES, Ricardo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, n. 12.