

PODER JUDICIÁRIO E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: O LIMITE DA RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL

JUDICIARY AND FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS: THE LIMIT OF RESERVATION OF FINANCIALLY POSSIBLE

ALESSANDRA BACK

Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia do programa de Mestrado das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Professora da graduação na disciplina de Direito Processual Civil na mesma instituição e na Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst, no curso de pós-graduação. Coordenadora adjunta da Academia de Direito Centro Europeu. Endereço eletrônico: alessandra@pellegrinelloeback.com.br.

THIAGO ANTONIO NASCIMENTO DINIZ

Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia do programa de Mestrado das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Com MBA em Direito pela FGV-RIO. Professor da graduação na disciplina de Filosofia e Ética Profissional no IPPEO. Professor de Direito Tributário na Academia de Direito do Centro Europeu.

RESUMO

Os direitos sociais, historicamente, foram relegados, nas sociedades capitalistas de desenvolvimento tardio como o Brasil a uma categoria a parte de direitos – categorizados como normas programáticas. Contudo, o desenvolvimento da doutrina constitucional vem buscando demonstrar a fundamentalidade desta espécie de direito para além dos limites supostamente intrínsecos à sua realização pelas esferas do poder público. Portanto, é de ser superada a clássica e rígida separação de poderes, assim como a teoria do mínimo existencial e da reserva do financeiramente possível. Para isso, é necessário que se admita o controle jurisdicional das políticas públicas que efetivam ou deveriam efetivar os direitos sociais prestacionais.

PALAVRAS CHAVE: direitos fundamentais sociais, políticas públicas, Poder Judiciário, reserva do financeiramente possível.

ABSTRACT

Social rights have been historically relegated in capitalist societies of late development, such as Brazil to a separate category of rights - categorized as program standards. However, the development of constitutional doctrine has sought to demonstrate the fundamentality of this kind of law beyond the limits supposedly intrinsic to its realization by the spheres of government. Therefore, it is to be overcome and the classic rigid separation of powers, as well as the theory of existential minimum reserve and financially possible. For this it is necessary to admit the jurisdictional control of public policies that should actualize or actualize the prestacionais social rights.

KEYWORDS: fundamental social rights, public policy, judiciary, reserve financially possible.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos sociais, espécie de direitos fundamentais, causam considerável celeuma na doutrina nacional e estrangeira quando analisados sob o enfoque da possibilidade de efetivação pelo Poder Judiciário. Isso causa – como sempre causou – idas e vindas no entendimento jurisprudencial e doutrinário brasileiro. Há na doutrina aqueles que consideram os direitos sociais e, por conseguinte, as políticas públicas que os instituem, totalmente impenetráveis pelo Poder Judiciário, perpetrando um evidente ranço do Estado de Polícia. Por outro lado, há os que defendem um controle moderado, dentro dos limites do mínimo existencial, da separação dos poderes e da reserva do financeiramente possível. E, no outro extremo, estão aqueles que advogam a possibilidade ampla de controle judicial das políticas públicas que efetivam os direitos sociais prestacionais, não devendo (ou podendo) o Judiciário, com fundamento na inafastabilidade da prestação jurisdicional, omitir-se quando provocado.

A discussão é rica, instigadora e está longe de ter uma resposta definitiva. O que resta evidente, contudo, é a opção constitucional brasileira em não separar em regimes jurídicos diferenciados, ao menos não expressamente, os direitos sociais e os direitos de liberdade. Portanto, tudo o que se construiu e ainda se está construindo, inclusive em relação aos limites impostos para o controle judicial das políticas públicas, está além, está fora do texto constitucional.

Além disso, a disciplina processual como um todo, a partir da entrada em vigor da Lei da Ação Popular, mais tarde com a chegada da Ação Civil Pública ao ordenamento jurídico, a entrada em vigor da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor (em ordem cronológica, mas não de importância) evoluiu para assegurar instrumentos de controle da Administração Pública assim como instrumentos aptos a tutela dos interesses coletivos e difusos, dentre os quais se podem incluir, sem sombra de dúvida, os direitos sociais.

Diante disso, é plausível que se negue ao Poder Judiciário a concretização dos direitos sociais através do controle judicial das políticas públicas? E mais, é possível que pela mera alegação de ausência de recursos financeiros o Estado fique livre para não realizar direitos sociais? Por certo que este trabalho não responderá a estas perguntas, mas buscará traçar um panorama sobre o que parte da doutrina entende sobre o assunto atualmente.

2. DIREITOS SOCIAIS: OPÇÃO CONSTITUCIONAL

Analisando a questão dos direitos sociais considerados como espécie de direitos fundamentais e, portanto, de direitos humanos, é possível perceber que tais direitos não são dados, mas são construídos. E assim o são no âmbito de cada civilização em particular, de acordo com os movimentos e lutas sociais travados no seio de cada povo¹. A ideia dos direitos humanos divididos em gerações² – seguindo esta linha, os direitos econômicos, sociais e culturais seriam a segunda geração destes direitos – foi inicialmente rompida no segundo pós-guerra, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que postulou a unicidade dos direitos humanos, a interdependência entre eles.

¹ ARENDT, Hana. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. RJ: Forense Universitária, 2001.

² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. RJ: Ed. Campus, 1992.

Contudo, já em 1966 foram elaborados e ratificados dois pactos separados como intenções para os Estados que assinaram o tratado, demonstrando que, embora o discurso fosse de unicidade, na prática a visualização dos direitos de liberdade e dos direitos sociais, econômicos e culturais permanecia separada. Ou seja, nos países capitalistas os direitos de primeira geração deveriam ser garantidos de plano, enquanto os de segunda geração seriam vetores de orientação aos Estados, sem aplicabilidade imediata.

Foi somente em 1993 com a Declaração de Viena que a unicidade dos direitos humanos foi, enfim, consolidada. A doutrina que se construiu, então, a partir desta época aponta para o que hoje parece óbvio: que os direitos ditos de “primeira geração” somente podem ser efetivados se os de “segunda geração” e das “gerações” seguintes, também o forem.

Na lição de Gustavo BINENBOJM³,

Esta estrutura dos direitos humanos vai ser rompida no 2º pós-guerra, com o postulado fundamental de sua unicidade; a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, isto é reafirmado com os pactos internacionais de direitos civis e políticos, e direitos econômicos, sociais e culturais de 1966 e, mais recentemente, em 1993, com a Declaração de Viena, que reconhece a interdependência entre os direitos humanos de todas as gerações.

Trazendo o debate para o âmbito interno dos Estados, o que se pode notar é que o fenômeno constitucional, ou seja, a promulgação das constituições contemporâneas aparece justamente para marcar a transição da fase em que o cidadão servia ao Estado, para outra diferente, aquela em que é o Estado colocado e visto para servir ao cidadão. Nas palavras de Paulo Ricardo SCHIER⁴,

A Constituição, documento normalmente escrito que ocupa o centro do sistema jurídico, é fenômeno relativamente recente. Surgiu, no processo de formação do Estado moderno, como tentativa de estabelecer limites racionais ao exercício do poder (principalmente no contexto de transição do Estado Absolutista ao Estado de Direito) em vista da necessidade de tutela e proteção de um certo núcleo de direitos fundamentais.

³ BINENBOJM, Gustavo. Os direitos econômicos, sociais e culturais e o processo democrático. (In) ORTIZ, Maria Elena Rodriguez (org.) **Justiça social: uma questão de direito**. DP&A: Rio de Janeiro, 2004. p. 13/14.

⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/850/1686>> Acesso em 10.02.2013.

A positivação constitucional de direitos sociais reflete a inquietação da constituinte com a integridade do cidadão, já que estão relacionados diretamente à concretização da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro e justificativa última da própria existência do ordenamento jurídico. Disciplinados a princípio nas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, atingiram, no Brasil, tal patamar com a Constituição de 1988.

Os direitos sociais, segundo José Afonso da SILVA⁵, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos menos favorecidos economicamente, direitos que tendem a realizar a igualdade. Dessa forma, uma vez assegurados, tais direitos possibilitam ao indivíduo que exija do Estado prestações positivas e materiais para a garantia de cumprimento desses direitos.

Se, de um lado, os direitos individuais servem ao fim de proporcionar liberdade ao indivíduo, limitando determinadas atividades do Estado, os direitos sociais, de outro, visam, em princípio, assegurar uma compensação das desigualdades fáticas entre as pessoas, que apesar de pertencerem a sociedades complexas, “possuam prerrogativas que os façam reconhecer-se como membros igualitários de uma mesma organização política”⁶.

Em âmbito internacional não se faz distinção entre a fundamentalidade dos direitos individuais e dos direitos sociais, ou direitos econômicos, sociais e culturais, sendo, portanto, estes últimos considerados para todos os efeitos, verdadeiros direitos humanos que devem ser contemplados e efetivados por todos os Estados que façam parte dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos⁷.

Isso também é constatado na ordem inaugurada pela Constituição brasileira de 1988. Uma simples leitura do preâmbulo constitucional e de seu artigo 1^o⁸ já seria

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27a. edição - São Paulo:Malheiros, 2006.

⁶ AGRA, Walber de Moura. **Tratado de Direito Constitucional**. v. 1 (coord.) Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 516-517

⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Fórum: Belo Horizonte, 2007. p. 175.

⁸ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

suficiente para que qualquer pessoa leiga pudesse perceber que o constituinte brasileiro ao escrever a carta fundadora do Estado estava comprometido com a realização dos direitos sociais. Mas o constituinte foi além. Dedicou um capítulo exclusivo para os direitos sociais, a partir do artigo 6º, ainda dentro do título dedicado aos direitos fundamentais.

Contudo, ainda que o texto constitucional pareça suficientemente claro no que tange à proteção dos direitos sociais, ainda se erguem vozes na doutrina contra a exigibilidade de tais direitos, ou ainda, a favor da redução de sua exigência – os de sua jusfundamentalidade – perante o Estado ao chamado mínimo existencial. Tal doutrina prega que essa é a saída encontrada para a consagração dos direitos sociais, tendo em vista a escassez de recursos materiais nos Estados e o impasse existente sobre a sua eficácia já que o mínimo existencial “representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade”⁹.

Ao defender este posicionamento, Ricardo Lobo TORRES¹⁰ afirma que:

Parece-nos que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres.

No pensamento do aludido autor, a fundamentalidade dos direitos sociais existirá tão somente quando estes se aproximarem de interesses justificadamente fundamentais, ou seja, a fundamentalidade de tais direitos somente estaria configurada em seu núcleo intangível¹¹. Afirma ainda que esse seria o único caminho possível para a superação da ineficácia social desses direitos, uma vez que, segundo o autor, a atribuição de fundamentalidade – e, portanto, de exigibilidade perante o Estado – além do mínimo existencial geraria o comprometimento do próprio mínimo aos demais.

(...)

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial**. São Paulo: Renovar, 2008. p. 53

¹⁰ Idem. p. 41.

¹¹ Ibidem.

O intuito desse entendimento parece ser, contudo, o de reduzir o grau de fundamentalidade dos direitos sociais a um fragmento mínimo de seu conteúdo, fazendo com que se tornem axiomas subordinados a questões orçamentárias e ideológicas, perdendo assim, sua força normativa.

Contudo este entendimento não parece encontrar eco no próprio texto da Constituição brasileira, uma vez que não se sustenta por qualquer disposição constitucional expressa ou implícita. Bem pelo contrário, como ensina Clémerson Merlin CLÈVE¹²:

No caso brasileiro, é preciso levar em conta que a Constituição Federal de 88 não autoriza, em virtude de disposição expressa, nenhuma distinção de regime entre os direitos sociais e os direitos, garantias e liberdades, como acontece, por exemplo, na Constituição Portuguesa. Não temos, portanto, desde o ponto de vista do texto constitucional, uma diferença de regime jurídico entre os direitos de defesa e os sociais, especialmente os prestacionais, e é por isso que a disposição que trata da eficácia imediata dos direitos fundamentais alcança, de igual modo, todos os direitos fundamentais.

Entra-se, portanto, em outra seara da doutrina, a que advoga a tese que trata da já antes referida indivisibilidade dos direitos fundamentais e que, portanto, trata os direitos sociais como extensão dos direitos de primeira dimensão, ou seja, eles são espécies de direitos fundamentais indispensáveis à realização dos demais. Nesse sentido, Ana Cristina Costa MEIRELES¹³ dispõe que:

A garantia dos direitos sociais, hoje, representa condição necessária para que se possibilite o efetivo gozo dos direitos de liberdade civis e políticos clássicos. Sem aqueles, estes restam esvaziados de conteúdo e não passam de meras promessas inscritas em um papel ao qual, inclusive, nem todos têm acesso.

A fundamentalidade material dos direitos sociais, reforçada pela cláusula de abertura trazida no bojo do art. 5º, § 2º (abertura material dos direitos fundamentais), é indiscutível se analisado sob o enfoque de que os direitos sociais são normas que tem como núcleo a dignidade da pessoa humana. Última-se que, tanto do ponto de vista formal, como do material, os direitos sociais merecem a qualificação de fundamentais já que a dignidade da pessoa humana – expressamente positivada na Constituição brasileira – é o valor vinculante e fundante de toda ordem jurídica.

¹² CLÈVE, Clémerson Merlin. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em <www.mundojuridico.adv.br> Acesso em 10.02.2013.

¹³ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 93.

E mais, a positivação desses direitos na Carta constitucional demonstra a vontade da população brasileira quando da realização da constituinte, na reabertura democrática, em ver um país diferente daquele que a cercava, ou seja, expressa a vontade de construir um Brasil novo, mais justo e solidário, com respeito a todos os direitos fundamentais, indistintamente. Assim também enxerga Clèmerson Merlin CLÈVE¹⁴, que nas suas palavras, expressa o que aqui se tenta expor:

É para isso que presta, desde um ponto de vista jurídico, desde um ponto de vista estritamente constitucional, o Estado brasileiro. O que temos na normativa constitucional não é uma promessa vã, uma promessa inútil. É, antes, a resposta normativa à realidade crua que nós conhecíamos e não tolerávamos, porque nós queríamos – e queremos – um mundo novo, sensivelmente diferente. Reside aqui a dimensão utópica e fundante da Constituição.

Todavia, a teoria se distancia da prática. A positivação dos direitos sociais não significa sob qualquer aspecto, que tais direitos são efetivamente gozados pela população. É de todos conhecido o fato de que, nos grandes centros urbanos, existem uma enormidade de pessoas vivendo em condições precárias de saneamento básico, moradia, saúde e educação. Nas regiões mais afastadas do país, o desenvolvimento do Estado constitucional sequer chegou até lá.

No âmbito jurídico, a doutrina constitucional já é rica em entendimento a respeito da fundamentalidade dos direitos sociais, porém, o Poder Judiciário ainda está tímido, por assim dizer, no que tange à sua efetivação. O que se vê é a falta de instrumentos ou a inutilização dos existentes, perpetuando um estado de coisas que não consegue sair do círculo vicioso que o envolve. Ou porque está atrelado à separação rígida dos Poderes como única doutrina possível ou porque ainda se vê como instrumento voltado à estrita realização dos direitos individuais.

Além do mínimo existencial, outros limites são levantados pela doutrina e até mesmo pela jurisprudência. Dentre eles, especialmente no caso brasileiro, releva a reserva do financeiramente possível, que será, por isso, tratada em capítulo próprio.

¹⁴ Ibidem.

3. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Determinada, pois, a fundamentalidade dos direitos sociais, cabe discorrer sobre quem deve ter a última palavra no controle das ações ou omissões dos poderes públicos quando se trata da efetivação dos direitos sociais. A última palavra deve caber ao legislador e à administração, ou ao Estado-juiz? Para Maria Sylvia Zanella di PIETRO¹⁵ “se for adotado o entendimento de que se trata de simples interpretação, estar-se-á admitindo que o Judiciário pode examiná-lo (o conteúdo do ato administrativo), por ser o intérprete máximo da lei”. E prossegue a administrativista afirmando que “se hoje existe o direito de ação para proteger o interesse público, o interesse coletivo, o interesse difuso, o Judiciário não pode mais se omitir”¹⁶.

No mesmo sentido, Cássio Scarpinella BUENO¹⁷ que, ao sugerir uma sistematização do processo público e do processo coletivo, assim se manifesta:

O “direito processual público”, nestas condições, realiza, no sentido de tornar concreto, real palpável, o próprio Estado Democrático de Direito. Não como sinônimo de máquina administrativa, mas como método de contenção do exercício do poder e de seus exercentes – por isto são “*deveres-poderes*” -, de resguardo de direitos e garantias dos *destinatários* deste mesmo poder; Estado Democrático de Direito como realizador da legitimação das decisões políticas e do bem-estar social.

Para o corte metodológico escolhido para a presente abordagem, o problema se mostrará a partir do controle judicial das políticas públicas emanadas (ou não) do Poder Executivo, sob o enfoque do pretenso limite da reserva do financeiramente possível.

No atual contexto social pode-se afirmar que políticas públicas são os aparelhos de ação dos governos, que operam a partir de uma substituição dos “governos por leis” pelos “governos por políticas”. Esta substituição foi determinada pela superação do dogma do estado liberal pelo estado social, sendo este o fundamento e fonte de justificação das políticas públicas. Isso porque foi necessário

¹⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: RT, 2003. p. 187.

¹⁶ Idem. p. 189.

¹⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: direito processual coletivo e direito processual público. v. 2. Tomo III. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 30.

o implemento dos direitos fundamentais positivos, aqueles que estabelecem um *facere* para o Estado.

Conforme a lição de Fábio COMPARATO¹⁸, a política pública não se resume a uma norma e nem a um ato jurídico, estes que possuem natureza heterogênea e se submetem a regime jurídico próprio. O referido autor engloba estes elementos (norma e ato) como os componentes das políticas públicas, por ser a política, antes de tudo, uma “*atividade*, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”¹⁹. Já Maria Paula Dallari BUCCI²⁰ define políticas públicas como sendo “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

Na passagem do século XX várias crises do sistema fundado na separação estrita entre Estado e mercado começaram a se mostrar. Iniciando-se pela crise econômica de 1929 e passando pela segunda guerra mundial, pouco a pouco, passou-se a assumir que o mercado sozinho não daria conta das mazelas da população, fazendo com que o Estado voltasse a intervir, alterando-se profundamente as relações deste com o mercado²¹. Assim surgem as chamadas políticas públicas, que são maneiras que o Estado cria para conduzir a sociedade civil ao ponto desejável para seu próprio desenvolvimento. Thiago Lima BREUS²² descreve assim essa passagem:

Da mão invisível do mercado teorizada por Adam Smith, que regularia todas as situações, passa-se a verificar a atuação de uma mão visível estatal, a qual passa a ser o principal agente de mediação e influência dentre os atores da sociedade civil.

Para que o Estado possa influenciar a atuação da *sociedade civil*, é elaborada uma série de mecanismos jurídicos para que sua atuação ocorra a contento. Nesse contexto, o instrumento utilizado para a promoção dessa participação perante as relações sociais são as *políticas públicas*.

E, como ficou consignado anteriormente, os direitos sociais são direitos exigíveis, até porque, para sua eficácia é necessária, no mínimo uma ação conjunta

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, ano 35, n.138, abr/jun., Brasília,1998.

¹⁹ Idem.

²⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

²¹ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 214.

²² Idem.

entre legislativo e executivo, ou seja, um densificando o conteúdo dos direitos fundamentais e o outro criando as políticas públicas necessárias à realização destes direitos²³. E se são exigíveis, tais direitos são também jurisdicionáveis, ou seja, em alguma medida podem ser garantidos pelo Poder Judiciário. Nas palavras da professora Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA²⁴, que se utiliza das lições de Mauro CAPPELLETTI:

Para além disso, deve-se entender que para que se tenha um eficaz controle de pesos e contrapesos dos Poderes Executivo e Legislativo, é necessário também um crescimento dos papéis do Poder Judiciário, sob pena de mantendo-se o princípio da estrita separação de poderes, se mantenha um Judiciário “perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados”, ou seja, para Cappelletti esse ideal de rígida separação de poderes acaba por levar “a existência de um legislativo totalmente não controlado, como de um executivo também praticamente não controlado”, o que por sua vez significou períodos de perigo na história mundial, nos quais “o poder era concentrado nas assembleias legislativas e grupos políticos que as dominavam”, como ocorrido na Itália pré-fascista ou na Alemanha de Weimar.

É interessante notar que, atualmente, impedir os abusos da maioria numérica representativa nos poderes democraticamente constituídos é uma das funções apontadas pela doutrina dos direitos fundamentais²⁵. Ou seja, os direitos fundamentais – aqui certamente se incluem os direitos sociais – são verdadeiros trunfos contra a maioria, cuja tutela e efetivação, na omissão dos poderes legitimados, ficariam sob o encargo da tutela pelo Poder Judiciário.

Por certo que, por serem fundamentais, os direitos sociais (e não só eles, os civis e políticas também) dependem de atuação do Estado, em especial dos poderes legislativo e executivo. Muitos deles somente são realizados mediante a instituição de políticas públicas, de disposição discricionária do governo, ou seja, são dependentes de atos administrativos que os implemente.

Dito isso, importante salientar que a jurisprudência dos tribunais brasileiros, durante muito tempo, foi sedimentada no sentido de que o Poder Judiciário não estava autorizado a adentrar no mérito do ato administrativo. Portanto, os tribunais se autolimitaram no que tange à efetivação de direitos sociais e políticas públicas,

²³ SCHARZ, Rodrigo Garcia. Judicialização e administração pública: notas a respeito do controle judicial sobre as respostas dos poderes públicos às demandas sociais. In: **Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social**: homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Melo. SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 320

²⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

fundados da teoria da separação rígida dos poderes. Ada Pellegrini GRINOVER²⁶ afirma que várias posições jurisprudenciais anteriores à Constituição de 1988 apontaram nesse sentido²⁷.

Contudo, as alterações legislativas subsequentes à Constituição demonstram a alteração do paradigma anterior, pois criaram instrumentos processuais capazes de tutelar os interesses difusos e, por conseguinte, em certa medida, o controle judicial do mérito administrativo que cria ou deixa de criar determinada política pública. Segue a lição da processualista²⁸:

No entanto, a Lei da Ação Popular abriu ao Judiciário a apreciação do mérito do ato administrativo, ao menos nos casos dos arts. 4º, II, b e V, b, da Lei n. 4717/65, elevando a lesão à condição de causa de nulidade do ato, sem necessidade do requisito da ilegalidade. Mas foi a Constituição de 1988 que trouxe a verdadeira guinada: em termos de ação popular, o art. 5º, inc. LXXIII, introduziu a seguinte redação: Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à *moralidade administrativa*, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A guinada a que se refere a autora seria o reconhecimento pelos órgãos do Poder Judiciário de que o controle da moralidade administrativa não poderia se dar sem o controle do mérito do ato administrativo judicialmente contestado, razão pela qual a mencionada redação constitucional teria escancarado as portas deste poder do Estado para o controle das políticas públicas, com vistas a efetivar os direitos sociais²⁹. Afirma a autora, com razão, que as formas de expressão do poder estatal são instrumentos para a consecução dos fins do Estado – e estes fins são aqueles objetivos previstos no próprio texto constitucional – não podendo ser consideradas fins em si mesmas.

O primeiro dogma do Estado liberal a ser quebrado foi o da atividade legislativa como sendo a preponderante sobre os demais poderes e o segundo foi o

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo poder judiciário**. Disponível em <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em 31/01/2013.

²⁷ A autora cita, exemplificativamente, que o STF, na década de 1960, aprovou em Sessão Plenária a Súmula 339, com o seguinte enunciado: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores sob o fundamento da isonomia”.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Como ensina o professor Oswaldo CANELA JUNIOR: “A *actio popularis* romana, precursora da ação popular, não seria concebível sem a noção de povo ou nação e sua relação com a *res publica*. Os agrupamentos humanos pressupõe a existência de idênticos interesses entre os seus componentes. Dos variados interesses possíveis, alguns serão, indubitavelmente, idênticos. Se estes interesses forem juridicamente amparados, haverá uma diversidade de titulares do mesmo direito.” Op. cit. p. 141.

da atividade jurisdicional prestada por um juiz que represente apenas “a boca da lei”, ou seja, com atividade subordinada ao poder legislativo³⁰. GRINOVER se utiliza dos válidos ensinamentos de Oswaldo CANELA JUNIOR³¹:

E assim a teoria da separação dos poderes (art. 2º da CF brasileira) muda de feição, passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é seu poder. Exerce ele seu poder por meio de formas de expressão (ou Poderes). Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição. *No exercício de tais funções é vedada às formas de expressão do poder estatal interferência recíproca: é este o sentido da independência dos poderes.*

Portanto, é de se concluir que, respeitados determinados limites, o Poder Judiciário não pode se furtar ao reconhecimento e tutela dos direitos sociais, sejam eles considerados no plano processual como metaindividuais ou individuais, permitindo-se o exercício isolado ou conjunto do direito de ação³². Isso porque o próprio ordenamento jurídico prevê a tutela de interesses difusos mediante processo coletivo, mesmo que o sistema como um todo esteja ainda voltado primariamente para a proteção de direitos individuais.

4. A RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL: LIMITE INTRÍNSECO OU VALOR A SER PONDERADO NO CASO CONCRETO?

No que tange aos limites do controle jurisdicional das políticas públicas, o entendimento assentado na doutrina e jurisprudência, como antes consignado, era o de que somente a legalidade do ato administrativo era passível de controle, sendo que o mérito do ato não era dado ao Poder Judiciário controlar³³. Hoje, com a possibilidade já apontada de controle da moralidade do ato administrativo, o Judiciário entra em certa medida no controle do mérito deste ato. Todavia este controle não se pode dar, segundo a doutrina, de forma indiscriminada, sob pena de que isso se constitua verdadeira “ditadura do Judiciário”, uma vez que não se pode simplesmente desconsiderar o que ficou decidido nas esferas democráticas.

³⁰ Idem.

³¹ CANELA JUNIOR, Oswaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

³² Idem. p. 143.

³³ WATANABE, Kazuo. Processo Civil de interesse público: introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de. (org.) **Processo Civil de interesse público**. São Paulo: RT, 2003. p. 21.

Kazuo WATANABE dá o tom desta discussão ao afirmar que “há a considerar, por outro lado, que o descumprimento das políticas públicas, tal seja a sua gravidade, pode muitas vezes ser enquadrado como uma ilegalidade manifesta. Qual é o limite correto, enfim, a ser estabelecido?”³⁴.

Cumpra então esclarecer de forma breve quais seriam os limites apontados pela doutrina para o controle judicial das políticas públicas, sendo que três deles são os mais recorrentes: i) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; ii) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do poder público; iii) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas³⁵, a chamada reserva do financeiramente possível. É sobre este último limite que o presente capítulo vai se debruçar.

Antes da abordagem especificada, rapidamente e em apertada síntese, cumpre tratar dos outros dois limites apontados. Com relação ao controle judicial das políticas públicas, no que tange à aplicação das regras da proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará no caso concreto dizendo se o administrador público regulou sua conduta:

De acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e nas leis. E assim, estará apreciando, pelo lado do autor, a *razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público*. E, por parte do Poder Público, a *escolha do agente público deve ter sido desarrazoada*³⁶.

Já no que diz respeito ao mínimo existencial, o tema já foi abordado no item anterior. No que tange à reserva do financeiramente possível, o que ocorre é que tradicionalmente, os direitos de liberdade (ou civis, ou ainda de primeira geração) são vistos e tratados como não onerosos, facilmente exigíveis e, portanto, de fácil proteção. Por sua vez, os direitos sociais, ao revés, são taxados de positivos, onerosos, vagos, “de eficácia mediata, condicionados na sua concretização, por critérios de razoabilidade ou de disponibilidade, à reserva do possível, ou seja, a contingências, sobretudo econômicas, num claro contexto de disputas alocativas”³⁷.

³⁴ Idem. p. 22.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista do curso de direito da Faculdade de Humanidades e Direito**. v. 7 n. 7, 2010.

³⁶ Idem. p. 23

³⁷ Idem.

José Carlos Vieira de ANDRADE³⁸ defende a ideia de que os direitos sociais estão limitados à existência de recursos financeiros pelo Estado, nas suas palavras:

Ora, a escassez dos recursos à disposição (material e também jurídica) do Estado para satisfazer as necessidades econômicas, sociais e culturais de todos os cidadãos é um dado da experiência nas sociedades livres, pelo que não está em causa a mera repartição desses recursos segundo um princípio de igualdade, mas sim uma verdadeira opção quanto à respectiva afectação material. Por outro lado, essa opção revela-se extremamente articulada e complexa já que a escassez dos recursos disponíveis está intimamente ligada às variações no desenvolvimento econômico e social, tornando, por isso, a escolha dependente de um sistema global em que pesam todas as coordenadas que condicionam este desenvolvimento.

(...)

As opções que permitirão definir o conteúdo dos direitos dos cidadãos a prestações positivas do Estado têm de caber, portanto, a um poder constituído. Não certamente ao juiz, na sua função aplicadora, sob a cobertura de uma interpretação, mas sim aos órgãos (politicamente responsáveis) competentes para a definição das linhas gerais das políticas econômicas, sociais e culturais ou para sua “implementação”. Isto é, em primeira linha, ao legislador, parlamentar ou governamental. O conteúdo dos direitos sociais a prestações é, portanto, em última análise, determinado pelas disposições do legislador ordinário, actuando por delegação constitucional. A ele se destinam as directrizes constitucionais estabelecidas a propósito de cada um dos direitos a prestações.

Ao se levar a cabo tal raciocínio, é possível constatar que o fenómeno económico é facilmente invocável para impedir a concessão de direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário. Se isso fosse verdade, os direitos sociais não passariam de vetores, normas programáticas que estariam relegadas à “boa” vontade do legislativo e do executivo que, diante de alegada insuficiência de recursos poderiam manter-se inertes, sem qualquer consequência. Todavia, tal fundamento “traz em si a desconsideração de que o Estado brasileiro possui objetivos a serem efetivamente atendidos, de tal forma que o orçamento há de servir como instrumento para a respectiva realização, e não como óbice”³⁹.

Jorge Reis NOVAES⁴⁰ analisa a questão de outro ponto de vista, já que entende que a efetivação dos direitos de liberdade também implica em custo financeiro e muitas vezes sua garantia real para o cidadão implica em gastos consideravelmente maiores por parte do poder público. Não obstante serem eles e os direitos sociais de natureza diversa, conclui o referido autor que, à parte tal

³⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 186-187.

³⁹ Osvaldo CANELA JÚNIOR, **Controle Judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 102.

⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 113.

diferença de natureza, todos os dois são direitos fundamentais e se considerados como um todo é possível extrair nuances positivas e negativas de ambas as espécies de direito fundamental. Nas palavras do autor:

Isto não significa, de facto, concluir pela ausência de custos dos direitos de liberdade ou que a realização ou efectividade social deles seja isenta de implicações financeiras, mas o importante é determinar a natureza do direito, faculdade ou garantia que está em causa na situação concreta, e, aí, se a respectiva validade e eficácia não estiverem sob a reserva do possível então, por isso, a sua eventual violação pode ser judicialmente determinada com total abstracção dos custos directos ou indirectos envolvidos na realização do direito como um todo. (pag. 113).

Prossegue o autor em irretocável raciocínio que em um processo judicial, quando há, por exemplo, a correção pelo juiz do valor de uma indenização por desapropriação, em clara garantia de direito de liberdade, ou ainda quando arbitra uma indenização por ato ilícito praticado pelo Estado em face do cidadão e, quando adentra ao controle de determinado ato que visa a garantia de um direito social, “verificando a indispensabilidade ou necessidade de uma restrição, no confronto com alternativas tão eficazes e menos restritivas, mas eventualmente mais dispendiosas”⁴¹ fica claro que o problema não é a possibilidade de que o juiz interfira em questões financeiras do Estado em questão, mas de que forma isso pode ser feito sem afronta à separação dos poderes, ou seja, com respeito aos limites funcionais do Poder Judiciário⁴².

Ada Pellegrini GRINOVER vai além, afirmando que, em âmbito processual, não será suficiente a mera alegação de insuficiência de recursos. A alegada reserva do possível deverá ser provada pela administração, vigorando a regra da inversão do ônus da prova, positivada no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor⁴³, aplicada por analogia. E mais, afirma que o juiz “em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente

⁴¹ Ibidem. p. 117

⁴² Nesse sentido, o problema subjacente ao reconhecimento da reserva do possível e à relação entre legislador e juiz na realização dos direitos sociais não é um problema de contabilização de recursos existentes, mas um problema de competência orçamental, de divisão e separação de poderes em Estado democrático. Idem, p. 120,

⁴³ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária para a implementação da política pública”⁴⁴.

No mesmo sentido, Osvaldo CANELA JÚNIOR⁴⁵, afirma que o orçamento estatal não pode ser óbice à garantia dos direitos sociais, pelo contrário, o orçamento é o próprio instrumento para a realização de tais direitos. Portanto, se o patrimônio do Estado não é suficiente para o adimplemento completo de suas obrigações constitucionais, abre-se caminho para duas soluções possíveis: a) a aplicação do princípio da proporcionalidade na utilização dos recursos existentes, no caso de concessão de tutelas de urgência, ou b) o ajuste orçamentário para o cumprimento da sentença transitada em julgado.

Por tudo isso resta claro que o simples argumento de ausência de recursos financeiros não pode ser, por si só, óbice à implementação das políticas públicas que assegurem o gozo e exercício dos direitos sociais. A reserva do financeiramente possível ou a pretensa estabilidade financeira do Estado servirá apenas como um valor a mais a ser ponderado no caso concreto.

Assim como já é cediço que os direitos fundamentais chamados de direitos de liberdade garantem direitos *prima facie*⁴⁶, ou seja, somente limitáveis quando ponderados com valores de igual grandeza no caso concreto, assim também são os direitos sociais. Inobstante a diferença de natureza entre os chamados direitos de primeira e de segunda geração, os direitos sociais também nascem com reserva de ponderação e, portanto, somente serão afastados pelo acolhimento da reserva do possível, se assim considerar adequado o magistrado no caso concreto, em decisão devidamente fundamentada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizar direitos, especialmente para a busca da realização pessoal de cada indivíduo ou grupo inserido no contexto social. Esta parece ser a principal função do Estado constitucional. Mas isso não implica em tarefa das mais fáceis, como se pode

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo poder judiciário**. Disponível em <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em 31/01/2013.p. 24

⁴⁵ Osvaldo CANELA JÚNIOR, **Controle Judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103.

⁴⁶ ALEXY, Robert. SILVA, Virgílio Afonso da. (trad.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

perceber, especialmente quando se trata de uma sociedade heterogênea e pluralista – nos termos constitucionais – como a sociedade brasileira. Ainda mais relevante se torna o tema sob a óptica da realidade do Brasil, se considerarmos que, a despeito da alegação da reserva do financeiramente possível para garantias básicas como saúde e educação, por outro lado, recursos de ordem gigantesca são alocados para finalidades obscuras, supérfluas ou ao menos questionáveis sob o ponto de vista do desenvolvimento social devido ao povo.

O problema então passa por se definir o que é realmente de interesse público. Porém, definir o conteúdo e alcance de um conceito jurídico indeterminado também é tarefa árdua. Todavia, isso não pode ser justificativa para o não enfrentamento do problema, para a dissolução dos nós que impedem o gozo de direitos fundamentais, nas mais diversas situações, por pessoas de carne e osso.

Direitos sociais são fundamentais, com o perdão da redundância, para a existência digna em sociedade. Não há cidadania sem o básico. Portanto, se o problema é de interpretação, ou seja, de se definir no caso concreto se determinada política pública atingiu ou não o indeterminado *a priori* interesse público, a palavra final não só pode ser dada pelo Poder Judiciário, como o deve ser obrigatoriamente, pela função de intérprete maior da constituição que exerce, por força da mesma carta constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. SILVA, Virgílio Afonso da. (trad.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ARENDT, Hana. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. RJ: Forense Universitária, 2001.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Fórum: Belo Horizonte, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. Os direitos econômicos, sociais e culturais e o processo democrático. (In) ORTIZ, Maria Elena Rodriguez (org.) **Justiça social: uma questão de direito**. DP&A: Rio de Janeiro, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. RJ: Ed. Campus, 1992.

BÖMER, Martin. Derecho de interes público, acciones colectivas y gênero. In: PARCERO, Juan A. Cruz; VÁSQUEZ, Rodolfo (coord.). **Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres**. México: Fontamara, 2010.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: direito processual coletivo e direito processual público**. v. 2. Tomo III. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em <www.mundojuridico.adv.br> Acesso em 10/02/2013.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, ano 35, n.138, abr/jun., Brasília, 1998.

FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Org.) **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**. v. 7 n. 7, 2010. Disponível em <<https://www.metodista.br/revistas/revistasims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em 31/01/2013.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: JusPodivm, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. **Direitos Sociais**. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. In: SALLES, Carlos Alberto de (org,.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: RT, 2003.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SALLES, Carlos Alberto de. (org.) **Processo Civil de interesse público**. São Paulo: RT, 2003.

SCHARZ, Rodrigo Garcia. Judicialização e administração pública: notas a respeito do controle judicial sobre as respostas dos poderes públicos às demandas sociais. *In: Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Melo*. SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/850/1686>> 10/02/2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo:Malheiros, 2006. SILVA, Virgílio Afonso da. **A evolução dos direitos fundamentais**. Disponível em <<http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>> Acesso em 31/01/2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial**. São Paulo: Renovar, 2008.