

A EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS: considerações sobre sua aplicabilidade diante da reserva do possível e do mínimo existencial

Josiele de Abreu Dias¹
Edgard Goulart M. de Laet Jr.**

“Não se igualam os homens com a supressão das palavras ‘conde’ ou ‘barão’. Educando os ignorantes e melhorando as condições econômicas das classes menos favorecidas é que se suprime boa parte das desigualdades mais injustas.” (Paulo Mantegazza)

RESUMO

O presente estudo busca analisar a possibilidade da efetivação judicial dos direitos sociais. Nesse sentido, são feitas considerações sobre sua aplicabilidade disposta no art. 5º, § 1º da Constituição de 1988, diante das teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. Tem-se com o objetivo avaliar em que medida o Poder Judiciário pode emitir comandos concretos de proteção aos direitos sociais. Sem a pretensão de esgotar o tema, traça-se um breve conceito sobre os direitos sociais e sua importância para a mitigação dos problemas decorrentes da desigualdade econômica que ainda impera no Brasil. Em seguida, aborda-se as possíveis medidas que podem ser tomadas pelo Poder Judiciário diante das demandas judiciais interpostas diariamente na busca da concretização dos direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: direitos sociais; aplicabilidade; efetivação judicial; reserva do possível; mínimo existencial.

ABSTRACT

This study assesses the possibility of the judicial effectuation of the social rights. In this sense, considerations are made about its applicability arranged in the 5º article of the Constitution of 1988, in face of the possible reservation and the minimum existential theories. The aim is to evaluate in which measurement the Judicial Power can express concrete orders of protection to the social rights. Without the aim of exhausting the theme, is set out a brief concept about the social rights and their importance for the eradication of the resulting problems of the economic inequality that still reins in Brazil. Next, it is board the possible measurements that can be taken by the Judicial Power in face of the judicial requests daily interposed in the search for realization of the social rights.

KEYWORDS: social rights; applicability; judicial effectuation; possible reservation; minimum existential.

¹ Aluna Egressa da Fadvale.

** Professor de Teoria Geral do Estado da Fadvale. Mestre em Direito Público pela UAA.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 DIREITOS SOCIAIS. 2.1 APLICABILIDADE CONSTITUCIONAL. 3 INEFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS. 3.1 RESERVA DO POSSÍVEL. 3.2 MÍNIMO EXISTENCIAL. 4 EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A investigação ora proposta contempla como tema os direitos fundamentais. De forma delimitada aborda-se a efetivação judicial dos direitos sociais e analisa-se a sua aplicabilidade, diante da reserva do possível e da teoria do mínimo existencial.

Trata-se de um trabalho de natureza exploratória, que se situa na esfera do Direito Constitucional, e concentra-se de forma mais pontual nos direitos sociais como instrumento para a concretização da igualdade social, ainda distante da realidade brasileira, em que pesem os avanços já alcançados pelo país.

A presente pesquisa demonstra que a consolidação desses direitos é um processo dinâmico e complexo, razão pela qual a efetividade constitucional depende necessariamente de um trabalho conjunto de diversos atores sociais no que alude à interpretação das normas sociais, à definição de seu alcance e conteúdo e ao estabelecimento de políticas públicas prioritárias, entre outras medidas.

Nesse sentido, a indagação que norteia o presente estudo é: Até que ponto o Poder Judiciário pode emitir comandos concretos de proteção aos direitos sociais, diante das teorias da reserva do possível e do mínimo existencial?

A pesquisa em epígrafe trabalha com a hipótese de que é imprescindível que o Poder Judiciário assuma uma postura mais pontual no controle das políticas públicas, no sentido de buscar a máxima concretude dos direitos sociais, através do oferecimento de subsídios para a reflexão e interpretação das expectativas que poderão surgir diante das demandas sociais.

Assim sendo, o objetivo geral do trabalho em comento é analisar em que medida o Poder Judiciário pode emitir comandos concretos de proteção aos direitos sociais, ante as teorias mencionadas.

Este estudo justifica-se pela singular relevância jurídica e social que possui, haja vista que a falta de efetivação dos direitos sociais é um dos principais fatores da

crônica desigualdade econômica reinante no Brasil, responsável pelas mazelas que abalam frontalmente a dignidade da pessoa humana. Afinal, não basta inserir no ordenamento jurídico o “princípio da igualdade”. Imperativo se torna que as condições básicas para o exercício desse direito sejam garantidas.

É um tema atual, amplamente discutido pela sociedade jurídica pátria, sobretudo pelas consequências negativas advindas das diferenças sociais e pelo inegável conteúdo econômico que influencia sua efetividade. Ademais, questiona se o Poder Judiciário possui legitimidade para intervir em ações que, a princípio, são de competência originária dos Poderes Legislativo e Executivo.

Como procedimento metodológico, serão utilizadas fontes primária e secundária. Estuda-se principalmente legislação, doutrina e jurisprudência, com a finalidade de proporcionar informações mais substanciais sobre o tema em comento.

Essa pesquisa encontra-se dividida em três partes, além desta introdução. O capítulo dois analisa a aplicabilidade dos direitos sociais, demonstrando sua força normativa na Constituição de 1988. O terceiro capítulo descreve os problemas decorrentes da inefetividade dos direitos sociais, a reserva do possível e a teoria do mínimo existencial. O capítulo quatro trata da efetivação judicial dos direitos sociais. Finalmente, as conclusões serão feitas no capítulo cinco.

2 DIREITOS SOCIAIS

Direitos sociais são prestações positivas do Estado destinadas às pessoas em situação de desvantagem econômica, com a finalidade de garantir as condições necessárias para uma vida digna e, conseqüentemente, reduzir as desigualdades sociais. “Caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social.” (MORAES, 2011b, p. 24).

A Constituição de 1988 assegura expressamente, como direitos sociais, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos

desamparados (art. 6º). Esses direitos sociais são desdobrados em diversos dispositivos, em especial no Título VIII “Ordem Social”.

Silva (2005, p. 287 apud FERNANDES, 2010, p. 465) classifica os direitos sociais da seguinte maneira:

- a) direitos sociais relativos ao trabalho;
- b) direitos sociais relativos à seguridade social (compreendendo aqui os direitos à saúde, à previdência e assistência social);
- c) direitos sociais relativos à educação e à cultura;
- d) direitos sociais relativos à moradia;
- e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e ao idoso;
- f) direitos sociais relativos ao meio ambiente.

Compreendidos na *segunda geração de direitos fundamentais*, os direitos sociais têm sua origem histórica na Revolução Industrial que, além de crescimento econômico gerou inúmeros problemas sociais, bem como na Quebra da Bolsa de Valores de Nova York, responsável pela “Grande Depressão” financeira do liberalismo econômico influenciado por Adam Smith.

Essas crises impuseram a necessidade de abandonar a doutrina do *laissez-faire, laissez-passer* (deixar fazer, deixar passar) e marcaram o surgimento do Estado do bem-estar social (*Welfare State*). Fernandes (2010, p. 461) sintetiza esse momento:

Os direitos sociais constituem-se no segundo grupo integrador do conceito de Direitos Fundamentais, que, por mais que adicionem ao catálogo anterior (direitos individuais), são responsáveis por empreender uma releitura completa e radical, inclusive produzindo alterações no significado destes.

Sua origem histórica está na crise da tradição do Estado Liberal e na consagração do paradigma do Estado Social de Direito, que, rompendo com os padrões formalistas de igualdade e de liberdade do paradigma anterior, vão buscar mecanismos mais concretos de redução das desigualdades socioeconômicas dentre os membros da sociedade.

Sobre a teoria das gerações de direitos, Marmelstein (2008) demonstra que, diante das críticas surgidas pelo termo ‘gerações’, a doutrina recente tem preferido a palavra ‘dimensões’, que afasta a idéia equivocada de sucessão, em que uma

geração substitui a outra. Afinal, como observa referido jurista, essa expressão pode estimular a idéia de que o reconhecimento de uma nova geração de direito somente pode ocorrer se a geração anterior estiver plenamente consolidada. Conseqüentemente, essa distorção pode impedir que haja o reconhecimento de novos direitos, sobretudo nos países em desenvolvimento, onde ainda não se conseguiu um nível razoável de efetividade dos direitos de 'primeira geração'.

Essa idéia poderia gerar a sensação de que somente os países já ricos poderiam se dar ao luxo de oferecer os direitos de segunda geração. É aquela velha afirmação, tão ao gosto dos economistas brasileiros, de que primeiro é preciso que o bolo cresça para somente depois ser repartido. Por causa disso, a teoria contribui para a atribuição de baixa carga de normatividade e, conseqüentemente, de efetividade dos direitos sociais, tidos como direitos de segunda geração e, portanto, sem prioridade de implementação. (MARMELSTEIN, 2008, p. 57).

Ao contrário dos direitos de primeira geração, que têm como finalidade, possibilitar a limitação do poder estatal, os direitos de segunda geração estabelecem diretrizes a serem realizadas pelo Estado, com o objetivo de possibilitar uma melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade à pessoa humana, como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, "os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade". (MARMELSTEIN, 2008, p. 51-52, grifo nosso).

No Brasil, a primeira Constituição a prever os direitos sociais em seu texto foi a de 1934, em capítulo destinado à ordem econômica e social.

Entretanto, foi a Constituição da República de 1988 que inovou, ao incluir os direitos sociais no Título II "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", e ao superar inúmeros debates sobre a natureza jurídica desses direitos. Essa classificação, disposta pela Constituição, representou grande avanço em relação às constituições anteriores, que conferiam aos direitos sociais reduzida eficácia e efetividade. Veja-se:

Trata-se da primeira Constituição brasileira a inserir na declaração de direitos os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a tais direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias. Nessa ótica, a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade. (PIOVESAN, 2011, p. 86).

Nesse sentido, observa-se que a Constituição de 1988, desde seu preâmbulo, destaca que a finalidade da República Federativa do Brasil é assegurar, dentre outros, o exercício dos direitos sociais. Inclui, ainda, entre os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, “*erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais*” (art. 3º, III).

Lado outro, o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais de direitos humanos que dispõem sobre direitos sociais, a exemplo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, o qual reconhece que “o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos”. (PIOVESAN, 2011, p. 479).

2.1 APLICABILIDADE CONSTITUCIONAL

A inclusão dos direitos sociais como direitos fundamentais no texto constitucional não é suficiente para pacificar a discussão acerca de sua aplicabilidade. Afinal, em que pese o § 1º do artigo 5º da Constituição de 1988 estabelecer que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”, existe ainda um grande debate sobre a força normativa dos direitos sociais previstos no Texto Constitucional.

Como demonstra Fernandes (2010, p. 463), uma corrente doutrinária clássica defende que os direitos sociais apresentam as seguintes características:

- a) gradatividade ou gradualidade na sua realização;
- b) dependência financeira do orçamento público;
- c) liberdade de conformação (definição) pelo legislador em relação às políticas públicas a serem assumidas;
- d) insuscetibilidade de controle jurisdicional dos programas político-legislativos, a não ser quando estes se mostrem em clara contradição com as normas constitucionais ou quando manifestamente desarrazoadas.

Assim, como reafirma Fernandes (2010, p. 463), essa corrente atribui aos direitos sociais o “*status* de normas programáticas, que são normas de baixa efetividade, demarcando muito mais planos políticos de ação em que o legislador e o administrador público deverão se comprometer que verdadeiras obrigações jurídicas concretas”.

Nesse sentido, Miranda (1990, p. 218 apud MORAES, 2011a, p. 14) expõe que as normas programáticas,

são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicam comandos-valores; conferem *elasticidade* ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem *já* (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, *máxime* os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjetivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados.

“Portanto, o juízo de oportunidade e a avaliação da extensão do programa incumbem ao Poder Legislativo, no exercício de sua função legiferante”. (MORAES, 2011a, p. 14). Assim, “a eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais”. (MORAES, 2011b, p. 22).

Na mesma esteira, Pinho (2010, p. 47-48) corrobora com esta corrente ao apresentar a classificação do Prof. José Afonso da Silva:

[...]

c) Normas constitucionais de eficácia limitada. São as que dependem de complementação do legislador infraconstitucional para que se tornem exeqüíveis. Abrangem as normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e as declaratórias de princípios programáticos. As primeiras são as que estabelecem o esquema geral de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos públicos, para que o legislador ordinário as regule. Normas programáticas são as que fixam programas e metas a serem alcançadas pelos órgãos do Estado. Exemplos: direito à saúde (CF, art. 196), à educação (CF, art. 205), à cultura (CF, art. 215) e ao esporte (CF, art. 217). As normas constitucionais programáticas também possuem eficácia jurídica imediata, ainda que mínima, mesmo antes da edição de qualquer legislação complementar, pois: a) revogam a legislação ordinária que seja contrária aos princípios por elas instituídos; b) impedem a edição de leis contendo dispositivos contrários ao mandamento constitucional; e c) estabelecem um dever legislativo para os poderes constituídos, que podem incidir em inconstitucionalidade por omissão caso não elaborem a regulamentação infraconstitucional que possibilite o cumprimento do preceito constitucional.

Lado outro, como aduz Silva (2010) em posição contrária à corrente doutrinária tradicional, o disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, pressupõe o caráter obrigatório dos direitos fundamentais como norma expressa no texto constitucional, o que conseqüentemente autoriza que os direitos fundamentais sejam concretizados pela interpretação judicial. Ou seja, “essa norma não é portanto, uma mera declaração de princípio, pois possui caráter mandamental, no sentido de que todos os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata” (SILVA, 2010, p. 27).

Afinal, a inclusão de um direito como fundamental ocasiona um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras conseqüências práticas. Por isso,

O Interesse em caracterizar um determinado direito como fundamental não é meramente teórico. Há, pelo contrário, grande relevância prática nessa tarefa, pois esses direitos são dotados de algumas características que facilitam extremamente a sua proteção e efetivação judicial.

Basta dizer que no Brasil:

a) possuem aplicação imediata, por força do art. 5º, § 1º, da Constituição de 88, e, portanto, não precisam de regulamentação para serem efetivados, pois são diretamente vinculantes e plenamente exigíveis;

[...]

c) possuem hierarquia constitucional, de modo que, se determinada lei dificultar ou impedir, de modo desproporcional, a efetivação de um direito fundamental, essa lei poderá ter sua aplicação afastada por inconstitucionalidade. (MARMELSTEIN, 2008, p. 17).

Nesse contexto o disposto no art. 5º, § 1º da CF/88 possui singular relevância, pois,

Todas as disposições que definem direitos de garantias individuais, sociais e políticos independentemente do capítulo ou título da Constituição que os proclama são direta e imediatamente vinculantes (efeito imediato dos direitos fundamentais).

Essa norma prescreve, em primeiro lugar, que os direitos fundamentais vinculam todas as autoridades do Estado, incluindo o Poder Legislativo. Esse último não pode restringir um direito fundamental de forma não permitida pela própria Constituição, sob o pretexto que detém a competência e a legitimação democrática de criar normas gerais e geralmente vinculantes.

Em segundo lugar, a referida norma determina que os titulares dos direitos não precisam aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal para poder exercer seus direitos fundamentais. Se o legislador for omissivo em regulamentar e/ou limitar um direito, este poderá ser exercido imediatamente em toda a extensão que a Constituição Federal define, sendo o Poder Judiciário competente para apreciar casos de sua violação. Em outras palavras, o § 1º do art. 5º deixa claro que os direitos fundamentais não são simples declarações políticas ou programas de ação do poder público e tampouco podem ser vistos como normas de eficácia “limitada” ou “diferida”. Todas as normas da Constituição que são relacionadas a direitos e garantias fundamentais são preceitos normativos que vinculam o poder do Estado de forma direta e imediata. (DIMITRI e MARTINS, 2009, p. 90-91, grifo nosso).

Dimitri e Martins (2009) demonstram, ainda, que existe um grande problema no tocante ao efeito imediato dos direitos sociais, devido a sua falta de profundidade normativa. Contudo,

Nesse ponto é necessária particular atenção para não confundir duas situações juridicamente distintas. Por um lado, temos o imperativo constitucional da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais que cria uma vinculação direta e plena do destinatário passivo dos direitos e garantias. Por outro lado, temos o problema das condições impostas para o exercício de determinado direito ou garantia. Enquanto o destinatário passivo deve imediatamente se conformar com os mandamentos constitucionais implementando o direito “diretamente aplicável”, o titular do direito, muitas vezes, não pode exercer esse direito de imediato.

[...]

Não significa, portanto, que os respectivos direitos não sejam de aplicabilidade plena, imediata e irrestrita. Só significa que eles apresentam essas características na forma com a qual a Constituição desejou configurá-los. Isso indica que, mesmo no caso dos direitos sociais e difusos, seria equivocado concluir tratar-se de simples “desideratos” ou normas programáticas. Sua aplicação imediata consiste na obrigação do

legislador de cumprir imediatamente seus deveres de regulamentação e também no dever dos tribunais de obrigá-lo a respeitar essa norma e, eventualmente, suprir sua deficiência por meio do controle de constitucionalidade (inconstitucionalidade por omissão legislativa) e das demais garantias fundamentais. Inclui-se aqui a responsabilidade política dos integrantes do Poder Legislativo e Executivo, assim como a possibilidade de ativar os mecanismos de imputação de crimes de responsabilidade (*impeachment*) a quem descumprir seus deveres de regulamentação. (DIMITRI e MARTINS, 2009, p. 92-93).

Além disso, o pressuposto da aplicação imediata dos direitos fundamentais é a consagração expressa do princípio da máxima efetividade constitucional, que se encontra intimamente ligado às normas programáticas, o qual estabelece que as normas constitucionais devem ter ampla efetividade social. Nesse sentido, o cumprimento de toda norma constitucional poderá ser exigida judicialmente, desde que obedecidos, dentre outros critérios, os limites da reserva do possível.

3 INEFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

A falta de efetivação dos direitos sociais é um dos principais fatores da crônica desigualdade econômica ainda reinante no Brasil. Afinal, a Constituição de 1988, em que pese ter sido promulgada há 22 anos, encontra-se ainda em fase de efetivação, “ante a ausência de compromisso político sincero no sentido de cumprir os ambiciosos objetivos previstos pelo poder constituinte originário”. (MARMEELSTEIN 2008, p. 70).

A postura corajosa que a Constituição assumiu em favor da redução das desigualdades sociais foi retratada no discurso de Ulisses Guimarães no dia de sua promulgação:

O Homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país. Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem. Gráficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição Cidadã. (MARMEELSTEIN 2008, p. 66).

Ocorre que, os direitos sociais elencados no Texto Constitucional não estão em fina sintonia com a realidade brasileira, fato este que desencadeia uma profunda frustração no ideário da população.

Afinal, “os direitos sociais impõem ao Estado um “atuar permanente”, ou seja, uma ação oriunda de uma prestação positiva de natureza material ou fática em benefício ao indivíduo”. (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 696-697 apud FERNANDES, 2010, p. 462).

Além disso, a plena concretização desses direitos é um processo dinâmico e complexo. É necessária a participação ativa da sociedade, juntamente com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Entretanto, impera uma letargia comatosa por parte do Executivo e do Legislativo, impulsionada muitas vezes apenas pela falta de interesse por parte desses poderes, que impede que diversos direitos sociais sejam plenamente exercidos.

Lado outro, invoca-se com frequência no cenário nacional a teoria da reserva do possível como entrave para a plena efetividade constitucional, que a seguir passa a ser analisada.

3.1 RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível é, sem dúvida, uma limitação consistente, no que tange à impossibilidade de efetivação dos direitos sociais, tendo em vista que a garantia de prestações sociais depende necessariamente de recursos públicos. Entretanto, não pode ser analisada de forma superficial, ao contrário, deve sempre ser acompanhada de provas consistentes da falta de verbas orçamentárias.

Nesse sentido, “o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais”. (MARMELSTEIN, 2008, p. 322). O ônus da prova de que não há recursos para efetivar os direitos sociais pertence ao Poder Público, que deve trazer aos autos os elementos orçamentários e financeiros que justifiquem a não efetivação do direito social.

A presente teoria teve sua origem no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no Caso *Numerus Clausus* das Vagas em Universidades, onde

Entendeu que o direito à educação não implicaria o dever do Estado de custear os serviços educacionais para todos os cidadãos, **mas tão-somente que o Poder Público deveria demonstrar que estaria dando a maior efetividade possível ao direito social, em face dos recursos financeiros disponíveis.**

O caso, em síntese era o seguinte: várias universidades alemãs estabeleciam um número limitado de vagas de admissão na faculdade de medicina, como, aliás, é em qualquer lugar do mundo. Um grupo de estudantes que não conseguiu ingressar na referida faculdade acionou a Justiça alegando que o critério de seleção dos alunos seria arbitrário e que estaria havendo violação ao direito de educação e de escolha da profissão. **A Corte, embora tenha negado o pedido, decidiu que o Estado, além de ter o dever de utilizar critérios razoáveis para a seleção dos alunos, estaria obrigado a demonstrar que o número de vagas disponíveis era o máximo possível.** Nesse contexto, afirmou-se que o Poder Público não estaria obrigado a prover educação superior para todos os estudantes, pois os direitos a prestações estariam submetidos à capacidade financeira dos entes estatais. (MARMELSTEIN, 2008, p. 66, grifo nosso).

No Brasil, referida teoria foi incorporada sem a devida adequação, haja vista que, a partir do julgado alemão, ficou garantido aos cidadãos daquele país o direito de exigir o cumprimento do máximo razoável ao Estado, enquanto em solo nacional tem sido adotado para restringir o alcance dos direitos sociais constitucionalmente assegurados. Aliás, o próprio Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais já mencionado no presente trabalho, na pág. 06, prevê em seu artigo 2º a utilização do máximo de recursos disponíveis, senão vejamos:

Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, **até o máximo de seus recursos disponíveis**, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. (PIOVESAN, 2011, p. 480, grifo nosso).

Nesse sentido, de acordo com Torres (2009, apud SILVA 2010, p. 64), “Reserva do possível é conceito que sofreu um processo de desinterpretação no Brasil, pois foi trazido da Alemanha e aqui aplicado sem muito rigor científico”.

Com aplicação nacional voltada para a disponibilidade de recursos financeiros, a reserva do possível apresenta uma tripla dimensão:

(a) efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; (b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima relação com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; (c) já na perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação. (SARLET, 2008, p. 30 apud SILVA, 2010, p. 65).

No tocante a sua correlação com a efetividade dos direitos sociais, observa-se que o processo de concretização desses direitos depende necessariamente do vínculo financeiro e das possibilidades orçamentárias do Estado. Assim, “comprovada objetivamente a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”. STF, RE 436966/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/10/2005. (MARMELSTEIN 2008, p. 320).

Contudo, em que pese a reserva do possível ser uma limitação objetiva à possibilidade de efetivação judicial dos direitos sociais, “o que se observa é uma banalização no seu discurso por parte do Poder Público quando se defende em juízo, sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial”. (MARMELSTEIN 2008, p. 321-322)

Assim, quando houver a negativa de concretização dos direitos sociais com base no argumento da reserva do possível, deverá ser exigida a demonstração de impossibilidade do cumprimento da ordem judicial. Ou seja, a reserva do possível apenas deverá ser acolhida se o Poder Público demonstrar, de forma objetiva, que não existe recursos para a implantação do direito social.

Nesse sentido, tem-se o voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 45/2004:

A cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, em particular quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação, ou até mesmo, aniquilação de direitos

constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (MARMELSTEIN 2008, p. 322).

Dimitri e Martins (2009, p. 93) apresentam, ainda, outras razões para que a reserva do possível não seja utilizada como critério para limitar a aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais, dentre as quais vale destacar:

O “possível” não é uma grandeza objetivamente aferível no que diz respeito à atuação do Estado. Uma reflexão simples mostra que o Estado pode utilizar um amplo leque de medidas para tornar possível uma prestação. Indicamos a reorganização das prioridades orçamentárias, a racionalização das despesas, a possibilidade de contrair empréstimos no exterior e, por último e mais relevante, o aumento da arrecadação pela criação de novos tributos, pelo aumento de alíquotas e pelo combate eficiente da sonegação fiscal. Tais medidas enfrentam sempre protestos e geram o denominado “custo político”, pois prejudicam os interesses econômicos de determinadas categorias de pessoas. Cabe às autoridades políticas decidir quais dessas medidas devem ser tomadas em determinada situação – e com qual intensidade.

Lado outro, tem-se que a falta de recursos exige do magistrado uma preocupação continua com os efeitos orçamentários de sua decisão, pois “a ausência de meios materiais disponíveis para o cumprimento da ordem judicial poderá tanto gerar o desprestígio do julgado quanto prejudicar a implementação de outros direitos igualmente importantes”. (MARMELSTEIN, 2008, p. 320).

Entretanto, como observa Marmelstein (2008, p. 320) “se a decisão estiver dentro da reserva do possível, o direito fundamental não pode deixar de ser concretizado sob a alegativa de que a realização de despesa ficaria dentro da esfera da estrita conveniência do administrador”.

3.2 MÍNIMO EXISTENCIAL

A Teoria do Mínimo Existencial está relacionada a dignidade da pessoa humana, prevista no Texto Constitucional como um de seus princípios fundamentais

(art. 1º, III), bem como no art. 170, *caput*, que dispõe que a ordem econômica deverá assegurar a todos “existência digna”.

Parte da doutrina traça uma distinção entre o mínimo existencial e o mínimo vital, afirmam que o segundo conceito é mais limitado, pois refere-se apenas às condições de garantia da vida humana, sem preocupação com a dignidade dessa vida. “Por isso mesmo, tal leitura seria por demais reducionista e simplória, devendo ser abandonada por sua estreiteza”. (FERNANDES, 2010, p. 464).

No tocante a relação com os direitos sociais, observa-se que:

Direito social se diferencia de mínimo existencial, este que, autonomamente, pode ser considerado como um direito fundamental, sem dicção constitucional própria, *i. e.*, sem enumeração expressa no texto constitucional, mas que pode ser extraído da idéia de liberdade, dos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, da Declaração de Direitos Humanos e das imunidades e privilégios dos cidadãos. (TORRES, 2009, apud SILVA, 2010, p. 64).

O mínimo existencial é utilizado pela doutrina como parâmetro para verificar os direitos a serem reconhecidos pelo Estado, uma vez que, para o cidadão exercer seu direito de liberdade, antes é necessária a implementação de um piso mínimo de direitos que possam lhe conferir dignidade.

Nesse sentido, as principais discussões sobre essa teoria giram em torno de seu conceito e conteúdo, da sua relação com os direitos sociais, bem como sua proteção em caso de colisão com a reserva do possível.

De acordo com a teoria do mínimo existencial, “apenas o conteúdo essencial dos direitos sociais teria grau de fundamentabilidade capaz de gerar, por si só, direitos subjetivos aos respectivos titulares” (MARMELSTEIN, 2008, p. 312). Ou seja, nem todos os direitos sociais seriam capazes de gerar direitos subjetivos aos seus titulares e, conseqüentemente, a possibilidade de efetivação pela via judicial. Se a pretensão estiver fora do mínimo existencial, o reconhecimento de direitos subjetivos dependeria de legislação para regulamentar a matéria.

Marmelstein (2010) critica a teoria do mínimo existencial por dois motivos: “a) ela não é totalmente compatível com a realidade constitucional brasileira; b) ela

pode levar a uma neutralização, pela via interpretativa, dos direitos sociais reconhecidos pela Constituição”. Além disso,

Um interprete ideologicamente contra os direitos sociais poderá utilizar a tese para esvaziar ao máximo a força jurídica desses direitos, diminuindo até onde pode o seu conteúdo “essencial”, até porque o balizamento sobre o que será esse conteúdo “mínimo” ficará a cargo da doutrina e da prática judicial. [...]

A Constituição Federal brasileira não prevê que apenas um mínimo será protegido. Existem, pelo contrário, algumas diretrizes que orientam para uma proteção cada vez mais ampla, por exemplo no âmbito da saúde, que se orienta pelo princípio da universalidade do acesso e integralidade do atendimento, o que afasta a idéia minimalista. (MARMELSTEIN, 2008, p. 313-314).

Contudo, referido doutrinador apresenta um aspecto positivo da presente teoria, qual seja, “há uma afirmação explícita de que os direitos sociais possuem eficácia jurídica e dentro do núcleo essencial do bem jurídico protegido, pode haver a intervenção judicial para dar efetividade ao direito, mesmo diante da omissão das demais esferas de poder”. (MARMELSTEIN 2008, p. 313)

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisões fundamentadas expressamente na noção de mínimo existencial, como foi o caso da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45, já mencionada nesse trabalho na página 13, quando de tratou da reserva do possível, que previu expressamente a possibilidade do controle judicial de políticas públicas quando em pauta a proteção ao mínimo existencial. Destaca-se ainda decisão proferida no Agravo Regimental 1136549/RS:

[...]

Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. (BRASIL, 2011b, p. 1-2).

Nessa decisão ficou reconhecido que os direitos sociais não podem estar condicionados ao interesse do Poder Público. Assim, o Judiciário deve atuar no

controle das políticas públicas, principalmente quando se tratar de direito fundamental incluído no conceito de mínimo existencial.

Finalmente, observa-se que a principal discussão sobre essa teoria ocorre quando está em confronto o mínimo existencial *versus* reserva do possível. Para alguns doutrinadores, o mínimo existencial é o núcleo intangível do direito social e, por tal motivo, não pode sucumbir à alegação da reserva do possível. Para outros, há casos em que, mesmo quando estiver em pauta direitos relacionados ao mínimo existencial, a reserva do possível pode prevalecer. Por isso, os casos que envolverem tais teorias deveram ser analisados com ponderação para não prejudicar os direitos fundamentais.

4 EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS

“Da constatação de que os direitos sociais são direitos verdadeiramente fundamentais surge uma inquietante discussão em torno da possibilidade de efetivação desses direitos através do Poder Judiciário” (MARMELSTEIN, 2008, p. 174). A maior justificativa da intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais é o fato desses direitos serem reconhecidos como verdadeiros direitos fundamentais e conseqüentemente estarem abrangidos pela disposição do art. 5º, § 1º da Constituição Federal. Nesse sentido,

Uma das mais intensas discussões dentro do direito constitucional é saber se os direitos fundamentais que emitem comandos prestacionais (deveres de implementação) podem ser efetivados pelo Poder Judiciário sem uma prévia intervenção legislativa. Há, no caso, um conflito entre o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais (que exige do Judiciário uma postura ativa em favor desses direitos) e os princípios da separação de poderes e da democracia representativa (que pressupõem que as decisões políticas sejam tomadas por representantes eleitos pelo povo e não pelos juízes).

Desse conflito entre a máxima efetividade e o princípio da separação de poderes, surge o seguinte paradoxo: se os direitos fundamentais não puderem ser implementados perante os órgãos judiciários, eles correm o risco de ser transformados em mera retórica política; se, por outro lado, esses direitos forem exigidos na via judicial, surge a ameaça de deslocamento das decisões políticas do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. (MARMELSTEIN, 2008, p. 309).

No Brasil, “a reflexão sociológico-jurídica viu, por longos tempos, no Direito apenas uma função conservadora. Superestrutura social, desempenhava ele um papel de suporte e legitimação da infraestrutura econômica” (HERKENHOFF, 1999, p. 45). O papel do Judiciário se resumia a resolver as disputas entre particulares, seguindo fielmente as regras ditadas pelo Legislador.

Atualmente o Poder Judiciário vem demonstrando um papel progressista, principalmente no tocante a busca do sentido finalístico da constituição. Afinal, “seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais”. (BRASIL, 2011b, p. 1)

Como já destacado no presente trabalho, o Poder Judiciário possui legitimidade para proferir decisões judiciais referentes ao controle de políticas públicas e outras relativas a efetivação dos direitos sociais, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes ao mínimo existencial. É o que ficou demonstrado no julgamento da ADPF nº. 45:

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

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e 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. (BRASIL, 2011e, p. 4).

Por isso, “A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário” (BRASIL,

2011d, p. 2). “Não basta apenas enunciar os direitos; é preciso, sobretudo, protegê-los e concretizá-los” (MARMELSTEIN, 2008, p. 68).

Diante da nova realidade social, surge a necessidade de se permitir que o Poder Judiciário possa, enquanto órgão imparcial, independente e responsável pela guarda da Constituição, emitir comandos concretos de proteção aos direitos fundamentais, através do acesso à justiça, como ficou demonstrado nos julgados acima mencionado. Apesar disso,

Não há como negar que o Judiciário não é (ou não deve ser), primordialmente, o ente político encarregado de implementar políticas públicas, inclusive em matéria constitucionalmente disciplinada. O ideal democrático certamente deseja que os órgãos do Executivo e do Legislativo sejam os encarregados dessa tarefa, e de preferência que façam bem-feito. O papel do Judiciário seria, quando muito subsidiário, dentro desse contexto ideal.

[...]

Seguindo essa linha de raciocínio, conclui-se que o Judiciário somente deve agir quando os demais poderes agiram mal (não agirem quando deveriam agir ou agirem de forma insuficiente e equivocada, conforme for demonstrado dentro do processo judicial).

Em outras palavras: apenas quando os demais órgãos públicos falharem em sua missão ou simplesmente forem inertes na adoção de medidas necessárias à proteção e promoção dos direitos fundamentais, será justificável (legítima) uma intervenção do Judiciário, desde que seja possível demonstrar o desacerto do agir ou do não agir desses outros poderes. Eis o conteúdo do princípio da subsidiariedade aqui defendido. (MARMELSTEIN, 2008, p. 315).

Ademais, por serem normas jurídicas, os direitos fundamentais podem ter sua aplicação forçada através do Poder Judiciário, haja vista que há possibilidade de os direitos fundamentais gerarem pretensões subjetivas para os seus titulares. Assim, “caso o Poder Público deixe de cumprir com os deveres de respeito, proteção e promoção a que está obrigado, poderá ser compelido a fazê-lo forçadamente por processo judicial”. (MARMELSTEIN, 2008, p. 289-290).

Lado outro, a teoria da “reserva do possível” causa certo embaraço em quem defende uma atuação judicial sem limites em favor dos direitos sociais. Entretanto, apesar da reserva do possível ser uma limitação à possibilidade de efetivação judicial dos direitos sociais, somente poderá ser acatada quando houver provas concretas da inexistência de verbas orçamentárias.

A discricionariedade da administração também é invocada como impedimento para a efetivação judicial dos direitos sociais. Contudo, tal entendimento não é compatível com o modelo adotado pela Constituição no tocante aos direitos fundamentais que possuem aplicabilidade imediata. Nesse sentido,

É necessário que fique claro, no entanto, que a regra é a não interferência do Poder Judiciário na zona de discricionariedade do Administrador. Apenas quando ficar demonstrado, com base em dados empíricos e consistentes, que a atuação administrativa está aquém das expectativas constitucionais será legítimo o controle judicial, inclusive para impor obrigações de certa complexidade. Quanto maior for o diálogo e a consistência da decisão, maior será a sua legitimidade e, conseqüentemente, menor será a chance de o Judiciário ser acusado de estar interferindo indevidamente no raio de ação do administrador público. (MARMELSTEIN, 2008, p. 321).

Importante ressaltar ainda que as barreiras normalmente apresentadas para impedir a concretização de direitos sociais pelo Poder Judiciário, a exemplo da reserva do possível, da discricionariedade política, da ausência de previsão orçamentária ou legal, entre outros, são meramente argumentos e não obstáculos intransponíveis para a atuação judicial. Esses argumentos devem ser analisados pelo juiz, dentro do processo ponderativo da tomada de decisão para o caso concreto. Porém, se do outro lado da balança estiverem direitos fundamentais titularizados por pessoas fragilizadas social, econômica ou culturalmente, não há por que negar ao Judiciário a possibilidade de tentar concretizar esses direitos, observando, logicamente, o princípio da proporcionalidade. (MARMELSTEIN, 2008).
Afim,

Em hipótese alguma um direito fundamental pode deixar de ser concretizado pela ausência de lei. Se determinado direito fundamental está deixando de ser efetivado por ausência de regulamentação infraconstitucional, cabe ao Judiciário tomar as medidas cabíveis para que o direito não fique sem efetividade. Em outras palavras: o juiz, no atendimento concreto das providências que se revelem indispensáveis para concretizar direito fundamental pode (e deve) atuar independentemente e mesmo contra a vontade da lei infraconstitucional, pois, para efetivar os preceitos constitucionais, não é preciso pedir autorização a ninguém, muito menos ao legislador. (MARMELSTEIN, 2008, p. 294).

Nesse contexto, são nítidos os avanços em matéria de efetivação de direitos fundamentais desde que a constituição passou a vigorar.

Entretanto, constata-se que ainda existe “uma larga resistência tanto da parte da doutrina como dos tribunais em aceitar o controle judicial das políticas públicas, que inviabiliza a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais nos casos em que a administração pública é omissa” (MAEOKA, 2008, p. 13).

Todavia, é necessária uma postura mais ativa do Poder Judiciário para garantir através dos direitos sociais a dignidade da pessoa humana. É o que paulatinamente vem ocorrendo na jurisprudência atual, como se observa da análise da decisão abaixo transcrita, que conseguiu sintetizar em seu texto todos os argumentos mencionados nesse trabalho:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS - **DIREITO SUBJETIVO - RESERVA DO POSSÍVEL** - TEORIZAÇÃO E CABIMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA - ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA - PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO **MÍNIMO EXISTENCIAL** - ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO - PRECEDENTES DO STF E STJ. (BRASIL, 2011c, p. 2).

No presente Recurso Especial ficou demonstrado que a insuficiência de recursos orçamentários torna a obrigação impossível de ser exigida. Porém, o problema da escassez muitas vezes, é resultado de um processo de escolha. Assim, quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada.

Como exemplo referido julgado propõe que o gasto com festividades ou propagandas governamentais seja reduzido para a prestação de uma educação de qualidade. Por isso, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas. Afinal,

Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da

maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às idéias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia. (BRASIL, 2011c, p. 2).

Nessa decisão ficou evidenciada que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Ou seja, os direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Por isso,

Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social. (BRASIL, 2011c, p. 2).

No tocante especificamente ao direito pretendido na presente demanda, os julgadores reconheceram que dentre os direitos considerados fundamentais, encontra-se o direito à educação:

O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.

A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstracto, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias.

Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei n. 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta

prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. (BRASIL, 2011c, p. 2-3).

Lado outro, também ficou reconhecido que se a escassez não for fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária não há como o Poder Judiciário interferir nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

Contudo, essa insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público “não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social”. (BRASIL, 2011c, p. 3).

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho conclui-se que os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais que ensejam a aplicabilidade imediata prevista no art. 5º, § 1º da Constituição Federal.

Nesse sentido, a discussão sobre a possibilidade ou não do Poder Judiciário contribuir com a efetividade dos direitos sociais que tem permeado o mundo jurídico deve ser superada na medida em que essa intervenção ocorrer dentro dos limites estabelecidos pela Constituição. Afinal, o direito não pode limitar-se a abordagens puramente dogmáticas e legalistas. Como ciência dinâmica deve fornecer subsídios para a solução dos conflitos que envolverem a concretização dos direitos sociais.

Por isso, diante dos impedimentos que poderão surgir para efetivação judicial dos direitos sociais, deve-se avaliar o grau de aplicabilidade imediata desses direitos, a fim de permitir a máxima efetividade constitucional. Do contrário, a normatividade constitucional restaria inócua, sem a possibilidade de combater as omissões dos demais Poderes Públicos que vulneraram os direitos sociais. Ou seja,

os governantes poderiam simplesmente ignorar os comandos constitucionais sem qualquer consequência jurídica.

Quanto a teoria da reserva do possível, geralmente invocada como impedimento para implementação dos direitos sociais, deve ser afastada toda vez que não ficar objetivamente demonstrada a ausência de recursos orçamentários.

Na mesma esteira, a alegação de que o Estado é obrigado a fornecer apenas o “mínimo existencial”, muitas vezes reduzido a “mínimo vital” deve ser superada uma vez que afronta diretamente a Constituição Federal ao limitar sua máxima efetividade.

Finalmente, conclui-se que o Poder Judiciário não é o responsável direto para aplicação de políticas públicas. Assim, apenas excepcionalmente poderá intervir na esfera dos demais Poderes, quando houver violação dos direitos fundamentais, com o objetivo único de promover a transformação social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988: atualizada até a emenda constitucional nº. 67, de 22.12. 2010. São Paulo: Saraiva, 2011a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial**. AgRg no REsp 1136549/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, Brasília, 08 de junho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10592199&sReg=200900766912&sData=20100621&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 02 mar. 2011b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. REsp 1185474/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, Brasília, 20 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=9568774&sReg=201000486284&sData=20100429&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 02 mar. 2011c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. REsp 1041197 / MS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp>

sLink=ATC&sSeq=6136604&sReg=200800598307&sData=20090916&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 02 mar. 2011d.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental**. ADPF 45/DF, Decisão Monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 24 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 02 mar. 2011e.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e utopia**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MAEOKA, Érika. Efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, controle judicial das políticas públicas e a ação civil pública. Disponível em: <<http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/AEfetividadeDireitosEconomicosErikaMaeoka.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Mínimo existencial, reserva do possível e direito à saúde. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/10/27/minimo-existencial-reserva-do-possivel>>. Acesso em: 19 de abr. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011a.

_____. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011b.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Paulo Tadeu Gomes da. **Direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria geral. São Paulo: Atlas, 2010.