

A Efetividade dos Direitos Fundamentais de Caráter Positivo e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

ALEXANDRE DOUGLAS ZAIDAN DE CARVALHO

Procurador Federal em Exercício na Procuradoria Federal Especializada do INSS em Recife/PE e Especialista em Direito Público pelo Instituto Brasileiro de Direito Público/IDP.

RESUMO: A efetividade dos direitos fundamentais de caráter positivo, sob a perspectiva de realização do princípio da dignidade da pessoa humana, tem sido alvo de controvertidas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, que procuram revelar qual o papel e os limites do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade das políticas governamentais dirigidas à prestação de serviços públicos essenciais, face à limitação material, a discricionariedade do administrador público e do próprio Poder Legislativo na destinação dos recursos orçamentários disponíveis para tais finalidades. Assim, buscará o presente trabalho analisar como se insere o problema da efetividade dos direitos prestacionais em um paradigma neoconstitucional, avaliando as possibilidades e limites do intérprete-aplicador em oferecer respostas satisfatórias na construção do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da dignidade da pessoa humana; reserva do possível; discricionariedade administrativa; concretização jurisdicional.

ABSTRACT: The effectiveness of fundamental rights with positive aspect under a human dignity postulate realization perspective has been the target of the doctrinal and jurisprudential controversy, that looking to reveal the possibilities and limits of Judiciary Power in control of constitutionality practice about the government's policies applied for the essential public services, because of insufficient material resources, the discretionary choice of the public administration and even the Legislative Power in the destination of the available budgetary resources for such purposes. This study search to analyze as if it inserts the effectiveness problem of the installments rights in a neoconstitutional paradigm, evaluating the possibilities and limits than interpreter to offer satisfactory answers in the construction of the Democratic State.

SUMÁRIO: Introdução; I – A garantia do mínimo existencial como vetor do princípio da dignidade da pessoa humana; II – Dificuldades operacionais da concretização jurisdicional dos direitos prestacionais; III – Discricionariedade administrativa e concretização judicial dos direitos

prestacionais; IV – A imposição de limites à limitação da cláusula da reserva do possível; V – A participação do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Sabe-se antiga a discussão acerca da natureza das diversas espécies de norma constitucional, classificadas de diversas formas pela doutrina nacional e estrangeira, sempre levando em consideração sua maior ou menor densidade normativa revelada no texto e a importância do sentido de cada norma para o desenvolvimento da sociedade.

Nesse passo, observando a relevância do debate sobre o papel do constitucionalismo moderno como meio de amenizar aspectos indesejáveis no campo político, social e econômico, abandonando a postura, até então vigente, de que ao Estado não era possível se impor conduta positiva como forma de emancipar os indivíduos e qualificá-los para o pleno exercício da cidadania, ganhou espaço o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente quando se trata de implementar condições ao exercício dos direitos fundamentais de caráter social.

Motivada em tais perspectivas, parte da doutrina moderna acaba por enxergar grandes possibilidades de realização do programa normativo constitucional, distinguindo suas normas sob dois aspectos, o negativo e o positivo, como faz Carmem Lúcia Antunes Rocha:

“A Constituição tem alma de Direito e forma de lei, formulando-se como seu coração – órgão dominante e diretor de suas ações – os direitos fundamentais do homem. Direitos fundamentais em duplo sentido jurídico: de um lado, são eles essenciais aos homens em sua vivência com os outros, fundando-se neles, em seu respeito e acatamento, as relações de uns com os outros homens e com o próprio Estado; de outro lado, eles fornecem os fundamentos da organização estatal, dando as bases sobre as quais as ações da entidade estatal se desenvolvem em cujos limites se legitimam (determinantes de limites negativos) e para a concretização dos quais se determinam comportamentos positivos do Estado (determinantes positivos).”¹

Ante o reconhecimento dessas duas faces das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias, a eficácia de tais dispositivos passou a ser encarada como um problema, pois a sociedade posicionou-se como credora dos direitos consagrados na Constituição, visualizando, do outro

1 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O constitucionalismo moderno e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista do Conselho de Justiça Federal*, n. 3, dez. 1997.

lado desta relação, o Estado, responsável pela concretização desses direitos.

Assim, ao reconhecer a condição de destinatários de direitos sociais, passou a sociedade a exigir do Estado uma postura ativa no sentido de concretizar os direitos prometidos na Constituição Federal.

Os chamados direitos prestacionais, terminologia atribuída a Robert Alexy, em *Teoria de los derechos fundamentales*, subdividem-se em: 1) direitos de proteção, que asseguram ao indivíduo a proteção do Estado frente à atuação de terceiros; 2) direitos à organização e ao procedimento, ligados à instituição de garantias processuais, materiais e normativas, cujo conteúdo deve facilitar o exercício da cidadania por seus titulares, como o acesso à justiça, órgãos de proteção a direitos difusos e coletivos, dentre outros; e 3) direitos prestacionais em sentido estrito, que consistem em direitos a realizações estatais positivas, dirigidas ao suprimento de necessidades vitais do indivíduo, essenciais à manutenção de uma vida digna, encerrando direito subjetivo cuja concretização está sujeita à fiscalização e intervenção do Poder Judiciário, como adiante se demonstrará.

Para o Professor Gilmar Ferreira Mendes, para a obtenção de sentido normativo eficaz dos direitos fundamentais, é preciso, antes de tudo, delimitar o seu contorno, definindo o que venha a ser o seu núcleo essencial, observe-se:

“Se se pretende atribuir aos direitos individuais eficácia superior à das normas meramente programáticas, então deve-se identificar precisamente os contornos e limites de cada direito, isto é, a exata definição do seu âmbito de proteção. Tal colocação já é suficiente para realçar o papel especial conferido ao legislador tanto na concretização de determinados direitos, quanto no estabelecimento de eventuais limitações ou restrições. Evidentemente, não só o legislador, mas também os demais órgãos estatais com poderes normativos, judiciais ou administrativos cumprem uma importante tarefa na realização dos direitos fundamentais.”²

Posto isso, vê-se que a questão da efetivação dos direitos fundamentais deve ser vista por dois aspectos. O primeiro cinge-se às omissões legislativas, para as quais são previstos na Lei Fundamental brasileira alguns instrumentos, quais sejam: o mandado de injunção, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e a controvertida arguição de descumprimento de preceito fundamental. Já um segundo aspecto refere-se à imposição, com espeque nos direitos fundamentais, de condutas ao Estado-Administração.

2 MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002.

É justamente nesse último aspecto que se situa o objeto de estudo do presente estudo, e mesmo sabendo-se que muito se tem produzido nas letras jurídicas nacionais sobre o tema, assim como já se podendo constatar diversas decisões na jurisprudência encampando a tese acerca da possibilidade de imposição ao Estado de prestações positivas, não faltam dificuldades verificadas no desenvolvimento de ações dessa natureza, principalmente quando se enfoca o conservadorismo ainda reinante na interpretação judicial acerca da eficácia das normas constitucionais impositivas.

Sabe-se que um dos principais obstáculos à implementação de tais direitos por meio do Poder Judiciário, como guardião da proteção aos direitos fundamentais, é a falta de previsão orçamentária suficiente para fazer frente a tais despesas que, inevitavelmente, são necessárias à concretização dos direitos ao mínimo existencial.

Nessa esteira, buscar-se-á, aqui, demonstrar alternativas viáveis para que seja ultrapassado tal óbice, dentro de um espectro de avanço do Poder Judiciário no desenvolvimento de seu papel no Estado Democrático de Direito.

Avise-se, por oportuno, que as teses aqui defendidas, as quais vêm ganhando cada vez mais espaço não só na doutrina, mas também na jurisprudência, não visam a autorizar um “governo de juízes”, mas, sim, demonstrar os parâmetros já estabelecidos pelo constituinte, dentro dos quais deve ser exercida a discricionariedade administrativa.

Assim, o ponto fulcral para o sucesso das demandas levadas à apreciação judicial que visem à implementação de direito prestacional por parte do Estado é saber em que medida pode tal questão sofrer dito exame, como demonstra Gilmar Ferreira Mendes:

“Se o Estado está constitucionalmente obrigado a prover tais demandas, cabe indagar se, e em que medida, as ações com o propósito de satisfazer tais pretensões podem ser juridicizadas, isto é, se, e em que medida, tais ações se deixam vincular juridicamente.”³

O tema passa, necessariamente, por uma análise do papel do Poder Judiciário no que diz respeito ao amparo das pretensões positivas, ou seja, se seria possível ao magistrado tutelar tais pretensões ou se ele estaria limitado ao controle do discurso em face da separação dos poderes, já que, diante da “reserva do possível”, negar-se-ia à competência dos juízes (não

3 MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002.

legitimados pelo voto) dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários.

Em suma, não se pretende a substituição do Executivo pelo Judiciário, mas, tão-somente, demonstrar os espaços constitucionais em que este último Poder pode agir para compelir aquele primeiro a respeitar a vontade política do constituinte originário, zelando-se para que a Lei Maior não se transforme em mero “pedaço de papel”, na expressão de Ferdinand Lassale, e incapaz de aproximar o tanto quanto possível o dever-ser normativo (*sollen*) do ser (*sein*). Para tanto, desempenha função de extrema importância a teoria dos direitos fundamentais, a qual, conforme conclui Maselli Gouvêa, “determina a prioridade das prestações abrangidas no âmbito do mínimo existencial sobre outros encargos do poder público”⁴.

I – A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO VETOR DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como afirma o mestre português J.J. Gomes Canotilho, a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível” aponta à dependência dos recursos econômicos. Assim, a elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Em virtude da mencionada limitação material, parcela considerável da doutrina vem sustentando que apenas o “mínimo existencial” poderia ser garantido, isto é, apenas esse conjunto – formado pela seleção dos direitos sociais, econômicos e culturais tidos mais relevantes, por integrarem o núcleo da dignidade da pessoa humana ou por decorrerem do direito inalienável da liberdade – teria validade *erga omnes* e poderia ser examinado sem restrições pelo Poder Judiciário.

A dignidade, constituindo-se em valor universal, a despeito das diversidades socioculturais, físicas, econômicas e intelectuais, dentre outras particularidades, encerra o postulado de que as pessoas são detentoras de igual condição, embora distintas em suas individualidades. Assim, elas apresentam, em função da humana condição, as mesmas necessidades vitais.

Para se chegar a uma definição do que venha a ser o mínimo existencial a permitir o avanço sobre a limitação imposta pela reserva do possível,

4 GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle das omissões administrativas* – Novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais, p. 400.

ressalvado o real limite da escassez, há que se ter como marco inicial o valor fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), que representaria o verdadeiro limite à restrição dos direitos fundamentais, evitando abusos que pudessem levar ao esvaziamento ou à supressão do seu conteúdo, cabendo ao juiz o exercício de tal *munus*, ainda que dele não seja tarefa exclusiva.

Enfocando a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana como postulado de primeira grandeza na ordem constitucional, Ingo Wolfgang Sarlet decompõe o sentido nuclear do princípio em três categorias: “Não há como negar que os direitos à vida, liberdade e igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares de dignidade da pessoa humana”⁵.

Nessa esteira, a dignidade humana, com o seu núcleo – vida, liberdade e igualdade –, constitui valor sistemático de todos os direitos fundamentais e tem, também, função legitimadora necessária ao reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro, que existe em função dos seus indivíduos e cidadãos, e não estes em função daquele.

É em virtude dessa relevância assumida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, do qual se desdobram todos os direitos fundamentais, que se pode falar na sua eficácia vinculante em relação às três funções de Poder do Estado, assim como em relação às pessoas jurídicas de direito privado que, nas suas relações com os particulares, dispõem de atribuições de natureza pública.

Assim, não se afigura legítima qualquer atitude de escusa do Poder Judiciário ao cumprimento do seu papel constitucional de assegurar ao cidadão brasileiro a fruição dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, fonte dos demais direitos ditos fundamentais.

II – DIFICULDADES OPERACIONAIS DA CONCRETIZAÇÃO JURISDICIONAL DOS DIREITOS PRESTACIONAIS

Considerada a natureza dos direitos fundamentais de caráter positivo, que exigem postura ativa do Estado para sua efetivação, a exemplo da construção de creches, escolas, moradia, postos de saúde, fornecimento de remédios, dentre tantos outros necessários à manutenção da vida digna pelos

5 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 99.

indivíduos titulares de tais direitos, põem-se obstáculos sustentados pelo pensamento mais conservador.

Observando a importância de conhecê-los para apresentar alternativas no sentido de superá-los, Anabelle Macedo Silva aponta os principais óbices destacados na doutrina da inefetividade de tais direitos pela via jurisdicional:

“Dentre os principais argumentos complicadores da concretização jurisdicional das normas constitucionais impositivas de prestações administrativas, vigorosamente sustentados pelo pensamento mais conservador, identificam-se: i) vagueza nas disposições normativas, eis que não raro os direitos prestacionais são vazados com o emprego de conceitos indeterminados ou fluidos, o que acarretaria déficits de eficácia, somente passíveis de solução através de integração legislativa destes comandos imperfeitos, tendo em vista o juízo político que os mesmos demandariam para sua concretização; ii) excessiva amplitude do objeto das normas, também demandando atuação política do Legislativo e do Executivo, jamais pelo Judiciário; iii) extrema difusão no campo de ação, impeditiva da definição judicial eis que os direitos prestacionais ordenariam a promoção de algo, mas ante a pluralidade de meios de atingimento, somente o legislador ou administrador poderia optar por um deles, sendo infenso ao Judiciário formular tais juízos; iv) argumento da reserva do possível; v) princípios da Separação dos Poderes e do Estado Democrático; vi) obstáculos processuais ante a mocidade dos direitos prestacionais, apenas positivados no século XX, sendo ainda escassos os instrumentos específicos de tutela.”⁶

Ante tantos óbices à realização da tarefa constitucional de propiciar o exercício dos direitos que impõem um *facere* ao Estado, questiona-se como compatibilizar a previsão normativa disposta no texto e a difícil realidade da escassez de recursos materiais, principalmente nos países periféricos.

Sabe-se, de início, que as normas constitucionais definidoras de direitos às prestações têm sempre efeitos jurídicos a produzir, não se constituindo em mera promessa, pois são inspiradas nos mais altos valores indicados na Constituição.

Seguindo procedimento de todo intérprete que tenha por objetivo re-descobrir o sentido da norma segundo o programa nela encetado, deve-se vislumbrar, como ponto de partida, a redação do seu texto. Veja-se, então, o que diz o § 1º do art. 5º da nossa Constituição Federal: “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Interessante notar que, como bem lembra Luís Roberto Barroso, o dispositivo foi inserido sob o auge da idéia da máxima efetividade de tais direitos, como era previsto:

6 SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 174.

“O anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais dedicou ao tema o art. 10 e seus parágrafos, cuja íntegra é a seguinte: ‘Art. 10. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata. § 1º Na falta ou omissão de lei prevista para discipliná-la, o juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional. § 2º Verificando a inexistência ou omissão da lei, inviabilizando a plenitude da eficácia de direitos assegurados nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao Poder competente a edição de norma que venha suprir a falta’. Como se vê, discriminou o anteprojeto duas situações, para as quais previu soluções diversas: 1ª) Atribuiu, difusamente, a qualquer órgão jurisdicional competência para formular, em cada caso, a regra abstrata ordinária; 2ª) Outorgou, concentradamente, ao STF, nos casos em que a ausência da lei ordinária inviabilize a plenitude do direito, a atribuição de recomendar ao Poder competente a edição da norma. No tocante à primeira solução, foi ela seguida pelo projeto da Comissão de Sistematização, transformando-se no § 1º do art. 5º da Constituição em vigor.”⁷

Motivado por tal fundamento, e amparado na clarividência com que fora editado o dispositivo, cabe ao Poder Judiciário exercer sua função de garantidor dos direitos ao mínimo existencial, de modo a preservar o seu núcleo essencial, sob pena de incorrer em omissão grave, que revelará o seu descrédito como instituição democrática.

Nesse exame, a fim de ultrapassar os óbices elencados por parte da doutrina para a efetivação dos direitos prestacionais de que é credora a camada mais desprivilegiada da população, deve o juiz conscientizar-se de seu papel, definindo, no caso concreto, o que venha a ser o patamar mínimo exigido para a sobrevivência digna, para, logo após, considerá-lo judicialmente concretizável.

Para subsidiar tal análise, fundamental é o senso humanista do operador jurídico e a experiência prática adquirida no debate das questões sociais recorrentes no cotidiano, com a participação dos mais diversos grupos interessados, pois, como afirma Ingo Sarlet: “Fórmulas excessivamente jurídicas não fornecem o suficiente instrumental para a sua concretização”⁸.

Sob a ótica dessa democratização do processo de concretização, torna-se possível ao Poder Judiciário visualizar qual o patamar mínimo do direito fundamental alegado, sem que o necessitado sucumba em sua própria dignidade, preservando o núcleo essencial do direito perseguido em juízo.

7 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 165-166.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 325.

Desta feita, não obstante todas as dificuldades operacionais aqui mencionadas, já é possível enxergar uma discreta mudança de postura do Judiciário brasileiro no trato de algumas questões sociais relevantes, com seguidas interpretações que conduziram a um processo de democratização de direitos para garantir a universalidade do princípio da dignidade da pessoa humana nos mais variados aspectos e fomentaram a concretização dos princípios constitucionais.

III – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS PRESTACIONAIS

A democratização do debate sobre as formas de implementação de políticas sociais inclusivas, com a participação da sociedade e do Poder Judiciário como agentes transformadores da realidade vigente no país, traz a necessidade de rediscutir a questão da discricionariedade administrativa na escolha de programas voltados à promoção dos direitos fundamentais.

Isso porque, como afirmado, a idéia de que a manifestação da vontade popular e, conseqüentemente, do que venha a ser bem comum, não mais se restringe àqueles que detêm mandato eletivo ou representatividade eleitoral conferida pelo voto, à medida que se abrem diversas outras oportunidades para o pleito de tais direitos, igualmente dotadas de legitimidade democrática, como ensina Mauro Capelletti.

Busca-se, então, eliminar, senão diminuir, o impacto dos argumentos, defendidos por administradores públicos, de que a escolha dos programas públicos destinatários dos recursos orçamentários dá-se de maneira discricionária, não sendo permitido ao Judiciário interferir em tais medidas sem que reste ofendido o princípio da separação dos Poderes, o que é objeto de crítica no esclarecedor artigo de autoria de Carlos Bernardo Alves Aarão Reis:

“Um dos grandes obstáculos, entretanto, à plena eficácia dos direitos sociais, com o conseqüente abandono do velho dogma de sua estrita natureza de ‘exortações políticas’ (*rectius*, programaticidade), tem sido, e mais uma vez nos socorremos da feliz expressão do constitucionalista germânico Konrad Hesse, a falta de ‘vontade de constituição’ dos administradores públicos, em geral, mais preocupados com seus próprios interesses políticos, os quais raramente detêm identidade com a vontade do constituinte originário. Para tanto, buscam se escudar sob o mito da ‘discricionariedade administrativa’, acusando qualquer reação à sua inércia inconstitucional – mormente quando oriunda de demandas postas sob a cognição

do Judiciário, guardião maior da Constituição – de violadora do mérito administrativo e, por conseguinte, da própria separação dos Poderes.”⁹

Sabe-se que o ato administrativo, como instrumento de exercício do poder estatal, tem sido classificado, entre as diversas categorias doutrinárias, em duas espécies: os vinculados e os discricionários.

Os atos vinculados, na abalizada lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma”¹⁰, ou seja, não haveria o espaço de conformação destinado ao juízo do administrador, o que se denomina de mérito administrativo.

De outra banda, segundo o aludido administrativista, os chamados atos administrativos discricionários “seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles”¹¹, valendo ressaltar que, no que tange ao elemento “finalidade” do ato administrativo, não há, como costuma defender parte da doutrina, qualquer discricionariedade, eis que tal elemento, em sentido lato, deve sempre ser o “interesse público”.

Quanto à discricionariedade do ato administrativo, vê-se que a insuficiência da lei em relação ao caso concreto é a fonte dessa espécie de ato, existente para atender, com maior eficiência e precisão, o interesse público, e não se prestando como instrumento de limitação injustificada de direitos fundamentais, pelo que encontra limites na própria lei e nos princípios regentes da atividade administrativa. Nesse sentido, colacionamos importante lição do Professor Luís Roberto Barroso sobre o tema. Vejamos:

“A justificação do poder discricionário – sempre excepcional já que a regra geral é a estrita vinculação da administração à lei – decorre da incapacidade de se prever, com alguma objetividade e em tese, a solução mais adequada, mais justa, mais correta para determinadas situações. A discricionariedade é, portanto, serva do interesse público e um instrumento para melhor atender à finalidade pública estabelecida na lei que confere à Administração a competência discricionária.”¹²

9 REIS, Carlos Bernardes Alves Aarão. Notas acerca dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade administrativa. Publicação realizada pelo 1º Congresso Virtual do Ministério Público do Rio de Janeiro, nov./2003.

10 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 380.

11 Op. cit., p. 380.

12 BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de direito constitucional*. São Paulo: Renovar, t. II, 2003. p. 363.

Em verdade, à medida que todo e qualquer ato administrativo deve se pautar na satisfação do interesse público, conceito fluido, mas identificado, aqui, como o “bem comum”, razão do próprio Estado Democrático de Direito, não é mais possível se falar em discricionariedade absoluta a cargo do administrador, que deve observar os propósitos eleitos pela Constituição para deflagrar seu ato.

Sobre tal ponto, não parece haver grave dissonância de entendimentos, porém, a centralidade do problema encontra-se quando ao administrador é possível escolher várias soluções para bem destinar os recursos públicos, vislumbrando-se, em todas, a possibilidade de atingir o interesse público reclamado no caso concreto.

Atente-se que, sob a vigência dos princípios constitucionais regentes da atividade administrativa, deve o agente público buscar não só a escolha de parâmetros que leve a bons resultados, mas, sim, optar pela melhor solução dentre as possíveis, principalmente sob a ótica do princípio da eficiência, encartado na Constituição pela Emenda Constitucional nº 20/1998.

Registre-se, ainda, que a própria legislação tem fornecido parâmetros para aferir a regularidade do exercício da discricionariedade pelo administrador público, como se observa nos dispositivos reproduzidos da Lei de Ação Popular (nº 4.717/1965)¹³ e da Lei do Processo Administrativo Federal (nº 9.784/1999)¹⁴.

Nesse cenário, é indispensável frisar a prevalência dos atos administrativos que buscam atender aos direitos fundamentais demandantes de um *facere* estatal, e que podem ser classificados sob a rubrica de políticas públicas, requisitando ao administrador ações prioritárias relacionadas no Texto Constitucional (educação fundamental, saúde básica, proteção à criança e ao adolescente, o amparo aos idosos, dentre outros) pelo constituinte originário.

Alerte-se, por oportuno, que o *modus* pelo qual deveram tais direitos ser implementados pode, de fato, exigir certa discricionariedade adminis-

13 “Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: [...] d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade. Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: [...] d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”

14 “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.”

trativa do gestor público, porém, não pode este se escudar em tal prerrogativa de sua atividade para omitir-se ou não observar o rol de prioridades sociais listadas pelo constituinte, pois, verificada tal ocorrência, estará aberta a via judicial com sindicabilidade imprescindível para resguardar a força normativa da Constituição.

IV – A IMPOSIÇÃO DE LIMITES À LIMITAÇÃO DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

É fato que o desenvolvimento de ações sociais dirigidas à promoção social tem um custo bastante elevado, especialmente quando se está a tratar de economias em desenvolvimento, não se constituindo em novidade a latente escassez de recursos para a devida atenção às áreas sociais mais essenciais, carentes de material, recursos humanos, planejamento, dentre outras.

Aqui é vislumbrado com bastante clareza o postulado das ciências econômicas de que as necessidades humanas são ilimitadas, enquanto os recursos disponíveis para satisfazê-las não o são. Por essa razão, a gestão dos meios para a obtenção dos fins públicos torna-se tão relevante no debate sobre a concretização dos direitos fundamentais.

A essas limitações materiais do Estado para a consecução de seus fins têm-se dado a denominação de “cláusula da reserva do possível”, que ganhou espaço como argumento universal acerca da impossibilidade de concretização jurisdicional dos direitos fundamentais prestacionais, conforme pensamento mais tradicional sobre a matéria.

A doutrina da “reserva do possível” tem sido estudada quando se trata de imposição de prestações pelo Estado, principalmente após uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao julgar uma pretensão contra o Estado alemão de criação de vagas suficientes nas universidades públicas para atendimento a todos os candidatos.

No julgado, entendeu a Corte que os direitos prestacionais (*Teilhaberechte*) estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade, impossibilitando exigências acima de um limite básico social.

Sobre as faces da reserva do possível como óbice à concretização judicial dos direitos prestacionais, afirma o magistrado e Professor Flávio Dino:

“Segundo tal doutrina, há um limite fático ao exercício dos direitos sociais prestacionais, concernente à disponibilidade material e jurídica de recursos financeiros necessários ao adimplemento da obrigação. Demais disso, a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da

sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.”¹⁵

Em seguida, entendendo como existente, de fato, um limite do possível para a determinação de obrigações impositivas ao Estado, o professor esclarece que tais restrições não podem ser consideradas no Brasil da mesma forma que são encaradas nos países centrais, a exemplo da maioria das nações européias, na qual se observa, em menor escala, os efeitos da desigual distribuição de renda, além do caráter de universalidade dos serviços públicos, deficitário em países como o Brasil.

Nessa linha de pensamento, vislumbra Flávio Dino que as possibilidades de sindicância pelo Poder Judiciário de atos administrativos atinentes aos direitos prestacionais no Brasil são mais amplas, destacando dois parâmetros para a atuação do juiz em situações tais.

“Assim, a ‘reserva do possível’ é um limite realmente existente, mas que não deve ser visto no Brasil do mesmo modo que nos países centrais, os quais possuem distribuição de renda menos assimétrica, políticas públicas mais universalizadas e controles sociais (não-jurisdicionais) mais efetivos.

Em conseqüência, a margem de manobra do Judiciário, no exercício do controle em exame, é bem mais larga no nosso país (sem que evidentemente seja absoluta). Dois parâmetros devem ser observados na atividade judicial nesse âmbito, quais sejam a garantia de um ‘padrão mínimo social’ aos cidadãos e o razoável impacto da decisão sobre os orçamentos públicos. Em nome do citado ‘padrão mínimo social’, os juízes não devem hesitar em inclusive determinar a realização de obras públicas, quando isso se revelar imprescindível e factível. Quanto ao impacto no orçamento público, a razoabilidade deve ser demonstrada à luz do caso concretamente analisado, podendo ser adotadas saídas criativas, como a fixação de prazos flexíveis e compatíveis com o processo de elaboração orçamentária. O que é fundamental é não ignorar este aspecto, sob pena de a decisão ser frágil e condenada à cassação ou à inexecução. Por outro lado, os aspectos orçamentários relativos aos direitos prestacionais não devem ser mitificados, transformados em uma “esfera sagrada”, pois não é assim quando o Judiciário declara a inconstitucionalidade de tributos e frustra parcelas expressivas das receitas públicas, em favor – do ponto de vista imediato – de setores socialmente mais fortes. Com efeito, em tais casos nunca se cogitou de o Judiciário decidir de outro modo em nome da reserva do possível.

Verificamos então que aquilo que é possível ao Judiciário fazer, em sociedades com nível mais alto de implementação de direitos, é menos do que em países em

15 SUPERAR limites no controle jurisdicional das políticas públicas – Sugestões para uma Reforma Cultural no Judiciário. Artigo publicado originalmente em 22 de agosto de 2005 no *site* da Editora Impetus. Disponível em: <<http://www.editoraimpetus.com.br>>. Acesso em: 23.04.2006.

situação oposta, como o Brasil – em que a meta de um ‘padrão mínimo social’ exige que os juízes façam mais.”¹⁶

Com efeito, pode-se verificar a concordância do excerto acima reproduzido com o posicionamento defendido por Alexy de que quando a garantia da promoção ou manutenção do padrão mínimo exigido em sociedade puder ser tida como prioritária, e estando presente uma restrição proporcional dos bens jurídicos (fundamentais ou não) colidentes, há como se admitir um direito subjetivo à determinada prestação social, dentro de um juízo de proporcionalidade.

Diante da conjugação de tais fatores, vê-se que o óbice da reserva do possível à concretização dos direitos fundamentais a prestações positivas por meio do Poder Judiciário encontra alternativas que devem ser cuidadosamente examinadas pelo intérprete incumbido da tarefa de formular a norma-decisão no caso concreto, pois, como afirmou Flávio Dino: “Os juízes não podem tudo, nem devem poder. Mas podem muito, e devem exercer esse poder em favor da grandiosa e inesgotável utopia de construção da felicidade de cada um e de todos”.

V – A PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme se observou no desenvolvimento do ensaio, a Ciência Jurídica, especialmente o direito constitucional, experimentou ultimamente uma mudança de discurso que lhe conferiu caráter democrático, no sentido de aproximar as previsões dispostas pelo poder constituinte e a realidade vivenciada pelo povo, e, conseqüentemente, resultando na aproximação do povo ao Poder Judiciário, ainda que de forma lenta e gradual.

Ante a observação dessa nova postura assumida, constitucionalizaram-se os debates acerca do direito às prestações sociais referidas na Carta Magna, como moradia, educação, saúde, assistência social, dentre tantos outros que guardem relação com a manutenção da vida digna, possibilitando a visualização de mais um aliado na luta travada diariamente na busca da desejada transformação social, sem quedar-se de que às atividades legislativa e executiva do Estado cabem, precipuamente, as providências necessárias à consecução desse objetivo.

Nesse sentido, e certamente com grande influência das propostas de novos métodos de interpretação das normas constitucionais incluídas no

16 Idem.

ideário da “nova hermenêutica”, passou o Poder Judiciário a integrar o rol de instituições públicas, e, por que não, políticas, ou, pelo menos, jurídico-políticas, responsáveis pela implementação dos direitos fundamentais quando convocado para tanto, como demonstra Anabelle Macedo Silva:

“A concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe a todos os órgãos estatais e a toda a comunidade. Incluindo as atividades concretizadoras legislativas e administrativas, mas também a atividade concretizadora jurisdicional, tanto no campo dos direitos de defesa como dos prestacionais necessários à existência minimamente digna. A violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais corresponde, portanto, a violação ao conteúdo em dignidade da pessoa, sujeita à reparação jurisdicional.”¹⁷

Por tais razões, levantaram-se vozes de grande parte da doutrina nacional e estrangeira alertando sobre a necessidade de intervenção da atividade jurisdicional em situações de violação aos direitos inerentes à própria dignidade humana, revelando, também, as dificuldades do ingresso do Judiciário em tais questões, como as relacionadas à discricção da atividade de escolha dos programas públicos de promoção social e a limitação material para atendimento das necessidades sociais.

Ocorre que tais argumentos não se mostraram, como não se mostram, suficientes, por si só, para afastar as pretensões dos direitos ao mínimo existencial, levadas ao Poder Judiciário, a uma, porque não há que se falar em discricionariedade administrativa quando não se pode transigir de direito inerente à condição humana digna do requerente, e, a duas, porque a limitação do financeiramente possível deve ser analisada no caso concreto, com demonstração de fato a ser sopesada diante da situação apreciada pelo magistrado.

Registre-se que a complexidade do tema ultrapassa, em muito, os propósitos desse estudo, porém, tais considerações tornam nítido o fato de que a atuação do Poder Judiciário, ao concretizar direitos sociais prestacionais originários mesmo em demandas individuais, envolve questões de largo espectro.

Havendo a necessidade de relocação de recursos e, assim, da determinação de uma relação de prevalência entre princípios que demandam a efetivação de despesas públicas, restará configurada a ingerência, legítima ou não, nas políticas públicas governamentais, fato que não pode ser olvidado, sob pena de se simplificar em demasia o conflito jurídico e político levado à apreciação do Poder Judiciário.

17 SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 200.

Assim, sem perder de vista o caráter propositivo das considerações aqui feitas, indica-se a possibilidade de concretização jurisdicional dos direitos prestacionais ao mínimo existencial quando ao intérprete-aplicador torna-se viável o manejo das seguintes condições: dimensionamento real do conteúdo mínimo do direito perseguido em juízo, como essencial ao exercício digno das liberdades de cidadão; manejo das vias processuais adequadas ao pleito de imposição das prestações positivas, dotada de elementos suficientes para a configuração da necessidade vital do direito perseguido; adequação do método interpretativo empenhado para a pretensão de concretização judicial do direito invocado, e, por último, e talvez mais importante, a conformação social da decisão dentro de parâmetros que não excedam os limites da razão, ofendendo os princípios da universalidade e da isonomia, mas socorram situações que reclamem a atuação enérgica e justa do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de direito constitucional*. São Paulo: Renovar, t. II, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DINO, Flávio. Superar limites no controle jurisdicional das políticas públicas – Sugestões para uma reforma cultural no Judiciário. Artigo publicado originalmente em 22 de agosto de 2005 no *site* da Editora Impetus. Disponível em: <<http://www.editoraimpetus.com.br>>. Acesso em: 23.04.2006.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle das omissões administrativas* – Novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan./2002.

REIS, Carlos Bernardes Alves Aarão. Notas acerca dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade administrativa. Publicação realizada pelo 1º Congresso Virtual do Ministério Público do Rio de Janeiro, nov./2003.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O constitucionalismo moderno e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista do Conselho de Justiça Federal*, n. 03, dez./1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.