

A PROBLEMÁTICA DOS DIREITOS SOCIAIS ENQUANTO DIREITOS SUBJETIVOS A PRESTAÇÕES ESTATAIS

THE PROBLEM OF SOCIAL RIGHTS AS A SUBJECTIVE RIGHT TO STATE BENEFITS

José Eduardo Lourenço dos Santos¹
Doutor em Direito (UFPR, Curitiba/PR, Brasil)

Daniele Parmegiane²
Mestre em Teoria Geral do Direito e do Estado (UNIVEM, Marília/SP, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional; direitos fundamentais; direitos sociais.

RESUMO: Os direitos sociais estão previstos no texto constitucional brasileiro em seu Título II; todavia, existe resistência de alguns doutrinadores em reconhecê-los como direitos

fundamentais e atribuir-lhes o regime jurídico-constitucional, especialmente no que tange à aplicabilidade e à eficácia. Diante disso, realizou-se uma análise dos direitos fundamentais na sua perspectiva multifuncional, fazendo a distinção entre os direitos de

¹ Possui Pós-Doutorado pelo *Ius Gentium Conimbrigae*, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX da Universidade de Coimbra, Mestrado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM) e Graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha - UNIVEM (1988). Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Atualmente é Professor de Direito Penal do Centro Universitário Eurípides de Marília na Graduação e Mestrado, onde leciona a disciplina Novos Direitos, Novos Riscos e Controle Social. Líder do Grupo de Pesquisa Novos Direitos, Controle Social e Aspectos Criminológicos (NODICO), Vice-Líder do Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet (NEPI), grupos estes do UNIVEM e cadastrados no CNPq. Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. *E-mail:* jels@univem.edu.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5544397171100245>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6857-6872>.

² Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2015-2017). Advogada. Graduação em Direito (2010-2014) pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. *E-mail:* daniele_par@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9788609498437134>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3778-0365>.

defesa (negativo) e os direitos prestacionais (positivo), bem como se analisaram as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Por derradeiro, refletiu-se sobre a problemática maior que reside no reconhecimento dos direitos subjetivos a prestações estatais e a aplicabilidade e eficácia destes por parte do Estado, porque a sua efetivação também esbarra na disponibilidade de recursos financeiros. O método utilizado foi o dedutivo, com base em técnicas de coleta de dados bibliográficos, documental, via internet, entre outros.

ABSTRACT: *The social rights are foreseen in the Brazilian constitutional text in its Title II, however, there is resistance by some doctrinators to recognize them as fundamental rights and to attribute to them the juridical-constitutional regime, especially as regards applicability and effectiveness. In the light of this, an analysis of fundamental rights was carried out in its multifunctional perspective, distinguishing between rights of defense (negative) and rights of benefit (positive), as well as the objective and subjective dimensions of fundamental rights. Lastly, it reflected on the greater problem that lies in the recognition of the subjective rights to state benefits and the applicability and effectiveness of these on the part of the State, this because its effectiveness also runs into the availability of financial resources. The method used was the deductive, based on techniques of collection of bibliographical data, documentary, via the internet, among others.*

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; direitos sociais; eficácia; efetividade; prestações estatais.

KEYWORDS: *fundamental rights; social rights; efficiency; effectiveness; benefits.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os direitos sociais como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988; 2 As dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais; 3 A eficácia dos direitos sociais na sua dimensão prestacional como problema específico; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Social rights as fundamental rights in the Brazilian Federal Constitution of 1988; 2 The objective and subjective dimensions of fundamental social rights; 3 The effectiveness of social rights in their performance dimension as a specific problem; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são frutos de lutas sociais e do processo de constitucionalização dos denominados direitos naturais do homem a partir do século XVIII e foram reconhecidos internacionalmente em virtude da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948.

A par disso, ressalte-se que, na sua concepção inicial, os direitos fundamentais são direitos de defesa, destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, mas, em virtude de outras necessidades, consagraram-se os direitos a prestações de índole positiva, que podem referir-se a prestações fáticas.

Nessa perspectiva, vale destacar as diversas dimensões dos direitos fundamentais: a primeira, denominada de direitos civis e políticos, apresentava-se como direitos negativos, uma vez que se buscava a abstenção dos poderes públicos; a segunda dimensão trata-se dos direitos sociais, econômicos e culturais, sendo aqueles de cunho positivo, que demandam prestações estatais para que sejam promovidos; os de terceira dimensão, frutos do impacto tecnológico que causou profundas mudanças na esfera dos direitos fundamentais, denominados como direitos da solidariedade e fraternidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos sociais estão previstos no Título II do texto constitucional; contudo, há doutrinadores que negam aos direitos sociais o reconhecimento da sua condição como direitos fundamentais e, conseqüentemente, lhe negam eficácia e efetividade imediata.

Diante disso, pretende-se tecer o estudo sobre o enquadramento dos direitos sociais na qualidade de direitos fundamentais e, a partir disso, adentrar na problemática da eficácia dos direitos fundamentais sociais enquanto direitos subjetivos a prestações materiais, refletindo sobre o impacto da reserva do possível sobre a efetividade destes direitos.

Como ponto de partida, pretende-se estudar os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro a partir da perspectiva multifuncional dos direitos fundamentais, realizando a distinção entre direitos de defesa e direitos prestacionais. Num segundo momento, serão abordadas as dimensões objetivas e subjetiva dos direitos fundamentais; por fim, foi analisado o problema específico de eficácia dos direitos fundamentais sociais na sua perspectiva de direitos subjetivos a prestações estatais e os limites impostos à efetividade, como a incidência da reserva do possível.

Mediante as questões postas, propõe-se a utilizar o método dedutivo e técnicas de coleta bibliográfica, legislativa, documental, via internet, entre outros.

1 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) acolheu os direitos sociais expressamente no Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”), conferindo-lhe um capítulo próprio e reconhecendo sua condição como direitos fundamentais; todavia, há doutrinadores que lhe negam tal condição, inclusive também criticando a aplicabilidade do regime jurídico constitucional dos direitos fundamentais.

Para Sarlet³, as críticas quanto à condição dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais ocorre porque o legislador acolheu um extenso rol de direitos sociais, incorporando diversos dispositivos, neles contidas as mais variadas naturezas, o que dificultou a definição constitucional devida e a consequente classificação dos direitos fundamentais sociais no nosso ordenamento jurídico. Para tanto, surge a problemática sobre qual é o conteúdo de direitos sociais e sua classificação.

De acordo com Novais⁴:

O “problema” dos direitos sociais é, antes como se verá em todo o desenvolvimento, uma questão competencial ou de separação de poderes: uma vez reconhecidos, mais ou menos controversamente, como verdadeiros direitos fundamentais, coloca-se a questão decisiva a quem compete fixar o seu comando normativo definitivo, a quem cabe a última palavra sobre o seu sentido, o seu conteúdo e o seu alcance.

Novais⁵ ainda ressalta que o problema jurídico-constitucional reside, em última análise, em saber se o juiz constitucional pode, com base nas normas de direitos sociais, e em que medida e alcance, impor deveres positivos ao Governo.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, a. I, v. I, n. 1, abr. 2001. Disponível em: http://files.camolinaro.net/2000006119669597622/OS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20SOCIAIS%20NA%20CONST_1988.pdf. Acesso em: nov. 2018, p. 17.

⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 33.

⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 33.

Assinale que os direitos sociais surgiram em decorrência do impacto industrial e das crises econômicas e sociais que lhe acompanharam, uma vez que a população percebeu que a consagração formal de liberdade e igualdade não garantia a sua efetiva fruição, o que gerou movimentos sociais, nos quais se reivindicou ao Estado uma atuação mais ativa, com o fito de realização de justiça social e reconhecimento de novos direitos⁶.

Nesse diapasão, Martin e Carra⁷:

Os direitos de resistência já não se mostravam suficientemente eficientes para a proteção da força de trabalho e como garantia de concretização de justiça social. A concepção hobbesiana era fonte irradiadora de desigualdades, mostrando-se o individualismo incondicionado do homem prejudicial ao próprio indivíduo.

Desta forma, depreende-se, de uma maneira tradicional, que os direitos sociais associam-se à reivindicação de prestações estatais que atenda a interesses e necessidades do cidadão. Neste sentido, vale transcrever as palavras de Silva⁸:

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Todavia, para compreender a estrutura dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais sociais, é necessário estudar a classificação dos direitos

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 47.

⁷ MARTIN, Andréia Garcia; CARRA, César. A quimera dos direitos fundamentais: análise da eficácia dos direitos sociais à luz de sua justiciabilidade. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Org.). *Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos: a Constituição de 1988 e suas previsões sociais*. 1. ed. Birigui: Boreal, 2011.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 288-289. 936 p.

fundamentais de acordo com sua funcionalidade, seja como direitos de defesa, seja como prestacionais.

Vale frisar que os direitos fundamentais enquanto direitos de defesa do cidadão atuam contra ingerências do Estado na liberdade individual e possuem posição de maior destaque, pois visam limitar a ação estatal assegurando ao indivíduo liberdade e lhe conferindo um direito subjetivo de proteção na sua esfera de autonomia pessoal.

De acordo com Sarlet⁹:

Os direitos fundamentais na sua função defensiva caracterizam-se, portanto, essencialmente, como direitos negativos, dirigidos precipuamente a uma conduta omissiva por parte do destinatário (Estado ou particulares – na medida em que se pode admitir uma eficácia privada dos direitos fundamentais).

No que se refere aos direitos fundamentais na sua esfera prestacional, entende-se que o indivíduo necessita, com o fim de assegurar seu direito de liberdade, de uma postura ativa por parte do Estado, no sentido de que este está obrigado a colocar, perante os indivíduos, prestações de natureza jurídica e material¹⁰.

É possível distinguir os direitos prestacionais em direitos a prestações materiais ou fáticas e a prestações normativas ou jurídicas. Neste sentido, Sarlet¹¹:

[...] há que atentar para o fato de que os direitos a prestações não se restringem aos chamados direitos sociais, entendidos como direitos a prestações fáticas, englobando também os direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento. Distingue-se, portanto, entre os direitos a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e participação na organização

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, a. I, v. I, n. 1, abr. 2001. Disponível em: http://files.camolinaro.net/2000006119669597622/OS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20SOCIAIS%20NA%20CONST_1988.pdf. Acesso em: nov. 2018, p. 14.

¹⁰ Op. cit. SARLET, 2001, p. 15.

¹¹ Op. cit. SARLET, 2001, p. 16.

e procedimento), que, de certa forma, podem ser reconduzidos primordialmente ao Estado de Direito na condição de garante da liberdade e igualdade do “*status negativus*”, e os direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações sociais materiais), vinculados prioritariamente às funções do Estado Social.

Assim, nota-se que os direitos a prestações englobam uma quantidade complexa e não pacífica de posições jurídicas, uma vez que pode variar conforme o objeto, destinatário e, inclusive, quanto a sua estrutura jurídico-positiva, com impactos na sua eficácia e efetivação.

Como já mencionado, ainda que os direitos sociais na sua dimensão prestacional encontram-se a serviço da efetiva fruição dos direitos fundamentais em geral e da liberdade e da igualdade material, não se pode dizer que os direitos a prestações, em sentido amplo, limitam-se a prestações materiais, uma vez que nem todos os direitos a prestações são direitos sociais e nem os direitos sociais estão adstritos a uma dimensão prestacional, podendo tomar como exemplo alguns dos direitos dos trabalhadores previstos no art. 7º da CF/1988¹².

Em virtude dessas considerações, percebe-se que nem todos os direitos sociais exercem a função de direitos prestacionais, podendo ser deslocados ao grupo dos direitos de defesa, como no caso do direito de greve, da liberdade de associação sindical e da proibição contra discriminações nas relações trabalhistas.

Segundo Sarlet¹³:

Ainda na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que se atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também direito as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como o direito de férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo,

¹² Op. cit. SARLET, 2001, p. 18.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 48.

a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos cunho prestacional, de acordo com o que propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais.

Uma das distinções entre direitos negativos e positivos mais incisivas e disseminadas no mundo jurídico baseia-se no argumento de que os direitos de bem-estar-social se efetivam apenas pela aplicação de recursos pelo governo, enquanto os direitos liberais, ditos direitos negativos, são alcançados de forma autônoma; todavia, para Holmes e Sunstein¹⁴, tal argumento é frágil, pois advogam que todos os direitos são passíveis de imposição jurídica:

Os direitos têm um custo alto porque o custo dos remédios é alto. Garantir os direitos sai caro, especialmente quando essa garantia é justa e uniforme, e os direitos jurídicos não têm significado algum quando não são garantidos coercitivamente. Para dizê-lo de outra maneira, quase todos os direitos implicam deveres correlativos, e os deveres só são levados a sério quando seu descumprimento é punido pelo poder público mediante recursos à Fazenda Pública. Na ausência de deveres legalmente imponíveis, não há direitos legalmente exigíveis, e é por isso que um sistema jurídico só pode ser permissivo, ou seja, só pode permitir liberdades aos indivíduos, na medida em que é simultaneamente coercitivo. Isto é, liberdade pessoal não pode ser assegurada pela mera limitação da ingerência do Estado mediante as liberdades de ação e associação. Não há direito algum que se resume ao direito de ser deixado em paz pelos agentes públicos; todos os direitos implicam pretensão a uma resposta afirmativa por parte do Estado. Do ponto de

¹⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos*: por que a liberdade depende dos impostos. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 30.

vista descritivo, os direitos se reduzem a pretensões definitivas e salvaguardadas pela lei.¹⁵

A título de exemplo de direito negativo que impõe intervenção do Estado para seu exercício, o direito de propriedade, pois é preciso a ação no sentido de proteção contra pessoas que tentem invadir o que não lhes pertencem. Assim, é correto dizer que não é adequado classificar os direitos sociais somente como direitos positivos e os direitos de propriedade, por exemplo, como negativos.

Como se vê, não é possível que os direitos fundamentais sociais formem um conjunto homogêneo, isto é, não podem ser definidos exclusivamente como direitos a prestações estatais, e isto não ocorre porque apenas os direitos sociais abrangem direitos prestacionais e direitos de defesa, mas também porque se baseiam na forma diferenciada de positivação dos direitos fundamentais, assim como adotam forma distinta de efetivação e eficácia¹⁶.

Além disso, os direitos sociais não se restringem aos expressamente positivados na CF/1988, pois, em virtude do art. 5º, § 2º, também existem direitos não escritos, que estão implícitos, bem como há os decorrentes de princípios, os advindos de tratados internacionais e, por fim, aqueles que estão previstos em outras partes do texto constitucional¹⁷.

É possível concluir que os direitos fundamentais sociais encontram razão no fato comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa, de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem social, objetivando, primeiramente, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material¹⁸.

Cumpre ressaltar, ainda, que o constituinte brasileiro não traçou distinções entre direitos de defesa e direitos prestacionais, porém, a partir da concepção de que são elementos integrantes do Estado Social e Democrático de Direito e de que são integrantes do conceito de dignidade da pessoa humana, pode-se

¹⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos*: por que a liberdade depende dos impostos. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 30-31.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, a. I, v. I, n. 1, abr. 2001. Disponível em: http://files.camolinaro.net/2000006119669597622/OS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20SOCIAIS%20NA%20CONST_1988.pdf. Acesso em: nov. 2018, p. 20.

¹⁷ Op. cit. SARLET, 2001, p. 20.

¹⁸ Op. cit. SARLET, 2001, p. 21.

concluir que tanto os direitos de defesa quanto os direitos prestacionais formam o sistema de direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico¹⁹.

Assim, em princípio, os direitos de defesa e os direitos prestacionais ocupam o mesmo plano de fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais e acabam diferenciando-se apenas pelo seu objeto, diferenciado pela sua estrutura normativa e por serem diversos os problemas enfrentados quanto a sua eficácia e efetividade²⁰.

Portanto, é neste sentido que há diferenças, tendo em vista que os direitos prestacionais possuem como objeto prestações do Estado diretamente vinculados à criação, distribuição e destinação de bens e serviços materiais, que depreendem recursos financeiros para sua realização, ao contrário dos direitos de defesa, que independem de empreendimento de recursos materiais, sendo que tal característica assume notabilidade no âmbito de eficácia e efetividade, uma vez que a limitação financeira passa a ser verdadeiro limite fático à efetivação desses direitos sociais prestacionais.

Outro ponto de distinção diz respeito à forma de positivação dos direitos, pois a maior parte dos direitos de defesa não possui eficácia plena e aplicabilidade questionadas, já que sua efetivação depende de cunho jurídico, enquanto os direitos prestacionais necessitam de uma concretização legislativa²¹.

Destarte, verifica-se que a problemática maior reside no fato de que alguns direitos sociais na sua dimensão prestacional demandam do Estado uma determinada prestação de ordem fática, que podem encontrar restrições em razão da necessidade de empreendimento de recursos financeiros para sua efetividade e eficácia, assim como possuem dificuldade de serem reconhecidos como direitos subjetivos a prestações sociais.

Assim, conforme afirma Novais²², a objeção quanto ao reconhecimento da natureza jusfundamental dos direitos sociais funda-se, basicamente, nos três

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, a. I, v. I, n. 1, abr. 2001. Disponível em: http://files.camolinaro.net/2000006119669597622/OS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20SOCIAIS%20NA%20CONST_1988.pdf. Acesso em: nov. 2018, p. 21.

²⁰ Op. cit. SARLET, 2001, p. 22.

²¹ Op. cit. SARLET, 2001, p. 22-24.

²² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 87.

itens já abordados acima, quais sejam, o fato de se valerem financeiramente da reserva do possível, o fato de apresentarem uma estrutura de direitos positivos e em razão da indeterminabilidade do conteúdo constitucional.

Mas o que não se pode perder de vista é que todos os direitos – tenham sido expressa ou implicitamente positivados, estejam ou não no Título II da CF, estejam localizados em outras partes do texto constitucional ou tratados internacionais regularmente firmados e incorporados – são direitos fundamentais. Além disso, embora haja eventuais diferenças de tratamento, os direitos sociais comungam da dupla fundamentalidade, formal e material, dos direitos fundamentais.

2 AS DIMENSÕES OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos fundamentais possuem duas perspectivas ou dimensões, nas quais os direitos sociais estão inclusos, sendo elas as dimensões objetivas e subjetivas. Na dimensão objetiva, Olsen (2012, p. 89) descreve que estão os direitos relacionados aos objetivos fundamentais da comunidade, enquanto, na dimensão subjetiva, correspondem a direitos subjetivos individualmente desfrutáveis.

De acordo com Sarlet²³, foi com o advento da Lei Fundamental alemã de 1949 que se deu o nascimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, mas, sobretudo, foi com a decisão tomada no caso *Luth* que foi reconhecida pela primeira vez, pois tal decisão consignou que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, mas que também constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, possuindo eficácia em todo o ordenamento jurídico e servindo de diretriz para órgãos legislativos, executivos e judiciários.

Na dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, tem-se que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, de modo que os direitos fundamentais, mesmo os de defesa, devem ter eficácia valorada não apenas sob o ângulo individualista,

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 143.

com base no plano individual da pessoa ou desta perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade num todo, devendo todos respeitarem²⁴.

Ademais, é nessa perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais que se reconhece que estes possuem uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a ele é atribuído o dever de concretização e realização dos direitos fundamentais²⁵.

Diante da força jurídica normativa autônoma dos direitos fundamentais, a doutrina alemã a denominou de eficácia irradiante, cujo sentido, na sua condição de direito objetivo, fornece impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, aponta para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que pode ser considerada como técnica hermenêutica de interpretação conforme a Constituição²⁶.

Outra função relevante proveniente da perspectiva objetiva diz respeito ao reconhecimento de deveres de proteção do Estado, no sentido de que a ele incumbe zelar, preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais não somente perante os poderes públicos, mas também perante os particulares e até mesmo contra outros Estados²⁷.

Posto isso, vê-se que a dimensão objetiva serve como fundamento para outras funções, as quais seus contornos e importância são dificilmente examinados de forma precisa.

Já no que tange aos direitos fundamentais na sua perspectiva subjetiva, Sarlet²⁸ traça uma definição:

De modo geral, quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente

²⁴ Op. cit. SARLET, 2012, p. 145.

²⁵ Op. cit. SARLET, 2012, p. 146.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 147.

²⁷ Op. cit. SARLET, 2012, p. 149.

²⁸ Op. cit. SARLET, 2012, p. 152.

seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado).

Cumpra destacar que, quando a norma de direito fundamental assume caráter de direito de defesa, a doutrina tem mais facilidade em aceitá-la como um direito subjetivo, visto que o titular pode exigir imediatamente que o Estado não interfira na sua autonomia privada, mas, quando se trata da dimensão positiva, isto é, prestacional dos direitos fundamentais, é que se encontra a maior discussão, pois surge o questionamento se é possível que o titular exija do Estado a realização de determinada prestação que é conteúdo de uma norma²⁹.

Sendo assim, uma das questões que surge é a de que se é possível reconhecer-se ao particular um direito subjetivo individual com base numa norma proclamatória de direito fundamental social e independentemente de mediação legislativa, isto é, se é possível exigir judicialmente do Estado uma determinada prestação material³⁰.

De acordo com Barroso³¹, a ordem constitucional somente é alcançada quando os direitos fundamentais sociais forem observados rigorosamente como direitos subjetivos, porque, dessa forma, serão capazes de vincular os poderes estatais à realização de prestações materiais.

Para Olsen³²:

Em verdade, a fim de dar máxima justiciabilidade aos direitos fundamentais sociais, concebê-los como direitos subjetivos significa reconhecer a possibilidade de o titular do direito exigir diretamente do Estado a adoção de determinada conduta, a realização de certa prestação material que satisfaça seu interesse ou necessidade protegida.

²⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 1. ed. (ano 2008). 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 97. 352 p.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 299.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 83.

³² OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 1. ed. (ano 2008). 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 108. 352 p.

Contudo, ainda há divergências a respeito da exigibilidade dos direitos fundamentais sociais frente aos poderes públicos, havendo doutrinadores que enquadram os direitos fundamentais como normas programáticas.

No que tange ao conceito de norma programática, Crisafulli³³:

[...] programáticas se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais, mediante um programa de ação é adotada pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes.

Barroso³⁴ afirma que as normas programáticas não proporcionam direito subjetivo aos cidadãos; assim, não se pode exigir, judicialmente, a realização do programa nelas definido, tendo em vista que elas apenas estipulam fins genéricos a serem observados pelo Estado, sem vinculá-los especificamente a qualquer conduta.

³³ CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952. p. 102.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 118.

Neste sentido, compreende-se que as normas programáticas possuem baixa normatividade, uma vez que somente apresentam caminhos a serem seguidos pelos poderes estatais, não determinando condutas específicas a serem providas e que, caso sendo descumpridas, podem ensejar responsabilização.

Para Sarlet³⁵, mesmo a partir de normas de cunho programático, que reclamam *interpositivo legislatoris*, é possível extrair uma norma de direito subjetivo individual, bem como também no caso das normas definidora de fins e tarefas do Estado ou normas impositivas, porque, para o autor, ao se analisar as normas contidas no rol dos arts. 6º e 7º, II, III, IV, XI, XII, XIV, e arts. 194, 196, 205 e 215 da CF/1988, embora tenha sido empregado o termo direito, em verdade, foi positivado o direito fundamental como direito subjetivo.

Nesse contexto, Sarlet³⁶ ainda faz a reflexão sobre o exemplo de um particular que foi arbitrariamente excluído do gozo de certa prestação já existente, pois, para o autor, nesse caso surge para o particular um direito subjetivo de caráter defensivo, visando impedir o tratamento discriminatório, bem como o acesso à prestação pretendida.

Contudo, embora os direitos fundamentais sociais tenham sido positivados, ainda existe resistência de alguns doutrinadores da sua caracterização enquanto verdadeiros direitos subjetivos imediatamente exigíveis.

É necessário frisar a distinção entre direitos fundamentais sociais e normas programáticas. De acordo com Reis³⁷, a diferença central entre elas está no objeto, porque, enquanto as normas programáticas determinam um fim a ser cumprido pelo Estado, os direitos fundamentais sociais atribuem um direito subjetivo aos seus titulares.

Assim, é certo que algumas normas de direitos fundamentais sociais atuam como regras, determinando comportamentos a serem executados pelos poderes públicos, e, por outro lado, outras possuem natureza de princípio, motivo pelo qual podem sofrer processo de ponderação de acordo com o caso concreto; entretanto, conceder a elas caráter de normas programáticas, incapazes

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 300.

³⁶ Op. cit., 2012, p. 301-302.

³⁷ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 49.

de responsabilizar o Estado por ausência de promoção, significa rebaixá-las a meras cartas de intenção³⁸.

No caso do inciso XXVII do art. 7º da CF/1988, por exemplo, deve atentar-se que, ainda que não tenha uma ação determinada no dispositivo, a norma em si é consequência da ação do intérprete, que, mediante o caso concreto, tem condições de analisar se o titular pode exigir determinada prestação do Estado³⁹.

Olsen⁴⁰ entende que não se pode conceder normas de direitos fundamentais como normas programáticas, uma vez que estabelecem somente meros programas ou fins a serem realizados pelo Estado, enquanto, na verdade, confere verdadeiros direitos aos seus titulares, sendo que, em alguns casos, estes direitos são abstratos e dependerão da atuação do intérprete para identificar direitos definitivos, e em outros serão definidos *prima facie*, porque suas normas equivalem a regras ou porque o princípio que as vincula possui peso maior no caso em questão, como os que vinculam os direitos ligados ao mínimo existencial.

A maior parte da doutrina atual entende que os direitos fundamentais sociais são verdadeiros direitos subjetivos e estão vinculados ao mínimo existencial; por isso, ainda que constituídos como direitos originários a prestações, quando colocados sob a reserva do possível, poderá haver uma imposição constitucional que legitima a efetivação de direitos⁴¹.

Por sua vez, Sarlet⁴² entende que os direitos fundamentais sociais não se reduzem ao mínimo existencial ou à dignidade da pessoa humana, embora guarde relação com grande parte do núcleo dos direitos sociais, pois o extenso rol de direitos sociais previstos na Constituição cobre o conteúdo atribuído ao mínimo existencial, fazendo dele desnecessário. E, além disso, também há a perspectiva de um mínimo existencial que engloba uma dimensão sociocultural.

³⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 1. ed. (ano 2008). 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 104.

³⁹ Op. cit. OLSEN, 2012, p. 105.

⁴⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 1. ed. (ano 2008). 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 107.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Alemanha, 1988. p. 434-435.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 323.

A nossa Constituição Federal não se preocupou especificamente com o mínimo existencial, mas buscou a promoção máxima do indivíduo por meio da liberdade material, de modo que, considerando os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos, estes estão sujeitos ao uso da ponderação orientada pela argumentação jusracional.

Neste sentido, Schwarz⁴³ sustenta que os direitos sociais são plenamente exigíveis e jurisdicionáveis e que as críticas que buscam afastar a atuação jurisdicional, como a suposta ausência de legitimação democrática dos órgãos jurisdicionados e a suposta ausência técnica dos juizes para resolver sobre questões econômicas, devem ser objeto do Poder Judiciário, que deve atuar pautando-se na busca pela mediação entre a garantia dos direitos civis, sociais, e políticos, o princípio da separação dos poderes e o equilíbrio orçamentário.

Dessa forma, na concepção de Schwarz⁴⁴, o Poder Judiciário pode dar respostas às demandas sociais, mas sempre respeitando o princípio da divisão dos poderes e o equilíbrio orçamentário, com o objetivo de dar efetividade aos direitos sociais previstos na Constituição Federal.

Para tanto, parte da doutrina reconhece os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos prestacionais e admite que estes assumem um papel integrador do bem comum, mas, por outro lado, ainda existem outros entraves na sua realização em virtude da concepção da reserva do possível, visto que os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, para serem promovidos pelo Estado, necessitam de recursos financeiros e previsão orçamentária.

3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS NA SUA DIMENSÃO PRESTACIONAL COMO PROBLEMA ESPECÍFICO

Feito o estudo das dimensões objetivas e subjetiva dos direitos fundamentais, verifica-se que há controvérsias a respeito do reconhecimento dos direitos subjetivos a prestações sociais, mas passemos, neste tópico, a analisar

⁴³ SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Os direitos sociais como direitos fundamentais e a judicialização de políticas: algumas considerações. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 43, n. 141, dez. 2016. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/569>. Acesso em: abr. 2019, p. 268.

⁴⁴ SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Os direitos sociais como direitos fundamentais e a judicialização de políticas: algumas considerações. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 43, n. 141, dez. 2016. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/569>. Acesso em: abr. 2019, p. 268.

outra problemática, que diz respeito à eficácia dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos a prestações, estudando até que ponto a teoria da reserva do possível pode impedir o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações estatais.

Considerando a distinção entre os direitos de defesa e os direitos a prestações, depreende-se que os direitos de defesa não encontram grandes óbices no que diz respeito a sua aplicabilidade, tendo em vista que se dirigem a um comportamento em geral omissivo. Além disso, a aplicabilidade imediata e a plena eficácia desses direitos se justificam no fato de que as normas que a consolidam receberam do constituinte a necessária normatividade e independem de concretização legislativa.

Por sua vez, nos direitos fundamentais a prestações, que demandam uma conduta positiva por parte do Estado, é que se encontram as maiores discussões. Isto porque exigem prestações materiais para que os direitos sejam efetivados, encontrando barreiras financeiras.

Para Sarlet⁴⁵, devem-se destacar três questões a respeito da eficácia desses direitos sociais, quais sejam:

- a) em que medida os direitos a prestações se encontram em condições de, por força do dispositivo no art. 5º, § 1º, da CF, serem diretamente aplicáveis e gerarem sua plena eficácia jurídica?;
- b) quais os diversos efeitos jurídicos inerentes à eficácia jurídico-normativa dos direitos fundamentais a prestações?
- c) é possível deduzir destes direitos um direito subjetivo individual a prestações estatais?
- d) caso afirmativa a resposta à pergunta anterior, em que situações e sob que condições um direito subjetivo a prestações poderá ser reconhecido?

Inicialmente, vale dizer que, mediante o estudo realizado, constata-se que os direitos fundamentais a prestações são verdadeiramente direitos fundamentais, por isso imediatamente aplicáveis, conforme art. 5º, § 1º, da CF/1988. Porém,

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 281.

como a eficácia de cada direito fundamental a prestação poderá desencadear dependerá das peculiaridades de seu objeto⁴⁶.

No que diz respeito à possibilidade de se reconhecer direitos subjetivos a prestações fáticas, já se assentaram considerações no decorrer do nosso estudo, no sentido de que os direitos sociais prestacionais são verdadeiros direitos subjetivos; porém, há de se retomar brevemente para tecer outras questões relevantes, como no caso de se destacar que, embora já feitas as distinções entre direitos de defesa e prestacionais, existem também os direitos prestacionais que apresentam natureza negativa, como ocorre no caso da greve, da liberdade de associação sindical, das proibições de discriminação entre os trabalhadores⁴⁷.

Ademais, vale dizer que, para além dos direitos sociais, existem outros direitos fundamentais que englobam os direitos prestacionais, e neste sentido é que o conteúdo das prestações estatais jamais será definido de forma geral, tendo em vista que depende na análise das circunstâncias específicas de cada direito fundamental que se enquadre no grupo em exame⁴⁸.

Dessa forma, pode-se concluir que os direitos sociais a prestações estão vinculados à tarefa de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes⁴⁹.

E justamente por tratar-se os direitos sociais a terem por objeto prestações por parte do Estado é que se aponta para a sua dimensão economicamente relevante, visto que, nesta característica dos direitos sociais a prestações, encontra-se a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma possui condições de dispor da prestação pleiteada para tanto, depende da existência de meios para cumprir sua obrigação⁵⁰.

⁴⁶ Op. cit. SARLET, p. 281.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, Georg Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Canotilho*. São Paulo: RT, 2009. p. 220.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 284.

⁴⁹ Op. cit. SARLET, 2012, p. 284.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 287.

Além dessa problemática, também há outra ligada à possibilidade jurídica de disposição, ou seja, o Estado deve ter a capacidade jurídica, ou melhor, possuir o dever de dispor⁵¹.

Diante desses aspectos, passou-se a aplicar a teoria da reserva do possível, que envolve a possibilidade, bem como o dever de disposição por parte do destinatário da norma. Tal teoria teve origem na Alemanha, no caso *numerus clausus*, onde se decidiu sobre o direito de acesso ao ensino superior e firmou o entendimento de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de maneira que, mesmo dispondo de recursos, o Estado pode não ser obrigado a prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável⁵².

No tocante à ideia de razoabilidade, Novais⁵³ afirma que, conjuntamente, vinham questões factuais do caso concreto, como as questões materiais do sujeito titular do direito, que poderia influenciar a razoabilidade da exigência dirigida ao Estado, mas também explicitada a dependência da responsabilidade do legislador na realização do orçamento, e, conseqüentemente, a relevância do custo da prestação e dos recursos que teriam que ser dispostos pelo Estado.

Segundo Sarlet⁵⁴, a teoria da reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice, que abrange:

- a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
- b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo;
- c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade

⁵¹ Op. cit. SARLET, 2012, p. 287.

⁵² Op. cit. SARLET, 2012, p. 287.

⁵³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 90.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 288.

da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Tais aspectos possuem vínculo entre si e com os outros princípios constitucionais, de forma que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, devem servir como ferramenta para garantia dos direitos sociais prestacionais, e não como barreira.

Para Sarlet⁵⁵, a reserva do possível não deve ser parte integrante dos direitos fundamentais, servindo somente como limites iminentes de tais direitos, mas deve atuar também em caso de conflitos de direitos, quando houver a invocação da indisponibilidade de recursos.

Olsen⁵⁶ considera que a reserva do possível influencia na aplicação dos direitos fundamentais sociais, uma vez que a teoria corresponde a um dado da realidade, na medida em que as normas jurídicas possuem como fundamento uma certa realidade fática a partir do momento em que delimitam condutas – por isso que deve haver um mínimo de coerência entre a realidade e o ordenamento jurídico.

Outra característica dos direitos sociais prestacionais que gera certas problemáticas a sua aplicabilidade diz respeito a sua necessidade de concretização legislativa, pois, por muitas vezes, acabam sendo positivados de forma aberta e vaga, proporcionando ao legislador uma maior liberdade na sua função de concretizar direitos. Diante disso, tem-se dificuldades de delimitar quais são os direitos que compõem os direitos prestacionais, o que, por fim, também dificulta a constatação de violação da norma constitucional, mas, de acordo com Sarlet⁵⁷, isto não poderá servir de barreira para impossibilitar a intervenção judicial com o fim de reconhecer os direitos subjetivos a prestações.

Contudo, surge o questionamento: até que ponto essas questões têm a finalidade de impedir a plena eficácia e a realização destes direitos prestacionais? Pode ser negada a prestação sob a justificativa de indisponibilidade de recursos financeiros?

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 288.

⁵⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 1. ed. (ano 2008). 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 201.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 289-291.

Nesse aspecto, vale ponderar que o sentido da teoria da reserva do possível quando no seu surgimento não tinha cunho financeiro, mas sim na razoabilidade da destinação dos recursos, ou seja, de acordo com o tribunal alemão, não se poderia impor uma obrigação que fugisse dos limites do razoável. Para tanto, a questão não era a existência ou não dos recursos por parte do Estado para efetivação da prestação, e sim se a pretensão do autor se mostrava razoável e proporcional.

No entanto, ao que parece, a teoria do reserva possível sofreu alterações no Brasil, pois, na maioria dos casos, o Estado não faz tudo o que está ao seu alcance para satisfação do direito e invoca a teoria como um limite fático sob a alegação de escassez absoluta de recursos.

Neste sentido, vale observar julgados em que a reserva do possível foi invocada pelo Estado como uma reserva de indisponibilidade orçamentária:

Mandado de segurança. Fornecimento de medicamentos. Competência concorrente da União, Estados e Municípios para cuidar da saúde pública. Obrigatoriedade de fornecer medicamentos e/ou insumos e tratamentos à população, de forma regular e constante, nos termos da prescrição médica, independentemente de eventuais óbices orçamentários ou exclusivamente formais. Comprovação dos requisitos necessários à concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema nº 106 do STJ). Princípio da reserva do possível inoponível em relação ao direito à vida e à saúde. Arts. 196 da Constituição Federal e arts. 219, 220 e 223 da Constituição Estadual. Reexame necessário não provido.⁵⁸

Apelação cível. ECA. Direito à saúde. Fornecimento de medicamentos e insumo. 1. Legitimidade passiva do município. Responsabilidade solidária dos entes públicos. Admite-se a solidariedade entre União,

⁵⁸ TJSP, Remessa Necessária Cível nº 1000430-38.2020.8.26.0420, 1ª Câmara de Direito Público, Foro de Paranapanema - Vara Única, Rel^a Aliende Ribeiro, DJ 11.08.2021, data de registro: 11.08.2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14908630&cdForo=0>. Acesso em: 13 ago. 2021.

Estados e Municípios nas demandas que dizem respeito ao atendimento à saúde, na linha da jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores, ao menos até que o STF dê a palavra final sobre o tema no julgamento de mérito do RE 855.178/SE, cuja repercussão geral já foi admitida. 2. Atendimento prioritário das demandas de saúde da população infantojuvenil. Consoante os arts. 196 e 227 da Constituição Federal, o direito à saúde, superdireito de matriz constitucional, há de ser assegurado, com absoluta prioridade às crianças e adolescentes e é dever do Estado (União, Estados e Municípios), como corolário do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana. 3. Inaplicabilidade da reserva do possível e previsão orçamentária. Embora o Poder Judiciário não possa fechar os olhos às restrições financeiras e orçamentárias dos entes públicos, situações de risco merecem a tutela jurisdicional. Até porque a União, os Estados e os Municípios arrecadam do contribuinte e têm o dever constitucional de destinar percentual mínimo aos programas de saúde, conforme determina o § 2º do art. 198 da Constituição. Admitindo-se, portanto, que se está cumprindo a regra Constitucional, não há falar em ausência de disponibilidade orçamentária, a justificar o desatendimento das necessidades relativas à saúde dos cidadãos. 4. Honorários advocatícios devidos pelo município sucumbente, em prol do FADEP. São devidos honorários advocatícios pelo Município sucumbente à Defensoria Pública, em prol do FADEP, tendo em vista que inexistente confusão entre credor e devedor, neste caso, pois se tratam de pessoas jurídicas de direito público distintas. Súmula nº 421 do STJ. Redução do valor. Considerando o valor em que foi fixada a verba honorária, deve ser reformada a sentença a fim de reduzir a condenação para R\$ 400,00, montante que se apresenta em consonância com os parâmetros adotados por esta Câmara em casos análogos, onde a questão é

singela e de natureza repetitiva. Deram provimento em parte. Unânime.⁵⁹

Vê-se que, nos tribunais brasileiros, há uma grande discussão sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais e a aplicação da reserva do possível, sendo que os casos mais comuns se encontram no âmbito do direito à saúde – e diga-se que, quase de uma forma absoluta, a posição dos tribunais é em favor da judicialização dos direitos prestacionais.

Insta traçar o que se tem por prestações sociais e se ela se limita a um padrão mínimo, visto que, mediante resistência em realização de direitos por insuficiência de recursos financeiros e no caso de colisão entre tais direitos, deve ser feito o uso da proporcionalidade e ponderação de quais direitos devem ser providos, isto é, há a escolha de qual deve prevalecer, por isso é necessária uma limitação do que se depreende como prestações sociais.

Como dito, ainda há resistência no reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, e conseqüentemente também a negativa a eles de eficácia e efetividade. Contudo, é certo que, embora o legislador não tenha especificadamente disposto a respeito, é certo que o art. 5º, § 1º, assumiu caráter de ampliação de eficácia dos direitos fundamentais; por tal motivo, não poderia aos direitos fundamentais sociais negar a aplicação de tal previsão constitucional⁶⁰.

Com o fito de traçar-se um mínimo existencial, Alexy⁶¹ empreendeu a tentativa de harmonizar os pontos favoráveis e contrários aos direitos subjetivos a prestações sociais numa visão baseada na ponderação entre princípios; dessa forma, de um lado, há o princípio da liberdade fática e, de outro, os princípios da competência decisória do Legislativo, o princípio da separação dos poderes e os princípios materiais relativos à liberdade jurídica de terceiros, pois, diante dessas condições, o autor encontra, na esfera dos direitos sociais, um mínimo existencial, mediante o uso da ponderação na análise do caso específico. Assim, para o autor, somente quando a garantia material do padrão mínimo em direitos sociais puder ser vista como primordial e houver uma restrição proporcional

⁵⁹ TJRS, Apelação Cível nº 70073252439, 8ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, J. 19-07-2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 13 ago. 2021.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 355.

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 5-5-506.

dos bens jurídicos conflitantes, poderá se admitir um direito subjetivo a certa prestação social.

Enquanto, para Sarlet⁶², o princípio da dignidade da pessoa humana assume papel de delimitador do que se tem por mínimo existencial na esfera dos direitos sociais, de maneira que, quando qualquer princípio esbarrar no valor maior da vida e da dignidade humana, deve sustentar-se o entendimento de Alexy, no sentido de que, no âmbito do padrão mínimo, será possível reconhecer um direito subjetivo prestacional ao se admitir quando tal mínimo é ultrapassado.

Nessa seara, Sarlet⁶³ ainda aponta que, quando as prestações estatais ultrapassarem esse mínimo existencial, que obviamente não pode ser reduzido a um mínimo vital, é possível o reflexo das limitações ao reconhecimento destes direitos, que dependerá do caso concreto.

Como bem pontua Schuwarz⁶⁴, se a reserva do possível pode ser utilizada como argumento para a não efetivação dos direitos sociais, também pode ser para os demais direitos, como os civis e políticos, visto que todos acabam sendo onerosos, restando, na realidade, a problemática em decidir qual terá prioridade no desprendimento de recursos financeiros para sua satisfação; assim, na visão do autor, quando se utiliza do argumento da reserva do possível, deve-se demonstrar o máximo de esforço em todas as áreas e priorização dos grupos mais vulneráveis.

De acordo com Martin e Carra⁶⁵:

Mas certamente o empecilho criado pela cláusula da reserva do possível é resultado do total *descomprometimento* do Poder Público com a sociedade. A

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 556.

⁶³ Op. cit. SARLET, 2012, p. 357.

⁶⁴ SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Os direitos sociais como direitos fundamentais e a judicialização de políticas: algumas considerações. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 43, n. 141, dez. 2016. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/569>. Acesso em: abr. 2019, p. 273.

⁶⁵ MARTIN, Andréia Garcia; CARRA, César. A quimera dos direitos fundamentais: análise da eficácia dos direitos sociais à luz de sua justiciabilidade. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Org.). *Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos: a Constituição de 1988 e suas previsões sociais*. 1. ed. Birigui: Boreal, 2011.

desculpa de falta de recursos torna-se um *clichê* diante do conhecimento de que a destinação orçamentária com respaldo constitucional decorre da necessidade de concretização desses mesmos direitos. Parece-nos algo contraditório, arrecada-se para cumpri-los, mas não os cumpre por que não tem orçamento.

Certo é que a mera impossibilidade fática não pode servir como justificativa para o não provimento de um mínimo existencial vital, sob o risco de se negarem aos cidadãos direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição Federal.

Olsen⁶⁶ faz uma ressalva importante:

[...] faz se mister atentar para quando uma determinada norma constitucional deixa de ser aplicada por real impossibilidade fática, ou quando esta ineficácia normativa está relacionada a um discurso ideológico que esconde, em verdade, escolhas conscientemente realizadas pelos destinatários da norma.

Diante dessas considerações, é necessário refletir sobre o impacto da reserva do possível sobre a aplicação dos direitos fundamentais, visto que se deve levar em conta que a Constituição não é um mero documento político, mas sim um caminho a ser seguido, cujos valores devem ser consagrados. De modo que, num Estado Constitucional, os poderes estatais, inclusive o Judiciário, atuam como guardião do Texto Constitucional e, para tanto, garantidor dos direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais, sob pena de se estar negando validade à própria Constituição Federal e aos valores nela fixados.

CONCLUSÃO

Por meio deste estudo, nota-se que é certo que existe a tendência de negar aos direitos sociais sua eficácia e efetividade quando se tenta desqualificar sua postura como direitos fundamentais, além da dificuldade enfrentada no que se refere à teoria da reserva do possível.

⁶⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 1. ed. (ano 2008). 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 204.

A par disso, é que a problemática dos direitos prestacionais merece atenção, visto que, num Estado Democrático de Direito, não se pode negar que o próprio direito possua a finalidade de transformar realidades e, assim, gerar recursos materiais para a realização de, ao menos, o mínimo vital.

É possível perceber ainda que a designada reserva do possível, que está associada ao “custo dos direitos”, enquanto considerada limite fático e jurídico à efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos prestacionais, e não somente destes, como os de defesa também, encontram-se no centro de discussão acerca da crise de efetividade e eficácia dos direitos fundamentais, tendo em vista que serve como barreira à realização das prestações estatais.

Posto isso, vê-se que a reserva do possível não se trata de uma falácia, mas sim de algo que vem sendo utilizado pelo Estado como critério para obstruir a promoção de direitos fundamentais de cunho essenciais para a existência humana, bem como tem sido utilizada como justificativa para negar o direito de acesso ao Judiciário quando se busca a efetivação destes direitos vitais.

No contexto brasileiro, o que se tem visto é a crise de efetividade de direitos fundamentais prestacionais de caráter essencial para a sobrevivência, cuja promoção não deve ser negada sob a justificativa de insuficiência de recursos financeiros apresentada pela reserva do possível, inclusive porque tal teoria surgiu na Alemanha com finalidade diversa da qual vem sendo empregada no Brasil, uma vez que não teve origem em razão da escassez financeira, mas dizia respeito à razoabilidade, isto é, o Tribunal Alemão entendeu que não poderia impor ao Estado uma obrigação que fugisse do razoável.

Em verdade, o que tem ocorrido em nosso país é a aplicação da reserva do possível em sentido contrário ao qual deu sua verdadeira origem, bem como tem se negado aos direitos sociais sua eficácia e efetividade com a finalidade de negar ao indivíduo recursos materiais mínimos para a manutenção de sua existência.

Assim, os poderes estatais devem conscientizar-se, inclusive o Poder Judiciário, de que não se trata somente de proteção dos direitos fundamentais sociais, mas, sobretudo, de dever zelar pela sua efetivação, fazendo isto com cautela e responsabilidade, isto é, respeitando o princípio da divisão dos poderes e observando as consequências de suas decisões, seja concedendo um direito subjetivo a prestação social, seja declarando a inconstitucionalidade de alguma medida de direito social.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. Eficácia e efetividade do direito a liberdade. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. 136 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Alemanha, 1988.
- CARRA, César; MARTIN, Andréia Garcia. A quimera dos direitos fundamentais: análise da eficácia dos direitos sociais à luz de sua justiciabilidade. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Org.). *Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in) efetividade desses direitos: a Constituição de 1988 e suas previsões sociais*. 1. ed. Birigui: Boreal, 2011.
- CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 1. ed. (ano 2008). 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. 352 p.
- REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70073252439, 8ª Câmara Cível, Relator Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 19.07.2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 13 ago. 2021.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Remessa Necessária Cível nº 1000430-38.2020.8.26.0420, 1ª Câmara de Direito Público, Foro de Paranapanema – Vara Única, Relatora Aliende Ribeiro, data do julgamento: 11.08.2021, data de

registro: 11.08.2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14908630&cdForo=0>. Acesso em: 13 ago. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, a. I, v. I, n. 1, abr. 2001. Disponível em: http://files.camolinaro.net/2000006119669597622/OS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20SOCIAIS%20NA%20CONST_1988.pdf. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, Georg Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Canotilho*. São Paulo: RT, p. 213-253, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017. 936 p.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Os direitos sociais como direitos fundamentais e a judicialização de políticas: algumas considerações. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 43, n. 141, dez. 2016. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/569>. Acesso em: 10 abr. 2019.

Submissão em: 10.05.2019

Avaliado em: 20.08.2020 (Avaliador C)

Avaliado em: 10.08.2021 (Avaliador E)

Avaliado em: 02.08.2021 (Avaliador F)

Aceito em: 16.08.2021

