

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO CONDICIONANTE À SUA EFICÁCIA

Karina Albuquerque Denicol*

Resumo: O presente trabalho tem por escopo investigar a inserção dos direitos sociais no Estado e a necessidade de serem conformados por meio de atuação dos poderes políticos, através de alocação de recursos econômicos e opções sobre programas de governo. Será examinado o limite da aplicação da reserva do financeiramente possível à efetividade das normas sociais constitucionais.

Palavras-chave: Direitos sociais. Reserva do politicamente oportuno. Reserva do financeiramente possível

Abstract: The present work has the objective of investigating the insertion of social rights in the State and the need for these rights to be formatted by actions of political powers through the allocation of economic resources and options on government programs. The limit of the application of the reserve of the financially possible to the effectiveness of the constitutional social norms will be examined.

Keywords: Social rights. Reserve of the politically opportune. Reserve of the financially possible.

Sumário: 1. Inserção dos direitos sociais no Estado de Direito. 2. Direitos fundamentais sociais como posições objetivas e subjetivas. 3. Direitos sociais são custosos ao Estado. 4. Reserva do politicamente oportuno. 5. Reserva do financeiramente possível. 6. Reserva do financeiramente possível e as competências do Estado. 7. Considerações finais. 8. Referências.

* Mestranda na Faculdade de Direito de Lisboa, Promotora de Justiça no Ministério Público do Rio Grande do Sul.

1 Inserção dos direitos sociais no Estado de Direito

No desenvolvimento das organizações políticas, a proteção dos indivíduos perante o Estado afigura-se como meta, pelo que restam consagradas normas fundamentais no ápice do ordenamento jurídico. A forma de garantia e proteção das pessoas reveste-se por meio de posições, elevadas ao nível jurídico constitucional, que circundam a esfera de liberdade e de autonomia em que o órgão estatal não pode interferir, abstendo-se de agir. Nesses termos, encontram-se, essencialmente, os direitos fundamentais de liberdade, que vão conferir possibilidades de autonomia e emancipação aos indivíduos, no sentido de decidirem suas crenças, ações, manifestação de pensamento e ideias, liberdade de escolhas na vida, de se autodeterminarem. No quadro exposto, a efetivar o acesso a tais bens jurídicos de expressiva relevância, normas jurídicas de proteção são elevadas ao nível constitucional, estando em hierarquia máxima em relação às demais posições jurídicas,¹ a conformar, destarte, preceitos fundamentais que determinarão o restante do ordenamento jurídico.

Pelo seu conteúdo imanente, há estreito nexos entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, pois há inter-relação entre esses dois conceitos, de garantia mútua. Dependendo da espécie de bens jurídicos protegidos pelas normas de direitos fundamentais, o Estado poderá ser considerado liberal ou social, acaso haja preceitos mais protetivos das liberdades ou, ao revés, normatização que defina um agir estatal para alcançar bens de ordem econômica, social ou cultural aos indivíduos. Não se pode olvidar, de outro norte, que essas posições consagradas correspondem às maiores garantias dos indivíduos dentro do sistema estatal, no sentido de que terão assegurados respeito e proteção,² perante o Estado ou terceiros.

No desenvolvimento do Estado de Direito atinge-se o nível de proteção de estruturas que trata de bens econômicos, sociais e culturais, com o objetivo de dirimir desigualdades materiais existentes. O Estado, antes neutro socialmente, atinge nuances ativas, tendo por escopo alcançar bens materiais àqueles que desses são desprovidos, a fim de assegurar o bem-estar a setores maiores da população.

Importa considerar que, nesse desiderato, o Estado social institui o princípio da solidariedade social, pressupondo a redistribuição de rendimentos justa e solidária, na busca de tutelar a dignidade humana.³

¹ BOROWSKI, Martín. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 15.

² PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2011, p. 16.

³ OTERO, Paulo. Será a imposição de limites ao déficit orçamentário e à dívida pública compatível com o Estado Social? *Revista Direito & Política*. Lisboa: abr./jun. 2013, p. 124.

2 **Direitos fundamentais sociais como posições objetivas e subjetivas**

Dentro do ordenamento jurídico constitucional, percebemos que a estrutura dos preceitos fundamentais em geral apresentam-se na dúplice acepção, tanto em nível objetivo quanto subjetivo.

Na dimensão objetiva correspondem à evolução decorrente de lutas travadas no interior da sociedade, resultantes de relações de tensão, em que se exigiam a efetivação de certos direitos que formaram os pressupostos de uma sociedade democrática. Destarte, primordialmente, caracterizam-se por terem como meta a limitação do poder político, posteriormente constituindo objetivos do agir estatal. Com efeito, servem como parâmetro para construção da ordem infraconstitucional e também como modelo valorativo decisório, frente ao caso concreto, notadamente na atividade jurisdicional do Tribunal Constitucional.⁴ Situam-se, nesse ângulo, como princípios objetivos com o intento de organizar a proteção desse preceitos com outras normas do ordenamento e posições jusfundamentais, podendo ser examinado do ponto de vista semântico, estrutural e prescritivo. No primeiro sentido significa a interpretação dos direitos fundamentais em um todo axiológico coerente, a fim de se conferir segurança jurídica à aplicação de normas, bem como definir posterior delimitação legislativa e aplicação destas por Tribunais e julgadores singulares. A noção estrutural decorre da indeterminabilidade de conteúdo de tais preceitos, os quais necessitam de delimitação por meio de leis e normas posteriores. Todavia, a atividade que lhes conferirá adequada extensão e alcance decorrerá não da atividade legislativa, que por vezes pode realizá-los de forma indireta, mas através das decisões judiciais perante os casos concretos. Por fim, a perspectiva prescritiva indica o tipo de ação que se deduz da norma fundamental orientada ao seu destinatário, se é caso de abstenção do Estado ou de exigência de ação para implementar o direito.⁵

Afigura-se a dimensão subjetiva como o feixe de posições jurídicas dos indivíduos perante o Estado e entre si, nas relações sociais. Logo, além de constituir forma de defesa das pessoas quanto aos poderes estatais, configuram proteção destas no tangente aos demais membros da sociedade.⁶ Seriam a tradução de uma relação triádica entre sujeito, objeto e destinatário. Por conseguinte, havendo direito subjetivo do titular de um direito, isto é, poder de agir, consubstancia-se, em contrapartida, um dever correlato ao destinatário desse direito,⁷ de abstenção ou prestação em sentido amplo.

⁴ PÉREZ LUÑO, 2011, p. 17, *passim*.

⁵ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales*: el art. 10. I CE. Barcelona: Bosch Editor, 2011, p. 11-15.

⁶ PÉREZ LUÑO, 2011, p. 18, *passim*.

⁷ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais*: teoria geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 117.

Assumindo-se no nível objetivo e subjetivo, os direitos fundamentais teriam caráter vinculativo das esferas estatais e aplicabilidade imediata.⁸

Estando a duplicidade dimensional mais visível nos direitos liberais, inclusive no viés subjetivo, este aspecto demonstra-se controverso à sustentação social. Isso porque tais direitos caracterizam-se por constarem no nível constitucional de forma vaga, com conteúdo semântico dotado de certo grau de indeterminação. Essa imprecisão normativa demanda atuação das esferas legislativas, com vistas à conformação do direito, tendo por base o fato de estes direitos, para seu exercício e efetividade, estarem dependentes de condições econômico-financeiras do Estado. Nesses termos, questiona-se a existência de direitos subjetivos advindos diretamente da norma de direito social constitucional.⁹

3 Direitos sociais são custosos ao Estado

As posições jurídicas fundamentais sociais demonstram-se mais dispendiosas à realização pelos órgãos estatais, as quais, por essa razão, serão garantidas 'na medida do possível', ou seja, dependendo das condições financeiras e econômicas em que o Estado encontre-se quando do desenvolvimento daquelas.¹⁰

Mister realçar que a situação decorre das espécies de deveres existentes e prevalentes nos preceitos sociais. Enquanto nos direitos de defesa o dever de abstenção do destinatário firma-se como o mais evidente, ensejando, destarte, afastamento e não intervenção na liberdade privada, no caso dos bens assegurados pelas normas sociais há diversa configuração. As normas de direitos sociais, em sua dimensão principal ou prevalente, asseguram o acesso dos indivíduos a parcelas materiais e fáticas às quais não poderiam aceder sem esse auxílio concreto do Estado. Esse viés promocional da atividade estatal surge da concepção do Estado Social de Direito, em que cabe aos órgãos estatais não apenas o afastamento da vida dos cidadãos, ou seja, de uma posição 'neutra', mas

⁸ Nesses termos, traz-se à colação, por oportuno, a norma contida no art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, em que consta: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata." No entender de Ingo Sarlet, entende-se que o preceito não se restringe aos direitos anteriormente enumerados, mas que se estendem a todos os direitos fundamentais existentes na Constituição. Nesses termos, compreende que esse dispositivo conferiria direitos subjetivos aos titulares dos direitos fundamentais, mesmo naquelas situações em que houvesse necessidade de concretização da norma jusfundamental por parte do legislador, por se apresentar imprecisa. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 262-264

⁹ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 87-88.

¹⁰ *Ibid.*, p. 97.

o agir no sentido de assegurar a igualdade substancial a permitir que todos tenham condições ao pleno desenvolvimento das autonomias no bojo social, inclusive no exercício das liberdades.¹¹

Em que pese estar mais evidente o custo envolvido na efetivação dos direitos sociais, refira-se, contudo, que todos os direitos fundamentais são custos ao poder público, em virtude de existir faceta positiva que demanda ação estatal. Nesse diapasão, mencione-se que os direitos de defesa igualmente pressupõem instituições que lhe assegurem a efetividade em caso de violação. Em verdade, os direitos de abstenção somente seriam totalmente gratuitos se houvesse cumprimento absoluto por parte do Estado e dos particulares, sem que jamais fossem desrespeitados. Havendo qualquer atitude que impeça ou mesmo ameace seu exercício, o Estado deverá garantir, por meio de instituições, organizações e procedimentos, formas de afastar a ação transgressora para que os indivíduos tenham suas liberdades plenas, o que, inevitavelmente, gera ônus financeiro.

Seguindo essa linha, todos os direitos exigíveis teriam um prisma positivo, pois, ainda na acepção negativa, trariam noção de não intervenção, que teria resultado legal protetivo em caso de descumprimento, ensejando ação, portanto. No quadro exposto, todos os direitos acarretam certos ônus, em razão de os remédios custarem, porque pressupõem o funcionamento da máquina estatal para conferir-lhes eficácia quando violados, o que é pago pelos contribuintes. Efetivamente, os tribunais são os órgãos de maior evidência nessa seara, pelo fato de despendem notáveis valores em salários de juízes e servidores, além de manutenção na estrutura institucional para o julgamento de casos e afastamento de desobediências legais. Desse modo, confirmar a existência de um direito e afastar seu embaraço põe em movimento os instrumentos coercitivos e corretivos das autoridades públicas, o que acarreta investimentos.¹² Nessa acepção, os direitos custam ao poder público, dependendo da maior ou menor necessidade de atuação positiva do Estado. Insta considerar, designadamente na esteira do que se invoca, que os direitos liberais, como dimensionado nos direitos sociais, demandam recursos públicos para sua realização e garantia.¹³

Nos dispositivos de ordem social, entretanto, como alhures referido, apesar de a esfera negativa também exsurgir, a prestacional é mais evidente, pela natureza do direito em si que se refere, na dimensão principal, no correlato “dever

¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010a, p. 261.

¹² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2011, p. 64-65.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 667-668.

estatal de prestações fácticas de promoção de acesso a bens sociais”.¹⁴ Esta é a razão pela qual estão mais sujeitos às condicionantes das reservas do politicamente oportuno e do financeiramente possível.

4 Reserva do politicamente oportuno

Trata-se de condicionante à plena eficácia dos direitos fundamentais, notadamente de ordem social, haja vista que estes demandam custos financeiros mais elevados em sua dimensão prestacional positiva, ensejando, destarte, alocações recursais e escolhas políticas mais detidas.

No contexto constitucional, são as posições jurídicas sociais que contemplam maiores indeterminabilidades, pelo fato de ordenarem ao Estado que diminua as desigualdades sociais fácticas por meio de auxílios materiais correspondentes ao acesso a bens sociais. Esses bens, para serem alcançados à população deles carentes, geram substanciais ônus aos cofres públicos, motivo pelo qual o constituinte confere ao legislador a possibilidade de avaliar as condições econômicas estatais existentes e possíveis em cada época para determinar e optar pelas prestações que irá realizar. Nesses termos, além de prever de maneira vaga e abstrata os direitos de índole social, em sua maioria, atribui o constituinte ao Poder Legislativo a competência orçamentária.¹⁵ Logo, caberá ao Legislativo a decisão do quando, como e quanto da satisfação do direito social, na sua atividade conformativa desses direitos, à densificação do seu conteúdo, em consonância com as conveniências e possibilidades políticas mais oportunas.¹⁶

As opções acerca das prioridades e oportunidades políticas para a devida concretização dos direitos sociais irá variar conforme as avaliações legislativas dos momentos adequados à efetivação dos projetos públicos. Ao Judiciário não caberia, nesse sentido, as definições acerca da aplicação do direito constitucionalmente previsto, sendo sua atuação, nesse caso, dependente de prévia conformação da norma constitucional pelo poder competente.¹⁷

¹⁴ NOVAIS, 2010a, p. 262, *passim*.

¹⁵ Assim disposto: art. 48, Constituição Federal: “Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: I – sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas; II – plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;(...)” BRASIL, 1988.

¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010b, p. 134.

¹⁷ QUEIROZ, 2006, p. 76-77, *passim*.

5 Reserva do financeiramente possível

Essa reserva relaciona-se à condicionante anteriormente exposta. O fato de um direito fundamental, na sua concretização, ser oneroso aos cofres públicos faz com que existam escolhas políticas para destinação de recursos que serão realizadas por meio de programas de desenvolvimento social. Nesse sentido, é de se afirmar que quanto mais um direito sobrecarregar economicamente o Estado, tanto mais estará sujeito à reserva do financeiramente possível.

Percebe-se a incidência da reserva com mais clareza nos direitos sociais, por serem direitos mais custosos em sua dimensão positiva, já que essas disposições têm por escopo o auxílio material às pessoas que não possuem condições de aceder aos bens econômicos e sociais por conta própria. É geralmente afastada dos direitos de defesa pois estes surgem com mais ênfase no foco da omissão, em que pese ser observada nas posições liberais quando estas são examinadas no contexto prestacional.¹⁸

Constitui-se a reserva não como algo componente do direito fundamental em si, como um limite imanente, mas como “limite jurídico e fático dos direitos fundamentais”, podendo, ainda, surgir como “garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar de invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental”. É certo que existe, nesse ínterim, opção quanto ao destino material dos fundos estatais, devendo haver escolha na aplicação desses meios à concretização desses direitos, o que ficará a cargo dos órgãos políticos, pela razão de o constituinte não fornecer critérios suficientes para a aplicação direta e imediata dessas normas.¹⁹ Sua concretização, por conseguinte, irá depender da aferição de critérios do politicamente oportuno e do financeiramente possível, em vista de as prestações sociais dependerem de “condições econômicas que se verifiquem no momento da concretização legislativa”.²⁰

Na aplicação da reserva, levam-se em consideração três aspectos preponderantes, correspondendo: disponibilidade material ou fática de recursos financeiros para a concretização dos direitos fundamentais, ou seja, se o destinatário da norma apresenta condições reais de prestar aquele direito; disponibilidade

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In SALET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 29.

¹⁹ *Ibid.*, p. 30.

²⁰ CALDAS, Filipa Lemos. Será a imposição de limites ao déficit orçamentário e à dívida pública compatível com o Estado Social? *Revista Direito & Política*. Lisboa: abr./jun. 2013. p. 99.

jurídica desses recursos, que envolvem questões relativas a receitas, orçamento, divisão de poderes e outras, consistindo no poder de dispor dos recursos; proporcionalidade e razoabilidade da prestação efetivada, do ponto de vista do titular do direito a ser exigido.²¹

Cabendo ao Legislativo a definição acerca das políticas públicas que irão implementar com mais concretude os direitos sociais, pela dependência da reserva do possível e da situação financeira estatal, a este órgão político caberá a eleição das prioridades estatais em cotejo com as disponibilidades econômicas existentes à época, organizando no sistema orçamento público as metas a curto, médio e longo prazo na efetivação dos preceitos sociais. Essa opção de prioridade fará no que se denomina “discricionariedade do legislador”.²²

Nesse norte, referindo-se os direitos prestacionais, como já visto, a gastos de maior relevância ao Estado, pois muitos deles referem-se à distribuição de bens materiais e recursos que são raros e custosos na sociedade, a escolha acerca da aplicação destes recursos em determinadas áreas implica o sacrifício em outras, motivo pelo qual se utiliza como critério o princípio da reserva do possível, como um limite ao Estado no sentido de efetivar os direitos sociais²³, considerando-se a impossibilidade de realizá-los todos da melhor forma possível. Assim, nesse contexto, há que se pensar que os investimentos públicos e o “gasto com prioridades sociais, que atendam um maior número de beneficiários mais necessitados, evitando o desperdício, tenderá a ser a melhor solução e, portanto, a mais justa”.²⁴

6 Reserva do financiamento possível e as competências do Estado

A efetivação dos direitos sociais, em vista de suas peculiaridades, traz a discussão acerca das competências para sua concretização e efetivação e que seria, ao fim, definição sobre quem tem o poder de decisão sobre esses preceitos, se o Poder Legislativo ou o Poder Judiciário.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, 286-287.

²² SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SALET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 152.

²³ CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SALET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 176.

²⁴ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SALET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 54.

Haja vista que as normas sociais visam à melhoria da qualidade de vida das pessoas, com a redistribuição de recursos, dependem, por conseguinte, de condições financeiras do Estado a serem aferidas no momento de sua implementação, razão pela qual os enunciados dessa natureza possuem pouca densidade normativa no texto constitucional. Essa característica intenta permitir aos órgãos políticos o desenvolvimento posterior dessas modalidades prestacionais quando isso for viável. Consequentemente, para serem exigíveis, esses preceitos necessitam de intermediação legislativa, a fim de serem criados pressupostos concretos ao seu exercício.²⁵ Em vista disso, o controle judicial estaria enfraquecido em termos de exigência na implementação dos direitos sociais.

Nesse ponto, ingressa-se na temática atinente aos direitos subjetivos. Em que pese entender-se que as disposições sociais, em sua dimensão principal, estabeleçam direitos subjetivos aos indivíduos, ressalte-se que estes não se enquadram no modelo clássico, como pretensão que pode ser exigida judicialmente, já que precisam de delimitação por intermédio de lei para serem criadas condições materiais à sua fruição.²⁶

Refira-se, de outro norte, que há dimensões dos direitos sociais que permitem a aplicação imediata e exigência de cumprimento por meio de decisão judicial, tratando-se dos aspectos negativos dos deveres correspondentes. Nesse sentido, equivaleriam aos direitos de defesa, em seu ponto principal, exigindo abstenções estatais ou particulares, quando se requer uma abstenção comportamental.²⁷ Na esfera prestacional, contudo, a solução perpassa a delimitação legislativa para a devida atuação judicial, por, em geral, não existirem elementos suficientes na disposição constitucional a definir o âmbito de proteção da norma e extensão do seu conteúdo. Nesses termos, o nível de controle judicial irá depender da estrutura da norma de direito constante do texto constitucional, se densificada o suficiente, bem como das reservas que são acionáveis.²⁸ Afirma-se, portanto, não haver justiciabilidade efetiva e plena no tangente às posições jurídicas sociais, a qual se apresenta relativizada.²⁹

Há entendimento de que aos tribunais caberia, apenas, fazer o controle de eventuais arbitrariedades, além de exigir do legislador a efetivação dos direitos sociais dentro de seu núcleo essencial, mas não para além dele, podendo, em contrapartida, restringir o aumento de prestações sociais se estas estiverem além da capacidade econômica estatal.³⁰

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 369.

²⁶ *Ibid*, p. 367-368.

²⁷ ABRAMOVICH, Victor. COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 47.

²⁸ NOVAIS, 2010a, p. 297, *passim*.

²⁹ NOVAIS, 2010a, p. 124, *passim*.

³⁰ CALDAS, 2013, p. 99, *passim*.

O legislador, por seu turno, teria, nesse viés, um dever geral de legislar em relação aos direitos fundamentais, principalmente no que tange à conformação daquelas disposições que necessitam de densificação para serem exequíveis e realizará essa atividade segundo o nível de desenvolvimento do Estado. Nesse patamar, é de se fazer a ressalva de que o poder de concretização dos direitos fundamentais atribuído ao legislador não incluiu um poder de disposição sobre esses. Significa que o Legislativo não se encontra em situação de preponderância em relação à Constituição, estando seu poder vinculado pelo direito que deve densificar, não lhe sendo possível modificar seu conteúdo para além daquele já existente no corpo constitucional.³¹

A problemática envolvendo os direitos sociais e invasão de competências surge quando se entende que tais direitos não foram devidamente protegidos pelo Estado-legislador. Nesse quadro, questiona-se acerca de requisitos e pressupostos a amparar a ação judicial em caso de omissão estatal na concretização dos direitos sem que haja invasão de competências e desrespeito ao princípio democrático.

A avaliação judicial da omissão inconstitucional do Estado irá operar quando for examinado que este tinha condições de realizar determinada prestação social e não a realizou. Nota-se que o órgão julgador não irá ingressar no aspecto concernente à existência ou não de recursos, haja vista que estes sempre existem, mas na questão da justificativa usada pelos órgãos políticos no investimento em uma área em detrimento de outra. Exatamente em vista de os direitos sociais custarem, aponta Ingo Sarlet pela existência da denominada “crise de efetividade” dos direitos fundamentais, relacionada à carência de recursos públicos. Nesse sentido, alerta o doutrinador que há de existir máxima cautela e responsabilidade por parte dos órgãos do Judiciário ao reconhecerem direitos subjetivos a prestações sociais e concederem-nas. Em sua atuação, devem levar em conta a realidade da escassez econômicas e prioridades estatais, bem como o respeito às decisões realizadas em programas políticos em obediência à separação de poderes e organizações competenciais.³²

Posto isso, a um adequado enquadramento da problemática analisada um critério proposto pela doutrina alemã parece oportuno à verificação de omissões inconstitucionais do Poder Público em que o Judiciário deva agir para concretizar direitos sociais. Trata-se do princípio da proibição da proteção insuficiente, que, a princípio formulado para os deveres de proteção,³³ estende-se aos

³¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 211.

³² SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 31, *passim*.

³³ Nesse sentido, cite-se a formulação de Canaris, em que dota de autonomia o princípio da proibição de insuficiência em relação ao princípio da proibição do excesso e, conseqüentemente, ao princípio



Direitos fundamentais sociais e princípio da reserva do possível como condicionante...

deveres de promoção (dimensão principal dos direitos sociais), fornecendo parâmetros ao julgador a declarar o órgão político omissivo e ordenar a efetivação da prestação social. Na doutrina portuguesa e jurisprudência sul-africana³⁴ encontramos incidência do princípio sobre os direitos sociais, pautada nos subprincípios da realização do mínimo e no princípio da razoabilidade. O mínimo estaria vinculado à aferição da dignidade, se esta foi ou não violada no caso concreto, enquanto a razoabilidade também seria averiguada segundo a situação posta a exame, averiguando se a inércia estatal deixou os destinatários do direito em situação desrazoável.

7 Considerações finais

A questão da reserva do possível, como condicionante à efetividade dos direitos sociais abrange problemática maior que apenas a existência ou não de recursos financeiros do Estado. Em aspecto, as competências atribuídas pela Constituição devem ser verificadas, evitando-se violação do princípio da separação dos poderes na concessão de direitos sociais não concretizados por meio de políticas públicas. Ainda, no patamar omissivo estatal na conformação de prestações sociais, à judicialização deve-se ter parâmetros certos e definidos, lastreados em princípios norteadores da ordem jurídica, objetivando não gerar inseguranças jurídicas e incertezas quanto às instituições do Estado Democrático.

Referências

- ABRAMOVICH, Victor. COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.
- CALDAS, Filipa Lemos. Será a imposição de limites ao défice orçamentário e à dívida pública compatível com o Estado Social?, *Revista Direito & Política*. Lisboa: abr./jun. 2013.

da proporcionalidade. Aduz, na delimitação conceitual do referido princípio, dentro dos deveres de proteção que o Estado é obrigado a realizar, que existem limites mínimos a serem concretizados, em relação aos quais não pode haver proteção menor. Existindo o dever jurídico de agir em relação a um bem jurídico, haverá um imperativo de tutela de certa posição jurídica. Não sendo efetiva e não protegendo o direito a contento, estar-se-ia diante de uma omissão inconstitucional do Estado, por insuficiência protetiva. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 60-66.

³⁴ NOVAIS, 2010a, p. 201 e ss, *passim*.



CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In SALET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: el art. 10*. I CE. Barcelona: Bosch Editor, 2011.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

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

OTERO, Paulo. Será a imposição de limites ao déficit orçamentário e à dívida pública compatível com o Estado Social?, *Revista Direito & Política*. Lisboa: abr./jun. 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2011.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. ; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SALET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In SALET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 152.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In SALET, Ingo Wolfgang; _____. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 54.