JUSTUTOR

Questão Discursiva 00379

No contexto do fenômeno da judicialização dos direitos sociais, discorra sobre:

(a) sua eficácia, a partir do § 1º do art. 5º da Constituição Federal;

(b) a dimensão de direitos prestacionais, distinguindo ■direitos derivados a prestações■ da ■exigência de prestações originárias■;

(c) o problema dos custos e a reserva do possível;

(d) critérios jurisprudenciais para solucionar casos que envolvem o acesso ao Poder Judiciário em matérias de efetivação de direitos sociais.

Resposta #003859

Por: Marco Aurélio Kamachi 27 de Fevereiro de 2018 às 15:22

O reconhecimento da força normativa da Constituição, após longo período de indiferença aos seus comandos, fez mudar o panorama até então estabelecido com relação a concretização dos direitos fundamentais, atingindo a visão clássica da Separação dos Poderes.

As normas constitucionais, antes meras promessas inconsequenctes, ganharam contornos de efetividade e coercibilidade. O descumprimento aos seus comendados passou a ensejar a intervenção do Judiciário na sua concretização.

Esse protagonismo judicial, por sua vez, conquanto atrbuto fundamental de um Estado que se denomine de DIreito e Democrático, não restaria imune a críticas, especialmente por tangenciar com o delicado tema da Separação de Poderes.

Os direitos sociais, majoritariamente entendidos como espécie do leque de direitos fundamentais, conclama, no mais das vezes, um atuar positivo dos Poderes Públicos, mormente no fornecimento das utilidades públicas essenciais ao atendimento do mínimo existencial.

Obviamente, numa constelação de normas fundamentais, os direitos sociais apresentam-se sujeitos aos conflitos das mais diversas ordens, e pelos mais vastos argumentos, conduzindo ao um quadro de ineficácia da própria norma, a despeito do seu conteúdo veicular verdadeiros direitos subjetivos do cidadão face o Estado.

A solução, como visto, tem sido levada à discussão no ambito judicial, colocando-se em debate, entre outros, argumentos que transbordam a mera interpretação do dispositivo constitucional.

Constata-se que, a par da prestações impostas pelo constituinte, é preciso poderar que a implementação das utilidades públicas demandam custos ao erário, cujo planjemento, a priori, é atribuição precípua dos Poderes constituído mediante processo democrático, através de dados e critérios técnicos que, não raro, fogem das atribuições do próprio Judiciário.

Importa dizer, ao lado dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, tem-se uma série de outras disposições que guarnecem os interesses democráticos e que não podem ser desprezados na discussão acerca da implementação de políticas públicas, ainda mais na esfera social, mormente quando discutidas no bojo de ações individuais despautadas de informações e dados que ora se propõe, haja vista a implicação prática das decisoes tomadas nesse âmbito numa projeção nacional.

Outrossim, não se olvide que o Judiciário, conquanto fiscal do ordenamento e da eficácia das normas constitucionais, não é instituído mediante escolha popular, mas sim por critérios técnicos. O que evidencia a necessidade da pluralização do debate acerca da implementação de políticas pública, especialmente quando decisões isoladas podem ensejar o rompimento da programação e planejamento desenvolvido nas demais esferas de Poder.

Na esteira da doutrina do Exmo. Min. Luis Roberto Barroso, sugere-se algumas balizas a conduzir o desfecho da problemática. Tomando por base a discussão acerca do fornecimento de medicamentos, mecanismo ligado ao direito a vida, propõe, em síntese, o autor: a) nas ações individuais sejam deferidas medidas que não onerem o erário e o planejamento público instítuido; b) a discussão acerca do próprio planejamento e dos programas de governo sejam discutidos em sede de ações coletivas ou de controle concentrado pois que propiciará a pluralização do debate por meio de dados técnicos; c) não intereferência judicial quando da existencia de normativa imposta e atendimento a contento pelos orgãos de administração; d) prefrência por serviços e utilidade que se encontrem instalados no proprio territorio nacional, buscando-se o atendimento universal e módico;

Trata-se de tema peculiar, e que por seus detalhes, fogem à mera análise valorativa de normas constitucionais, motivo pelo qual propô-se um debate pluralístico e legitimado sempre pelos argumentos democráticosm, visando, afinal, o atendimento das necessidades coletivas, sem descurar dos direitos subjetivos individuais que se busca atender no plano concreto.

Resposta #001890

Por: MAF 8 de Julho de 2016 às 12:49

Conforme preceitua a Constituição de 1988, os direitos sociais estão previstos no título II de seu texto, o qual apresenta o rol (meramente exemplificativo) de direitos e garantias fundamentais.

Por seu turno, o §1º do artigo 5º determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

De início, apenas a análise meramente topográfica da Constituição já demonstraria que os direitos sociais têm aplicabilidade imediata.

No entanto, considerando que os direitos sociais, na sua maioria, exigem um fazer do Estado para sua concretização, o problema ganha novos contornos.

Os direitos derivados a prestações é o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições criadas pelos poderes público e o direito de igual participação nas prestações que estas instituições dispensam à comunidade. Os direitos originários a prestações, por sua vez, são os direitos dos cidadãos ao fornecimento de prestações estatais, independentemente da existência (ou não) de um sistema prévio de oferta destes serviços/bens por parte do Estado.

Nesta senda, matéria constantemente arguida pelo Poder Público é a reserva do possível no âmbito da teoria dos custos dos direitos.

Trata-se de tese originária da Alemanha que se traduz na ideia daquilo que o cidadão pode razoavelmente exigir da sociedade.

Não se ignora que a realização de direitos depende de vínculo financeiro que se subordina às possibilidades orçamentárias do Estado.

No entanto, conforme entendimento do STF, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de se exonerar do cumprimento de suas obrigações constitucionais, salvo se demonstrado pelo Poder Público a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível.

O Poder Judiciário não poderá imiscuir-se de determinar que o Poder Público concretize o direito social sempre que a conduta negativa deste puder resultar nulificação ou aniquilação de direitos constitucionais considerados como fundamentais, tais como educação e saúde, por exemplo (mínimo existencial).

É que, ainda conforme o STF, eventual inércia estatal em tornar efetivos os direitos constitucionalmente consagrados implicam gesto de desprezo para o texto da Carta Magna, traduzindo-se em mais uma razão pela qual o Poder Judiciário deve atuar em causas como estas, não merecendo prosperar eventuais teses de violação do princípio da separação de poderes.

Por fim, como critérios jurisprudenciais para solucionar casos que envolvam o acesso ao Poder Judiciário em matérias de efetivação de direitos sociais, devem ser compatibilizadas as ideias de mínimo existencial e a limitação de recursos por parte do Estado.

Resposta #000851

Por: Rafael Félix 16 de Março de 2016 às 18:00

Preliminarmente, sabe-se que as normas que tratam sobre direitos fundamentais tem aplicação imediata, por ser norma que independe de regulamentação, em outras palavras, são normas de eficácia imediata e plena amparadas constitucionalmente pela bíblia política da república federativa do brasil.

Noutro giro, os direitos prestacionais é gênero que comporta duas espécies, qual seja: a prestação derivada e originária.

A prestação originária, é aquela garantida pelo mote das garantias mínimas de existência do indivíduo em sociedade, neste enfoque podemos citar o direito a saúde e a educação, como fatores elementares de convivência harmônica e alcance das mais básicas garantias sociais;

A prestação derivada, não deixam de ser garantias, contudo possuem outras peculiaridades, o seu cenário de incidência deverá adequar-se ao caso concreto, não é uma situação difusa e indeterminada como a originária que apesar de destinar-se ao mesmo alcance, por exemplo direito à saúde e à educação, adequa-se de acordo com a necessidade de cada indivíduo, por exemplo no concernente a obtenção de remédios de alta complexidade para o tratamento do determinada doença; a obtenção de tratamento no externior para determinado paciente portador de uma rara patologia;

Quanto os problemas dos custos e da reserva do possível, assevera-se duas óticas: fáticas e jurídicas. Deve-se avocar entendimento fáticos, como o aspecto orçamentário disponível para satisfazer àquela determinada garantia, e, o aspecto jurídico, autorização orçamentária, ou seja, vontade legislativa, alicerçada no princípio da legalidade, para materializar a garantia pleiteada e potencial; A reserva do possível, enquadra-se exatamente neste enfoque, haja vista que satisfeitas os pressupostos legais e materiais, autoriza-se o seu deferimento. A título ilustrativo, nos podemos compelir determinada instituição de ensino a garantir vagas para todos os alunos desta república, mas podemos exigir uma reserva que garanta a vaga para um número razoável de alunos, a depender do caso concreto, para a satisfação da possível educação.

Quantos os critérios jurisprudenciais, diuturnamente percebe-se na jurisprudência pátria, a judicialização de demandas que possuem como objeto a efetivação dos direitos e garantias estatuídos no texto constitucional. A título ilustrativo, temos a saúde sendo judicializada a fim de garantir os deveres não só do Sistema Único de Saúde mas do sistema de segura de saúde privado, que possue obrigações no cenário legal. Neste tom, percebemos que o judiciário, por vezes, é a única rota de solução para os embates sociais, e para dar efetividade ao texto constitucional.

Correção #001358

Por: Marcelo Coswig Fiss 4 de Novembro de 2017 às 01:59

Olá colegas, agradeço pelas ótimos pontos aos quais chamaram atenção.

Ofereço mais uma colaboração. Acessei o espelho e refiro aqui pontos faltantes:

A respeito dos direitos subjetivos a prestações estatais, que têm dimensão positiva, o espelho distingue originários, cuja prestação é diretamente fundada na Constituição Federal, de derivados, cuja prestação é previamente assegurada por lei infraconstitucional ou disponibilizada nos sistemas de bens e serviços conforme políticas públicas já existentes.

A respeito dos critérios jurisprudenciais para solucionar casos que envolvem o acesso ao Poder Judiciário em matérias de efetivação de direitos sociais, o espelho refere a STA 175/STF, da qual cito trechos interessantes:
"Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma **proibição de proteção insuficiente** (Untermassverbot) [...]. Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos **direitos à organização e ao procedimento** (Recht auf Organization und auf Verfahren), que são aqueles **direitos fundamentais que dependem, na sua realização**, de **providências estatais com vistas à criação e à conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação**. [...] Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão.[..] Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, **escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva** (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem "**escolhas trágicas**" pautadas por critérios de **macrojustiça**. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc. Nessa linha de análise, argumenta-se que o **Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça)**, muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo (AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Renovar: Rio de Janeiro, 2001). [...] Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, **o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte**. [...] **Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação**. [...] Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é **vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA**. [...]
O segundo dado a ser considerado é a **existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS**. Dessa forma, podemos concluir que, **em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente**. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. [...] Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. "

Finalmente, o link para a referida decisão e para o espelho:
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdfhttps://www.mprs.mp.br/media/areas/concursos/arquivos/xlvii/ed_066_2015_espelhos_discursiva (página 9)

Correção #000772

Por: GIlberto Alves de Azerêdo Júnior 2 de Junho de 2016 às 20:05

A resposta foi boa, mas alguns pontos essenciais poderiam ser melhor trabalhado. Em relação à "reserva do possível", é sempre bom realçar que tem origem em decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da Alemanha e que corresponde aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, devendo, portanto, o "transplante" para o ordenamento pátrio ser feito de acordo com nossa realidade fática-jurídica e financeira. Nesse sentido, o item "d" poderia ser respondido trazendo a relação entre "mínimo existencial" (grupo mais preciso de direitos sociais formado por bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna) e a existência de disponibilidade financeira-orçamentária por parte do Estado. Isso porque da mesma que o individuo tem o direito, em tese, de ter sua pretensão relacionado ao mínimo existencial atendida, o Estado possui uma limitação de recursos materiais e financeiros para atender todas as demandas sociais. Destarte, o Estado pode se furtar de cumprir a prestação alegando um "justo motivo objetivo aferível", conforme já decidiu o STF algumas vezes.

Correção #000502

Por: Daniela Nadia Wasilewski Rodrigues 16 de Março de 2016 às 22:46

Gostei da sua resposta, já ficou bem melhor que a que eu li anteriormente. Quanto às prestações derivadas, a definição que encontrei é que são aquelas que dependem de alguma ação do Estado, aí fiquei na dúvida se a definição que você deu ficou correta. Quanto à reserva do possível não se trata exatamente do que você abordou, é mais no sentido que o Estado deve fornecer os serviços públicos adequados, porém dentro da sua possibilidade orçamentária e prestacional. Jurisprudencialmente, tem se afastado a reserva do possível visando garantir o mínimo existencial em certas áreas, sendo que um dos casos mais recentes é quanto à política carcerária do país, onde se julgou que a reserva do possível não pode justificar as pessimas

condições das prisões.

Resposta #002706

Por: Gustavo T 2 de Maio de 2017 às 12:16

De proêmio, é necessário ponderar que o fenômeno da judicialização dos direitos sociais está intimamente ligado à questão do ativismo judicial, maior atitude do Poder Judiciário para assegurar direitos sociais previstos na Constituição Federal, na hipótese em que os Poderes Legislativos e Executivo encontram-se em retração.

Muitas normas constitucionais definidoras de direitos sociais possuem aplicabilidade limitada, uma vez que dependem da atuação do legislador ordinário para sua implementação. De outro turno, em razão da constitucionalização do direito decorrente do neoconstitucionalismo, normas e princípios constitucionais passaram a irradiar seus efeitos diretamente sobre relações jurídicas no plano concreto.

A teoria da reserva do possível, de origem germânica, tem sido arguída de forma incorreta no Brasil. Isto porque, se por um lado o Estado nunca terá recursos suficientes para atender a todos os anseios da comunidade, por outro deve obrigatoriamente implementar as medidas necessárias para concretizar as prestações que abarcam o mínimo existencial.

Nessa senda, o mínimo existencial, seja sob o aspecto fisiológico (alimentação, moradia, etc.) ou sob a perspectiva sociocultural (educação, cultura, etc.) deve ser tratado sempre como prioridade pelo Estado, sendo inadimissível a arguição da tese da reserva do possível.

O Poder Judiciário deverá determinar à administração pública a implementação de políticas públicas, inclusive com ordem para realocação de recursos orçamentários, sempre que a omissão patológica estatal afetar algum direito constitucionalmente assegurado. Nesta hipótese, a atuação do administrador não é discricionária, mas antes vinculada ao cumprimento da Carta da República.

Resposta #002981

Por: NILO KAZAN 30 de Agosto de 2017 às 15:51

Os diretos sociais, emanados da segunda dimensão dos direitos fundamentais, caracterizam-se por um conplexo de garantias mínimas do cidadão em face do Estado.

a) Ao teor do artigo 5., parágrafo primeito da Constituição Federal, têm-se que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, abrangendo, por conseguinte, os direitos sociais, que estão elencados expressamente no artigo 6., do mesmo diploma constituicional, sem olvidar outros direitos de cunho social que integram o bloco de constitucionalidade, ou seja, possuem natureza de direitos sociais, mas encontram-se em outros diplomas legislativos ou memos na própria constituição de forma exparsa.

Nessa esteira, o parágrafo primeiro do artigo 5., da Constituição também aplica aos direitos sociais, pois essencialmente fundamentais.

b) Os direitos prestacionais poderiam ser divididos em imediatos e mediatos, originários e derivados. Os originarios e imediatos, são aqueles que pela sua natureza, são inerentes à própria vida do indivíduo, de cunho essencial e imprescindível, a exemplo daqueles elencados no artigo 6. da Constituição Federal. Por sua vez, aqueles derivado ou mediatos, deriam dos originários, tendo relevância para o indivíduo, sem, contudo, serem imediatamente imprescindíveis. Seria o caso, por exemplo de ter-se um transporte - direito social - de forma eficiente, e nao somente ter acesso ao transporte que nao atinja os anseios que se espera desse direito.

c) Conforme dessume-se da Constituição Federal, há direitos imanentes ao indivíduo, devendo, o Estado, implementá-los, sob pena de ter-se a interferencia do judiciário para fazer valer aqueles direitos. Trata-se da implementação das políticas públicas, que cuminam com os direitos fundamentais, dentre eles os direito sociais, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

Lado outro, sabemos que a situação financeira dos entes municipais, eventuamente situam-se em uma precariedade de recursos, o que leva a alegação da reserva do possível.

Assim, temos de um lado o direito do indivíduo, em face do Estado, no sentido de fazer valer a implementação de políticas públicas fundamentais e sociais, e do outro, a possibilidade do Estado, de forma ampla, em concretizar tais direitos.

d) Diante desse empassa, o Supremo Tribunal Federal, por ora, pacificou o entendimento de que os direitos fundamentais e sociais relevantes, como saúde e educação, não podem ser restringidos pela reserva do possível.

Em outra banda, caso sejam outros direitos fundamentais e sociais, poderá, eventualmente, haver temperamentos e restriçoes, com a alegação da reserva do possível, fazendo a ressalva de que, para que a reserva do possível seja concretizada, como tese defensiva, deve-se comprovar documentalmente, de forma condizente e clara, sobre a impossibilidade de cumprimento do objeto perquirido.

Resposta #003429

Por: Jack Bauer 11 de Novembro de 2017 às 19:37

a) Conforme art. 5º, § 1º, CF, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, dentre os quais os direitos sociais, têm aplicação imediata. Isso significa que eles não dependem de nenhum ato infraconstitucional, tampouco de nenhuma intermediação para serem efetivados.

b) O dever de fornecer prestações materiais por parte do Estado que estão previstos na constituição são chamados por Canotilho de direitos a prestações originários, os quais trazem consigo o problema da sua efetivação. Mas há também os direitos a prestações derivados, que impõem sua concretização mediante a sua prestação para todos quanto deles necessitem, conectando-o ao princípio da isonomia.

c) O problema dos custos é antigo no âmbito dos direitos sociais, pois é cediço que o Estado não pode atender a todos ao mesmo tempo, devendo fazer escolhas, as chamadas escolhas trágicas, implicando que algum direito ficará a descoberto. A reserva do possível consiste no reconhecimento de que os recursos do Estado são limitados e devem ser prioritamente aplicados nas questões mais urgentes e que demandem mais fortemente a atuação estatal.

d) Critérios jurisprudenciais: se há omissão estatal em prestar um direito social, via de regra, deve haver a implementação do direito, cuja obrigação é solidária entre os entes federados. Ressalva há em relação aos tratamentos experimentais e sem certificação pelo órgão competente.

Resposta #003576

Por: Matheus Bastos 25 de Novembro de 2017 às 17:22

Em primeiro lugar, vale trazer a diferenciação que Luis Roberto Barroso faz entre ativismo judicial e judicialização. Aquele decorre de uma opção deliberada do julgador na sua atividade interpretativa, já esta decorre da própria Constituição, sendo uma atividade inerente à função jurisdicional. Muito se critica a primeira postura, ensinando Barroso, contudo, que o ativismo se dá no descolamento representativo das classes políticas com as demandas sociais, em face do déficit de efetividade das normas constitucionais (síndrome de inefetividade das normas constitucionais). Em nome do princípio de hermenêutica constitucional de concordância prática entre princípios, e em prol de uma superação da visão maniqueísta entre ativismo e não ativismo (como propõe Daniel Sarmento), é de se buscar limites ao exercício da função jurisdicional, sem ignorar contudo a imprescindível observância da efetivação dos direitos sociais.

Neste sentido é de grande importância saber a eficácia dos direitos sociais, porque a depender da corrente adotada torna-se não apenas possível a atuação do julgador, mas um dever de concretização.

O art. 5º, §1º, da CF/88, prevê que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata. Vale ressaltar, que o dispositivo fala em direitos e garantias fundamentais, o que engloba os direitos sociais, seja por uma questão topográfica, o capítulo dos direitos sociais está dentro do título: dos direitos e garantias fundamentais, na Constituição, seja porque os direitos sociais, são direitos de segunda dimensão, sem os quais seria inviável o exercício dos direitos individuais.

Os direitos sociais são positivados de maneiras distintas, seja como direitos subjetivos (ex: art. 208, §1º, CF/88: direito à educação), seja normas programáticas (ex: art. 37, VII, CF/88: direito de greve do servidor público), seja garantias institucionais (ex: art. 127, CF: Ministério Público), seja normas conformadoras (art. 170, CF: função social, livre iniciativa e valor social do trabalho).

José Afonso da Silva traz classificação da eficácia das normas já bastante tradicional no direito brasileiro, podendo ser as normas constitucionais de eficácia plena (aplicabilidade imediata e direta), contida (aplicabiidade imediata, direta, mas restringível) e programática (aplicabilidade mediata e indireta, dependendo de atuação do legislador).

Daniel Sarmento observa que a classificação das normas como programáticas advém de uma construção jurispudencial italiana pós-fascista, que com vistas a bloquear a aplicação imediata de alguns direitos consagrados na recém-criada Constituição, os adjetivava de "programáticos".

Sendo assim, é bastante controverso se os direitos sociais possuem aplicabilidade imediata e se podem ser aplicados diretamente pelos Judiciário, ainda que não tenha uma política pública nesse sentido.

Se os direitos sociais traduzem um mínimo existencial, entende a jurisprudência do STF que tal direito tem aplicabilidade imediata, não podendo ser alegada a reserva do possível. Caso contrário, há de se analisar, para Kazuo Watanabe, se esse direito tem densidade suficiente para concretização imediata.

Há corrente que defende que não é dado ao Judiciário eleger as políticas públicas, que considera mais oportuna (discricionariedade judicial), mas deve concretizar apenas aquelas que derivam de prestações já selecionadas pelo Poder Público (prestações derivadas). Entretanto, a crítica que é feita é no sentido de que se o direito social foi previsto na Constituição, se trata de uma prestação originária, e não é dado ao Poder Público qualquer escolha, não podendo quedar inerte o Judiciário.

Certamente que a concretização de direitos (notadamente de segunda dimensão) demandam dispêndio de recursos financeiros, e como já diz a máxima da economia: "as demandas são infinitas, mas os recursos escassos", é necessário alocar com eficiência o dinheiro público.

Entretanto, a chamada reserva do possível, cujo ônus da prova é sempre do Poder Público, não é suficiente para afastar a concretização de direitos sociais que traduzem um mínimo existencial ou possui densidade suficiente.

A jurisprudência adota alguns critério para efetivação dos direitos sociais, o primeiro deles como já dito é se tal direito constitui um direito subjetivo, como por exemplo: direito à educação. Em segundo lugar, se traduz um mínimo existencial (direito à saúde). Três, se traz em seu conteúdo densidade normativa, nestes três primeiros casos a efetivação é obrigatória. Não sendo nenhuma dessas situações, o Poder Público pode suscitar a reserva do possível, para tanto deve provar a limitação orçamentária.

Discute-se se a ausência de previsão orçamentária pode obstaculizar a efetivação do direito social. O melhor entendimento é que lei infraconstitucional não pode ser parâmetro de interpretação da Constituição e nem impedir a efetivação de norma constitucional, pena de subversão da supremacia da Lei Maior.

Resposta #003894

Por: Bruno Ville 9 de Março de 2018 às 21:48

a) Nos termos do art. 5°, § 1°, da CF, "as normas definidoras de direitos e garantias individuais têm aplicabilidade imediata", o que significa que a eficácia é plena ou, no mínimo, contida, pois não podem depender da intermediação de outros instrumentos normativos para sua aplicabilidade. Segundo as correntes substancialistas, deve ser extraída a eficácia máxima diretamente da Constituição, por mais vaga que seja a norma definidora de um direito. Já as correntes procedimentalistas pregam uma maior autocontenção do Judiciário, que deve se ater mais ao papel de garantidor do processo democrático, sendo o ativismo judicial restrito às hipóteses em que a participação no jogo democrático esteja ameaçada (ex.: papel contramajoritário na defesa de minorias).

b) Os direitos sociais, de segunda geração, são tipicamente prestacionais, na medida em que impõem ao Estado um dever de ação (direitos positivos) visando a promoção de condições que asseguram a fruição dos direitos fundamentais clássicos (ex.: para exercer a soberania popular é preciso educação). Neste sentido, as prestações originárias são as que decorrem de normas-regras, definidas precisamente no texto constitucional (ex.: seguro-desemprego no art. 7°, II), ao passo que os direitos derivados de prestações decorrem de normas principiológicas cuja efetivação demanda concretização pelo aplicador do direito ou pelo legislador (ex.: a saúde é direito de todos, art. 196);

c) Ao prever um amplo rol de direitos sociais, a Constituição impôs ao Estado deveres que demandam vultuosas quantias para a sua efetivação, e no mais das vezes a demanda é maior que o orçamento. Neste sentido, importou-se para o Brasil a teoria da reserva do possível, que surgiu na Suprema Corte Alemã na segunda metade do Séc. XX, a partir do caso *numerus clausus*, segundo a qual o Estado, não obstante preveja direitos sociais, não pode ser compelido a concretizá-los de maneira absoluta, quando demonstrado que não há orçamento suficiente. A teoria foi citada pela primeira vez no STF por Celso de Mello em 2004 e desde então vem se firmando no sentido de não poder ser oposta quando a pretensão envolver a garantia do mínimo existencial (condições materiais mínimas sem as quais a vida humana é impossível sem um mínimo de dignidade). Surgiram também as vertentes da reserva jurídica (previsão na lei orçamentária para o gasto pretendido pela parte) e a reserva fática (existência efetiva de recursos financeiros para fazer frente à despesa);

d) O STF vem mantendo o entendimento segundo o qual a reserva do possível, seja fática, seja jurídica, é inoponível ao mínimo existencial, tendo em vista que de outro modo estaria colocando em risco a própria vida do jurisdicionado. Diante da recente e grave crise econômica, correntes que advogam o temperamento do entendimento têm tomado cada vez mais corpo na doutrina e já ecoam entre alguns ministros. Dentre as vozes doutrinárias, é possível citar Daniel Sarmento, que defende que o controle judicial de direitos sociais previstos em normas principiológicas deve ser feito em atenção à reserva do possível (até porque dar a quem pede ao Judiciário significa tirar da parcela mais necessitada que sequer tem acesso à justiça, agravando ainda mais a desigualdade social), tendo como base o princípio da igualdade, que deve ser analisado no momento do pedido, sendo a pretensão negada sempre que, num juízo coletivo, não houver possibilidade de conceder o mesmo direito a todos que a ele fizerem jus, em razão da limitação de recursos econômicos, mas sem olvidar do princípio da proporcionalidade em cada caso concreto e do grau de fundamentalidade do direito, que quanto maior, imporá ao Poder Público um ônus argumentativo maior ao defender a não concessão.

De toda sorte, ainda há boa parcela dos operadores que defende um forte substancialismo e ativismo judicial, criticando a importação da teoria da reserva do possível, que surgiu no contexto de um país de primeiro mundo, para o Brasil, notadamente tendo em conta que entre nós é notório o desperdício de recursos públicos, seja em razão da ineficiência do Estado, seja em razão da corrupção sistêmica, de sorte que a discussão sobre falta de orçamento só pode ser levada a sério a partir do momento em que o orçamento existente esteja sendo bem gasto.

Resposta #003901

Por: Foco na Toga 13 de Março de 2018 às 10:20

O § 1º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que as normas definidoras de direitos e garantias possuem aplicabilidade imediata. Isso significa que elas não dependem de lei regulamentadora para produzir efeitos, ainda que o texto fale que haverá lei para regulamentar sua aplicação. Entende-se que, ainda que não haja lei para tal, essas normas devem ser aplicadas utilizando-se de analogia e outros instrumentos jurídicos.

Destaca-se que os direitos sociais são direitos de segunda geração, isto é, são direitos que obrigam o Estado a proteger a sociedade, ainda que invada sua esfera privada. A intenção é a proteção da coletividade. Essa é a definição de direitos prestacionais: o Estado presta assistência ao povo, que abre mão de parte de sua privacidade para proteger a coletividade. Os direitos derivados a prestações são aqueles em que o Estado não garante de forma primária, ou seja, o Estado só concede esses direitos quando há recursos suficientes. Sendo assim, os direitos são concedidos somente quando o Estado consegue administrar de forma correta. Já a exigência de prestações originárias ocorre quando o Estado concede esses direitos em sua totalidade e de forma prioritária.

A reserva do possível é o argumento do Estado para se abster de certas prestações sociais em prol da coletividade. Essa alegação tem sido muito usada atualmente em razão da crise no país. O Estado não possui recursos financeiros para suprir todas as necessidades da população e passa a optar por prover somente alguns direitos em detrimento de outros.

Tendo em vista que o argumento da reserva do possível foi banalizado, os Tribunais Superiores têm entendido que a reserva do possível não pode ser alegada em detrimento do chamado mínimo existencial. Entenderam as Cortes que a coletividade tem direito a um mínimo de proteção do Estado e esse mínimo não pode ser afastado por falta de recursos. Cabe ao Estado administrar melhor as finanças públicas para que o mínimo existencial do povo seja garantido. Sendo assim, os Tribunais têm permitido que o Judiciário determine que o Estado garanta os direitos sociais, ainda que haja a alegação da reserva do possível.

Resposta #004800

Por: andregrajau 7 de Novembro de 2018 às 13:09

Os direitos sociais são prestações positivas impostas ao Estado, para concretizar os fundamentos e objetivos da república basileira, tornando-a mais justa e solidária, em prol da dignidadehumana.

Em sua maioria, estão previstos no tópico dos direitos fundamentais, embora estejam espalhados por todo o texto da Constituião. Assim, eles tem aplicação imediata e são dotados de eficácia, conforme o art. 5º, §1º, da Constituição. Não obstante, alguns direitos sociais são de eficácia limitada e outros detêm

natureza programática, o que não retira toda a sua eficácia, pois não são promessas inconsequêntes.

Por serem direitos prestacionais, vinculados à noção de igualdade, são tidos como de segunda dimensão. A doutrina os divide em "direitos derivados a prestações" e "exigência de prestações originárias". Os primeiros são aqueles que não resultam imediatamente da Constituição, mas são aqueles que asseguram os direitos já previstos em lei ou políticas públicas. Por sua vez, os segundos são os que decorretem diretamente da Consituição.

A concretização desses direitos impõe pesado custo ao Estado e não rar ele alega a impossbilidade de concretizá-los por ofensa à "reserva do possível". Esse argumento tem como base a falta de recursos financeiros suficientes para financiar as imensas necessidades sociais.

A jurisprudência não têm admitido a mera alegação genérica, sem a comprovação objetiva da insuficiência de recursos. Também a afasta quando o Estado Visa meutralizar os direitos fundamentais ou quando se estar diante do mínimo existencial.

Assim, tanto o STF quanto o STJ entendem que é possível, em situações excepcionais, o judiciário impor a implementação de políticas públicas impostas pela Constituição, por não haver ofensa à separação de poderes, já que se estará apenas concretizando a decisão Constitucional, que eventualmente esteja inviabilizada por ato ilícito estatal.