**Fórum Administrativo - FA**  
Belo Horizonte, ano 11, n. 119, jan. 2011

|  |
| --- |
| Direitos sociais e Administração: a compatibilização da teoria da reserva do possível e a exigência de garantia do mínimo existencial para a efetividade dos direitos sociais[\*](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283#ref0) |
| [**André Luiz dos Santos Nakamura**](javascript:pdiInfCL(2818)) |
| **Palavras-chave**: Direitos sociais. Direitos fundamentais. Teoria da reserva.  **Sumário**: Introdução - **1** A abertura constitucional e a formação do Estado Social - **2** Direitos sociais e a atuação discricionária da Administração - **2.1** A discricionariedade administrativa e os direitos fundamentais - **2.2** A teoria da reserva do possível - **3** A efetividade dos direitos fundamentais - **4** A compatibilização da teoria da reserva do possível e a exigência de cumprimento do mínimo existencial - Conclusões - Referências    **Introdução**  O grande problema da efetivação dos direitos sociais é a necessidade de o Estado, por meio de prestações positivas, tornar possível aos cidadãos usufruí-los.  O Judiciário, em regra, não pode interfe­rir nas políticas públicas e substituir o Adminis­trador. Este, entretanto, não pode deixar, propo­sitadamente, de cumprir as obrigações sociais derivadas do texto constitucional.  Analisaremos a formação do Estado Social, efetividade dos direitos sociais, a discriciona­riedade, a teoria da reserva do possível e a neces­sidade de cumprimento do mínimo existencial.    **1 A abertura constitucional e a formação do Estado Social**  Os ordenamentos constitucionais do fim do século passado, notadamente os editados a partir da década de 70, caracterizam-se por uma extrema abertura do ponto de vista material. Tal fenômeno retrata a assimilação pelos estatutos supremos da tormentosa complexidade das rela­ções sociais neste fim de século.[1](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283" \l "ref1" \t "_self)  O princípio da dignidade da pessoa huma­na tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor em pleno terceiro milê­nio ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades. O postulado da dignidade da pes­soa humana universalizou-se como um polo de atração para cada vez mais novos e novíssimos direitos refletores do modismo constitucional democrático.[2](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283" \l "ref2" \t "_self)  O constituinte de 1988 inscreveu o postu­lado da dignidade, dentre os fundamentos da organização nacional. Pode-se afirmar que o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano.[3](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283" \l "ref3" \t "_self)  O fenômeno da abertura constitucional ou da constitucionalização em aberto, que assinala o constitucionalismo pós-moderno, radica, assim, fundamentalmente - embora com carência de especificações temáticas predefinidas - no câno­ne da dignidade e da expansão ilimitada da per­sonalidade humana, alçado em forja central da eclética e difusa produção de valores e princípios encarecidos pela sociedade contemporânea.[4](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283" \l "ref4" \t "_self)  A ideia de um sistema de direitos funda­mentais, contraposto ao sistema organizatório da Constituição, exprimiria uma concepção dual, corolário de uma teoria de separação entre o Estado e a sociedade, que considera tarefa pri­mordial da Constituição a defesa da autonomia dos indivíduos (e da sociedade) contra um poder público inimigo, através da criação de um siste­ma fechado de garantias da vida privada. Essa concepção corresponderia à visão liberal do indivíduo, da sociedade e do Estado, e não seria hoje defensável, dado que não tomava em conta o alargamento da esfera política, a interpenetra­­­ ção entre o Estado e a sociedade e a integração dos indi­víduos no processo político comunitário, que conferem aos direitos fundamentais uma dimensão objetiva, enquanto elementos da demo­cracia ou instrumentos para construção de uma socie­dade mais justa e livre. A consagração de um con­junto de direitos fundamentais tem hoje uma intenção específica: explicitar uma ideia de Homem, de­cantada pela consciência universal ao longo dos tempos, enraizada na cultura dos homens que formam cada sociedade e recebida, por essa via, na constituição de cada Estado con­creto. Ideia de homem que no âmbito da nossa cultura se manifesta juridicamente num princípio de valor, que é o primeiro da Constituição portu­gue­sa: o princípio da dignidade da pessoa humana.[5](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283" \l "ref5" \t "_self)  De fato, a ênfase emprestada nas últimas décadas à problemática dos direitos fundamentais do homem faz com que a legitimidade das ordens jurídicas nacionais seja medida pelo grau de respeito e de implementação dos respectivos siste­mas protetores dos direitos humanos, radicados essencialmente na premissa da dignidade.[6](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283" \l "ref6" \t "_self)  Segundo Pablo de Lucas Verdu, a abertura constitucional quer dizer que as Constituições atuais dos Estados democráticos se abrem a novos conteúdos, tanto normativos (direito canônico, direito comunitário) como extranormativos (usos e costumes, normas de correção constitucional), como metanormativos (valores e postulados morais e de justiça material, valores socioeconômicos). O Estado e sua Constituição são realidades cultu­rais, vitais, dinâmicas, os direitos fundamentais são criações de valores prévios, para cuja compre­ensão é necessário um tratamento sociocultural que, sem negar as dimensões normativo-insti­tu­cionais, expliquem, satisfatoriamente, o dinamis­mo vital-social que as anima e fundamenta. A abertura constitucional, como a sociedade aberta, enquanto se consideram manifestações do espí­rito democrático, implicam a relação de ambas com a publicidade, o pluralismo, a alternância do poder e a tolerância, valores fundamentais de uma democracia.[7](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283" \l "ref7" \t "_self)  Assim, o fenômeno da abertura constitu­cional é o oposto do modelo do constituciona­­­lis­mo liberal, qual seja, aquele sistema fechado de garantia das autonomias privadas. A Constituição aberta recebe novos conteúdos, tanto norma­ tivos (direito comunitário), como extranormativos (usos e costumes) e metanormativos (valores e pos­ tulados morais). O sistema formado pela Consti­tuição aberta, fundado na dignidade da pessoa humana, ultrapassa a concepção de direitos sub­jetivos; neste sistema, os direitos fundamentais são o núcleo de todo o ordenamento jurídico e funcionam como critério de interpretação das normas jurídicas. "A época constitucional que vive­mos é a dos direitos fundamentais que sucede à época da separação dos poderes."[8](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283#ref8)    **2 Direitos sociais e a atuação discricionária da Administração**  Os direitos sociais, para sua efetividade, devem se compatibilizar com a existência da dis­­cricionariedade administrativa, bem como pela pos­sibilidade real do Estado em fornecer ele­men­tos materiais, prestações positivas, para garantir a efetividade de direitos, como a moradia, saúde e educação, o que é estudado pela teoria da reserva do possível.    **2.1 A discricionariedade administrativa e os direitos fundamentais**  O poder discricionário deve ser exercido dentro dos limites legais, atendendo-se aos prin­cípios da razoabilidade e proporcionalidade e respeitar os direitos individuais ou coletivos garan­tidos pelo ordenamento jurídico, sob pena de ilegalidade.  Assim, o uso do poder discricionário não pode ferir direitos individuais, sociais ou coletivos garantidos pelo ordenamento jurídico. Somente se pode falar em poder discricionário se não houver um direito subjetivo reconhecido pelo ordenamento jurídico a favor de quem o uso de tal poder ocasionar dano, mesmo que por omissão. Tal afirmação é inafastável ante a existência expressa no nosso ordenamento jurídico do prin­cípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da Constituição Federal).  Se nada que cause lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser afastado do conhecimento do judiciário; o uso do poder discricionário pode e deve ser controlado caso atinja um direito social. Nesse sentido foi a decisão proferida pelo Tri­bu­nal de Justiça do Estado de São Paulo:    Ato Administrativo  - Ato discricionário - Insurgên­ cia contra decisão que julgou procedente ação ordinária, com pedido de antecipação de tute­la, proposta em face da Prefeitura Municipal de Araraquara, objetivando a continuidade da conces­são de bolsa de estudo especial para portador de paralisia cere­bral - Circunstância em que a sentença não ofende a discricionariedade administrativa nem a independência dos Poderes, pois segundo o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, o Poder Judiciá­rio exerce o controle jurisdicional da Administração Pública e faz concretizar os vetores axiológicos e os direitos individuais e coletivos expressos na Cons­tituição Federal - Recurso não provido.[9](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283#ref9)    O Supremo Tribunal Federal adota o mesmo entendimento:    Ementa: Recurso extraordinário - Criança de até seis anos de idade - Atendimento em creche e em pré-escola - Educação infantil - Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV) - Compreensão global do direito constitucional à educação - Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, §2º) - Recurso improvido. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional in­dis­ ­­ponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condi­ções objetivas que possibilitem, de ma­neira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efeti­vo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Admi­nistração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municí­pios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, §2º) - não poderão demitir-se do mandato consti­tucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da Repú­blica, e que representa fator de limitação da dis­cricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do aten­dimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficá­cia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.[10](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283" \l "ref10" \t "_self)  Segundo, Hartmut Maurer:  *Infração contra direitos fundamentais e princípios administrativos gerais*. Os direitos fundamentais e os princípios gerais para a atuação administrativa, em especial, os da necessidade e da proporcionali­dade, são barreiras objetivas do poder discricio­nário, mas também devem ser observados nas considerações do poder discricionário. Sua violação torna a decisão discricionária viciosa.[11](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283" \l "ref11" \t "_self)    Por fim, vale citar a lição de Cassagne:    En suma, la prohibición de arbitrariedad configura um límite para el ejercício de la potestad discrecional, que implica una garantía para el administrado y constituye, al propio tiempo, una pauta del control que ejercen los jueces para proteger los derechos e intereses de las personas con la mira puesta, fundamentalmente, en la defensa de sus libertades y someter a la Administración al Derecho. Por ese motivo, la revisión judicial há de ser amplia y com­prender tanto el análisis de las entrañas de los hechos como las cuestiones jurídicas o de Derecho.[12](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283#ref12)  Assim, em decorrência do princípio da ina­fastabilidade da Jurisdição, o exercício do poder discricionário não pode ocasionar lesão a direito reconhecido pelo sistema jurídico, sob pena de invalidade.    **2.2 A teoria da reserva do possível**  Conforme acima ficou demonstrado, o exer­cício do poder discricionário não pode ferir direitos individuais, sociais ou coletivos garan­tidos pelo ordenamento jurídico.[13](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283" \l "ref13" \t "_self)  À Administração cabe a prerrogativa de formular e executar políticas públicas definidas pela Constituição Federal. Caso esta deixe de im­ple­­­men­tá-las por omissão dolosa do agente encarregado, é possível ao Poder Judiciário deter­miná-las, pois do contrário haveria o descum­primento dos encargos político-jurídicos que inci­dem em caráter obrigatório, comprometendo a eficácia e a integridade de direitos garantidos pela Constituição.[14](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283#ref14)  Por outro lado, o Poder Judiciário não pode criar obrigações que a Administração não tem con­dições materiais ou financeiras de cumprir.  Quando se defendeu acima que os direitos individuais e coletivos são um óbice à atuação discricionária, quer-se evitar a conduta dolosa do Administrador em descumprir os deveres que a Constituição lhe impõe.  Não pode o Estado ser compelido a cumprir uma obrigação de fazer em detrimento de outras obrigações de igual ou maior importância para a coletividade. O entendimento de que o Poder Público ostenta a condição de satisfazer todas as necessidades da coletividade ilimitadamente é utópico.  O aparelhamento do Estado, ainda que satisfatório aos anseios da coletividade, não será capaz de suprir as infindáveis necessidades de todos os cidadãos[15](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283#ref15) e o Poder Judiciário, ao imis­cuir-se na esfera de alçada da Administração Pública, cria obstáculos de toda ordem, como desequilí­brio de contas públicas, o comprometimento de serviços públicos, dentre outros. É a aplicação da *teoria da reserva do possível.[16](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283" \l "ref16" \t "_self)*  Assim, em regra, o Poder Judiciário não pode se arrogar à função de administrador e passar a executar programas de governo, destituídos de meios materiais de execução. Ou seja, não pode extrapolar sua função jurisdicional, invadindo área executiva reservada a outro Poder.  A omissão que teria relevância jurídica seria aquela que importa recusa ao cumprimento de uma regra jurídica vinculante, razão pela qual o não cumprimento de uma promessa de Governo ou de um programa sem conteúdo normativo, importaria em omissão quanto a uma decisão de ordem estritamente política, que só politicamente poderá ser resolvida. Isso leva à indagação se os direitos sociais seriam meros programas ou obrigações que o Estado tem efetivamente de cumprir em alguma medida.  Diz a Constituição, no artigo 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.  Os direitos sociais fazem parte dos direitos e garantias fundamentais, visto que estão inseri­dos no título II da nossa Constituição. Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de efi­cá ­cia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomenda­ções; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se veem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realiza­ção em concreto da prescrição constitucional.  O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no §1º, do art. 5º, da CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.  Os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia *tout court*, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concre­­ti­zadas mediante intervenção legislativa ordinária.  Conforme lição da doutrina:    Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamen­tal, pode afirmar-se que os poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os con­ sagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativos às demais normas constitu­cio­nais, já que não há como desconsiderar a cir­cuns­tância de que a pronta presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. Assim, para além da aplicabili­dade e eficácia imediata de toda a constituição, na condição de ordem jurídico-normativa, percebe-se - na esteira de Garcia de Enterria - que o art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um *plus* agregado às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabi­lidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora. Poderá afirmar-se, portanto, que - no âmbito de uma força jurídica reforçada ao nível da Constituição - os direitos fundamentais possuem relativamente às demais normas constitu­cionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que, por outro lado (consoante já assinalado), não sig­nifica que mesmo dentre os direitos fundamen­tais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, depen­dendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha. Negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade. Não por outro motivo - isto é, pela sua especial relevância na Constituição - já se afirmou que, em certo sentido, os direitos fundamentais (e a estes poderíamos acrescentar os princípios fundamentais) governam a ordem constitucional.[17](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283" \l "ref17" \t "_self)    Incumbe ao administrador empreender esfor­ços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a con­duta que se escuda na ideia de que o preceito constitucional constitui *lex imperfecta*, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial.  A escassez de recursos públicos, em opo­sição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser norma­tivo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevân­cia muito inferior aos valores básicos da socie­dade, representados pelos direitos fundamentais.[18](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283" \l "ref18" \t "_self)  A cláusula da "reserva do possível" - ressal­vada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental nega­tiva, puder resultar nulificação ou, até mesmo, ani­quilação de direitos constitucionais impreg­nados de um sentido de essencial fundamentalidade.  Segundo a doutrina:    Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar.  O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.  A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as con­dições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condi­ções materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relati­vamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir.  O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.[19](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283" \l "ref19" \t "_self)    Os condicionamentos impostos pela cláu­sula da "reserva do possível" traduzem-se em um binô­mio que compreende, de um lado, (1) a razoa­bilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.  Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a apli­­ca­­ ção dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão disponibili­dade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elemen­tos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.  Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cum­pre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legis­la­dor, nem a de atuação do Poder Executivo.  É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a efi­cácia dos direitos sociais, econômicos e cultu­rais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irre­dutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido in­justamente recusada pelo Estado.[20](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283#ref20)  Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e opor­tu­nidade, querendo controlar as opções legis­lativas de organização e prestação, a não ser, excepcio­nalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.  No entanto, parece-nos cada vez mais neces­sária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos res­pec­­ ti­vos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações mate­riais depende, naturalmente, dos recursos públi­cos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos.    **3 A efetividade dos direitos fundamentais**  A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal deixou de ser eminentemente legisladora em prol das liberdades individuais, para se tornar ativa como forma de concretizar políticas de transformação da rea­lidade social.  A administração pública recebeu a incum­­­bência de criar e implementar políticas públi­cas necessárias à satisfação dos fins constitucional­mente delineados. Deve o Poder Judiciário fisca­lizar e velar pelo fiel cumprimento dos direitos sociais constitucionalmente garantidos.  O não cumprimento injustificado do dever da administração pública em implementar polí­ticas de governo acarreta a desarmonia da ordem jurídica, devendo o Judiciário corrigir a atuação administrativa, sob pena de transformar em letra morta os direitos sociais.[21](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283#ref21) Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador.  Desapegou-se da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com espeque nos direitos fundamentais, o que tinha como consequência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do Estado no fornecimento do mínimo existen­cial. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos funda­mentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de des­vendar o grau dessa aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elastici­dade à premissa, nem sempre se estará infenso a uma *interpositio legislatoris*, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial.  O princípio da força normativa da Cons­tituição exige que os direitos sociais sejam garan­tidos, inclusive contra a omissão da Administração e do Legislador.[22](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283" \l "ref22" \t "_self) Se a Administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem sentido, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a reconhecer que o Executivo não cumpriu com sua obrigação legal, agredindo com isso, direitos difusos e coletivos, e a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica viola­da. A atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se pode dar de forma indis­cri­minada, pois isso violaria o princípio da separação dos Poderes. No entanto, quando a Admi­nistração Pública, de maneira clara e indu­bitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, a interferência do Poder Judiciário é perfeitamente legítima e serve como instru­ mento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada.    **4 A compatibilização da teoria da reserva do possível e a exigência de cumprimento do mínimo existencial**  A teoria da reserva do possível, originada do Direito alemão, tem sido utilizada constante­mente pela administração pública como escudo para se recusar a cumprir obrigações prioritárias.  Não se pode deixar de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada.  Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição.  Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Consti­tucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.[23](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283" \l "ref23" \t "_self)  Ora, não se pode importar preceitos do direito comparado sem se atentar para as pecu­liaridades jurídicas e sociológicas de cada país. A Alemanha já conseguiu efetivar os direitos sociais de forma satisfatória, universalizou o acesso aos serviços públicos mais básicos, o que permitiu um elevado índice de desenvolvimento humano de sua população, realidade ainda não alcan­çada pelo Estado brasileiro.  Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar uma existência digna. Por esse motivo é que o indivíduo não pode exigir do estado pres­tações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica.  Situação completamente diferente é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil. Aqui ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Neste caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial.  Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos sufi­cientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado.  Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna. Esse mínimo essencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade primeira do Poder Público. Somente depois de atendido o mínimo existencial é que se pode cogitar a efe­tivação de outros gastos.  Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orça­mentários do ente político.  Em algumas situações é impossível se estabelecer, num plano abstrato, qual a ordem de prioridades que a atividade administrativa deve tomar. Nestes casos, a identificação pela preferência de atuação estatal, apenas poderia ser identi­ficada na análise do caso concreto.  Assegurar um mínimo de dignidade huma­na por meio de serviços públicos essenciais, tais como a educação e a saúde, é escopo da Repú­blica Federativa do Brasil, que não pode ser con­dicionado à conveniência política do administrador público.  Entendo que a omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, afinal de contas este não é mero depar­tamento do Poder Executivo, mas sim um Poder que detém parcela da soberania nacional.[24](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283" \l "ref24" \t "_self)  Esse também é o entendimento que vem ganhando força no Supremo Tribunal Federal:  Ementa: Agravo regimental no recurso extraordi­nário. Constitucional. Vaga em estabelecimento de educação infantil. Direito assegurado pela cons­ti­tuição do Brasil. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que "embora resi­da, pri­mariamente, nos Poderes Legislativo e Execu­tivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públi­cas, *revela-se possível*, *no entanto*, *ao Poder Judiciário determinar*, *ainda que em bases excepcionais*, *espe­­cialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição*, *sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes*, *cuja omissão* - *por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles inci­dem em caráter mandatório* - *mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional*". Precedentes. Agravo regimental a que se nega pro­vimento. (RE nº 595.595 AgR/SC - Rel. Min. Eros Grau, julgado em 28.4.2009, *DJe*, 29 maio 2009, grifei)    E, por fim, o STJ tem demonstrado o mesmo entendimento:  Administrativo - Ação civil pública - Controle judicial de políticas públicas - Possibilidade em casos excepcionais - Direito à saúde - Fornecimento de equipamentos a hospital universitário - Manifesta necessidade - Obrigação do Estado - Ausência de violação do princípio da separação dos poderes - Não-oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial.  1. Não comporta conhecimento a discussão a res­peito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.  2. Não há como conhecer de recurso especial fun­dado em dissídio jurisprudencial ante a não-reali­zação do devido cotejo analítico.  3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legis­la­dora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a re­a­ li­dade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implemen­tar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação am­pliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.  4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à reali­zação dos direitos sociais, igualmente fundamen­tais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.  5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoá­vel, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qual­quer pleito que vise a fomentar uma existência mini­mamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do pos­sível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.  6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efeti­var as políticas públicas constitucionalmente defini­das e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.  Recurso especial parcialmente conhecido e impro­vido. (REsp nº 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.8.2009, *DJe*, 16 set. 2009)    Por fim, vale citar a doutrina:  ... se atentarmos contra a dignidade, estaremos, na verdade, atentando contra a própria humanidade do indivíduo. Além disso, é preciso ressaltar que ao Estado não apenas é vedada a possibilidade de tirar a vida (daí, por exemplo, a proibição da pena de morte), mas também que a ele se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qual­quer direito (fundamental, ou não). Não nos parece absurda a observação de que negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção da sua exis­tência (negando-lhe, por exemplo, uma pensão adequada na velhice, quando já não possui con­dições de prover seu sustento) pode signi­ficar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico, etc. Assim, há como sustentar - na esteira da doutrina dominante - que ao menos na esfera das condições existen­ciais mínimas encontramos um claro limite à liber­dade de conformação do legislador.[25](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283" \l "ref25" \t "_self)    Assim, pode e deve o Judiciário, caso a Administração deixe, propositadamente, de fazer valer o mínimo existencial dos direitos sociais, controlar a política pública de aplicação das verbas orçamentárias, determinando, se necessário, que se empreguem os valores necessários para per­mi­tir o gozo dos direitos sociais garantidos pela Cons­tituição Federal, tendo o cidadão plena legiti­midade para postular a ação estatal destinada a cumprir os mandamentos constitucionais.[26](http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006smr.aspx?idPdi=1&idNmPdi=119&ps=s&pdiCntd=71283" \l "ref26" \t "_self)  **Conclusões**  O fenômeno da abertura constitucional é o oposto do modelo do constitucionalismo liberal, qual seja, aquele sistema fechado de garantia das autonomias privadas. O sistema formado pela Constituição aberta, fundado na dignidade da pes­soa humana, ultrapassa a concepção de direitos subjetivos; neste sistema, os direitos fundamen­tais são o núcleo de todo o ordenamento jurídico e funcionam como critério de interpretação das normas jurídicas.  O uso do poder discricionário não pode ferir direitos individuais, sociais ou coletivos garantidos pelo ordenamento jurídico. Somente se pode falar em poder discricionário se não houver um direito subjetivo reconhecido pelo orde­namento jurídico a favor de quem o uso de tal poder ocasionar dano, mesmo que por omis­são. Tal afirmação é inafastável ante a existência expressa no nosso ordenamento jurídico do prin­cípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da Constituição Federal).  Não pode o Estado ser compelido a cumprir uma obrigação de fazer em detrimento de outras obrigações de igual ou maior importância para a coletividade. O entendimento de que o Poder Público ostenta a condição de satisfazer todas as necessidades da coletividade ilimitadamente é utópico.  Os direitos sociais fazem parte dos direitos e garantias fundamentais, visto que estão inseridos no título II da nossa Constituição. Os direitos fun­damentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cida­ ­dão e à coletividade, que se veem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realiza­ção em concreto da prescrição constitucional.  A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resu­mida, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições ma­teriais mínimas de existência. Ao apurar os ele­mentos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, rela­tivamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O míni­mo exis­tencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.  Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discu­tir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos sufi­cientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna. Esse mínimo essencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade primeira do Poder Público. Somente depois de atendido o mínimo existencial é que se pode cogitar a efetivação de outros gastos. Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político.    **Referências**  ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.  BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.  BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *In*: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006.  CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.  CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.  CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discricionalidad administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 2009.  CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Constituição aberta e os direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.  KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.  MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luiz Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006.  MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.  SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada*: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.  SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.  STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e*(*m*) *crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.  VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución abierta y sus enemigos*. Madri: Ediciones Beramar, 1990.    \*   Estudo premiado com o 1º lugar no XXIV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado na cidade de Belo Horizonte, entre os dias 15 e 17 de setembro de 2010.  1   CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Constituição aberta e os direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 15.  2   CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Constituição aberta e os direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 16.  3   CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Constituição aberta e os direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 19.  4   CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Constituição aberta e os direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 21.  5   ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 82-85.  6   CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Constituição aberta e os direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 23.  7   VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución abierta y sus enemigos*. Madri: Ediciones Beramar, 1990. p. 11, 16-17, 28.  8   BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *In*: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 520.  9   Apelação nº 644.051-5/7 - Araraquara - 3ª Câmara de Direito Público - Relator: Magalhães Coelho - 02.10.2007 - V.U. - Voto nº 9.420.  10  RE nº 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22.11.2005, *DJ*, 03 fev. 2006, PP-00076 Ement. Vol.-02219-08 PP-01529 RTJ Vol.-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300.  11  MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luiz Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p. 151.  12  CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discricionalidad administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 216.  13  "*Infração contra direitos fundamentais e princípios administrativos gerais*. Os direitos fundamentais e os princípios gerais para a atuação administrativa, em especial, os da necessidade e da proporcionalidade, são barreiras objetivas do poder discricionário, mas também devem ser observados nas considerações do poder discricionário. Sua violação torna a decisão discricionária viciosa" (MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luiz Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p. 151).  14  EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, §2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, §2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível" Doutrina (STF - RE nº 410.715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22.11.2005, *DJ*, 03 fev. 2006 PP-00076 Ement. Vol.-02219-08 PP-01529 RTJ Vol.-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, p. 291-300, 2006).  15  Em matéria de fornecimento de medicamentos, assim decidiu o STJ: "Apenas a título de argumento obter dictum, as ações ajuizadas contra os entes públicos com escopo de obrigar-lhes indiscriminadamente ao fornecimento de medicamento de alto custo devem ser analisadas com muita prudência. O entendimento de que o Poder Público ostenta a condição de satisfazer todas as necessidades da coletividade ilimitadamente, seja na saúde ou em qualquer outro segmento, é utópico; pois o aparelhamento do Estado, ainda que satisfatório aos anseios da coletividade, não será capaz de suprir as infindáveis necessidades de todos os cidadãos. Esse cenário, como já era de se esperar, gera inúmeros conflitos de interesse que vão parar no Poder Judiciário, a fim de que decida se, nesse ou naquele caso, o ente público deve ser compelido a satisfazer a pretensão do cidadão. E o Poder Judiciário, certo de que atua no cumprimento da lei, ao imiscuir-se na esfera de alçada da Administração Pública, cria problemas de toda ordem, como desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços públicos, dentre outros. O art. 6º da Constituição Federal, que preconiza a saúde como direito social, deve ser analisado à luz do princípio da reserva do possível, ou seja, os pleitos deduzidos em face do Estado devem ser logicamente razoáveis e, acima de tudo, é necessário que existam condições financeiras para o cumprimento de obrigação. De nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta de recursos. Recurso ordinário não provido" (STJ - RMS nº 28.962/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25.08.2009, *DJe*, 03 set. 2009).  16  "Insista-se, pois, no exame do âmbito dentro do qual pode ser viável a atuação do administrador - situação que se configura como a *reserva do possível*, vale dizer, o conjunto de elementos a serem sopesados pela Administração necessários à conclusão da possibilidade ou não do cumprimento de certo objetivo" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009).  17  SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 259-260.  18  Exemplo disso é o gasto exagerado da Administração em publicidade. Segundo notícia no site do jornal *Estado de São Paulo* (<http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100424/not\_imp542387,0.php>), de 2003 a 2009, a Presidência da República, ministérios e estatais gastaram R$7,7 bilhões com propaganda. Os gastos do ano passado, de R$1,17 bilhão, superaram em 48% os R$796,2 milhões investidos no primeiro ano de governo.  19  BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 245-246.  20  "A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos" (KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 22-23).  21  "É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte em especial - a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois nesse domínio, o encargo reside, primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência no entanto, embora em bases excepcionas, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático" (STF. ADPF - 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29.4.2004, *DJ*, 4 maio 2004).  22 "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (*Thoma*), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1208).  23 KRELL. Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais. *In*:SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada*: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 41.  24  "se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza etc., dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados" (STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e*(*m*) *crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 44).  25  SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 336-337.  26  "Mesmo quando a omissão do Estado privar o indivíduo de vantagens que seriam obtidas se a norma de Direito Público fosse cumprida, haverá o mesmo direito de defender o interesse público. A mesma assertiva é valida no caso em que o individuo é atingido individualmente e conjuntamente com uma generalidade de indivíduos. Quando houver violação substancial da legalidade e que o particular seja pessoalmente onerado, mesmo que em conjunto com uma coletividade, haverá o direito subjetivo de cada prejudicado em buscar a reparação da legalidade. Se a restauração ou a correção das violações à legalidade não pudessem ser judicialmente exigíveis pelos próprios agravados em todas e quaisquer hipóteses nas quais fossem ofendidos *contra jus*, o princípio da legalidade em muitos casos pouco valeria, neles se convertendo em simples ficção" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 59-61).    **Como citar este conteúdo na versão digital:**  Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:  NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Direitos sociais e administração: a compatibilização da teoria da reserva do possível e a exigência de garantia do mínimo existencial para a efetividade dos direitos sociais. *Fórum Administrativo - FA*, Belo Horizonte, ano 11, n. 119, jan. 2011. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=71283>. Acesso em: 4 nov. 2014.  **Como citar este conteúdo na versão impressa:**  Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:  NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Direitos sociais e administração: a compatibilização da teoria da reserva do possível e a exigência de garantia do mínimo existencial para a efetividade dos direitos sociais. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 11, n. 119, p. 50-59, jan. 2011. |
|  |
|  |

[**« VOLTAR**](javascript:window.history.go(-1)) [**NORMAS PARA PUBLICAÇÃO**](http://www.bidforum.com.br/bid/PDIInstrucoesParaAutores.aspx?idPdi=1) | [**CONTATO**](http://www.bidforum.com.br/bid/PDIEndContato.aspx?idPdi=1)