

A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS COMO FORMA DE GARANTIA DE SEU CONTEÚDO ESSENCIAL¹

THE JUSTICIABILITY OF FUNDAMENTAL STATE-PROVIDED SOCIAL RIGHTS AS A WAY OF GUARANTEEING THEIR CORE CONTENT

Muriel Clève Nicolodi²

RESUMO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais prestacionais adquiriram status de verdadeiros e autênticos direitos fundamentais, revestidos pela cláusula da aplicabilidade direta e imediata. Pelo fato de serem direitos sociais, estão intimamente relacionados com o princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, fatores como a exclusão social demonstram que a positivação destes direitos não foi suficiente para conferir-lhes concretude plena, vez que dependem de atuação positiva do Estado, isto é, dependem de legislação ulterior e de implementação de políticas públicas para tanto, tarefas típicas dos Poderes Legislativo e Executivo. Quando estes Poderes restam inertes, incumbe ao Judiciário a realização de tais tarefas. Ocorre que, a esta atuação são impostos diversos óbices, entre eles os princípios da separação dos poderes e da legitimidade democrática do Judiciário, bem como a reserva do possível. No entanto, tendo em vista a extrema importância destes direitos, os limites impostos à atuação do Poder Judiciário não podem prevalecer. Por outro lado, esta atuação deve se dar num patamar mínimo, limitando-se à concretização do mínimo existencial.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais sociais prestacionais, justiciabilidade, conteúdo essencial e mínimo existencial.

¹ Artigo recebido em 30 de novembro de 2010 e aceito em 10 de dezembro de 2010.

² Bacharel em Direito. Advogada do Núcleo de Prática Jurídica da UniBrasil.
murielcn@gmail.com

ABSTRACT

With the advent of the Federal Constitution of 1988, state-provided social rights acquired the status of true and authentic fundamental rights, as provided in the clause of direct and immediate applicability. Due to the fact that they are social rights, they are closely related to the principle of human dignity. However, factors like social exclusion demonstrate that the positivization of these rights has been insufficient to grant them full concrete realization, since they depend on the positive action of the State, that is, they depend on ulterior legislation and the implementation of public policies for their effectiveness; duties typically assigned to the Legislative and Executive branches. When these Powers are inert, it becomes the duty of the Judicial branch to carry out such functions. It so happens that there are various obstacles, among them, the principles of separation of powers and the democratic legitimacy of the Judicial branch, as well as the application of proportionality. Bearing in mind the extreme importance of these rights, the limits imposed on the role of the Judicial Power cannot prevail. This process should be carried out at the lowest level, limiting itself to the concretization of minimum essential living of standards.

KEYWORDS: fundamental state-provided social rights, justiciability, core content and minimum essential living of standards.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os Direitos fundamentais sociais. 3. A justiciabilidade dos Direitos fundamentais sociais prestacionais. 4. O conteúdo essencial dos Direitos fundamentais sociais prestacionais sindicável perante o Poder Judiciário. 5. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inovou ao incluir os direitos fundamentais sociais em seu Título II, conferindo-lhes o *status* de autênticos e verdadeiros direitos fundamentais. Por se tratarem de direitos sociais, apresentam uma íntima relação com os princípios fundamentais previstos pela Carta Magna. Todavia, fatores como a exclusão e a desigualdade social, entre outros, demonstram que grande parte, senão a maioria, da população brasileira (sobre)vive sem ter acesso sequer às condições mínimas necessárias para uma vida digna. Situação, esta, que fortifica a premissa de que os ideais previstos pela nossa Carta Magna não foram alcançados, motivo por que se pode perceber que a positivização destes direitos não foi o suficiente para conferir-lhes um grau de efetividade significativo, uma vez que necessitam de legislação ulterior para a sua plena concretização.

Ora, é a efetividade dos direitos sociais de cunho prestacional que confere aos cidadãos o suprimento das necessidades básicas (saúde, moradia e educação, por exemplo), sem as quais se torna inviável o desenvolvimento da personalidade e de uma vida digna, bem como a fruição dos direitos fundamentais individuais.

A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS
COMO FORMA DE GARANTIA DE SEU CONTEÚDO ESSENCIAL

É neste sentido que o presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais pelo Poder Judiciário, o qual não escapa do dever crítico e ético de transformação da realidade social tão excludente, tendo em vista que, a partir da Constituição de 1988, os operadores do direito passaram a comprometer-se mais com a “dogmática constitucional emancipatória”, a qual visa a “contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira”³.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O constitucionalismo pátrio inovou ao incluir os direitos sociais no Título II – destinado aos direitos e garantias fundamentais –, pois até a Carta de 1988 eram previstos em outras partes das Constituições brasileiras, como por exemplo, nas Ordens Econômica e Social, situação, esta, que lhes conferia um grau reduzido de eficácia e efetividade, principalmente porque até então eram considerados como simples normas programáticas⁴.

Referida inovação veio com o intuito de “proteger as minorias e os setores mais vulneráveis da sociedade”⁵, tendo em vista que os direitos sociais tratam-se, via de regra, de prestações positivas por parte do Estado, que visam à melhoria das condições de vida dos mais fracos, reduzindo a desigualdade social, motivo por que “valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível como exercício efetivo da liberdade”⁶.

Via de regra, entendem-se os direitos fundamentais sociais como direitos a prestação, ou seja, são comumente ligados à idéia de que pressupõe uma atuação positiva, no sentido fático-material, por parte do Poder Público para satisfação do interesse de seu titular⁷. Contudo, não são todos os direitos sociais que se enquadram como tais. É preciso atentar que os direitos sociais podem ser tanto direitos de defesa

³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <<http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/boletim-cientifico/boletim8.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2008.

⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Virgílio José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A Problemática da Efetividade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Plano Nacional. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. v. 1. p. 260.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 287.

⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 49.

(*status negativus/liberatatis socialis* – liberdades sociais), como direitos a prestação em sentido amplo (*status positivus libertatis* – liberdades sociais positivas) e em sentido estrito (*status positivus socialis*)⁸.

Os direitos fundamentais sociais como direitos de defesa exigem, em tese, apenas uma omissão de seus destinatários, pelo que, via de regra, não têm a aplicabilidade imediata questionada. Ademais, suas normas consagradoras apresentam a normatividade suficiente, independentemente, portanto, de concretização legislativa. Da mesma forma, estes direitos possuem eficácia plena, fornecendo ao seu titular um direito subjetivo, sendo diretamente desfrutáveis, pois exigem apenas uma abstenção de seu destinatário. Assim, percebe-se que o disposto no § 1º do art. 5º da Constituição é plenamente aplicável a eles⁹.

Por sua vez, direitos fundamentais sociais prestacionais em sentido amplo, isto é, os direitos a proteção e a participação na organização e no procedimento, trata-se de “direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objetivo demarcar as esferas dos sujeitos de direito da mesma hierarquia”¹⁰. Os direitos a prestação em sentido amplo são verificados no plano jurídico-normativo (*status positivus libertatis*), como forma de garantir a liberdade e a igualdade do *status negativus*¹¹. Isto é, verificam-se através do “estabelecimento de determinadas normas procedimentais ou determinada interpretação de aplicação concreta de normas procedimentais. Em suma, eles são direitos a uma proteção jurídica efetiva dos direitos fundamentais por meio de procedimentos”¹², motivo pelo qual a aplicabilidade imediata deles não apresenta maiores problemáticas.

Desta forma, tendo em vista que as liberdades sociais enquadram-se como direitos de defesa, passíveis de concretização através da atuação de seu titular e abstenção estatal, bem como que os direitos a prestação em sentido amplo podem ser satisfeitos com a simples atuação do Estado, através de prestações jurídico-normativas, identificando-se com os direitos de defesa, a pesquisa limitar-se-á à problemática da eficácia dos direitos sociais a prestação em sentido estrito (prestação fático-material).

Parcela da doutrina entende que os direitos fundamentais sociais prestacionais em sentido estrito não constituem direitos fundamentais, tratando-se de meros programas governamentais porque “dependem da concessão do legislador, estão despojados do *status negativus*, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2008.

⁹ Idem.

¹⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 450-451.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 220-223.

¹² LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 85.

A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS
COMO FORMA DE GARANTIA DE SEU CONTEÚDO ESSENCIAL

do Estado, carecem de eficácia *erga omnes* e se subordinam à idéia de justiça social”¹³ [grifos no original]. No entanto, “o fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, por si só, programática”¹⁴. Deve-se, portanto, partir do pressuposto de que o estabelecido pela Constituição é vinculativo, motivo por que o seu art. 6º não elenca normas programáticas, mas sim verdadeiros direitos fundamentais¹⁵.

Conforme José Afonso da SILVA, as normas programáticas encontram-se no grupo das normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, pois são “normas através das quais o constituinte, em vez de regular direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, judiciais e administrativos), como programas das respectivas atividades”¹⁶.

Para Luís Roberto BARROSO, estas normas não conferem ao cidadão um direito subjetivo, isto é, não são judicialmente exigíveis quando negadas, pois não vinculam o Estado à adoção de condutas específicas, mas apenas princípios a serem adotados por ele, indicando os fins e não os meios¹⁷.

Nesta mesma seara, Vital MOREIRA e José Joaquim Gomes CANOTILHO sustentam que, apesar de as normas programáticas apresentam grande relevância no sistema constitucional, não outorgam direitos aos cidadãos, dirigindo-se exclusivamente ao Estado¹⁸. Quanto aos direitos sociais, os autores sustentam que são verdadeiros direitos fundamentais subjetivos do cidadão, motivo por que implicam obrigações ao Estado. No entanto, apesar de se assemelharem aos direitos de defesa em virtude da natureza jurídico-constitucional, diferem no que diz respeito ao objeto, visto que são direitos primordialmente positivos a uma prestação, pelo que a sua violação dá-se com a omissão Estatal relativamente à prestação, a qual não é menos inconstitucional do que a violação do direito negativo¹⁹.

Portanto, as normas definidoras de direitos fundamentais prestacionais não são normas programáticas, pois não estabelecem simples programas, mas sim verdadeiros direitos aos seus titulares, os quais ou serão abstratos e dependerão da interpretação do

¹³ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989. p. 33-34.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 122.

¹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 138.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 120.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 127-128.

¹⁹ *Ibidem*, p. 129.

aplicador, que definirá o direito definitivo conforme o caso concreto, ou serão definitivos *prima facie*, pois suas normas serão verdadeiras regras ou contêm princípio de maior peso²⁰.

Caracterizando os direitos fundamentais sociais prestacionais estritos como direitos subjetivos, CANOTILHO afirma que “são compreendidos como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas”²¹. Desta forma, ainda que os preceitos definidores de direitos fundamentais sociais prestacionais prescindam de regulamentação ulterior, trata-se de imposições constitucionais dirigidas ao Poder Público, pelo que “esses direitos são regras jurídicas diretamente aplicáveis, vinculativas de todos os órgãos do Estado”²².

Ademais, é preciso ressaltar que os direitos fundamentais sociais prestacionais, possuem a mesma dignidade dos demais direitos fundamentais, baseada na dignidade da pessoa humana, prevista pelo art. 1º, inc. III, da Constituição. Portanto, um não é mais relevante que outro, sendo assim, direitos complementares e não excludentes. Desta forma, pode-se entender que os direitos fundamentais de maneira geral buscam garantir igual dignidade a todos, lastreados no princípio da igualdade material e não meramente formal²³.

Por outro lado, quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais a prestação em sentido estrito, cabe destacar que o direito constitucional pátrio, ao contrário de outros – a exemplo do português – não dispõe um regime jurídico específico para os direitos de defesa e outro para os prestacionais. Em tese, o regime jurídico a eles aplicável é o mesmo, pelo que a previsão da aplicabilidade imediata é destinada a ambos os grupos²⁴.

No entanto, esses direitos decorrem de disposições normativas estruturalmente diferentes, que levam à questão da efetivação dos direitos fundamentais²⁵. Portanto, na prática, uma distinção decorre naturalmente da “singularidade das estruturas normativas dos direitos”²⁶, tendo em vista que as normas que dispõem acerca dos direitos de defesa possuem grau de determinabilidade maior do que as que prevêm os direitos prestacionais, pelo que aqueles são mais passíveis de aplicabilidade imediata maior do que estes. Ademais, os direitos de defesa exigem apenas a atuação de seu titular e a abstenção do Estado, enquanto os direitos prestacionais dependem inicialmente de

²⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit., p. 107.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 434.

²² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, p. 151-152.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**.

²⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**.

²⁵ Idem.

²⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441>. Acesso em: 25 maio 2008.

A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS
COMO FORMA DE GARANTIA DE SEU CONTEÚDO ESSENCIAL

prestação legislativa e posteriormente material por parte do Estado, sem as quais o direito não poderá ser satisfeito.

Por se constituírem como verdadeiros direitos fundamentais, os direitos sociais prestacionais submetem-se à regra do art. 5º, § 1º, da Constituição. Convém ressaltar que, assim como as demais normas constitucionais, as normas definidoras destes direitos possuem capacidade de gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo nesta medida, diretamente aplicáveis.

Relativamente a esta questão, José Carlos Vieira de ANDRADE sustenta que pelo fato das normas definidoras de direitos sociais se tratarem de normas direitos subjetivos, o legislador tem a obrigação de lhes dar efetivo cumprimento. Logo, estas suas normas têm força jurídica imperativa, comum a todos os preceitos constitucionais; ainda, a Constituição prevê um conteúdo mínimo das normas e das suas pretensões, o qual só pode ser ampliado pelo legislador ordinário, e não através da interpretação judicial, ao contrário do que acontece com os direitos fundamentais de primeira dimensão²⁷.

Em síntese, afirma que a força jurídica dos direitos a prestações fático-materiais manifesta-se sob seguintes aspectos: (i) determinação para que seja editada legislação adequada para possibilitar a execução das normas constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade por omissão; (ii) determinação do conteúdo mínimo imperativo, submetido ao controle judicial de inconstitucionalidade e base de interpretação favorecendo a concretização do direito fundamental; (iii) “fundamento constitucional de restrição ou de limitação de outros direitos fundamentais”; e (iv) “força irradiante, conferindo capacidade de resistência dos direitos derivados a prestações, enquanto direitos decorrentes das leis conformadoras, às mudanças normativas que impliquem uma diminuição do grau de realização destes direitos”²⁸.

Por sua vez, Ingo Wolfgang SARLET atribui às normas definidoras dos direitos sociais prestacionais uma eficácia limitada, produzindo os seguintes efeitos: (i) possibilidade de revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental, independentemente de declaração de inconstitucionalidade; (ii) vinculação do legislador a concretizar a previsão normativa, baseando-se no seu conteúdo; (iii) imposição da declaração de inconstitucionalidade de todos os atos posteriores à Constituição e contrários ao seu conteúdo; (iv) constituição de parâmetro para interpretação, integração e aplicação do ordenamento jurídico; (v) geração de um direito subjetivo, possibilitando que o titular exija que o Estado se abstenha de atuar de maneira contrária à norma; (vi) proibição de retrocesso em relação aos direitos sociais já concebidos pelo legislador ordinário; e, por fim, (vii) faculdade ao

²⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 392.

²⁸ *Ibidem*, p. 387.

titular de certos direitos prestacionais de exigí-los na medida em que se assemelham aos direitos de defesa²⁹.

De outro lado, no que se refere ao restante dos seus efeitos, é necessário atentar que os direitos prestacionais necessitam de legislação reguladora e dependem de circunstâncias sociais e da disponibilidade de recursos orçamentários. Portanto, em relação a prestação fático-material propriamente dita, a questão da eficácia e da efetividade é mais delicada, pois, justamente por dependerem de legislação ulterior, são apontados como direitos relativos, tendo em vista que seriam exigíveis tão somente após a promulgação desta, bem como são submetidos à reserva do possível (e conseqüentemente aos princípios da separação dos poderes e da democracia)³⁰.

Neste sentido, Andreas Joachim KRELL sustenta que os direitos fundamentais prestacionais caracterizam-se como direitos subjetivos, submetidos à norma previsora da aplicabilidade imediata dos preceitos definidores de direitos fundamentais³¹. Para SARLET, a solução só poderá ser dada em face de cada caso concreto e do direito fundamental em discussão, tendo em vista a necessidade de se ponderar os bens e valores envolvidos³².

Portanto, os direitos fundamentais sociais prestacionais conferem verdadeiros direitos ao seu titular, sendo passíveis, ao menos em certa medida, de aplicabilidade imediata. De outro lado, quanto à efetividade relativa à prestação fático-material, a aplicabilidade imediata dar-se-á de acordo com o caso concreto, com observância ao conteúdo essencial destes direitos, composto pela dignidade da pessoa humana e pelo mínimo existencial, sem ofensa aos princípios da separação dos poderes e da democracia.

3. A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

A norma do art. 5º, § 1º, da Constituição, previsora da aplicabilidade imediata dos preceitos definidores de direitos fundamentais, apresenta incidência sobre todas as suas categorias, inclusive sobre os direitos fundamentais sociais a prestação material. No entanto, SILVA sugere que os preceitos definidores de direitos fundamentais sociais prestacionais seriam de eficácia limitada, ou seja, não produziriam todos os efeitos

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 312-317.

³⁰ Ibidem, p. 307.

³¹ KRELL, Andreas Joachim. **Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos: Uma Visão Comparativa**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_144/r144-17.PDF> Acesso em: 02 set. 2008.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**.

A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS
COMO FORMA DE GARANTIA DE SEU CONTEÚDO ESSENCIAL

enquanto a legislação regulamentadora ulterior não fosse editada, sustentando que a atuação do Poder Judiciário limitar-se-ia àquilo que está regulamentado³³.

Como os preceitos constitucionais dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional apresentam caráter vago e aberto, dependem da edição de lei para sua regulamentação e pressupõem disponibilidade financeira para sua concretização, há quem defenda que a sua plena concretização dar-se-á somente após a promulgação da lei, bem como que a sua efetividade limita-se à disponibilidade de recursos financeiros.

De acordo com esta corrente, a efetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais estaria na dependência “da vontade política dos governantes e da vinculação legislativa para a sua implementação”³⁴, cabendo ao Judiciário, tão somente, pronunciamentos acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da sua legislação concretizadora.

Neste diapasão, ANDRADE, defende que cabe ao Poder Legislativo a tarefa de concretizar e definir o conteúdo nuclear dos direitos fundamentais prestacionais através da edição de lei regulamentadora, enquanto a atuação do Poder Judiciário limita-se a aplicar e interpretar o que está estipulado por meio legislativo, motivo por que entende que a concretização destes direitos pelo Judiciário implicaria na interferência sobre a alocação de recursos e, conseqüentemente, na ofensa ao princípio da separação dos poderes³⁵.

Numa observância ao princípio da separação dos poderes de maneira absoluta, a definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais ficaria exclusivamente a cargo do Poder Legislativo, cabendo a atuação do Judiciário somente após a decisão do Legislativo, tendo em vista que em caso de exigência destes direitos perante o Judiciário, haveria, além do exercício de uma atividade legislativa pelo Judiciário, também “uma determinação jurídico-constitucional de grande parte da política orçamentária”³⁶.

No entanto, devido à grande importância dos direitos fundamentais, e em especial dos prestacionais, não é possível admitir que fiquem à mercê da boa vontade do Executivo e do Legislativo para que editem legislação e disponibilizem recursos financeiros para sua efetivação.

A ofensa ao princípio da separação dos poderes é um dos argumentos mais fortes de oposição à atuação do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais

³³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, p. 165.

³⁴ KELLER, Arno Arnoldo. **Perspectivas para a Efetividade do Direito**. In: _____. **A Exigibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 197.

³⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 192.

³⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 508.

sociais de cunho prestacional. Porém, a nova mentalidade, exigida do Judiciário na de concretização dos direitos fundamentais, necessita uma revisão acerca da clássica idéia da tripartição dos poderes, para garantir a proteção dos direitos fundamentais contra o arbítrio e a omissão estatal³⁷.

De acordo com este princípio, cabe ao Legislativo a tarefa de legislar, inovando o ordenamento jurídico, ao Executivo a atividade de administrar, aplicando a lei de ofício e ao Judiciário a função de julgar, aplicando a lei de forma contenciosa. Porém, como o constitucionalismo pátrio adotou o princípio de maneira relativa, as funções não são exercidas exclusivamente³⁸, portanto, os poderes apresentam uma relação de interdependência. Ou seja, o constitucionalismo pátrio não prevê um sistema rígido de separação, mas sim um sistema de balanceamento dos poderes³⁹.

Ademais, é essencial ter em mente que a separação dos poderes surgiu pela necessidade de garantir o respeito aos direitos e liberdades individuais contra o exercício de um poder arbitrário, que pode existir quando é exercido concentradamente, pela ausência de limites e controles⁴⁰. Não há direitos e liberdades individuais a serem protegidos sem que estejam asseguradas e garantidas as condições mínimas de vida digna ao cidadão, conferidas com efetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais⁴¹.

Não se está ignorando que a competência para legislar e determinar políticas públicas não é do Poder Judiciário, mas sim do Legislativo e do Executivo⁴², mas tão-

³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177&p=1>>. Acesso em: 01 set. 2008; KRELL, Andreas Joachim. Op. cit.

³⁸ A este propósito, mencione-se que o Legislativo, no direito pátrio, além de legislar, exerce atividade administrativa, ao organizar o seu pessoal (arts. 5º, inc. LV e 52, inc. XIII, da Constituição), e judicial, ao processar e julgar os crimes de responsabilidade (art. 52, incs. I e II da Constituição); também o Executivo, fora administrar, atua na tarefa legislativa, por meio das medidas provisórias (art. 62 da Constituição) e dos decretos (art. 153, § 1º, da Constituição), e na judicial, nos casos de processos administrativos (art. 5º, inc. LV, da Constituição); ao passo que ao Poder Judiciário incumbe, além da tarefa de julgar, as funções de administrar, gerenciando o seu pessoal (arts. 93, inc. X e 96, da Constituição), e de legislar, quando os Tribunais elaboram os seus regimentos internos (art. 96, inc. I, alínea "a", da Constituição). Ademais, incumbe a todos os poderes a tarefa de fiscalizar uns aos outros, constituindo um sistema de freios e contra-pesos. A título de exemplo, cite-se que os membros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são nomeados pelo Chefe do Poder Executivo e aprovados pelos membros do Legislativo, bem como que ao Judiciário incumbe a análise acerca da constitucionalidade e legalidade dos atos produzidos pelos demais poderes, invalidando-os se necessário, restando, portanto, nítida a interferência de um poder sobre o outro (arts. 5º, inc. LXIX; 102, inc. I, alínea "a"; e 125, § 2º, da Constituição). In: BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 222-224.

³⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit.

⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 215.

⁴¹ KRELL, Andreas Joachim. Op. cit.

⁴² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. [S.l.]: JusPodivm, 2006. p. 256.

somente sugerindo que o princípio da separação dos poderes não pode ensejar a não observância da aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais. O que ocorre é que as suas normas previsoras apenas necessitam que o Judiciário realize sua tarefa de garantir e efetivar os direitos fundamentais, atuando com maior empenho em sua complementação⁴³.

Quanto à legitimidade do Judiciário para legislar e dispor de políticas públicas, destaque-se que o princípio da legitimidade democrática tem como valor concretizar o princípio da igualdade no exercício do poder político⁴⁴. Em uma concepção absoluta, o princípio concretizar-se-ia através do Executivo e do Legislativo, que têm seus representantes eleitos pela maioria da população. No entanto, ele não pode ser aplicado sob este viés, sob pena de exclusão de uma minoria necessitada, que deve ter a sua dignidade respeitada⁴⁵.

Ora, a democracia não significa aplicação absoluta da regra majoritária, mas sim uma harmonização entre esta e a concretização dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, uma vez que são eles “condições pressupostas do regime democrático e é nesse ponto que a regra majoritária, longe de ser absoluta, encontra limites”⁴⁶.

Neste diapasão, CANOTILHO leciona que, apesar da democracia representar a escolha majoritária, a minoria não pode ser ignorada, sob pena de jamais ser reconhecida⁴⁷. Assim também sustenta Clèmerson Merlin CLÈVE ao asseverar que o Judiciário é o delegado do Poder Constituinte, motivo por que este invoca a atuação daquele para garantir a observância dos direitos fundamentais protegendo “a maioria permanente (constituente) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura)”⁴⁸, possibilitando, desta maneira, que a minoria um dia possa tornar-se a maioria.

Demais disso, a legitimidade democrática dos Poderes Executivo e Legislativo deve ser analisada com certa ressalva, pois embora eleitos diretamente pela população, nem sempre alcançam a vontade da maioria governada, ao contrário do Poder Judiciário, que representa um “perfeito paradigma da democracia representativa”⁴⁹, tendo em vista que no exercício do poder político, o Executivo e o Legislativo, estabelecem alianças e apoios que não se referem às decisões majoritárias.

⁴³ Idem.

⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 226.

⁴⁵ Ibidem, 227-228.

⁴⁶ Ibidem, p. 227.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 329.

⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**.

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad.: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 94-95.

De outro lado, o Mauro CAPPELLETTI defende que o Poder Judiciário é provido de certa representatividade, pois os juízes dos tribunais superiores são nomeados pelo Executivo e aprovados pelo Legislativo, motivo por que estão de acordo com a ideologia daqueles que foram eleitos diretamente pelo povo, bem como que o Poder Judiciário, ao revés dos demais, tem o dever de fundamentar publicamente as suas decisões, buscando o convencimento do público a propósito da legitimidade da sua decisão⁵⁰.

Portanto, a democracia não pode visar simplesmente à satisfação da maioria, sob pena de afronta à igualdade material, já que a minoria também deve ter seus direitos garantidos, o que só é possível através do processo judicial. Assim, a garantia dos direitos fundamentais sociais prestacionais pelo Poder Judiciário não afronta o princípio democrático, mas sim o protege⁵¹.

Neste mesmo sentido, Ana Paula de BARCELLOS defende a legitimidade democrática do Judiciário sob os argumentos de que: (i) foi instituído pela Constituição, criada e concebida pelos representantes do povo; (ii) seus os órgãos superiores têm seus membros nomeados pelos Poderes Executivo e Legislativo, os quais têm seus representantes eleitos pelo povo; (iii) os grupos minoritários, não ouvidos pelo processo legislativo, terão o processo judicial para recorrer, que, devido ao contraditório, apresenta uma maior participação das partes; (iv) sua atuação tem como fundamento e limite a Constituição, criada pelos representantes da população; e (v) as decisões judiciais são públicas, motivadas e revisáveis, logo, acessíveis a todos⁵².

Assim, pode-se concluir que tanto o princípio da separação dos poderes, quanto o da democracia majoritária não são absolutos, pois visam à proteção da dignidade da pessoa humana, alcançada com a efetividade dos direitos fundamentais, em especial os sociais, que buscam garantir uma vida minimamente digna, sendo essenciais para fruição dos direitos individuais. Ademais, a democracia se reduzir à idéia majoritária, envolvendo também participação, tolerância e liberdade, sendo impossível a sua resistência numa sistemática sem proteção aos direitos fundamentais⁵³. Logo, a atuação do Judiciário na efetivação destes direitos não é ilegítima.

Por fim, pelos direitos prestacionais exigirem prestações fático-materiais por parte do Estado, coloca-se outro óbice a propósito de sua efetivação pelo Judiciário, sob o argumento de que ele não estaria apto a interferir na alocação de recursos orçamentários. Sustenta-se que os direitos prestacionais, ao contrário dos direitos de defesa, geram custos para o Poder Público, pressupondo disponibilidade financeira,

⁵⁰ Ibidem, p. 96-98.

⁵¹ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético Jurídicos. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 561.

⁵² BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 231-232.

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 106-107.

limitando-se àquilo que o Estado possui nos cofres públicos. No entanto, todos os direitos fundamentais são positivos, pois exigem proteção e garantia por parte do Estado, necessitando de recursos orçamentários⁵⁴. Logo, a efetividade dos direitos fundamentais, tanto de defesa, quanto prestacionais, implica investimentos⁵⁵, pois pressupõem a criação de condições institucionais por parte do Estado.

Portanto, os direitos sociais exigem atuação positiva por parte do Estado, tanto quanto os direitos civis e políticos, sendo errônea e simplificada a idéia de que apenas os direitos sociais prestacionais demandariam atuação positiva do Estado, enquanto os direitos civis e políticos exigiriam tão somente atuações negativas e abstenções estatais⁵⁶.

No entanto, em face da necessidade da prestação fático-material, os direitos fundamentais prestacionais acarretam em um custo maior aos cofres públicos quando comparados aos direitos de defesa. Assim, é inegável que o custo da efetivação dos direitos prestacionais é mais oneroso aos cofres públicos, razão pela qual as decisões judiciais acerca das políticas públicas implicam significativa alocação de recursos orçamentários.

Por outro lado, tem-se a questão da disponibilidade financeira por parte dos cofres públicos, razão pela qual parte da doutrina sustenta que a efetivação dos direitos fundamentais limita-se à chamada reserva do possível, o que significa, nas palavras de CANOTILHO, “que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”⁵⁷.

Certo é que os recursos do Estado não são infinitos, motivo por que o argumento da reserva do possível não pode ser ignorado, devendo ser levado em conta pelo Poder Judiciário quando da concretização dos direitos fundamentais⁵⁸. Todavia, o argumento da reserva do possível não pode ser levantado como simples obstáculo e

⁵⁴ A título de exemplo, cite-se o direito de propriedade que pressupõe manutenção e proteção contra possíveis violações. In: BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz. **Jurisdição Constitucional: Entre Constitucionalismo e Democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 182-185.

⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 591.

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 245.

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 481.

⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 245.

desculpa para a não efetivação dos direitos fundamentais prestacionais pelo Poder Judiciário sem que haja, ao menos, um estudo detalhado acerca do tema⁵⁹.

Necessita-se, portanto, estabelecer uma prioridade na aplicação dos recursos orçamentários. Para tanto, deve-se dar preferência aos objetivos estimados como indispensáveis pela Carta Magna⁶⁰, ou seja, na realização do bem-estar do cidadão, na garantia de uma vida digna, que abrange a garantia dos direitos individuais e dos bens fáticos considerados essenciais⁶¹. Por sua vez, os recursos restantes “haverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento”⁶².

Visto que não há como se conceber os direitos fundamentais prestacionais como normas não-vinculantes, não sujeitas ao controle jurisdicional, bem como que apresentam imensa relevância perante o ordenamento jurídico, “a decisão sobre garanti-los ou não garanti-los não pode ser simplesmente deixada pela maioria parlamentar simples”⁶³.

Neste sentido, Flávia PIOVESAN, sustenta que por serem direitos legais, “a idéia de não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis, e demandam séria e responsável observância”⁶⁴. Para tanto, afirma que o Poder Legislativo tem o deveres de, em prazo razoável, concretizar tais direitos mediante legislação regulamentadora, bem como de regulamentá-los de acordo com a disposição da norma constitucional. Por sua vez, caberia ao Judiciário, ao aplicar as normas constitucionais previsoras de direitos fundamentais, a tarefa de interpretá-las com observância no princípio da máxima efetivação, intensificando as normas constitucionais previsoras de direitos fundamentais, de maneira que lhes possibilite a aplicabilidade imediata independentemente da promulgação de legislação ulterior que a regule⁶⁵.

Nesta seara, Eros Roberto GRAU sustenta que incumbe tanto ao Poder Judiciário, quanto aos Poderes Executivo e Legislativo, conferir efetividade aos direitos

⁵⁹ Ibidem, p. 237. Demais disso, há que se considerar que a teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha, numa sociedade desenvolvida, motivo por que não pode ser simplesmente transmutada para o Brasil, que possui uma sociedade periférica e em constante crise. Isto é, não é possível adotá-la “levar-se em conta os condicionamentos sócio-culturais e econômico políticos a que estão sujeitos”⁵⁹ o modelo jurídico pátrio. In: KRELL, Andreas Joachim. Op. cit.

⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 242.

⁶¹ Ibidem, p. 246.

⁶² Ibidem, p. 242.

⁶³ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 511.

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salmão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principlológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 183-184.

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 90-91.

A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS
COMO FORMA DE GARANTIA DE SEU CONTEÚDO ESSENCIAL

fundamentais, ainda que, para tanto, perante a ausência de normas reguladoras, o Judiciário tenha que criar o direito, indo, portanto, além da mera aplicação e interpretação⁶⁶. Por sua vez, BARROSO defende que a ausência de norma regulamentadora dos direitos prestacionais não deve obstar a sua aplicação imediata, motivo por que, quando reivindicado um direito fundamental perante o Poder Judiciário, este deverá concretizá-lo, tendo em vista a disposição do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil⁶⁷.

Assim, a previsão constitucional que comanda a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é válida a todas as categorias destes, independentemente “de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a *plena justiciabilidade* destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência destinada à sua efetivação”⁶⁸ [grifos no original]. Logo, o Judiciário tem o “poder-dever” de atuar, quando provocado, para conferir aplicabilidade imediata aos preceitos previsores destes direitos, independentemente de regulação legal, de forma a garantir a repleta satisfação do direito subjetivo consagrado pela norma constitucional, em observância à vinculação dos órgãos públicos, à norma consagradora da aplicabilidade imediata e à inafastabilidade do controle judiciário, prevista pelo art. 5º, inc. XXXV, da Constituição.

No mesmo contexto, Estefânia Queiroz BARBOZA defende que “o Judiciário – na ausência de implementação dos direitos sociais pelos poderes eleitos –, por meio do ativismo judicial da interpretação substantiva dos direitos sociais, deve buscar realização, nem que isso implique opções políticas”⁶⁹.

Conforme visto, o Judiciário apresenta legitimidade para efetivar os direitos fundamentais sociais de prestacionais. No entanto, tal atuação não pode ser extensa, o juiz não pode fixar amplamente políticas públicas ou discricionariamente escolher uma solução política para o caso quando há várias e a maioria fez sua opção, motivo por que a sua atuação possui limites⁷⁰.

Portanto, a convivência harmônica entre os princípios da democracia majoritária e da separação dos poderes com o da dignidade humana está em “atribuir-se eficácia jurídica positiva apenas ao núcleo da dignidade, ao chamado *mínimo existencial*”⁷¹ [grifos no original], de modo que este seja garantido mesmo perante a mudança dos representantes escolhidos pelo povo e suas opções políticas, já que sempre poderá ser reivindicado pela via judiciária. Ou seja, ainda que as decisões acerca de políticas

⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 321.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 144-145.

⁶⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 255.

⁶⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**, p. 182.

⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 232.

⁷¹ *Ibidem*, p. 233.

públicas caibam primordialmente aos Poderes eleitos pelo povo, os direitos fundamentais apresentam um conteúdo essencial, que não está à disposição da maioria, razão por que a atuação do Poder Judiciário que vise a proteger esse núcleo essencial não pode ser considerada ilegítima, mesmo nos casos em que implique alocação de recursos orçamentários⁷².

4. O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS SINDICÁVEL PERANTE O PODER JUDICIÁRIO

Apesar de a Constituição brasileira não prever a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais⁷³, tal proteção trata-se de garantia evidente, pois decorre da superioridade normativa da Constituição, bem como da relevância dos direitos fundamentais nos sistemas constitucionais rígidos⁷⁴.

Por ser o princípio constitucional de maior valor axiológico, a dignidade da pessoa humana é intimamente ligada com o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exigindo e pressupondo o seu reconhecimento e proteção, pois “sem que reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade, estar-se-á lhe negando a própria dignidade”⁷⁵.

Cumprir mencionar que a obrigação do Estado em garantir a dignidade da pessoa humana, vai além do dever dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário respeitarem este princípio constitucional hierarquicamente superior em sua dimensão negativa (como direito de defesa), vinculando-o, também, em sua dimensão positiva, impondo que o Poder Público atue no sentido de garantir a todos uma vida digna (como direito a prestação)⁷⁶.

No que tange aos direitos fundamentais sociais prestacionais, a dignidade da pessoa humana demonstra-se como um elemento ainda mais importante, tendo em vista ser impossível afirmar a existência de vida digna, quando o cidadão não tem seus

⁷² MENDONÇA, Eduardo. A Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 233.

⁷³ Ao contrário das Cartas da Alemanha (art. 19, § 2º) e de Portugal (art. 18, III), que comandam que este núcleo essencial mínimo é irreduzível e irrestringível. In: OLSEN, Ana Carolina. Op. cit., p. 149.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 39.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 87.

⁷⁶ SCHULTE, Bernd. Direitos Fundamentais, Segurança Social e Proibição de Retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 307.

A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS
COMO FORMA DE GARANTIA DE SEU CONTEÚDO ESSENCIAL

direitos à saúde, moradia, trabalho, educação etc., assegurados. Relembre-se que os direitos sociais prestacionais visam à igualdade material, buscando proteger o cidadão contra as necessidades fático-materiais, garantindo-lhe uma vida minimamente digna, bem como que são direitos necessários para assegurar a fruição dos demais direitos fundamentais, vez que apenas com igualdade material torna-se possível o exercício dos direitos à liberdade e à propriedade, entre outros⁷⁷.

Demonstrou-se que a realidade, em especial a escassez de recursos, impõe limites à plena concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, motivo por que CLÈVE defende que são direitos de eficácia progressiva⁷⁸, o que, todavia, enseja uma eficácia mínima a estes direitos, que visam à igualdade material, e a este propósito, surge o mínimo existencial.

Ainda que o mínimo existencial não possua garantia expressa pela nossa Constituição, é fato que se trata de um direito subjetivo, conforme bem asseverou Robert ALEXY, ao afirmar que “não é nenhuma obviedade que, sob uma Constituição que não o garante expressamente, a existência de um direito subjetivo ao mínimo existencial, em nível constitucional, seja maciçamente sustentada pela jurisprudência e pela doutrina”⁷⁹.

Para CLÈVE, o mínimo existencial implica ao Estado uma obrigação de respeito, resultante tanto dos direitos fundamentais sociais, quanto da irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesta seara, o autor sustenta que sem os bens mínimos necessários à existência humana, não há dignidade, bem como que “o mínimo existencial implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais”⁸⁰. Porém, assim como os demais doutrinadores, afirma que a definição exata dos direitos fundamentais não é algo simples.

O mínimo existencial é composto pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, é o “mínimo necessário e indispensável, do mínimo último,” para que o “ser humano [não] perca sua condição de humanidade”⁸¹. Portanto, o mínimo existencial é a eficácia mínima que deve ser conferida aos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional (sob pena de afronta à dignidade da pessoa humana, princípio basilar do ordenamento constitucional), sobre o qual não podem prevalecer os

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 92.

⁷⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**.

⁷⁹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 437.

⁸⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**.

⁸¹ Cabe registrar que o Estado não pode ater-se à garantia do, tão-somente, mínimo existencial, ou seja, da efetividade mínima dos direitos fundamentais sociais, devendo, além disso, garantir que o ser humano possa desenvolver sua dignidade autonomamente. In: Idem.

argumentos da reserva do possível e da ofensa aos princípios da democracia e da separação dos poderes.

CONCLUSÃO

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais passaram a caracterizar-se como verdadeiros e autênticos direitos fundamentais, revestidos de aplicabilidade direta e imediata. Todavia, como os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional exigem atuação positiva do Estado, visando a conferir ao seu titular prestações fático-materiais e os preceitos constitucionais os prevêm de maneira vaga e aberta, a plena efetivação destes direitos depende de legislação ulterior e disposição de políticas públicas, tarefas que incumbem ao Executivo e Legislativo.

Pela importância destes direitos para a fruição de uma vida digna e dos demais direitos fundamentais se busca a concretização deles pelo Judiciário, quando os demais Poderes restam omissos. Ocorre que vários óbices são levantados à atuação. Entre eles, os princípios da separação dos poderes e da democracia e a reserva do possível, os quais, em razão da “dogmática constitucional emancipatória”⁸², devem ser vistos sob uma nova ótica.

Desta forma, tendo em vista que o princípio da separação dos poderes surgiu como forma de proteção dos direitos fundamentais contra o exercício arbitrário do poder por uma única pessoa, não pode ser hoje utilizado como óbice para concretização destes, sejam eles civis e políticos, sejam sociais, motivo por que o princípio em comento deve ser visto de forma relativa, e não mais absoluta. Por sua vez, o argumento do princípio da legitimidade democrática também não deve proceder, uma vez que, além de o Poder Judiciário também ser revestido de legitimidade democrática, a democracia não é imposição da vontade da maioria, sem observância dos direitos da minoria, os quais devem ser respeitados e concretizados a fim de possibilitar que um dia esta minoria venha a tornar-se maioria.

Por fim, tem-se o argumento da reserva do possível, o qual também deve ser relativizado, pois a concretização de todos os direitos fundamentais acarreta custos aos cofres públicos, ainda que a efetivação dos prestacionais exija o dispêndio de recursos mais elevados. Ademais, o grande problema na maioria das vezes não é a falta de verbas, mas sim a errônea alocação destes recursos, em discordância com as determinações constitucionais.

⁸² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais.**

A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS
COMO FORMA DE GARANTIA DE SEU CONTEÚDO ESSENCIAL

Por outro lado, restou demonstrado que não se pode negar que a competência para dispor de políticas públicas e da alocação de recursos não é do Judiciário, mas sim do Executivo e do Legislativo, motivo por que o ativismo judicial na concretização dos direitos prestacionais deve dar-se num patamar mínimo, ou seja, deve ter como limite a concretização do mínimo existencial.

Porém, levando-se em conta os limites fáticos à plena concretização dos direitos fundamentais prestacionais, em especial a escassez de recursos orçamentários, o mínimo existencial pode ser entendido como o conteúdo mínimo essencial dos direitos prestacionais que deve ser assegurado pelo Estado, sob toda e qualquer hipótese, visando a garantir aos cidadãos as condições mínimas necessárias para uma vida digna. Portanto, o mínimo existencial deve ser encarado como o mínimo de eficácia que se deve atribuir aos direitos fundamentais sociais prestacionais, sobre o qual o Poder Judiciário apresenta legitimidade para atuar, quando os demais restarem inertes, sem que possam prevalecer os argumentos levantados contra a sua atuação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Virgílio José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 392.

ARENHART, Sérgio Cruz. **As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177&p=1>>. Acesso em: 01 set. 2008.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A Problemática da Efetividade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Plano Nacional. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. v. 1. p. 259-276.

_____. **Jurisdição Constitucional: Entre Constitucionalismo e Democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 182-185.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad.: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 94-95.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <<http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/boletim-cientifico/boletim8.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2008.

_____. **O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441>. Acesso em: 25 maio 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. [S.l.]: JusPodivm, 2006. p. 256.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

KELLER, Arno Arnoldo. Perspectivas para a Efetividade do Direito. In: _____. **A Exigibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 195-274.

KRELL, Andreas Joachim. **Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos: Uma Visão Comparativa**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_144/r144-17.PDF > Acesso em: 02 set. 2008.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MENDONÇA, Eduardo. A Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SOUZA NETO,

A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS
COMO FORMA DE GARANTIA DE SEU CONTEÚDO ESSENCIAL

Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 231-278.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível.** Curitiba: Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salmão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2003. p. 181-197.

_____. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 233-262.

_____. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988.**
Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2008.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético Jurídicos. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 561.

SCHULTE, Bernd. Direitos Fundamentais, Segurança Social e Proibição de Retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 301-332.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.