

RESUMO

Ser cidadão em uma sociedade é também poder usufruir de direitos sociais para que se alcance uma vida digna. Dada a importância dos direitos sociais na vida dos indivíduos, até mesmo como condição de fruição dos direitos de liberdade, é indispensável saber o que o Supremo Tribunal Federal entende a respeito. A essencialidade destes direitos é protegida, desde logo, com a concepção destes direitos como direitos fundamentais do ser humano. No entanto, são direitos que, nem sempre, encontram possibilidades de imediata realização, isso porque são direitos de conteúdo polifacético que, por vezes, demandam recursos financeiros. Também será analisada uma outra razão para a dificuldade de concretização destes direitos, qual seja o embate entre a teoria da reserva do possível e o mínimo existencial.

Palavras-chave: Direitos sociais. Supremo Tribunal Federal. Concretização de direitos sociais. Mínimo existencial. Reserva do possível.

ABSTRACT

Being a citizen in a society is also being able to enjoy social rights in order to achieve a dignity life. Given the importance of social rights in the individual lives, even as a condition of enjoyment of the rights of freedom, it is indispensable to know what the Brazilian Supreme Court understands about this issue. The essentiality of these rights is protected, therefore, with the understanding of these rights as fundamental to human beings. However, they are rights that not always have immediately execution because of their multifaceted content that requires as almost always financial resources. Also, it is going to be considered another reason for the difficulty in realizing these rights, which is the clash between the possible reserves and the existential minimum theories.

Keywords: Social rights. Federal Supreme Court. Effectiveness of social rights. Existential minimum. Reserve of the possible one.

* Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP. Professora das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Advogada.

Introdução

O tema central diz respeito ao posicionamento e dificuldades enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal, que é o “guardião da Constituição”, a respeito das suas decisões sobre os direitos sociais, que são direitos dotados de particularidades que fazem da atuação do Judiciário um desafio na implementação destes direitos.

O ponto de partida, para tanto, é saber o que são os direitos sociais? Saber qual a consequência jurídica dos direitos sociais serem direitos fundamentais – assim como os direitos de liberdade e fraternidade – e, neste sentido, identificar se aos direitos sociais também se aplica o artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição, segundo o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Ainda, identifica-se as formas de posituação desses direitos e de que forma ela implica na realização dessas normas jurídicas.

Para análise da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, aponta-se os limites concretos que referidos direitos encontram, como a teoria da reserva do possível e a necessidade de concretização do mínimo existencial de cada ser humano, quando se tratar de direitos sociais que exijam recursos financeiros. Outro desafio, na efetivação dos direitos sociais, diz respeito à própria competência do Poder Judiciário na determinação destes direitos diante da Separação dos Poderes, instituída pelo Estado de Direito.

Neste sentido, não há como ignorar a importância dos direitos sociais para os indivíduos e a atuação do Poder Judiciário para concretizá-los. Tratam os direitos sociais da proteção do bem-estar humano e do pleno desenvolvimento da personalidade humana diante das desigualdades sociais.

Os direitos sociais encontram-se localizados no Título II, Capítulo II, da Constituição Brasileira, intitulados,

respectivamente, como “Direitos e Garantias Fundamentais” e “Dos Direitos Sociais”. Entretanto, de forma detalhada, estes direitos são encontrados, também, no Título VIII, denominado como “Da Ordem Social”, a partir do qual são encontrados capítulos específicos a tratar dos direitos à seguridade social (saúde, assistência e previdência), à educação, à cultura, ao desporto, à ciência e tecnologia, à comunicação social, ao meio ambiente, à família, à criança, ao adolescente, ao jovem, ao idoso e aos índios. Ainda, cabe destacar que mudanças recentes ao artigo 6º da Constituição trouxeram a inclusão dos direitos à moradia e à alimentação ao rol dos direitos sociais.

1. Direitos sociais enquanto direitos fundamentais

A referência aos direitos sociais os aponta como sendo “atividades impostas ao Estado visando o bem-estar e o pleno desenvolvimento da personalidade humana”¹ ou “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade”² ou, ainda, “como direitos fundamentais de segunda geração, são aqueles que reclamam do Estado um papel prestacional, de minoração das desigualdades sociais.”³

Não obstante os direitos sociais possuírem entre eles uma identidade de objetivos na proteção do bem-estar do ser humano, os direitos sociais são marcados por estruturas jurídicas diferenciadas que dificultam um único conceito a respeito deles.

Pontos comuns entre os direitos sociais é que são todos eles direitos fundamentais do homem e, também, direitos que pressupõem a existência de pessoas que não contam com recursos mínimos para a sua subsistência digna. O Estado é referência para estes direitos tanto

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 22ª edição, pág.387-388.

² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 22ª edição, pág.284.

³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES Jr., Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 13ª edição, pág.117.

em uma perspectiva normativa reguladora, como também estritamente prestacional. Neste sentido, explica Vidal Serrano Nunes Júnior que:

direitos sociais é subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.⁴

Pode-se dizer que os direitos sociais demarcam uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais ao demarcar o perfil do Estado que os reconhece e protege. Aponta o tipo de Estado e de estrutura socioeconômica que se pretende realizar. Trata-se do Estado Social, prestador de serviços públicos e protetor das relações socioeconômicas com objetivo de intervir nas relações econômicas para proporcionar um equilíbrio ao modelo capitalista de produção.

Determinado pelo Título II da Constituição que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, os direitos sociais compõem o rol de direitos fundamentais assegurados pelo Estado Brasileiro. Assim, juntamente com os direitos individuais, da nacionalidade, políticos e dos partidos políticos, encontram-se os direitos sociais.

Como consequência do reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, aplica-se a eles toda teoria geral destes direitos àqueles. Em outras palavras, são características, também, dos direitos sociais: a historicidade, a universalidade, a autogeneratividade, a irrenunciabilidade, a limitabilidade e a possibilidade de concorrência entre os direitos.

A historicidade e, mesmo, a autogeneratividade, colocam os direitos sociais como componentes da segunda geração dos direitos fundamentais. Assim, quanto à historicidade aponta-se a evolução pela qual

estes direitos passaram ao longo do tempo e que fizeram deles uma necessidade social. E, no mesmo sentido, a autogeneratividade que não deixa os direitos já conquistados serem revogados, ao contrário, a cada novo direito conquistado agrega-se aos demais já existentes.

O grande diferencial é que a proteção dos direitos sociais ocorre no sentido de buscar uma igualdade material entre os homens, em decorrência de necessidades advindas do modelo econômico e da segregação social. A particularidade que distingue os direitos sociais dos direitos individuais (direitos de 1ª geração: liberdade) é que ao invés da abstenção do Estado proclamada pelos direitos individuais, os direitos sociais, em grande parte, requerem uma atitude positiva do Estado. Portanto, um Estado prestativo.

O fato é que não obstante os direitos sociais constituírem um conjunto de direitos distintos dos direitos individuais, esses direitos devem ser analisados conjuntamente. Só o ser humano liberto do temor e da miséria é que pode usufruir das liberdades e demais direitos fundamentais.

A proteção destes direitos decorre de fatos históricos no início do século XX. Podemos citar a revolução socialista na União Soviética, a quebra da bolsa de valores nos Estados Unidos da América em 1929 e o reconhecimento destes direitos pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919).

O primeiro documento histórico, com maior significação no campo dos direitos sociais, foi a Constituição Francesa de 1848. Posteriormente à Segunda Guerra Mundial e ao Holocausto (1939 a 1945), deu lugar ao ressurgimento de uma perspectiva ética nas relações humanas, que alça os direitos humanos em uma nova dimensão. Em 1948, adota-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1789), pautada em três princípios que identificam as três gerações de direitos fundamentais: liberdade, igualdade e fraternidade. Seguindo a ordem cronológica, outro documento importante é o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais

⁴ NUNES Jr., Vidal Serrano. A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e

Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, pág.70.

e Culturais (1966), ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

A partir desses fatos históricos, afirma-se que a positivação dos direitos sociais constitucionalmente foi um conquista de inúmeros movimentos que proclamavam um novo papel por parte do Estado na sociedade. O Estado assume um papel promotor da igualdade, mediante o reconhecimento e a proteção de direitos sociais, econômicos e culturais.

A conquista brasileira dos direitos sociais ocorreu com a Constituição de 1934 que, entretanto, teve curto período de vigência, sendo revogada pela Constituição de 1937 de cunho autoritário. Embora as pedras para o Estado do Bem-estar tenha se fixado a partir desta Constituição, a primeira Constituição brasileira (1824), outorgada pelo imperador, embora não tivesse propriamente o recorte de uma Constituição que reconhecesse e declarasse direitos sociais, sem adotar esta nomenclatura, apresentou uma abertura nesse sentido. Contudo, acabou por não influenciar a primeira Constituição Republicana (1891), que, refletindo o pensamento liberal da época, limitou-se a disposições relacionadas à organização do Estado e ao reconhecimento dos direitos de liberdade, retrocedendo, assim, na proteção dos direitos sociais.

Foi com a Constituição de 1946 que se retomou ideais democráticos, repudiando o caráter autoritário de sua antecessora. Entretanto, a Constituição de 1967, caudatária do golpe militar de 1964, não modificou os direitos fundamentais previstos, mas, por outro lado, dificultava sua aplicação. Nada mudou com a emenda que culminou na Constituição de 1969.

1.1. Aplicação do artigo 5º, §1º da Constituição Brasileira

Desafio que se apresenta ao intérprete é saber se o artigo 5º, §1º da Constituição Brasileira não é apenas aplicado em relação aos chamados direitos de liberdade, mas, também, em relação aos direitos sociais, notadamente

aqueles que determinam uma atuação positiva por parte do Estado, já que, segundo o enunciado da referida norma, os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Identificamos, anteriormente, que os direitos sociais são também direitos fundamentais e que, por isso, beneficia-se da teoria aplicada aos direitos fundamentais. Observa Ingo Wolfgang Sarlet que do ponto de vista da literalidade ou, mesmo, utilizando-se dos métodos de interpretação teleológico e sistemático, acabará por conduzir ao mesmo resultado de que não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas na nossa Constituição.⁵

Ocorre que, saber se aos direitos sociais é reconhecida a aplicabilidade imediata das normas, implica no desafio de saber e em que medida ocorre a concretização destes direitos, já que aqueles que demandarem uma atuação prestativa por parte do Estado ensejarão uma mudança nos destinos do orçamento público.

Ocorre que ao reconhecer aplicação imediata aos direitos fundamentais, entenda-se direitos individuais e sociais, a Constituição não quiz que estes direitos ficassem dependentes da discricionariedade do administrador para sua realização, não em sua totalidade. A maior ou menor medida de políticas públicas destinadas a cada um dos direitos sociais não deixa de fazer parte da política econômico-social de cada governante. Contudo, não se pode deixar os indivíduos a mercê da falta de proteção que a Constituição lhe garante. Não há dúvida de que a intenção do constituinte foi impedir que os direitos fundamentais permaneçam letra morta na Constituição. Não existindo identidade entre a Constituição e a realidade, faltaria legitimidade da Constituição, pois esta seria simplesmente uma “folha de papel”, como anota Ferdinand Lassalle.⁶

O desafio é grande e a doutrina diverge a respeito.⁷ Para Ingo Wolfgang Sarlet,

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico. Ano I – Vol I – N.º.1 – Abril de 2001. Site: direitopublico.com.br. p.26 e 27.

⁶ LASSALLE, Ferdinand. O que é uma Constituição ?

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. “(...) registrando-se que as diferentes concepções encontradas oscilam entre os que, adotando posição extremamente tímida, sustentam que a

independentemente da forma de positivação destes direitos, por menor que seja a densidade normativa, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos. Neste sentido, acrescenta que:

(...) a norma contida no art.5º, §1º da CF, impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais. Além disso, há que dar razão aos que ressaltam o caráter dirigente desta norma, no sentido de que esta, além do objetivo de ‘assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, tem por finalidade tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, (...) investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos.

(...) somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art.5º, §1º, de nossa Constituição, é a que parte da premissa de que se cuida de norma de natureza principiológica, que, por esta razão, pode ser considerada como uma espécie de mandado de otimização (maximização), isto é, que estabelece para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entendimento sustentado, entre outros, por Gomes Canotilho e entre nós adotado por Flávia Piovesan (...)”⁸

Na linha do exposto, a melhor interpretação é aquela que reconhece a aplicação imediata a todos os direitos fundamentais, inclusive aos direitos sociais. Contudo, deve-se levar em conta as

norma em exame não pode atentar contra a natureza das coisas, de tal sorte que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei, e os que, situados em outro extremo, advogam o ponto de vista segundo o qual até mesmo normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em virtude de sua imediata aplicabilidade, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa.” Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo

particularidades das normas e, mesmo, do caso concreto, para encontrar a medida certa de cada norma a ser aplicada, na busca sempre da maximização da sua eficácia. Dessa forma, as normas deixam de ser simples programas para alcançar força vinculante na sua aplicação. Deixa o Estado sem o argumento da falta de normatividade da norma para alcançar a sua obrigação de, ao menos, demonstrar as tentativas de concretização dos direitos sociais que demandam prestações positivas.

2. Conteúdo polifacético dos direitos sociais

É na doutrina de Vidal Serrano Nunes Júnior que se ergue a compreensão do conteúdo polifacético dos direitos sociais. Diferentemente do estudo sobre a eficácia e a aplicabilidade das normas de direitos sociais, esta teoria indica os meios, os modos e os níveis de proteção com que as normas de direitos sociais foram acomodadas ao texto constitucional.⁹

Isso significa que os direitos sociais foram institucionalizados de formas diferentes, sendo possível encontrá-los como normas programáticas, como normas atributivas de direitos públicos subjetivos, como normas consagradoras de garantias institucionais, como cláusulas limitativas do poder econômico e, como normas projectivas.

Essa diferença quanto ao modo de positivação das normas de direitos sociais facilita a compreensão de como estas normas são concretizadas. Sendo assim, a forma pela qual o poder constituinte as reconheceu expressamente na Constituição auxilia o estudo da atuação do Poder Judiciário frente a este conjunto de direitos.

As normas de direitos sociais apontadas como normas programáticas são aquelas que

Jurídico. Ano I – Vol I – N.º.1 – Abril de 2001. Site: direitopublico.com.br. p.27.

⁸ SARLET. Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico. Ano I – Vol I – N.º.1 – Abril de 2001. Site: direitopublico.com.br. p.29.

⁹ NUNES JR., Vidal Serrano. A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, pág.97.

apontam diretrizes, tarefas ou finalidades a serem atingidas pelo Poder Público. Ocorre que ao indicar a finalidade a ser alcançada, como, por exemplo, a busca pelo pleno emprego, prevista no art.170, VIII, da Constituição, quando trata da ordem econômica, não aponta como, nem quando e o que deve ser exatamente feito para a concretização deste direito.¹⁰ Deixa, portanto, uma margem de discricionariedade ampla para o poder público que torna difícil o seu questionamento quanto a sua concretização.

Entretanto, essa amplitude que a norma comporta não pode ser utilizada como justificativa para o seu não cumprimento. Ao contrário, deve-se cobrar em relação a elas um mínimo de concretização dos seus ditames, que seja por meio do que ele tem desenvolvido para implementação destes direitos, seja por meio do reconhecimento de suas finalidades dentro do quadro de ações estatais.¹¹

As normas atributivas de direitos públicos subjetivos são aquelas com o “propósito de gerar aos indivíduos uma prerrogativa subjetiva, imediatamente usufruível.”¹² Em outras palavras, trata-se de um direito que impõe uma conduta a ser realizada de forma obrigatória por parte do Estado. É o caso dos direitos à saúde e à educação. O direito à saúde é previsto constitucionalmente como um direito de todos e dever do Estado. E, no mesmo sentido, o direito à educação é positivado pela Constituição como sendo um direito de todos e

dever do Estado e da família. Explica Vidal Serrano Nunes Júnior que este formato de posituação “revela um propósito claro: o de deixar a posse de alguns direitos, tidos como essenciais à dignidade, fora dos debates políticos e das pendengas partidárias.”¹³

As normas consagradoras de garantias institucionais são aquelas responsáveis pela organização do Estado como, por exemplo, o princípio da separação de poderes e as regras orçamentárias. Pretende-se por meio dessas normas garantir estruturas indispensáveis ao modelo de Estado adotado.¹⁴ Essas normas cumprem a função de limites para o legislador ordinário, no sentido de impedir que estes criem normas violadoras destas garantias e, também, funcionam como instrumentos que objetivam a preservação de determinados direitos tidos como essenciais para o Estado. É a situação da proteção conferida pela seguridade social, em que previdência, assistência e mecanismos de garantias do direito à saúde que buscam preservar os valores de um Estado Social.

As normas limitativas do poder econômico são aquelas previstas com a intenção de definir um modelo de liberalismo social. Isso porque, sendo o sistema econômico adotado o capitalismo, cujos princípios são os da livre iniciativa e da propriedade privada, se fez imprescindível impor limites a esta atuação liberal para alcançar valores sociais. A previsão dos direitos sociais na Constituição permite afirmar que realizam a missão de proteger os indivíduos em sua dignidade frente a atuação

¹⁰ NUNES JR., Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, pág.98.

¹¹ Neste sentido, Vidal Serrano Nunes Júnior: “Ressalte-se, porém, que o dispositivo em apreço, embora, em primeira linha, submetido a um juízo discricionário quanto aos meios de sua realização, na medida em que impõe ao Poder Público um dever de agir, pode engendrar o direito difuso à implementação de tal imposição constitucional, que seja em patamares mínimos, mesmo porque, ainda que se consinta na existência de um juízo discricionário quanto à realização da diretriz constitucional, é certo que tal discricionariedade não pode chegar às raias de conferir ao agente a prerrogativa de negar a aplicação da própria lei na qual stá alicerçada.” NUNES JR., Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, pág.102.

¹² NUNES JR., Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, pág.123.

¹³ NUNES JR., Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, pág.123.

¹⁴ Neste sentido, explica Ingo Wolfgang Sarlet que “a função precípua das garatias institucionais (descondiderada aqui sua eventual função como direito subjetivo, que, como visto, pode coexistir) é a de reforçar a proteção de determinadas instituições contra a ação erosiva do legislador, o que ressalta sua dimensão ao menos preponderantemente defensiva, isto é, destinada a bloquear ingerências dos poderes públicos. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pág.215)

desenfreada que o sistema capitalista propõe. São exemplos a valorização do trabalho, o direito de greve e, mesmo, a função social da propriedade. Sendo assim, são os direitos sociais limites ao liberalismo econômico, sendo possível identificar um liberalismo social brasileiro.

As normas projectivas ou, também apontadas por Vidal Serrano Nunes Júnior como normas de conformação do perfil social dos institutos jurídicos fundantes da ordem econômico capitalista trilharam o seu caminho para conformar o Estado sob o aspecto social. Este propósito pode ser identificado algumas vezes, como no caso da função social que a propriedade e uma empresa devem cumprir. A partir destes dois exemplos, tem-se de um lado o aspecto econômico e, de outro, o aspecto social que conforma este direito. São dois aspectos fazendo parte de um único objeto e que, por isso, devem sempre caminhar juntos. Dessa forma, conclui Vidal Serrano Nunes Júnior que:

tais princípios de conformação, que acabam por emprestar um forte significado social a institutos essenciais à configuração de nossa ordem econômica, além de claramente cristalizarem uma das formas de positivação de direitos sociais, possuem destacada importância prática, frequentemente olvidada pelos exegetas da Constituição, mas que, recebendo o adequado manejo jurídico, podem servir de relevante esteio à consecução do objetivo expressamente coligido à nossa ordem constitucional da economia, que, bem do rigor, transubstancia-se na finalidade última de todos os direitos fundamentais sociais: assegurar dignidade a todos conforme os ditames da justiça social.”¹⁵

Por meio das formas de positivação impede-se a colocação dos direitos sociais dentro de um mesmo grupo, ao contrário define-se um regime jurídico distinto a cada uma das formas. Consequentemente, a realização destes direitos sociais previstos

constitucionalmente pode ocorrer de forma diferente e, assim, implicar em diferentes formas de atuação do Poder Judiciário.

3. Supremo Tribunal Federal e os direitos sociais

3.1. Mínimo existencial versus Reserva do possível

A Constituição Brasileira prevê um rol extenso de direitos fundamentais que consagra a dignidade da pessoa humana. Ocorre que dado o extenso rol de direitos e a dificuldade de concretização ideal de todos eles, defende-se a teoria de um mínimo existencial e, ao lado, a teoria da reserva do possível.

A teoria do mínimo existencial é consagrada pela doutrina e jurisprudência brasileira não por ser um princípio expresso, mas, ao contrário, é identificado como um princípio implícito por normas consagradoras dos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana.

Trata-se da identificação de um núcleo essencial de direitos protetivos da dignidade da pessoa humana em relação aos quais o Estado deixa de ter a discricionariedade na sua implementação. Ao contrário, impõe ao Estado a obrigação de realizá-los para proporcionar a todos, condições mínimas de sobrevivência.

Ocorre que, em relação àqueles direitos que demandam uma prestação por parte do Estado, são impostos alguns limites contingenciais que obrigam uma reformulação quanto à sua concretização, como a discricionariedade do administrador público em suas escolhas orçamentárias, o caráter programático de algumas normas de direitos sociais e o próprio padrão socioeconômico de determinado Estado.

O desafio se encontra na determinação do que faz parte deste núcleo de direitos mínimos pertencentes ao ser humano, já que além de ser levada em consideração a realidade socioeconômica do lugar, também não tem como deixar de considerar as expectativas e

¹⁵ NUNES JR., Vidal Serrano. A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e

Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, pág.167.

necessidades do momento histórico no qual se encontra.¹⁶

Pode-se trabalhar com dois exemplos que apontam extremos desta teoria: o direito à saúde, já que em relação a este não se discute pertencer ao núcleo do mínimo existencial e, de outro lado, o acesso à internet. Neste caso, mais complexo porque o indivíduo consegue sobreviver sem este acesso, mas, por outro lado, impede-se a efetivação de outros direitos de grande importância.

A sociedade cada vez mais, com a evolução da tecnologia, adapta muitas de suas tarefas, que antes eram feitas de forma presencial, a serem realizadas por meio da internet. Ainda além, não se resume ao próprio acesso, mas também no poder aquisitivo para se adquirir um computador como instrumento indispensável à utilização da internet.

Portanto, o desafio é determinar o que faria parte deste conjunto de direitos pertencentes a um mínimo existencial que a todos deve ser garantido. Concorda-se com Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo quando explicam que:

De qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada ‘quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade’. Tal linha de fundamentação, em termos gerais e consoante já destacado, tem sido privilegiada também no direito constitucional pátrio, ressalvada

especialmente alguma controvérsia em termos de uma fundamentação liberal ou social do mínimo existencial e em relação a problemas que envolvem a determinação do seu conteúdo, já que, não se há de olvidar, da fundamentação diversa do mínimo existencial podem resultar consequências jurídicas distintas, em que pese uma possível convergência no que diz com uma série de aspectos.”¹⁷

A determinação do conteúdo de um mínimo existencial não é assunto que aqui se pretende esgotar, já que muitas são as opiniões sobre o que este núcleo abrangeria. Contudo, é preciso adotar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade na determinação destes direitos e levar em conta o atual estágio de desenvolvimento que uma sociedade se encontra. Somente a partir deste contexto é que será possível dizer o que é ou não prioridade para uma sociedade.

A determinação do mínimo existencial ganha destaque em face de outra discussão também relevante, aquela que se refere à teoria da reserva do possível.

A expressão “reserva do possível” tem sua origem na Alemanha, com a decisão proferida no Acórdão BVERGE 33, 303¹⁸, o qual, a partir de dois casos concretos, discutiu a constitucionalidade de lei estadual que regulamentava a admissão de alunos nas faculdades de medicina de Hamburgo e da Baviera. Tendo em vista o exaurimento da capacidade total de ensino destas universidades, instituíram-se limitações absolutas de admissão de calouros que vieram a ser questionadas em face do direito à livre escolha profissional e dos locais de ensino, bem como violação aos princípios da igualdade e do Estado social.

O Tribunal Constitucional Alemão entendeu no sentido de que: “mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html, pág.05.

¹⁷ Idem, pág.05

¹⁸ Acórdão BVERGE 33, 303

se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade.”

Ocorre que a incorporação da teoria da reserva do possível pelo sistema jurídico brasileiro não aconteceu nos termos da decisão

alemã. No Brasil, a reserva do possível foi adotada no sentido de limite financeiro e orçamentário que comporta os direitos sociais que exigem uma prestação por parte do Estado.¹⁹

¹⁹ Informativo 582 do Supremo Tribunal Federal: “Direito à Saúde - Reserva do Possível - “Escolhas Trágicas” - Omissões Inconstitucionais - Políticas Públicas - Princípio que Veda o Retrocesso Social (Transcrições) (v. Informativo 579) STA 175-AgR/CE* RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE VOTO O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à saúde não podem ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípuo destinatário. O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito à saúde, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis. (...) O desprestígio da Constituição — por inércia de órgãos meramente constituídos — representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado. Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (“Teoria de la Constitución”, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita, como já ressaltado, pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, como resulta evidente da seguinte decisão consubstanciada em acórdão assim ementado: “(...) DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA. O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir - simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional - a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. (...)” (RTJ 183/818-819, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) Em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública (RTJ

174/687 – RTJ 175/1212-1213), a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal. (...) Para além de todas as considerações que venho de fazer, há, ainda, Senhor Presidente, um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado. Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”, 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, “Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 40, 2002, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor, INGO W. SARLET, “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”, “in” Revista Público, p. 99, n. 12, 2001). Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em conseqüência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses — de todo inócua na espécie — em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais. Lapidar, sob todos os aspectos, o magistério de J. J. GOMES CANOTILHO, cuja lição, a propósito do tema, estimula as seguintes reflexões (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 1998, Almedina, p. 320/321, item n. 3): “O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode

Não há dúvida de que o sentido para reserva do possível adotado pelo Brasil não deve figurar como argumento para o Estado se eximir de suas obrigações. Ao contrário, existe o reconhecimento de que determinados direitos sociais, como saúde e educação, implicam um custo para o Estado e que, a depender da utilização da interpretação positivada na Constituição, podem se tornar direitos ilimitáveis.

fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado." (grifei) Bem por isso, o Tribunal Constitucional português (Acórdão nº 39/84), ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de saúde pública, vindo a proferir decisão assim resumida pelo ilustre Relator da causa, Conselheiro VITAL MOREIRA, em douto voto de que extraio o seguinte fragmento ("Acórdãos do Tribunal Constitucional", vol. 3/95-131, 117-118, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa): "Que o

Como solução, a doutrina e jurisprudência brasileira, já adotam a ideia de um mínimo existencial como sendo o caminho de delimitação para a própria utilização do termo "reserva do possível", pois impõe ao Estado o dever de, ao menos, garantir parcela de direitos que garantam a subsistência dos indivíduos e a possibilidade de desenvolver-se socialmente.

Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção. Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa - a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. (...) Se o fizesse, incorreria em violação positiva (...) da Constituição. Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados. Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social. Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da concepção deles a teoria constitucional, mesmo lá onde é escasso o elenco constitucional de direitos sociais e onde, portanto, eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do 'Estado social'." (grifei) (...). Sendo assim, em face das razões expostas, e considerando, sobretudo, Senhor Presidente, o magnífico voto proferido por Vossa Excelência, nego provimento ao recurso de agravo interposto pela União Federal. É o meu voto."

3.2. Judicialização da política

O papel do Poder Judiciário na implementação dos direitos sociais tem chamado a atenção de todos sob o argumento de violação da separação dos poderes. A partir da teoria de Montesquieu, em sua obra o “Espírito das leis”, sabe-se que os poderes exercem funções típicas e atípicas, bem como por meio de suas atribuições exercem um sistema de controle recíproco junto aos Poderes Executivo e Legislativo.

A dúvida é saber se o Poder Judiciário está exercendo função que é sua ou, ao contrário, se está invadindo a esfera de atribuições do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Isso porque, por meio de suas decisões, o Poder Judiciário tem reconhecido a obrigação do Estado na concretização de direitos sociais previstos constitucionalmente, ao invés de deixar na esfera de discricionariedade da administração a escolha sobre políticas públicas.

Decisão que marca esta atuação por parte do Poder Judiciário é a ADPF n.45, que teve como Relator o Min. Celso de Mello, segundo a qual:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE

DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Este papel ativo que se reconhece ao Poder Judiciário, na esfera de políticas públicas, desperta questionamentos e dúvidas a partir da própria expressão que o identifica, qual seja a “judicialização da política”. A confusão se justifica devido à utilização de outra expressão, já bastante conhecida, que é o “ativismo judicial” para, também, fazer menção a um papel ativo por parte do Poder Judiciário.

Neste trabalho, adota-se a distinção entre as expressões “judicialização da política” e “ativismo judicial”. A respeito da distinção, concorda-se com Luís Roberto Barroso quando diz que a judicialização é a atuação do Poder Judiciário em questões políticas e sociais que, a princípio, seriam decididas pelos Poderes Legislativo e Executivo e, que o ativismo judicial é a intervenção mais ampla e mais intensa do Poder Judiciário na esfera destes outros dois poderes. No primeiro caso, esta postura é legitimada pela própria Constituição que é analítica e que prevê direitos subjetivos, já no segundo caso seria o reconhecimento intenso da força normativa da Constituição, da qual se procura extrair o máximo de suas potencialidades. Assim, nas palavras de Luís Roberto Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política e social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. (...) Por outro lado, explica que o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar

a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”²⁰

Não é por meio deste trabalho que se pretende esgotar os temas da “judicialização da política” e do “ativismo judicial” que, por si só, demandariam um trabalho autônomo. O que se quer é mostrar a atuação do Poder Judiciário, em tempos recentes, no papel de concretizador de determinadas políticas públicas.

Sendo assim, não se discorda da atuação do Poder Judiciário na esfera de concretização de políticas públicas, já que o próprio Texto Constitucional, por meio do seu caráter analítico, permitiu que dele fossem extraídos direitos públicos subjetivos e um mínimo de eficácia jurídica.

Contudo, também, sem discutir, neste momento, se o caminho correto é a procura direta pelo Poder Judiciário ou, antes, se o correto seria recorrer à esfera administrativa de concretização de referidos direitos, a realidade é que o Poder Judiciário tem exercido este papel, sem deixar que o Texto se torne letra morta.

A respeito do dever do Estado na concretização do direito à educação, que como já se apontou se trata de um direito público subjetivo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu a favor da criação de vagas em creches e pré-escola para as crianças de zero e seis anos de idade, nos termos do RE-Agr 410715:

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 consequência, 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

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Internet:

http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf, pág.03-04.

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".

Já se demonstrou a grande amplitude de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente e a dificuldade, por questões orçamentárias, de concretizá-los dentro dos termos ideais previstos pela Constituição. Entretanto, já se considera um grande avanço, permitido apenas por este reconhecimento de normas com caráter constitucional, a implementação de direitos sociais previstos constitucionalmente como a saúde, a educação e, mesmo, a assistência social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais englobam três grandes grupos de direitos conquistados pela trajetória humana ao longo do tempo: direitos de liberdade, direitos sociais e direitos da fraternidade. Destacam-se os direitos sociais como sendo aqueles com o objetivo de proporcionar a igualdade entre todos os indivíduos e que, por isso, via de regra, demandam uma prestação positiva por parte do Estado.

É em relação à parte dos direitos sociais que requerem um dever positivo por parte do Estado que se coloca a dúvida sobre a viabilidade de lhes reconhecerem a aplicação imediata prevista aos direitos fundamentais. Por dependerem de previsão orçamentária e da organização financeira do Estado, estes direitos desafiam o intérprete na aplicação da norma constitucional. O que não se pode ter dúvida é que todos possuem, ao menos, a eficácia jurídica.

As normas de direitos sociais encontram-se positivadas de formas variadas que, conseqüentemente, implicam em formas distintas destes direitos serem realizados. A depender da forma pela qual o poder constituinte originário os consagrou, têm-se mecanismos constitucionais distintos de pleiteá-los.

O Poder Judiciário tem exercido um papel de destaque na implementação dos direitos sociais, principalmente no que tange àqueles positivados como direitos públicos subjetivos, já que estes estabelecem uma relação jurídica em que de um lado tem-se um direito dos indivíduos e, de outro lado, um dever do Estado.

Este papel desempenhado pelo Poder Judiciário procura concretizar os direitos sociais e tornar legítima a nossa Constituição, que deixa de apenas fazer exortações em seu texto para ser cumprida efetivamente.

O Poder Judiciário não teria discricionariedade para realizá-los, ao menos no que tange a proteção do mínimo existencial, nem mesmo quando o argumento é a reserva do possível. Por se tratar de uma característica do próprio Texto Constituição, quando trouxe a previsão de referidos direitos, ao juiz restaria apenas determinar as próprias palavras constitucionais.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES Jr., Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 13ª edição;

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 22ª edição;

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Internet: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf

LASSALLE, Ferdinand. O que é uma Constituição?

NUNES JR., Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico. Ano I – Vol I – N°.1 – Abril de 2001. Site: direitopublico.com.br;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico. Ano I – Vol I – N°.1 – Abril de 2001. Site: direitopublico.com.br;

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 22ª edição.