

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III**

**EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN**

**FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE**

**SAULO JOSÉ CASALI BAHIA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues S. Hogemann; Flavia Piva Almeida Leite; Saulo José Casali Bahia – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-614-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



## **XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III**

---

### **Apresentação**

O XXVII Encontro Nacional do CONPEDI – SALVADOR, realizado em parceria com a Universidade Federal da Bahia, apresentou como temática central “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. Essa temática estimulou calorosos debates desde a abertura do evento e desdobramentos ao decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias, que versaram, entre outros, sobre a ideia de diversidade ligada aos conceitos de pluralidade, multiplicidade, na intersecção de perspectivas que se destacam pelas diferenças, ou ainda, na tolerância mútua.

Em especial, a questão da eficácia social dos direitos e garantias fundamentais mereceu destaque no Grupo de Trabalho “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III”, na medida em que inequivocamente são questões que mais se acercam do princípio da dignidade da pessoa humana e da plenitude da cidadania, na medida em que propende a redução das desigualdades entre as pessoas, que pode proporcionar os indivíduos as mais completas e dignas condições de vida.

Sob a coordenação da Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, da Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite - Universidade Estadual Julio de Mesquita Filho - UNESP – SP e do Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia - Universidade Federal da Bahia, o GT “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III” promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade dos assuntos abordados pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

A CAPTURA DA TEORIA DO SOPESAMENTO E A IMPORTÂNCIA DA CONSIDERAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS E JURÍDICOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, da autoria de Érica Silva Teixeira, Saulo José Casali Bahia, abordou a ficção jurídica que gira em torno da eficácia plena dos direitos fundamentais através das relações econômicas ignoradas pela atuação jurisdicional e, em paralelo, sobre como o método de ponderação de interesses pode servir de reforço normativo para incrementar discursos ideológicos.

O artigo intitulado OS DEVERES INDIVIDUAIS DOS CIDADÃOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, de Joshua Gomes Lopes , Ivson Antonio de Souza Meireles, apresenta uma breve visão histórica dos deveres e da cidadania, analisando seus significados na Antiguidade clássica e os deveres individuais dos cidadãos presentes na Constituição Federal de 1988.

Isadora Beatriz Magalhães Santos e Luciana Lopes Canavez apresentaram o artigo intitulado: A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: UMA ANÁLISE PELA BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO que abordou um refletir sobre a eficácia horizontal como meio de promoção da equidade e da bioética interventiva.

OS REFLEXOS DA NOVA CONCEPÇÃO DE AUTONOMIA PRIVADA EM QUESTÕES DE GÊNERO, IDENTIDADE GENÉTICA E EUTANÁSIA, artigo de autoria de Riva Sobrado De Freitas , Danielle Jacon Ayres Pinto trouxe uma reflexão a respeito da necessidade da reconfiguração do Direito ao próprio Corpo, redesenhando seu conteúdo sob a ótica da Autonomia Privada Decisória.

Belmiro Vivaldo Santana Fernandes e Mônica Neves Aguiar Da Silva são os autores do artigo intitulado: PANORAMA DA ORIENTAÇÃO SEXUAL FRENTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA que abordou discriminação em razão da orientação sexual sob dois prismas: o da suposta auto degeneração do ser humano pelo exercício de sua orientação não-heterossexual e, em seguida, as atitudes dos que se proclamam heterossexuais ao agredirem moralmente os não-heterossexuais por acreditarem que estes são indignos.

UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DA TUTELA DE EVIDÊNCIA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS, da autoria de Lucas Helano Rocha Magalhães e Juraci Mourão Lopes Filho teve por objetivo uma análise do principal meio de efetivação dos direitos fundamentais frente ao estado, o mandado de segurança, e estabelece um paralelo com a tutela de evidência que poderia ocupar seu espaço no ramo do direito privado.

Paulo Roberto Albuquerque de Lima apresentou o artigo A COMUNICAÇÃO REGIONALIZADA COMO DIREITO SOCIAL EM SUSPENSO NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ, abordando um estudo concentrado no inciso III do artigo 221 da Constituição Federal de 1988, evidenciando a intenção do legislador constitucional de garantir um direito social importante: preservação de identidade cultural, que, entretanto, nunca foi regulamentado.

O artigo intitulado O REGISTRO DE NASCIMENTO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, da autoria de Alexsandro Aparecido Feitosa de Rezende e Rodrigo Rafael de Souza Picardi, trouxe a discussão a respeito do registro de nascimento, bem como os seus reflexos no mundo jurídico em especial no âmbito dos direitos fundamentais.

Os autores José Antonio Remedio e Fabricio Agnelli Barbosa apresentaram o artigo intitulado: O DIREITO ADQUIRIDO EM FACE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIUNDAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO, que busca analisar o instituto do direito adquirido e sua oponibilidade à norma constitucional originária e derivado, explorando as controvérsias existentes sobre a matéria.

A CORRUPÇÃO COMO NEGAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS é o título do artigo de autoria de Maria Fausta Cajahyba Rocha, cujo objeto versou sobre as consequências que a corrupção desencadeia na sociedade contemporânea, notadamente no campo das violações dos Direitos Humanos.

Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann apresentou o artigo intitulado: CONSTITUIÇÃO, DIREITOS HUMANOS E PLURALISMO JURÍDICO: A POSSIBILIDADE DE CONTROLE À JURISDIÇÃO INDÍGENA NO BRASIL A PARTIR DA COMPARAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA em que realizou uma análise reflexiva acerca dos desafios e possibilidades de controle à jurisdição indígena no Brasil a partir da comparação com a constituição equatoriana, que assimilou o conceito de jurisdição indígena a partir do Novo Constitucionalismo LatinoAmericano.

A DEFESA DA PROPRIEDADE PRIVADA COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL: O RELEVANTE PAPEL DO CADE, da autoria de Jarbas José dos Santos Domingos, promoveu uma análise filosófica e jurídica da propriedade, bem como um estudo da história e dos dados oficiais da desigualdade social no Brasil e do papel do Cade na redução das desigualdades sociais.

Na sequência, Luiz Carlos De Oliveira Paiva Júnior em seu artigo intitulado A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL propõe demonstrar a eficácia dos direitos fundamentais, abordando sua previsão no Estado Democrático de Direito e tratando sobre sua eficácia irradiante e horizontal.

No artigo A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NUMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA, Alyne Mendes Caldas discute a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir da necessidade de proteção da autonomia da vontade, estabelecendo um diálogo entre o sistema constitucional brasileiro e o sistema constitucional português.

A seguir, Max Emiliano da Silva Sena, por meio do trabalho A FUNÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS propõe que no Pós-positivismo, o Direito reencontra-se com valores, outrora desconsiderados pelo Positivismo.

Em sua apresentação do trabalho intitulado A PROBLEMÁTICA DOS CUSTOS NO CAMPO DA EXECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALTERNATIVAS SOLUÇÕES PARA O CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL, Diogo Oliveira Muniz Caldas e Alvaro dos Santos Maciel apontam que na esteira do neoconstitucionalismo, o cumprimento e o respeito dos direitos fundamentais e sociais brasileiros, uma grande celeuma surge nos tribunais e na doutrina ao debruçarem-se acerca da proteção desses direitos. Concluindo que o desenvolvimento econômico não deve ser necessariamente contraposto aos direitos fundamentais, mas sim um instrumento para atingir seu efetivo cumprimento.

Por sua vez, Pedro Luis Piedade Novaes em seu artigo intitulado A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO SIGILO DA FONTE JORNALÍSTICA discorre que o resguardo do sigilo da fonte jornalística tem proteção expressa no artigo 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988, todavia, apesar de ser uma garantia fundamental voltada para a profissão do jornalista, existem muitas críticas quando ao seu alcance, não havendo consenso na doutrina quanto ao modo como este instrumento de trabalho deva ser utilizado pela imprensa para divulgação de uma notícia.

No artigo ADPF: A DEFESA DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS NO CONTROLE JUDICIAL DE ATOS POLÍTICOS os autores Antonio Jose Souza Bastos e Felipe Jacques Silva discorrem que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como importante ação constitucional que se presta à tutela dos preceitos fundamentais, não pode ser manejada em face de todos os atos de Poder Público, isto porque, os atos políticos têm sido afastados da apreciação do Poder Judiciário, em virtude de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Seguindo as apresentações, Breno Soares Leal Junior e Leandro José Ferreira, no artigo intitulado AS REPERCUSSÕES E DESDOBRAMENTOS DO JULGADO DA ADI 4983, E SUAS EXPECTATIVAS PARA OS ENTENDIMENTOS FUTUROS analisam o entendimento proferido sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983 ajuizada em face da lei cearense 15.299/13 que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural do estado.

No artigo intitulado CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, Rodrigo Garcia Schwarz e Candy Florencio Thome identificam como a atuação dos tribunais pode contribuir para a tutela dos direitos sociais fundamentais.

Por sua vez, Rogério Piccino Braga e Diomar Francisco Mazzutti discorrem sobre a pouca afinidade que o constitucionalismo brasileiro guarda com determinadas liberdades, decorre indubitavelmente de dois fatores tratados no texto a seguir. Primeiro deles, a inconsistente solidificação enunciativa e material do que se convencionou denominar de constitucionalismo, notadamente no que concerne às oscilações dos processos de democratização e redemocratização no Brasil. Segundo, sob a ótica global, a não previsão no contrato social - da forma como explicado por Thomas Hobbes e por Rousseau e ainda vigente - de demandas por liberdades sociais e jurídicas prementes.

Roberto Berttoni Cidade e TATIANE de souza em seu artigo intitulado DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU ÂMBITO NORMATIVO: LIMITES IMANENTES OU CONFORMAÇÃO? apontam que os Direitos Fundamentais vêm das conquistas históricas, contendo valores sociais primordiais que, positivados, ganharam status direitos subjetivos, inseridos na mais alto patamar do sistema legal, cuja função de nortear e harmonizar o sistema depende do âmbito normativo à eles atribuídos, identificados nas óticas da teoria interna e externa.

Com o intuito de finalizar as discussões acerca desses direitos e garantias fundamentais, Rejane Francisca dos Santos Mota apresenta o trabalho intitulado MÍDIA E DIREITO PENAL: ARTICULAÇÃO E INFLUÊNCIA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO versou sobre as relações entre mídia e o Direito Penal no Brasil.

Por fim, os organizadores e coordenadores do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais III parabenizaram e agradeceram aos autores dos trabalhos que compõem esta obra pela valiosa contribuição científica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica. Reiteramos a satisfação em participar da

apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente, o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – UNIRIO / UNESA

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite – UNESP

Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia – UFBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A GARANTIA DO MÍNIMO  
ESSENCIAL: INSUFICIÊNCIA DA PREVISÃO LEGAL FRENTE À  
PROBLEMÁTICA DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A  
RESERVA DO POSSÍVEL.**

**THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE ESSENTIAL  
MINIMUM GUARANTEE: INSUFFICIENCY OF THE LEGAL FORECAST  
REGARDING THE ISSUE OF THE ACCOMPLISHMENT OF FUNDAMENTAL  
RIGHTS AND THE RESERVATION OF THE POSSIBLE.**

**Júlia Alves Almeida Machado <sup>1</sup>**

**André dos Santos Gonzaga <sup>2</sup>**

**Resumo**

A Constituição Federal elenca uma série de direitos e garantias, algumas, inclusive, tidas como fundamentais. No entanto, a efetivação desses direitos e garantias, sobretudo aqueles que dependem de uma ação positiva por parte do Estado, ficam aquém do que é proposto pela norma constitucional, e não raro são utilizados argumentos para justificar a não atuação estatal, o que leva cada dia mais os cidadãos buscarem essa efetivação pela via judicial. Portanto, o presente artigo versa acerca da efetivação dos direitos sociais prestacionais pelo Poder Judiciário, em face dos obstáculos impostos pela reserva do possível.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais, Direitos sociais, Efetivação, Mínimo essencial, Reserva do possível

**Abstract/Resumen/Résumé**

The Federal Constitution lists a number of rights and guarantees, some of which are considered fundamental. However, the consolidation of these rights and guarantees, especially those that depend on positive action by the State, fall short a part from what is proposed by the constitutional norm, and not infrequently, arguments are used to justify the non-performance of the state, which leads more and more citizens to seek this accomplishment through the judicial process. Therefore, this article deals with the effectiveness of the social rights provided by the Judiciary, in view of the obstacles imposed by the reserving the possible.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Fundamental rights, Social rights, Effectiveness, Essential minimum, Reservation of the possible

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Universidade de Itaúna. Pós-Graduada em Direito Processual Constitucional pela Faculdade de Pará de Minas. Graduada em Direito pela Faculdade de Pará de Minas. Advogada.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela Universidade de Itaúna. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete.

## 1 INTRODUÇÃO

Constitui objetivo do presente artigo, refletir sobre a efetivação de direitos sociais, que devem ser prestados por parte do Estado, mas que não raro são efetivados pela via judicial, em virtude dos inúmeros obstáculos e teorias utilizadas pelo Estado para fins de negar direitos constitucionalmente previstos. Um dos obstáculos encontrados para a efetivação de direitos sociais é a utilização do princípio da reserva do possível como tese defensiva da negativa de implementação de políticas públicas de implementação desses direitos, ou seja, a mera previsão constitucional é insuficiente para garantir a efetivação de direitos.

Diante destas situações, pergunta-se: pode o Estado, pautado pela justificativa da reserva do possível, postergar ou negar à prestação de direitos sociais, ainda que previstos por normas programáticas, tendo em vista se tratar de direitos fundamentais dos cidadãos? Pode haver limites à eficácia dos direitos fundamentais?

Para responder à pergunta-problema, inicialmente, foi realizada a revisitação dos conceitos de direitos e garantias fundamentais, bem como do que vem a ser o mínimo essencial. Enfatizou-se, sobretudo, sobre os direitos sociais prestacionais, que dependem de uma conduta positiva por parte do Estado intimamente ligada à existência de recursos materiais. Após, discutiu-se sobre a insuficiência da previsão constitucional para a efetivação de direitos fundamentais, uma vez que a efetivação da previsão normativa depende da alocação de recursos, principalmente financeiros, para atingir o fim primordial, que é a devida implementação de políticas públicas para atendimento dos direitos sociais de cunho prestacional, sendo realizada a análise de possibilidade da atuação jurisdicional na imposição da implementação de direitos sociais prestacionais, uma vez que o mínimo essencial deve ser garantido, tendo em vista que consubstancia nas condições indispensáveis à dignidade humana. Por fim, confrontou-se a garantia do mínimo existencial em contrapartida à reserva do possível, abordando-se o significado da cláusula da reserva do possível, à luz da razoabilidade, levando-se em consideração a escassez de recursos financeiros capazes de atender toda a demanda social.

A justificativa da escolha do tema em tela decorreu de sua relevância jurídica e prática, utilizando-se como referencial teórico a teoria dos direitos fundamentais. Para a realização da pesquisa, a metodologia adotada foi a pesquisa teórico-bibliográfica, para a análise crítica do tema-problema ora proposto, bem como desenvolveu-se, ainda, a pesquisa documental considerada referencial lógico-científico para a construção de análises teóricas e

interpretativas. O método indutivo foi utilizado para delimitar o objeto da pesquisa, partindo-se de uma concepção macroanalítica para uma visão microanalítica no que atine ao estudo do tema.

## **2 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: CONCEITO DE DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito, o qual é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais de todos os cidadãos.

Dentre os direitos sociais, é possível destacar o Título II da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais, elencados no artigo 5º. Destaca-se, contudo, que tais direitos e deveres individuais e coletivos não se restringem ao aludido art. 5º, podendo ser encontrados ao longo de todo texto constitucional, e estes podem ser expressos ou tácitos.

Fabrizio Veiga Costa ressalta que “a doutrina mais atual tem a propensão de chamar direitos fundamentais os direitos humanos positivados no ordenamento jurídico-constitucional do Estado” (COSTA, 2016, p.99).

Assim, adentrando aos conceitos e diferenças existentes entre direitos e garantias fundamentais, trazidos pela Constituição Federal, necessário destacar que um dos primeiros estudiosos a enfrentar esta problemática foi Ruy Barbosa, que trouxe uma lição demonstrando além de um parâmetro teórico, apresentando um confronto entre direitos e garantias fundamentais, separando

[...] as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito. (BARBOSA, *apud* SILVA, 2012, p.415).

Os direitos fundamentais foram criados para resguardar a liberdade e a igualdade entre os indivíduos, tendo natureza de norma constitucional positiva, e possuem um caráter assecuratório, ou seja, têm condão de não apenas declarar, mas de assegurar e garantir ao indivíduo ou à coletividade a efetividade de tais direitos. Implica em dizer que a pura e simples previsão formal de um vasto rol de direitos e garantias, de nada adianta se não efetivada.

Isto porque, como ensina José Afonso da Silva,

[...] as garantias constitucionais, em conjunto, se caracterizam como imposições, positivas ou negativas, especialmente aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de inobservância, a reintegração do direito violado. (SILVA, 2012, p.415).

Portanto, direitos fundamentais são os direitos dos seres humanos devidamente reconhecidos na esfera do direito positivo de cada Estado, que, no caso do Brasil, passou-se por um processo histórico no qual se costumava falar em gerações ou dimensões. Os direitos fundamentais de primeira geração são aqueles atinentes às liberdades, à vida, à propriedade e à igualdade. Já os de segunda geração, são aqueles atinentes à assistência social, saúde, educação e trabalho. Por fim, os de terceira geração são os direitos de fraternidade ou solidariedade e destinam à proteção de grupos, ou seja, da coletividade.

Contudo, se realizarmos uma sucinta análise do cotidiano, perceberemos que muitas vezes, há uma divergência entre as ações e atuações dos poderes executivo e legislativo em relação aos reais anseios dos destinatários dos direitos e garantias fundamentais, e estes, por sua vez, precisam recorrer ao Poder Judiciário em busca da efetivação de tais garantias, em combate às várias teses criadas principalmente pelo Estado com o intuito de mitigar e negar direito constitucional, ou instituir repartições de competências para transferir a outros uma obrigação que é sua.

Diante desta percepção, se a efetivação dos direitos fundamentais é tratada como corolário do paradigma democrático do nosso Estado Democrático de Direito, é que surge o paradoxo acompanhado das seguintes indagações: se a Constituição garante a efetivação de direitos e garantias fundamentais, tratando-os como o mínimo essencial para a dignidade da pessoa humana, e em contraponto é o próprio Estado que, no momento da efetivação de tais direitos, cria teses para combater direito constitucionalmente previsto, do que se trata realmente a efetivação e garantia deste mínimo essencial? Existem direitos e garantias fundamentais contidas? Pode haver limites à eficácia dos direitos fundamentais? O chamado mínimo essencial garante os implementos dos objetivos do Estado Brasileiro ou representaria um anacronismo ao Estado Liberal?

Para responder as questões alhures, é necessário revisitar a fundamentalidade dos direitos prestacionais, e buscar melhor definir do que se trata o mínimo essencial, garantia esta protegida constitucionalmente, levando-se em consideração ainda que a Constituição Federal traz como fundamento a dignidade da pessoa humana.

## 2.1 Fundamentalidade e Classificação doutrinária dos direitos sociais

Os direitos sociais foram incluídos na Constituição Federal como direitos fundamentais, representando um grande avanço em relação às Constituições pretéritas, o que deu-lhes maior eficácia e efetividade, garantindo-lhes um status de direitos fundamentais autênticos.

Todavia, a mera localização dos direitos sociais na Constituição Federal não soluciona a controvérsia doutrinária acerca de sua fundamentalidade, sendo que alguns doutrinadores dizem ser os direitos sociais fundamentais sob a perspectiva da fundamentalidade formal, e outros na perspectiva da fundamentalidade material.

A fundamentalidade formal deriva da constitucionalização dos direitos, [...], e apresenta as seguintes dimensões: a) superior hierarquia em relação às demais normas do ordenamento jurídico; b) submissão aos limites formais e materiais de revisão e emenda constitucional, previstos no artigo 60 da CF; c) em virtude do disposto no parágrafo primeiro do art. 5º, aplicabilidade imediata e vinculação a todos os poderes públicos. A fundamentalidade material, por sua vez, está relacionada aos valores que informam a Constituição, especialmente os princípios previstos nos arts. 1º a 4º, dentre os quais está a dignidade da pessoa humana. Os adeptos desse entendimento argumentam ainda que perante a Constituição de 1988 não basta a fundamentalidade formal. Afinal, o constituinte inseriu uma cláusula de abertura no parágrafo 2º do artigo 5º, da CF, admitindo como fundamentais os direitos decorrentes dos princípios e do regime constitucional, bem como aqueles previstos em tratados internacionais. Assim, direitos não expressamente previstos na Constituição somente poderiam ser considerados fundamentais se, materialmente, fossem dotados da mesma dignidade. (MORAES, 2010).

Há autores, ainda, que negam a fundamentalidade aos direitos sociais, sob o argumento de que “os direitos sociais, na prática, não podem ser assegurados judicialmente [...]. Por esse motivo, não podem ser considerados direitos, mas apenas objetivos, metas, anseios populares, impropriamente qualificados como direitos fundamentais [...]” (MORAES, 2010).

Por outro lado, analisando o alcance do artigo 5º, §1º da Constituição Federal, que dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL), questiona-se se esta norma se aplica somente aos direitos elencados no artigo 5º, ou se são aplicáveis aos demais direitos fundamentais apostos na Constituição.

Neste caso, é a doutrina que soluciona a questão, dando aplicabilidade do referido parágrafo a todas as normas que trazem conteúdo de direitos fundamentais na Constituição Federal, justificando que o constituinte não distinguiu as espécies de direitos fundamentais, bem como a aplicação do §1º do artigo 5º aos demais direitos fundamentais está de acordo

com o §2º do aludido artigo 5º, que dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (BRASIL).

Ou seja, todos os direitos fundamentais apostos na Constituição Federal, pela análise extensiva do artigo 5º, §§1º e 2º, possuem aplicabilidade imediata.

Acerca da classificação dos direitos sociais, vários autores enfrentaram a problemática da eficácia das normas constitucionais, tendo sido propostas várias classificações, sendo abordada aquelas realizadas por José Afonso da Silva e Ingo Wolfgang Sarlet.

De acordo com José Afonso da Silva (1998, p.82), as normas constitucionais dividem-se entre as de eficácia plena e aplicabilidade imediata, de eficácia contida e aplicabilidade imediata e, por fim, de eficácia limitada ou reduzida.

As normas constitucionais de eficácia plena seriam aquelas que produzem todos os seus efeitos essenciais ou têm a possibilidade de produzi-los desde a sua entrada em vigor, pois o constituinte criou uma normatividade suficiente para tanto, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. Já as normas de eficácia contidas seriam aquelas aptas a gerar efeitos até que sobrevenha legislação restritiva. Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada seriam aquelas que não estão aptas a produzir, a partir da entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o constituinte não estabeleceu uma normatividade suficiente, conferindo o exercício dessa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão público. Subdividem-se ainda em dois grupos: declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípio programático. (MORAES, 2010).

Haveriam, ainda, normas constitucionais de princípio institutivo, que seriam aquelas onde o constituinte traçaria diretrizes gerais acerca da organização e regulação de órgãos e entidades, para que, posteriormente, sejam criadas leis ordinárias com o objetivo de estruturar suas atribuições.

Por fim, as normas constitucionais programáticas são aquelas onde o constituinte limitou-se a traçar princípios e diretrizes gerais a serem cumpridos pelos entes públicos na implementação de programas sociais, não regulando, portanto, de forma direta e imediata, como se dará a implementação desses interesses. O problema destas normas programáticas é que elas apenas estabelecem um dever para o legislador originário, e condicionam a sua eficácia na elaboração de uma legislação futura, realizada muitas vezes às condições das atividades discricionárias da Administração Pública e do próprio Poder Judiciário.

Já Ingo Wolfgang Sarlet, ao analisar a eficácia das normas de direitos sociais, classifica os direitos fundamentais de acordo com a funcionalidade. Isso quer dizer que haveria uma classificação entre os direitos fundamentais de defesa, que

[...] se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições. (SARLET, 2012, p. 873).

Assim, possuem o objetivo de limitar a intervenção do poder estatal, garantindo ao indivíduo um direito subjetivo de ter evitadas as interferências indevidas, bem como eliminar agressões a sua esfera de autonomia pessoal. São direitos negativos, isto é, impõe uma conduta omissiva por parte do Estado.

Bem como haveria a classificação acerca dos direitos fundamentais a prestações, podendo ser amplas ou restritas.

No que tange aos direitos a prestações em sentido amplo, incluem-se os direitos de proteção, entendidos como posições jurídicas que atribuem ao cidadão o direito de exigir perante o Estado a proteção de bens jurídicos em face de violações de terceiros, e os direitos à organização e ao procedimento, relacionados também à produção normativa, que apresentam caráter residual em relação aos direitos de defesa. Por fim, os direitos a prestações em sentido estrito correspondem aos direitos a prestações sociais materiais, vinculados prioritariamente às funções do Estado Social. (MORAES, 2010).

Tais direitos prestacionais “encontram-se intimamente ligados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, assim como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos que deles necessitem”. (BEDIN, 2009, p. 17).

De acordo com Sarlet, os direitos sociais não são restritos aos direitos prestacionais, mas também enquadram os direitos de defesa, exemplificando o direito de greve, a liberdade de associação sindical e as proibições contra discriminações nas relações trabalhistas consagradas no art. 7º, XXXI e XXXII, da Constituição. (MORAES, 2010).

Denota-se, portanto, que os autores procuram fazer uma classificação dos direitos fundamentais, de modo a justificar a aplicabilidade de tais direitos previstos no ordenamento jurídico-constitucional.

## **2.2 Mínimo essencial: conceito e conteúdo**

Para definir o que se trata o mínimo essencial e qual o seu lugar no ordenamento jurídico, John Rawls, em sua obra “Liberalismo Político”, citada por Thadeu Weber, traz uma distinção dentro do princípio da diferença, um conteúdo mínimo, ou seja, não se trata de um fim que deve ser atingido pelo legislador, mas transforma-se em um direito que deve ser

assegurado pela Constituição, independentemente da atuação do Poder Legislativo. Contudo, aquelas “prestações” que excederem esse “mínimo” dependem de previsão legal, nos conformes das políticas públicas de justiça social.

Além disso, Rawls trouxe em sua definição de princípio e ideia de justiça, uma comparação ao princípio da reciprocidade, onde haveria uma distribuição dos bens sociais, justificada frente aos menos favorecidos, dispondo e utilizando de uma “teoria do bem” para distinguir os menos privilegiados da sociedade, e finalmente incluí-los em sua teoria da justiça, ou seja, é um princípio totalmente voltado à proteção dos menos favorecidos. Isto porque, quando Rawls apresenta sua ideia de igualdade da justiça como equidade, ressalta a necessidade de equilibrar as desigualdades econômicas e sociais, regulamentando-as. De acordo com sua teoria, não seria justo que apenas parcela da sociedade esteja amplamente amparada e com suas necessidades satisfeitas enquanto outra parcela passa fome e padece de doenças tratáveis, mas morrem por falta de amparo econômico.

Weber, ao explicar a ideia do mínimo essencial trazido por John Rawls, aduz que, de acordo com a teoria do filósofo,

[...] ter o suficiente para a satisfação das necessidades básicas é o mínimo que se espera de uma sociedade cooperativa justa. É o princípio da justiça distributiva. A satisfação dos bens primários, básicos para a satisfação de uma vida digna, que inclui o mínimo existencial (mínimo social), é uma tentativa de reduzir as desigualdades entre os cidadãos de uma ‘sociedade bem-ordenada’. Este, aliás, é um aspecto essencial do segundo princípio da justiça como equidade. Numa sociedade bem-ordenada pelos princípios de justiça como equidade, ‘os cidadãos são iguais no mais alto nível e nos aspectos mais fundamentais’. Por isso, ser igual como cidadão implica na satisfação de mais condições (bens primários) do que em ser igual como ser humano (mínimo existencial). (WEBER, 2013).

Já no Brasil, o mínimo essencial (ou mínimo existencial) é tratado como um princípio capaz de assegurar as condições mínimas de existência digna do ser humano, não podendo ser objeto de qualquer intervenção estatal, exigindo do Estado a sua prestação positiva, sendo uma exigência fundamental para o exercício da liberdade e da democracia.

Constata-se que o mínimo existencial está ligado à pobreza absoluta, assim compreendida a que deve ser combatida pelo Estado, ao contrário da pobreza relativa, que depende da situação econômica do país, sendo sanada em consonância com o orçamento. O mínimo existencial não possui dicção constitucional própria, devendo-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa, nos direitos humanos, nas imunidades e privilégios do cidadão. (PORTELLA, 2007).

Não é um princípio expressamente previsto na Constituição de 1988. A Constituição de 1946, em seu artigo 15, §1º, elencava como essencial o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico à todas as pessoas, mas, sobretudo, àquelas restritas de capacidade econômica.

Embora o aludido dispositivo constitucional ter desaparecido com o vigor da Constituição de 1988, não se ignora o fato de que a doutrina reconhece sua existência, mesmo que implícita, no atual texto constitucional.

Com vistas a buscar qualquer menção no texto constitucional acerca da previsão de um mínimo essencial, observa-se que o artigo 3º, inciso III da Constituição Federal prevê como objetivo da República Federativa do Brasil, a erradicação da pobreza e da marginalização. Também há normas que preveem imunidades tributárias. Percebe, então, que apesar de não expresso, o mínimo essencial está implícito em nosso texto constitucional.

Se dividirmos a prestação jurisdicional do mínimo essencial, temos que este se divide de duas maneiras: a primeira impõe a prestação positiva de maneira assistencial por parte do Estado, onde este último não pode, de maneira alguma, mitigar tal prestação; e a segunda, impõe a prestação negativa no sentido de vedar que o Estado invada a esfera da liberdade mínima do cidadão.

Assim, realizando uma busca no próprio texto constitucional, temos que, embora não haja nenhuma dicção normativa explícita ou específica acerca do mínimo existencial, observamos que implicitamente, este mínimo está incurso em diversos princípios constitucionais, tais como a liberdade, igualdade, devido processo legal, desta forma, carece destaque tendo em vista que pode abranger qualquer direito, mesmo que não fundamental, em virtude de sua dimensão essencial e inalienável.

Ainda, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 se refere ao mínimo essencial em seu artigo 25, quando dita que

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (DUDH, 1948).

Por fim, conclui-se que o mínimo essencial nada mais é que o alicerce da vida humana e algo inerente a todo ser humano, e não necessita de lei para sua regulamentação ou alcance, tendo em vista se tratar de um direito fundamental e essencial, o qual não pode ser mitigado. É um direito positivo e está intimamente ligado à ideia de justiça social, exigindo

do Estado para que este ofereça condições mínimas de existência humana digna, bem como busque a eficácia plena dos direitos sociais, econômicos e culturais. É essência do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

### **3 A APLICABILIDADE E A EFICÁCIA DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS E A INSUFICIÊNCIA DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL**

Os direitos fundamentais prestacionais, nesta pesquisa tratados como direitos sociais prestacionais, são considerados por uma parte da doutrina como direitos subjetivos.

Ao tratar os direitos fundamentais como direitos subjetivos, Robert Alexy faz a divisão entre a discussão acerca dos direitos subjetivos, o sistema de posições jurídicas fundamentais e o direito fundamental completo.

Segundo Robert Alexy, o conceito de direito subjetivo pertence ao grupo dos conceitos mais discutidos na literatura teórico-jurídica, acrescentando ainda os pensamentos de Hans Kelsen (*apud* Alexy, 2015, p. 180), quando diz que “certamente não é um exagero afirmar que, de todos os conceitos jurídicos fundamentais, o mais discutido na literatura teórica é exatamente o conceito de direito subjetivo”. De acordo com Alexy, essa conceituação em análise não caminhou em direção à um consenso. (ALEXY, 2015, p. 181).

Em relação ao tratamento dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, ainda existem discussões acerca da aplicabilidade das normas de direitos fundamentais, havendo os que consideram os direitos fundamentais como sendo normas programáticas, e os que os consideram como normas autoexecutáveis.

Levando-se para o lado da interpretação dos direitos fundamentais como normas autoexecutáveis, se os direitos sociais básicos forem considerados direitos absolutos, teriam, portanto, aplicabilidade imediata.

Todavia, a ideia de que os direitos sociais prestacionais estariam incluídos no rol das normas programáticas, parte do pressuposto de que a Constituição apenas estabeleceu e apontou quais seriam esses direitos sociais, mas a sua eficácia e efetividade estariam condicionadas à complementação por meio de leis infraconstitucionais, cuja finalidade seria determinar o modo de concretização de tais direitos.

O caráter programático dos direitos sociais prestacionais é explicado pelo fato de que seus preceitos necessitam de circunstâncias sócio-econômicas, além de concretização legislativa onde há liberdade de conformação pelo legislador. Sustenta-se ainda a falta de legitimidade do Judiciário para definir questões relacionadas com a conveniência e oportunidade da prestação. Os adversários ao

caráter de fundamentalidade dos direitos sociais defendem a não inclusão dos mesmos no texto constitucional, argumentando que sua efetivação ensejaria gastos públicos elevados tornando o país ingovernável; por esse motivo, há autores que consideram fundamentais apenas os direitos de liberdade ou defesa (1ª dimensão) e não admitem no rol dos direitos fundamentais os direitos sociais. (ANDRADE).

No entanto, essa ingovernabilidade citada pelo autor, nada mais é do que o reconhecimento de falibilidade do Poder Executivo, que embora possua instrumentos ao seu dispor, não consegue atender a todas as previsões constitucionais, reconhecendo-se desfalecido para governar.

Destarte, considerando os que defendem a não inclusão dos direitos sociais no texto constitucional, percebe o equivocado posicionamento, uma vez que os direitos fundamentais, ou direitos sociais de caráter prestacional, irradiam seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, além de possuírem arrimo nos princípios fundamentais.

É que “não podemos admitir que os direitos fundamentais tornem-se, pela inércia do legislador, ou pela insuficiência momentânea ou crônica de fundos estatais, substrato de sonho, letra morta, pretensão perenemente irrealizada, ou o que lhe valha.” (ANDRADE).

Ainda, segundo o autor,

O artigo 5º, parágrafo 1º da CF/88 obriga os poderes públicos a promoverem as condições para tornar reais e efetivos os direitos fundamentais, o poder Judiciário tem o poder-dever de aplicá-los ao caso concreto, imediatamente, assegurando-lhes plena eficácia, logo, esse dispositivo serve para salientar o caráter preceptivo e não programático desses direitos, ventilando e clarificando que eles podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei. (ANDRADE).

De acordo com o artigo 5º, parágrafo 1º da CF/88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A doutrina ainda discute acerca da abrangência de tal disposição, questionando se abrangeria apenas os direitos constantes no aludido artigo, não alcançando, desta forma, os direitos sociais, ou se abrangeria também os direitos sociais, sendo a maioria da doutrina a favor desta última posição.

Precipuamente, necessário se faz esclarecer que a eficácia subdivide-se em eficácia jurídica e eficácia social, ligada à efetividade. “A primeira diz respeito à possibilidade da norma jurídica gerar seus efeitos, e a segunda está ligada à noção de efetividade ou concretização”. (ANDRADE).

Os direitos sociais previstos na Constituição são dotados de eficácia plena, uma vez que fundamentais. Não só aqueles previstos no artigo 5º da Constituição, mas também todos os demais, expressos ou não, ao longo de toda a Constituição, bem como aqueles previstos por meio de tratados internacionais que o Brasil seja signatário.

Todavia, não há que se falar em direitos e garantias fundamentais contidas (aquelas que, apesar de terem aplicação direta e imediata, não precisando de lei para mediar seus efeitos, podem ter seu alcance limitado pela superveniência de leis infraconstitucionais, ou por normas da própria Constituição). Essa limitação, atualmente, é rotineiramente justificada pela reserva do possível, conforme se verá adiante. No entanto, a ideia que se defende é a de que não pode haver limitações à eficácia dos direitos fundamentais, tendo em vista que o que se prevê são garantias de direitos sociais básicos, também considerados mínimo essencial, como já explicado. Neste sentido,

Tais direitos têm aplicabilidade imediata, como já asseverado, e vinculam os três poderes do Estado, haja vista existirem verdadeiros direitos subjetivos a prestações exercidos diretamente do texto constitucional e, mesmo sem qualquer intervenção legislativa, são direitos originários diretamente da Constituição. (ANDRADE).

Nessa esteira, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais prestacionais, encontra amparo, uma vez que, de acordo com Fernando Gomes de Andrade, “a existência de direitos subjetivos a prestações é condição indispensável para uma existência digna de pessoa humana, portanto, plenamente sindicável quando existirem óbices de natureza comissiva ou omissiva pelo poder público à sua concretização”. (ANDRADE).

Todavia, a mera previsão constitucional dos direitos sociais prestacionais tem se mostrado insuficiente diante da atuação do Poder Público, que dia após dia cria mecanismos para negar direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Assim, muito tem se visto a efetivação e concretização de tais direitos sendo realizada pelas ordens do Poder Judiciário, que, muitas vezes criticado pelo ativismo judicial, interferem na ceara do Poder Executivo e obriga a efetivação de direitos sociais prestacionais por meio de suas decisões, conforme será discutido a seguir.

### **3.1 A atuação jurisdicional na efetivação dos direitos sociais prestacionais**

A Constituição Federal de 1988 traz a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e a proteção da dignidade humana é refletida nas disposições do artigo 5º, onde traz os direitos fundamentais, os quais são dotados de eficácia imediata, como já demonstrado.

Na categoria dos direitos fundamentais, incluem-se os direitos sociais, como direito à saúde, à moradia, à educação e à assistência social, sendo chamados de direitos de segunda geração, os quais dependem de atuações positivas por parte do Estado.

A efetivação de direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais prestacionais, depende da alocação de recursos, principalmente financeiros, para atingir o fim primordial, que é a devida implementação de políticas públicas para atendimento dos direitos sociais de cunho prestacional, bem como a edição de leis parlamentares e atos administrativos, por exemplo, de modo a vincular todas as três esferas do Poder para a efetivação de tais direitos.

De acordo com ANDRADE,

[...] em relação ao Poder Legiferante, tal preceito exige – em detrimento de qualquer outra medida – a edição das normas infraconstitucionais necessárias para a concretização dos direitos fundamentais; o Poder Executivo, na esteira do preceito em exame, deve concretizar os direitos fundamentais mediante políticas públicas eficazes, prevendo dotação orçamentária privilegiada para efetividade de tais direitos; e, por fim, o Poder Judiciário que, exercendo seu mister constitucional, controlaria a atuação dos demais poderes visando a plena efetividade dos direitos fundamentais (todos eles), seja colmatando as lacunas deixadas pelo legislador, seja determinando ao Executivo que realize as políticas públicas necessárias com determinação de prazo suficiente para execução, inclusive com a oitiva de peritos, técnicos e da própria administração pública; e na falta absoluta de tais ações, ou na precariedade das mesmas em lograr o objetivo, qual seja, a concretização dos direitos fundamentais, o próprio Judiciário, quando provocado, tem o poder-dever de reconhecer e fazer cumprir os direitos fundamentais, haja vista os mesmos serem normas jurídicas de caráter principiológico (diferente do tudo ou nada das normas enquanto regras) o Judiciário, no caso concreto, e realizando exegese calcada nos princípios constitucionais, inclusive razoabilidade e proporcionalidade, deve determinar a concretização dos direitos fundamentais haja vista serem de exigibilidade integral em juízo.

Quando é falha a atuação legislativa e executiva na implementação de tais direitos, fica a cargo do judiciário aplicar os preceitos constitucionais, concretizando e garantindo o exercício de tais direitos pela via interpretativa, de modo a resguardar a dignidade da pessoa do cidadão que procura a atuação jurisdicional, tudo pautado pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, realizando a devida ponderação.

Em que pese os gastos estatais estarem submetidos à um orçamento público, a recorrente desídia estatal, que é marcada por um histórico lamentável de corrupção, gera um descrédito para o cidadão que necessita da prestação positiva por parte do Estado. Não pode o cidadão esperar a boa vontade dos entes estatais na efetivação de direitos que fazem parte daquilo que é chamado de “mínimo”. É por esta razão que, cada vez mais, tem se buscado a atuação do Poder Judiciário a fim de que o ente estatal seja compelido à cumprir uma obrigação que, por mandamento constitucional, é sua.

As críticas existentes em relação à atuação jurisdicional, formam-se no sentido de que a efetivação de direitos sociais pelo Poder Judiciário violaria o princípio da Separação dos Poderes, uma vez que estaria o Poder Judiciário interferindo, inclusive, em questões orçamentárias, de competência do administrador e, principalmente, do legislador, por meio de seu ativismo. Em discordância de tal crítica, BEDIN (2009) assevera que

O princípio da separação dos poderes deve ser compreendido de acordo com a Constituição vigente, que confiou a este Poder a defesa da ordem constitucional, e, especialmente, dos direitos fundamentais. Além disso, no que se refere à legitimidade democrática, o Judiciário atua como um poder contra-majoritário em defesa dos direitos das minorias, sendo que o devido processo legal, a motivação e recorribilidade das decisões, a publicidade de suas manifestações e a vinculação à Constituição constituem meios de atribuição de legitimidade para sua atuação. No tocante à atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, [...] no Estado Social moderno, o princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, precisa ser submetido a uma nova leitura, no sentido de uma distribuição que garanta um sistema eficaz de freios e contrapesos, para continuar a servir ao seu escopo original de garantir os direitos fundamentais contra o arbítrio e também a omissão estatal. (BEDIN, 2009, p. 23).

A ideia não é a de que o Poder Judiciário possa intervir no planejamento orçamentário ou dispor sobre recursos e políticas públicas, ou ainda, controlar a atuação do Poder Legislativo na criação de leis, mas tão somente efetivar o disposto na Constituição quando os referidos órgãos descumprirem os encargos políticos-jurídicos que lhes incumbem, comprometendo, dessa forma, a eficácia dos direitos fundamentais de cunho prestacional. Portanto, “[...]atribui-se ao Estado-Juiz a competência para impor a execução das políticas públicas estabelecidas em lei, bem como para tutelar direitos subjetivos a determinadas prestações independentemente ou além da concretização pelo legislador” (BEDIN, 2009, p. 24).

É por esta razão que se diz que a mera previsão constitucional não é suficiente à efetivação de direitos fundamentais. O Estado, dia após dia, cria mecanismos de limitação de direitos fundamentais, ou simplesmente nega a satisfatividade de tais direitos, pautados em teorias, tais como a reserva do possível, e a impossibilidade de cumprimento face à precariedade financeira do Estado.

Assim, visando coibir a desídia estatal, admite-se a atuação jurisdicional para determinar o cumprimento de prestações positivas e necessárias à satisfatividade do mínimo essencial, ou seja, garantir a efetivação de conjunto de situações materiais que são indispensáveis à vida digna.

#### **4 DA GARANTIA DE UM MÍNIMO ESSENCIAL EM CONTRAPARTIDA À RESERVA DO POSSÍVEL**

Conforme dito alhures, a Constituição Federal trouxe o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Consigo, também trouxe os objetivos fundamentais, os quais, elencados no artigo 3º da Constituição, preveem a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como busca pela promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação.

Reitere-se que, dentro dos direitos fundamentais inerentes à todos os cidadãos, estão incluídos os direitos sociais, sendo estes últimos dotados de eficácia imediata, pois tratam-se de direitos que demandam uma atuação positiva por parte do Estado, de modo a garantir a eficácia de tais direitos. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que:

[...] A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de Celso Lafer, de proporcionar um “direito de participar do bem-estar social”. (SARLET, 2012, p.171).

Entretanto, a atuação positiva por parte do Estado implica em aplicação de recursos, e, sendo estes recursos finitos, esta situação acaba gerando uma barreira à efetivação de direitos constitucionalmente previstos, trazendo por consequência, à limitação da concretização de direitos fundamentais.

Diante desta situação, volta-se à pergunta: Pode haver limites à eficácia dos direitos fundamentais?

O crescimento populacional e a conscientização da população em relação ao exercício de seus direitos, bem como a resistência por parte do Estado em efetivar e oferecer os direitos mínimos e essenciais de todos os cidadãos, provocou um aumento considerável de ajuizamento de ações as quais visam pura e simplesmente dar eficácia a direitos constitucionalmente previstos, ou seja, cada vez mais é necessário buscar o Poder Judiciário para que o Poder Público efetive os direitos sociais previstos na Constituição, através da prestação material atinente a cada direito.

O fortalecimento das instituições destinadas a assegurar os direitos individuais e da coletividade (Ministério Público), também vem cada vez mais obrigando o Poder Público a

prestar à coletividade aquilo que, embora expresso na Constituição Federal de 1988, vem sendo mitigado sob o argumento de serem finitos os recursos para tal, os quais não conseguem atender aos anseios de toda a população. Assim, surge o paradoxo: o Estado é o garantidor da efetivação dos direitos constitucionalmente previstos, mas é ele mesmo quem cria teses para combater a eficácia plena de tais direitos.

Diante desta percepção, adentramos ao argumento mais utilizado no Brasil quando se trata de efetivação de direitos fundamentais.

A reserva do possível, trazida pela jurisprudência alemã na década de 1970, traz a possibilidade de se discutir em demandas que visam a implementação de direitos fundamentais sociais, a preocupação com a capacidade orçamentária do órgão garantidor, bem como traz a razoabilidade como sua principal referência.

A Teoria da Reserva do Possível (Vorbehalt des Möglichen) surgiu na Alemanha, com a decisão chamada Numerus Clausus. O Tribunal Constitucional alemão (Bundesverfassungsgericht) decidiu que o direito postulado encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar da sociedade. [...] a Teoria da Reserva do Possível, em sua origem, não se refere única e exclusivamente a orçamentos e recursos, mas também menciona a condição de razoabilidade como referência principal. (SOUZA, 2010).

Neste caso discutido na Alemanha, o objeto da ação era a limitação de vagas no ensino superior de Medicina, onde foi decidido que não é possível oferecer o acesso universal ao ensino superior, em virtude da ausência de recursos e orçamentos suficientes. Todavia, a importação de conceitos constitucionais de outros países deve ser feita de modo cauteloso, a fim de adequar a interpretação a ser dada, e a aplicação, de modo que se adeque às circunstâncias particulares de cada Estado.

No caso do Brasil, infelizmente é dada interpretação equivocada de tal teoria, trazendo a interpretação no sentido puramente financeiro, sendo uma verdadeira Teoria da Reserva do Financeiramente Possível.

Embora exista a preocupação em relação à finitude dos recursos financeiros do Estado, esta teoria trouxe a possibilidade de mitigação da efetividade dos direitos sociais, contrariando o que prevê a Constituição Federal quando da imediatidade da aplicação dos direitos sociais, e garantia do mínimo essencial, o qual não pode sofrer qualquer tipo de restrição ou intervenção por parte do Estado, nem mesmo sob o argumento de indisponibilidade de recursos financeiros.

O significado de mínimo essencial, já exposto anteriormente, vem buscar a efetivação do princípio basilar da Constituição Federal, que é o princípio da dignidade da

pessoa humana. É que “[...] o referido ‘padrão mínimo social’ para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à (sic) uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e garantida de uma moradia[...]”. (KRELL, 2002, p. 63).

Já a reserva do possível, é um argumento comumente utilizado como resposta do Poder Público, frente às demandas judiciais que têm como finalidade a prestação positiva por parte do próprio Estado dos direitos fundamentais sociais. A reserva do possível, acompanhada da repartição de competências (normas internas de definição de competências para prestação de serviços ou efetivação de direitos sociais), objetivam condicionar as pretensões da sociedade de acordo com as possibilidades financeiras do Estado.

Juliana Tiemi Maruyama Matsuda, *et al*, explica que:

Atualmente, no Brasil, o argumento da reserva do possível é frequentemente suscitado em julgados que versam sobre políticas públicas de implementação de direitos fundamentais sociais. Nesses casos, o Estado busca se eximir da responsabilidade pela efetivação desses direitos, ou limitá-los, argumentando que não dispõe de recursos financeiros suficientes para tanto. Compete ao Judiciário, então, decidir se essa escassez de recursos constitui-se em fator que justifica a implementação deficiente daqueles direitos sociais. (MATSUDA, *et al*. p.06).

Existem duas teorias acerca do argumento da reserva do possível como argumento utilizado para restringir direitos fundamentais: a teoria interna ou a teoria externa, explicadas por Matsuda, *et al*:

A teoria interna preconiza a inexistência de restrições legítimas a direitos fundamentais, considerando como ‘limites conceituais’ ou ‘limites imanentes’ as eventuais delimitações traçadas pela norma jurídica a esses direitos. Assim, se uma determinada ação ofende valores não protegidos pela norma, tal ação não poderá ser tachada de ‘restrição’, já que respeitou os limites imanentes do direito fundamental. Se ultrapassar esses limites, não será simplesmente uma restrição a direito fundamental, mas sim, violação. Já a teoria externa admite a existência de restrições legítimas a direitos fundamentais, derivadas da necessidade de compatibilizar os direitos de todos os indivíduos. Essas restrições podem ser normas jurídicas ou atos jurídicos, e estão submetidas ao controle dos poderes estatais constituídos, aos quais incumbe verificar se aqueles limites encontram guarida no texto constitucional, bem como se respeitam o princípio da proporcionalidade. Se atenderem a esses requisitos, a restrição será considerada legítima. A partir da análise das duas concepções acima apresentadas, verifica-se que elas divergem quanto ao fato de considerar os limites aos direitos fundamentais como inerentes à sua própria concepção (teoria interna) ou como acontecimentos externos e posteriores à sua consagração (teoria externa). Inobstante tal divergência, a conclusão mais importante que deflui de ambas as correntes é o fato de que existem limites incidentes sobre os direitos fundamentais, sejam esses limites impostos concomitantemente à previsão constitucional da norma jusfundamental, sejam limites surgidos posteriormente, como imposições da vida em sociedade. (MATSUDA, *et al*. p.03-04).

Assim, de acordo com essas teorias, caberá aos poderes públicos justificar, por meio da ponderação em relação ao argumento da reserva do possível frente à garantia do mínimo essencial, o motivo pelo qual um bem deve ser mais protegido que o outro e concomitantemente deve ser destinado recursos financeiros por parte do Estado, que sejam aptos à satisfação do direito protegido.

Ademais, em casos de ações judiciais, não basta a alegação da reserva do possível para negar a prestação. O Poder Público terá o ônus de provar que a prestação gerará mais prejuízos que vantagens.

Para aplicação dessa teoria, quando houver demanda judicial, deve ser considerado aquilo que é desejável, dentro do possível economicamente. Importante salientar que se o Poder Público invocar a Teoria da Reserva do Possível a fim de não cumprir com sua obrigação constitucional, cabe a ele o ônus de provar que não há recursos, para só então poder o Judiciário se manifestar, de acordo com a razoabilidade. (SOUZA, 2010).

Destarte, estas teorias deparam-se com o problema da limitação de direito constitucionalmente previsto frente à um problema estatal, qual seja, a indisponibilidade de recursos aptos a efetivarem a prestação positiva por parte deste de direitos sociais essenciais. Questiona-se, por oportuno: um erro justifica outro? E mais ainda se conclui: não pode haver, de maneira alguma, restrição à efetivação de direitos fundamentais sociais, uma vez que é a própria Constituição que preconiza, mesmo que implicitamente, que os direitos sociais, que a dignidade da pessoa humana e que o mínimo não são passíveis de qualquer restrição por parte do Estado, mesmo que por argumento de falta de recursos financeiros.

## **5 CONCLUSÃO**

A efetivação de direitos fundamentais pelo Estado é sempre um tema de muita polêmica.

Há os que defendem que o Estado deve garantir a efetivação de tais direitos conforme suas capacidades orçamentárias, não tendo o Poder Judiciário legitimidade para intervir no planejamento orçamentário por meio de seu ativismo e de suas decisões, uma vez que não conhece das dificuldades financeiras que assola a Administração Pública.

É certo que, de fato, o Judiciário deve se ater aos critérios de razoabilidade quando proferir uma decisão que interfira diretamente nos gastos públicos. No entanto, é inadmissível

que se aceite negar direitos fundamentais que representem o mínimo de garantia da dignidade da pessoa humana, que é o caso dos direitos sociais prestacionais.

Os direitos sociais, assim como os direitos econômicos e culturais, são valores basilares do Estado Democrático de Direito, e não restam dúvidas de que se tratam de direitos fundamentais, conquistados por meio de um grandioso processo de conquista de direitos básicos dos cidadãos, sendo compreendidos como direitos prestacionais de obrigação do Estado, por isso podem, inclusive ser reclamados judicialmente, uma vez que possuem auto-aplicabilidade.

É, em virtude da criação de teorias, como a reserva do possível, a qual constitui verdadeiro óbice à concretização dos direitos sociais pelo Poder Executivo e, diante também do Poder Judiciário, que pode se dizer que a mera previsão constitucional é insuficiente para a efetivação de direitos fundamentais, em que pese possuírem aplicabilidade imediata.

A mitigação da previsão constitucional, pautada na limitação de recursos estatais suficientes a atender todas as demandas sociais, não pode ser arguida, e nem servir de justificativa para negar direitos fundamentais, uma vez que está-se diante de direitos sociais básicos, que são indispensáveis a assegurar um mínimo existencial e a própria dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fernando Gomes de. **Dos Direitos Sociais de Caráter Prestacional face ao artigo 5º parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988: normas programáticas ou autoexecutáveis?**. Disponível em: <<http://www.facol.com/gestus/artigos/artigo2-completo.htm>>. Acesso em 15 ago. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BEDIN, Débora Cristina Roldão. **A efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário e a reserva do possível**. In: Revista de Direito Público. Londrina, v, 4, n. 2, p. 12-28, maio/ago. 2009. Disponível em: <<file:///C:/Users/Julia/Downloads/10750-41034-1-PB.pdf>>. Acesso em 01 ago. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 04 jul. 2017.

COSTA, Fabrício Veiga. **Liquidez e Certeza dos Direitos Fundamentais no Processo Constitucional Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

KRELL, Andreas Joaquim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. **O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais**. Disponível em:

<file:///C:/Users/Julia/Downloads/o\_minimo\_existencial\_juliana\_tiem.pdf>. Acesso em 01 ago. 2017.

MORAES, Daniela Pinto Holtz. **Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em:

<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7701](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701)>. Acesso em 01 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 01 ago. 2017.

PORTELLA, Simone de Sá. **Considerações sobre o conceito de mínimo existencial**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2407](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2407)>. Acesso em 18 ago 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre:

Livraria do Advogado Editora Ltda., 2012. Disponível em: <

<https://www.passeidireto.com/arquivo/6221261/a-eficacia-dos-direitos-fundame---ingo-wolfgang-sarlet>>. Acesso em 01 ago. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82.

SOUZA, Fernanda Oliveira de. **Intervenção Judicial na garantia da efetivação do Direito à Saúde: possibilidades e limites no caso dos medicamentos**. Disponível em: <

[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010\\_1/fernanda\\_souza.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/fernanda_souza.pdf)>. Acesso em 18 ago. 2017.

WEBER, Thadeu. **A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls.** Disponível em:  
<[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2013000100011&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2013000100011&script=sci_arttext)>.  
Acesso em 01 ago. 2017.