XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITOS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E SEGURIDADE II

FREDERICO THALES DE ARAÚJO MARTOS

YURI NATHAN DA COSTA LANNES

JOSÉ SÉRGIO SARAIVA

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos Sociais, Políticas públicas e Seguridade II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Frederico Thales de Araújo Martos; José Sérgio Saraiva; Yuri Nathan da Costa Lannes. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-816-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas públicas e seguridade. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITOS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E SEGURIDADE II

Apresentação

O XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA), em parceria com a Universidade Federal de Goias, entre os dias 12 e 14 de outubro de 2023, apresentou como temática central "Derecho, democracia, desarrollo y integración". Esta questão suscitou intensos debates desde o início e, no decorrer do evento, com a apresentação dos trabalhos previamente selecionados, fóruns e painéis que presenialmente ocorreram.

Os trabalhos contidos nesta publicação foram apresentados como artigos no Grupo de Trabalho "DIREITOS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E SEGURIDADE II", realizado no dia 14 de outubro de 2023, que passaram previamente por no mínimo dupla avaliação cega por pares. Encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-Graduação em Direito, que retratam parcela relevante dos estudos que têm sido produzidos na temática central do Grupo de Trabalho.

As temáticas abordadas decorrem de intensas e numerosas discussões que acontecem pelo Brasil e Argentina, com temas que reforçam a diversidade cultural e as preocupações que abrangem problemas relevantes e interessantes, a exemplo do sistema de saúde brasileiro e argentino, dos direitos sociais, e políticas públicas para garantia de direitos fundamentais de cidadania, diversidade e dignidade da pessoa humana.

Espera-se, então, que o leitor possa vivenciar parcela destas discussões por meio da leitura dos textos. Agradecemos a todos os pesquisadores, colaboradores e pessoas envolvidas nos debates e organização do evento pela inestimável contribuição e desejamos a todas e todos uma proveitosa leitura!

José Sérgio Saraiva - Faculdade de Direito de Franca - FDF

Frederico Thales de Araújo Martos - Faculdade de Direito de Franca - FDF

Yuri Nathan da Costa Lannes - Faculdade de Direito de Franca - FDF

DAS DIFICULDADES PARA A GARANTIA DA APLICABILIDADE E EFETIVIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

DIFFICULTIES IN GUARANTEEING THE APPLICABILITY AND EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS

Daniele Farah Soares

Resumo

O presente artigo visa abordar as dificuldades encontradas para a efetivação dos direitos sociais. Para tanto, cuida inicialmente dos aspectos relativos à importância da classificação dos direitos sociais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro e, na segunda parte, apresenta uma breve explanação acerca da possibilidade de concretização dos direitos sociais por meio do Poder Judiciário e suas consequências frente ao Princípio da Separação dos Poderes, chegando à conclusão de que não só é possível que o Poder Judiciário contribua, ressalvadas algumas limitações, para a efetivação dos direitos sociais, como é seu dever, eis que a falta de efetivação dos direitos sociais culmina na ofensa a própria democracia. O presente estudo ressaltou as teorias do mínimo existencial e a reserva do possível, observando que o mínimo do mínimo existencial pode ser imediatamente judiciável e definiu como mínimo dos mínimos existencial a educação pública básica e de qualidade. Adotando na pesquisa a metodologia referencial bibliográfica, foram utilizados livros, artigos e obras que versam a respeito do tema ora estudado e também a legislação brasileira.

Palavras-chave: Efetivação dos direitos sociais, Democracia, Poder judiciário, Políticas públicas, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to address the difficulties encountered in the realization of social rights. To this end, it initially aims to address the difficulties encountered in the realization of social rights. To fundamental rights in the Brazilian legal system and, in the second part, it presents a brief explanation about the possibility of realizing social rights through the Judiciary and its consequences in relation of the Principle of Separation of Powers, coming to the conclusion that not only is it possible for the Judiciary to contribute, subject to some limitations, to the realization of social rights, but it is its duty, behold, the lack effectiveness of social rights culminates in the offense to democracy itself. The present study highlighted the theories of the existential minimum and the reserve of the possible, noting that the minimum of the existential minimum can be immediately judged and defined basic and quality public education as the minimum of existential minimums. Adopting the bibliographic reference methodology in the research, books, articles and works that deal with the subject studied here and the Brazilian legislation were used.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Realization of social rights, Democracy, Judicial power, Public policy, fundamental rights

Introdução

Historicamente, é notório identificar entraves que impedem a garantia de acesso aos direitos sociais, cenário que não é diferente no contexto da sociedade brasileira, tendo em vista que a maioria desses direitos demanda do Estado uma efetiva participação, de forma que sua implantação e manutenção dependem de ações, esforços políticos e, geralmente, elevados custos para o Estado.

Reafirma-se que, para a concretude dos direitos sociais, não basta simplesmente que o Estado permaneça inerte, com posição meramente negativa, como se pressupõe, por exemplo, para a garantia dos direitos de liberdade. Para assegurar os direitos sociais se faz necessário, na maioria das vezes, um dever de fazer do Estado, não sendo suficiente a sua simples não interferência. Conforme entende Sarlet, "O termo 'direitos sociais' se justifica porque seu objetivo é a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de efetivação de política social" (SARLET, 2009).

Portanto, a realização dos direitos sociais geralmente passa pela necessidade de uma posição ativa dos administradores públicos, desenvolvendo políticas públicas no intuito de dar-lhes efetividade; e, considerando que essa ação comissiva estatal é altamente custosa para os cofres públicos, fica fácil vislumbrar a dificuldade da consumação da maioria dos direitos sociais.

Contudo, atualmente, o entendimento dominante preceitua que todos os direitos possuem um custo e que, mesmo os direitos individuais, como o direito à liberdade, geram custos para o Estado. O que ocorre é que, segundo a teoria geracional de Karel Vasak, que classifica os direitos humanos em gerações, conforme será abordado na próxima seção, os direitos individuais são classificados como direitos de Primeira Geração, e, assim sendo, as pessoas já estão mais habituadas com a sua concretização pelo Estado, mesmo que demande altos custos. O mesmo não ocorre com a efetivação dos direitos sociais, classificados como direitos de Segunda Geração, por serem direitos mais novos, que ainda não são conformados integralmente na sociedade (MARTINS, 2023).

Assim, partindo da premissa de que não existe direito eminentemente negativo ou positivo, pois a concretização de direitos sociais pode depender de uma inação estatal, como ocorre, por exemplo, com o direito a greve, e há situações em que os direitos individuais podem exigir do Estado uma ação, como é o caso do direito à propriedade, e considerando que todos os direitos geram custos, o que realmente diferencia os direitos sociais dos demais direitos é a sua efetivação.

A Constituição Federal vigente reservou um capítulo inteiro – o capítulo II – para a proteção dos direitos sociais, demonstrando o tamanho da sua relevância e importância e que o Estado brasileiro os considera um dos pilares para a garantia de uma sociedade democrática (BRASIL, 1988).

Classificados como direitos de 2ª geração, oriundos dos conceitos referentes à igualdade, o surgimento dos direitos sociais e a necessidade da sua garantia ocorreram com a finalidade de reduzir as desigualdades sociais e garantir o chamado "mínimo existencial" devido a todos os seres humanos, o qual será tratado especificamente no corpo do decorrer do artigo.

Além de estarem entre os direitos que concretizam o Princípio da Igualdade, defende-se que não há como negar-lhes *status* de direito fundamental, visto que os direitos sociais, que também se inserem no rol dos direitos humanos, foram recepcionados nas várias constituições nacionais e tratados internacionais ratificados pelo Brasil, por traduzirem valores tão nobres e caros para a sociedade, são ferrenhamente defendidos por uma grande parcela da população.

No entanto, durante os primeiros anos após a constituinte, houve grande crítica à constitucionalização dos direitos sociais; pois, embora estivessem expressos no texto constitucional, receberam a censura dos positivistas diretamente ligada à sua baixa densidade normativa, uma vez que as normas constitucionais que os preveem são em sua maioria programáticas, e que conforme mencionado acima, a ampla maioria desses direitos, para serem concretizados, dependem de atos comissivos do Estado, dentre os quais está a organização de políticas públicas visando sua conformação.

Ocorre que, devido à sua inicial "baixa densidade normativa" mais o seu alto custo, os direitos sociais eram frequentemente negligenciados pelos entes governamentais (LINS, 2009). Portanto, diante da falta de sua regulamentação na legislação infraconstitucional, logo após a constituinte, eles ainda permaneceram inaplicáveis, ineficientes e reduzidos ao patamar de mera retórica constitucional. Desse modo, naquela época, os dispositivos constitucionais prescindiam de regulamentação para, de fato, terem alguma efetividade, aspecto que destoa de normas consideradas substancialmente constitucionais e, por isso, alguns autores defendiam que as normas de direitos sociais não poderiam ser preceitos fundamentais. A esse respeito, assevera Sarlet: "embora admitam a possibilidade de ter tais direitos previstos no texto constitucional, refutam a sua condição de autênticos direitos fundamentais" (SARLET, 2009).

Contudo, a par das discussões jurídico-doutrinárias, é contínua a evolução da sociedade na busca incessante pela igualdade a todos os seus membros, entendendo-se que todos são iguais e ninguém é melhor que o outro por sua posição na pirâmide social, pois que, na condição de seres humanos, todos são titulares de direitos fundamentais e detentores natos de direitos fundamentais como o direito à vida digna, à saúde e à educação, dentre outros, e que nenhum ser humano pode ter renegadas essas prerrogativas.

Assim, os direitos sociais emergem na coletividade com essa árdua tarefa de obrigar o Estado, por meio da criação de um arcabouço legislativo, de políticas públicas e de programas sociais, garantir a dignidade humana, entendendo todo ser humano como ser moral e racional.

O presente estudo pretende, por meio de pesquisas bibliográficas, discutir a respeito de como garantir a efetividade aos direitos sociais, enfatizando seu *status* de direito humano fundamental e constitucional na legislação brasileira.

1 Dos direitos sociais

Conforme mencionado na introdução, os direitos sociais estão previstos no título II da Carta Magna de 1988, a partir do artigo 6º, que conceitua os direitos sociais, *in verbis*:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Levando-se em conta a já mencionada e consagrada Teoria das Gerações dos direitos humanos de Karel Vasak, amplamente difundida pelo notável filósofo Noberto Bobbio, os direitos fundamentais são tradicionalmente classificados em três gerações. A primeira geração contempla os direitos da liberdade, na segunda geração estão abarcados o direito à igualdade e a terceira geração alcança os direitos de fraternidade e solidariedade (MARTINS, 2023).

Entre a Revolução Francesa – proclamando Liberdade, Igualdade e Fraternidade – e a Revolução Industrial, o ser humano já havia consolidado a proteção aos direitos à liberdade, direito de Primeira Geração, que, no entanto, não eram mais suficientes para garantir os anseios da sociedade pós-guerra; e, portanto, nessa época se fazia coro também pela igualdade.

Assim, surgem logo após a Revolução Industrial, os direitos sociais que estão inseridos no rol desses direitos de Segunda Geração, que se qualificam, precipuamente, como testificadores dos princípios de Igualdade, Equidade e Isonomia. Dessa forma, despontaram os direitos humanos de Segunda Geração, assim reconhecidos no panorama internacional, e também denominados direitos fundamentais, ao serem incorporados ao ordenamento jurídico de um país como ocorreu na Constituição Federal brasileira de 1988, que prevê, dentre os direitos fundamentais, os direitos sociais (SOUZA, 2017).

Nesse norte, os direitos sociais se qualificam como o reconhecimento da sociedade de que muitos não possuem recursos próprios para garantir o mínimo humanitário e que cabe à sociedade/humanidade afiançar esses direitos, exigindo a responsabilidade de salvaguardá-los por meio da elaboração de legislações e políticas públicas capazes de dar efetividade a esses direitos, inerentes a todo ser humano.

Conforme já mencionado, a Constituição Federal brasileira de 1988 elevou os direitos sociais ao *status* de normas constitucionais e, ainda, de direitos fundamentais. Portanto, levando-se em consideração a classificação tradicional tripartite quanto à eficácia das normas constitucionais, que José Afonso da Silva estabelece em plena, contida e limitada, pode-se, num primeiro momento, dizer que os direitos sociais são normas constitucionais de eficácia limitada e necessitam de prévia regulamentação pelo legislador ordinário para, então, tornarem-se direito subjetivo, pois "toda norma que garante direitos fundamentais tem algum tipo de limitação quanto a sua eficácia" (SILVA, 2006)

Contudo, o Neoconstitucionalismo, fenômeno ocorrido também após a Segunda Guerra Mundial, conferiu às normas constitucionais, eficácia material, de modo que a Constituição deixou de ser norma programática e passou a desfrutar de normatividade efetiva: isto é, deixou de ter efetividade meramente formal e passou a ter efetividade material, concreta e axiológica (BARROSO, 2006).

Assim sendo, melhor pondera a teoria que explica que as regras de direitos sociais se encaixam em normas de aplicabilidade imediata; porém, de aplicabilidade imediata progressiva. Isto porque, tendo em vista ser impossível que todas as normas sociais tenham fruição ao mesmo tempo, já que sua aplicação, geralmente, acarreta alto custo aos cofres públicos (BÜHRING 2015), elas vão se cumprindo e se efetivando com o tempo e com as prioridades governamentais definidas na época, sendo vedado o retrocesso que objetive corromper o núcleo essencial da norma.

Cabe lembrar que, logo após a constituinte, houve um esvaziamento normativo das normas relacionadas aos direitos sociais, pois se entendia que tais regras dependiam de

um comportamento essencialmente ativo por parte dos entes governamentais, traduzido pelo dever de regulamentar os preceitos constitucionais e de promover políticas públicas para tornar os direitos sociais, de fato, efetivos e concretos.

Contudo, em relação a esse esvaziamento e esse entendimento é importante ressaltar que, conforme quis o legislador constituinte, essas normas não estão atreladas meramente à atuação positiva do Estado, sem um modelo exclusivo de direito prestacional, mas "como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas e modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna" (SARLET, 2009). Desse modo, Sarlet assevera:

> [...] Neste sentido, verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais (sendo, ou não, tidos como fundamentais), abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecia ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos de não-intervenção na liberdade pessoal) e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão "positiva" (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade), ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também ações "negativas", notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também por parte de organizações sociais e de particulares" (SARLET, 2009).

Atualmente, a grande maioria das normas de direitos sociais já foram regulamentadas por leis infraconstitucionais, e inúmeras políticas públicas foram igualmente implementadas, visando garantir eficácia e aplicabilidade ao arcabouço legislativo constitucional e afiançando a efetividade dos direitos sociais; embora, conforme iremos discutir adiante, a regulamentação dos direitos sociais não seja uma condição *sine qua non* para que o mínimo existencial garantido pela norma constitucional tenha eficácia e aplicabilidade imediata.

Nesse sentir, é difícil não atribuir aos direitos sociais o caráter de direitos humanos fundamentais, uma vez que são inerentes e indispensáveis a todos os seres humanos, e esse discurso da baixa densidade normativa para a aplicabilidade e efetividade desses direitos sociais perdeu o objeto, embora ainda seja utilizado como escusas de administradores públicos que não os concretizam.

2 Da aplicabilidade e efetividade dos direitos sociais

Cumpre observar que quando se refere à efetividade dos direitos sociais, a referência hodierna, não é só jurídica, mas também social, que conforme Barroso (BARROSO, 2000), é a efetividade propriamente dita, não meramente formal e retórica, mas eficaz socialmente, com aderência e cumprimento concreto pela sociedade.

Do contrário, tem-se uma norma "eficaz" apenas juridicamente, de proveito meramente verbal e formal, o que denota um cenário ilógico, pois a '*norma sendo norma'* não pode ser considerada ineficaz. Contudo, o que se busca e quer é que a norma, sobretudo a norma referente aos direitos sociais, possua eficácia social, ou seja, tenha aplicabilidade social. Desse modo, os direitos sociais deixam de ser relacionados como normas eminentemente programáticas, sem eficácia e aplicabilidade imediata e passam a ser exigíveis também perante o judiciário (SARMENTO, 2008).

Conforme visto na seção anterior, já houve grande discussão a respeito da fundamentalidade dos direitos sociais, estando atualmente pacificado que os direitos sociais são fundamentais. Aliás, conforme preceitua Sarlet, Matinoni e Mitidiero (2012), os direitos sociais são fundamentais, e possuem a chamada dupla fundamentalidade tanto material quanto formal. Desse modo, são materialmente fundamentais aqueles previstos na Constituição e encartados como direitos fundamentais, e são formalmente fundamentais aqueles que, independentemente de previsão constitucional, são fundamentais devido à sua importância.

De outra parte, conforme já mencionado brevemente na introdução, segundo Dimoulis e Martins (2010), os direitos fundamentais são classificados em negativos (de resistência) e positivos (prestacionais). Nessa ótica, os direitos e garantias individuais estão contidos entre os direitos negativos/resistência, enquanto os direitos sociais estão incluídos nos direitos positivos/prestacionais.

Cabe, esclarecer que os direitos positivos ou prestacionais, como exemplo o direito à habitação, geralmente dependem de uma atuação direta do Estado para terem aplicabilidade e eficácia. Por outro lado, os direitos negativos, cujo exemplo clássico é o direito à liberdade, em sua grande maioria, independem de uma atuação direta do Estado, de um dever de fazer; ao contrário, primam por uma ação negativa, um não fazer. No entanto, também existem direitos negativos que dependem diretamente de uma prestação positiva do Estado, a exemplo do direito à segurança. Quanto aos direitos e às garantias individuais, sua eficácia e aplicabilidade não são questionadas, pois suas regras já são conformadas na sociedade e, independentemente de estarem ou não regulamentadas, são exigíveis, inclusive judicialmente, sem que haja debates acerca da quebra da independência dos três poderes

quando o judiciário intervém para garantir direitos dessa natureza, o que não acontece quando se cuida de direitos sociais (LINS, 2009).

O mesmo não ocorre com os direitos positivos ou prestacionais. Com relação a eles há grande controvérsia, doutrinária e jurisprudencial, acerca da possibilidade do judiciário interferir e do quanto sua intervenção pode determinar ao Estado que cumpra a norma constitucional e dê aplicabilidade e eficácia a um direito social, não estaria ferindo a separação de poderes. É certo que o cumprimento dos direitos sociais é, por vezes, mais dispendioso do que a execução dos demais direitos (SARLET, 2009), também é correto que, em se tratando de direitos individuais e políticos, mesmo não sendo direitos prestacionais, são igualmente dispendiosos ao Estado. Mas ninguém questiona sua imediata exigibilidade judicial como uma ruptura do equilíbrio entre Judiciário e Administrativo.

Reconhece-se que não há como concretizar todos os direitos sociais, ao mesmo tempo e de forma integral, pois os recursos financeiros são escassos, e essa insuficiência de recursos obriga o administrador público a fazer escolhas, denominadas *tragical choices* ou escolhas trágicas (SARMENTO, 2008). Desse modo, diante de uma gama de direitos e a finitude de recursos, cabe a Administração Pública definir prioridades entre direitos igualmente relevantes. Como diz o dito popular: “cobre-se um santo, para descobrir o outro”.

Tem-se, da leitura da Constituição Federal de 1988, que ela não preceitua que o Estado deve garantir apenas o mínimo dos direitos sociais; ao contrário, ordena que é dever do Estado entregar, progressivamente, o máximo de direitos sociais. No entanto, compreendendo que é impossível implantar, ao mesmo tempo, todos os direitos prestacionais, devido, principalmente, à escassez de recursos, responsavelmente, alia-se ao entendimento de que os direitos positivos devem ser implantados progressivamente; mas que, entretanto, há uma parte pequena e básica que pode ser exigível desde a promulgação da Constituição, denominada mínimo existencial (CLEVE, 2003) dos direitos sociais, cujo cumprimento obriga o Estado a defender o zelo na evolução dos direitos sociais e não permite o retrocesso que atinja esse mínimo existencial de tais normas.

As normas constitucionais podem ser classificadas como normas-regras e normas-princípios. As normas-regras possuem aplicabilidade imediata e íntegra, não sujeitas a sopesamentos ou ponderações para sua efetivação, e as normas-princípios são amplas, vagas e abertas, que, do Estado, exigem o maior cumprimento possível, mas dentro dos limites da razoabilidade, da proporcionalidade e da reserva do possível (MARTINS, 2023). A maioria das normas constitucionais que dispõem acerca de direitos sociais são normas-princípios e, portanto, devem ser concretizadas de forma progressiva. No entanto, há um

mínimo existencial dos direitos sociais, esse sim de aplicabilidade imediata e intangível e que pode ser tido como uma norma-regra (MARTINS, 2023).

Por mínimo existencial entende-se a menor quantidade necessária para a existência fisiológica, social e cultural do ser humano que, como ser de evolução complexa que é, necessita da associação de vários aspectos para se desenvolver plenamente. Portanto, o mínimo existencial vai além da sobrevivência, se presta à fruição de uma vida digna e não pode ser confundido com o mínimo vital, que garante apenas a manutenção fisiológica do indivíduo. Corolário do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o mínimo existencial dos direitos sociais está igualmente associado ao fundamento da República como um Estado Social (MARTINS, 2022).

Contudo, ao lado da garantia do mínimo existencial está o princípio da reserva do possível, que significa aquilo que é razoável o cidadão exigir do Poder Público, considerando a escassez de recursos e as prioridades definidas pelo Poder Executivo e Legislativo. Muito embora a reserva do possível se traduza na existência de um equilíbrio entre aquilo que o cidadão espera do Estado e a existência de disponibilidade financeira, não pode servir de "muletas" ao Estado no intuito de se desobrigar do cumprimento efetivo das normas constitucionais, tampouco de abolir a concretização dos direitos sociais.

Há, na doutrina, divergências a respeito do conceito de reserva do possível. Andreas J. Krell, por exemplo, garante que referido conceito é interpretado equivocadamente no Brasil, que é um país onde sequer as mínimas necessidades básicas (mínimo vital) são garantidas. Assim sendo, não deveria ser adotado no Brasil esse conceito importado da Europa, onde reserva do possível estaria atrelada ao *bem-estar social*, que seria o mínimo existencial já solidificado. Se na Europa, a exemplo da Alemanha, esse "bem-estar social" já está consolidado, no Brasil, esse critério não existe (KRELL, 2000); na verdade, não é aplicável pois o Brasil é um país em que necessidades básicas vitais ainda são frequentemente negligenciadas.

Com isso, a limitação econômica acentua a importância da aplicação cautelosa desse conceito da reserva do possível em países subdesenvolvidos; sobretudo no Brasil, posto que a escassez de recursos impossibilita a realização de todos os direitos sociais concomitantemente. E, conforme já mencionado, deve haver equilíbrio, de modo que a *reserva do possível* não pode estar atrelada ao absoluto exaurimento dos recursos públicos; caso contrário, estaria se admitindo que o direito de uma pessoa se sobrepõe ao direito dos demais. Portanto, cabe ao poder público, considerando que o orçamento é finito (CLÈVE, 2003), atender a diversos outros direitos, além dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

Nesse sentido, o Estado de direito democrático constitucional brasileiro deve priorizar o cumprimento de políticas públicas para a realização dos direitos sociais e não se preocupar prioritariamente, com o mercado, como vem ocorrendo ao longo dos últimos anos; pois há tempos que, ao invés de distribuir rendas, tem se priorizado um modelo concentrador de rendas e excludente, que vai afastando o país das promessas constitucionais.

E quando Legislativo e Executivo se afastam da efetivação dos direitos constitucionais, sempre deve haver espaço ao cidadão e à sociedade para recorrerem ao Judiciário. E para a resolução do mencionado debate quanto à possibilidade ou não de exigência da efetivação dos direitos sociais, a classificação de Clève é bem-vinda.

Clève (CLÈVE, 2003) classifica os direitos sociais em duas categorias: direitos prestacionais originários e direitos prestacionais derivados. Os primeiros podem ser reclamados, independente de edição de normas regulamentadoras, são suscetíveis até de demandas no judiciário para o seu imediato cumprimento, de forma que, qualquer cidadão pode reclamar imediatamente a aplicabilidade desse direito, inclusive perante as autoridades judiciais. São exemplos os direitos à educação, ao ensino fundamental e à saúde. Já os direitos sociais derivados dependem da criação de normas regulamentadoras para terem eficácia e não são imediatamente exigíveis, nem mesmo judicialmente. Na realidade, mesmo os direitos prestacionais originários têm sido limitados pela reserva do possível.

Assim sendo, somente os direitos prestacionais originários têm aplicabilidade imediata e eficácia plena, sendo imediatamente exigíveis, inclusive judicialmente. Nesse aspecto, cabe ao Judiciário estabelecer critérios para avaliar aquilo que é razoavelmente exigível do poder público.

De outra parte, Martins, brilhantemente, esclarece que grande parte dos direitos sociais foram constitucionalizados como normas-princípios e, portanto, não têm aplicabilidade imediata, não sendo exigíveis de plano por meio do Judiciário. Contudo, assevera que, uma vez definido o mínimo existencial do direito social no caso concreto, por meio dos critérios de ponderação e sopesamento, esses seriam imediatamente exigíveis do Poder Público e o seu cumprimento passível de judicialização (MARTINS, 2022).

A judicialização dos direitos sociais sempre enfrentou e, ainda, enfrenta resistência na doutrina em virtude da intervenção do Poder Judiciário em funções tipicamente legislativa e administrativa. E, em virtude do respeito à separação dos poderes, esses direitos já foram frequentemente relegados à mera retórica constitucional, inclusive pelo Judiciário, pois se entendia que seu efetivo cumprimento caberia, apenas, ao Legislativo, o dever de impulsionar leis de cumprimento e, ao Executivo, o dever de criar

políticas públicas. As normas que cuidavam dos direitos sociais eram vistas pelo Judiciário como normas de eficácia limitada e, portanto, não suscetíveis de judicialização antes de sua regulamentação infraconstitucional.

A primeira década dos anos 2.000 foi essencial para a quebra de tal paradigma no Brasil e o Judiciário se tornou mais ativo, exigindo dos Poderes Legislativo e Executivo o cumprimento da Constituição e, de tal modo, a concretização dos direitos sociais. O Judiciário passou a analisar que atrelada ao *mínimo existencial*, está a denominada ideia da *reserva do possível*, consistente na estabilidade do Estado entre o dever de concretizar políticas públicas que viabilizem os direitos sociais em consonância com o equilíbrio financeiro e atuarial. Com isso, os direitos sociais encontram, nos custos de sua efetivação, seus limites, reconhecidos pela doutrina como "reserva do possível" (SARMENTO, 2008).

Porém nessa análise, é preciso ponderar que a reserva do possível, em nenhuma circunstância, pode servir de critério para justificar a não implantação dos direitos sociais; que o critério do mínimo existencial deve ser sempre observado pelo juiz/administrador quando estiver diante de causas que envolvam a concessão de direitos sociais, cabendo ao intérprete/administrador realizar a ponderação entre os direitos sociais e as possíveis prioridades estabelecidas.

3 Da efetividade dos direitos sociais garantida pelo Judiciário

Superada está a fase em que se entendia que as normas constitucionais que dispõem sobre direitos sociais são meramente programáticas, devido à relevância dos bens e interesses envolvidos. O Supremo Tribunal Federal (STF) pacificou o entendimento de que a violação dos direitos constitucionais é passível de controle judicial e que o caráter discricionário de ações que visam à concretização das políticas públicas não é mais exclusivo dos Poderes Executivo ou Legislativo (MENDES, 2009). Mas, para melhor entender a celeuma criada quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais se faz importante uma breve evolução histórica.

O modelo atual, adotado pela Constituição Brasileira de 1988, consagrou a Separação Tripartite de Poderes ou funções, fortemente inspirada na doutrina de Montesquieu, apresentada na obra literária denominada "O Espírito das Leis". Nesta concepção, há a divisão de poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário; nenhum deles é absoluto, mas são independentes e harmônicos entre si; adotam o sistema de freios e

contrapesos, cabendo aos próprios Poderes o dever de fiscalizar uns aos outros (BOLDRINI, 2012).

Nesse prisma, "a função tradicional do Poder Executivo é a administração do Estado em consonância com as leis aprovadas pelo Poder Legislativo", cuja função típica é elaborar leis, sempre representando a vontade popular que o elegeu para defender seus interesses, e a função essencial do Poder Judiciário é de julgar. Contudo, mais do que simplesmente dizer o direito, o Judiciário tem se aprimorado e, atualmente não faz apenas a subsunção dos fatos apresentados aos atos normativos vigentes (neles incluídos Constituição, leis e tratados internacionais) e o caso concreto, sopesando direitos e solucionando conflitos.

Por isso, a doutrina e jurisprudência entendem que a atividade do juiz não é mais meramente retórica, não se limita a dizer que há o direito social por conta da previsão do texto constitucional, mas a sua atividade tem uma "evidente dimensão criadora de direito", o que se faz necessário porque, geralmente, os direitos sociais foram positivados constitucionalmente de maneira muito abstrata, sem previsão de prestações específicas que os concretizem (SARMENTO, 2008).

Portanto, o juiz ao julgar demandas relacionadas a direitos sociais não deve realizar apenas a subsunção do fato à norma; a atividade jurisdicional vai além, de modo que a decisão judicial acaba também abranger a promoção de políticas públicas, dotação orçamentária, dentre outras atividades que viabilizam sua concretização. Assim sendo, caso não houvesse essa intervenção do Poder Judiciário no intuito de viabilizar a materialização dos direitos sociais, estar-se-ia afrontando diretamente a democracia, aqui entendida no sentido macro de que se não existe justiça social, não existe democracia.

Nesse ângulo, a democracia, essencialmente no caso do Brasil, que tem acentuada exclusão social, não raras vezes, depende da atuação judicial para garantia dos direitos sociais. Desse modo, a atuação judicial é imprescindível não só para a concretização dos direitos sociais, mas sobretudo para a afirmação da própria democracia. No entanto, a intervenção judicial para a materialização dos direitos sociais no intuito de afirmação da democracia, além de encontrar limites fáticos e jurídicos, deve ser a *ultima ratio*, isso porque não seria uma função típica do judiciário, mas do Legislativo e Executivo.

Contudo, há que se reconhecer que, com a evolução da sociedade, os Poderes passaram a exercer também funções atípicas, e aqui cuida-se, em especial, da função atípica do Poder Judiciário quando, por exemplo, ao julgar questões atinentes à efetivação dos direitos sociais para a coletividade, pode interferir na função típica do Poder Executivo ou

do Legislativo, ordenando a implementação de políticas públicas ou a criação de leis para dar efetividade imediata ao mínimo existencial da norma social. E apesar de muito se discutir se o Poder Judiciário estaria legitimado a exigir a aplicabilidade dos direitos sociais, pois como tal função está relegada ao Poder Legislativo e ao Executivo, o Judiciário estaria extrapolando sua função e haveria, portanto, uma quebra do princípio da separação dos poderes, tem-se que o poder Judiciário funcionaria como um poder constituinte delegado, em última instância (CLÈVE, 2003).

Esse olhar do judiciário como poder constituinte delegado é coerente ao se admitir que "É certo que as normas programáticas não são meros conselhos aos poderes públicos, produzindo efeitos jurídicos significativos" (SARMENTO, 2008) possuindo, por isso, força vinculante ao Legislativo e ao Executivo, e que a própria Constituição protege essas normas das omissões estatais. Portanto, não há como negar que há uma dimensão subjetiva dos direitos sociais, não pertencendo exclusivamente ao campo programático, pois são, inegavelmente, direitos fundamentais, que possuem titulares e pertencem aos seres humanos.

É também possível aceitar a legitimação do Poder Judiciário para efetivar direitos sociais porque, no Brasil se reconhece que uma grande gama de direitos sociais tem força normativa própria, pois independem de regulamentação para sua eficácia e aplicabilidade (SARMENTO, 2008); porque, o apelo aos direitos individuais e outros princípios podem complementar o pedido de garantia dos direitos sociais, ainda que não como principal e único argumento, podendo citar-se como bom exemplo dessa situação a invocação do direito à vida para garantir o direito à saúde. E também porque o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal garante a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, o que destaca as normas de direito social do caráter eminentemente programático.

Em verdade, não deveria haver necessidade de judicialização para a concretização dos direitos sociais, pois é um dever primordial do Estado. Contudo, diante da inércia e omissão do Poder Estatal, o Poder Judiciário não só poderá como deverá intervir, ainda que não seja sua função típica determinar a prioridade dos gastos públicos. Até porque é sua função típica, pelo Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, decidir todas as questões que lhe são apresentadas pelos cidadãos, sem, inclusive, poder se desvencilhar alegando falta de legislação.

A esse respeito, cumpre invocar outro ditado popular que aqui se encaixa perfeitamente: "nem tanto ao céu, nem tanto ao inferno", é necessário encontrar um limite

para a atuação do Poder Judiciário, de modo que atue para confirmar a efetividade da constituição, desde que não ultrapasse certos limites, comprometendo o estado democrático de direito. E é essencial o equilíbrio (SILVA, 2006).

Assim, como ocorre com os princípios constitucionais, que devem coexistir, não se anulando e sim completando-se, devem ser relativizados entre si, moderando-se (ZAGREBELSKY, 1999), o mesmo deve acontecer com as normas que cuidam dos direitos sociais. E, sendo assim, deve-se considerar que o limite da judicialização dos direitos sociais é o mínimo existencial, que possui aplicabilidade imediata e devem ser sopesados e ponderados no caso concreto. Além do mínimo existencial dos direitos sociais cabe ao Estado decidir e fazer as famosas escolhas trágicas, regulamentar esses direitos em conformidade com o Princípio da Reserva do possível; ou seja, além da garantia do mínimo existencial, o Poder Judiciário não poderá interferir, sob pena de ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.

E ainda quanto à justiciabilidade dos direitos sociais, também deve ter, como limitador, o Princípio da Reserva do Possível, que se relaciona com a previsão orçamentária, escassez de recursos e a priorização de políticas públicas, sendo o dever na escolha de políticas públicas uma função típica do Poder Executivo, cujos ocupantes foram eleitos para representar a vontade do povo.

Assim, em caso de omissão da administração pública para garantir a efetivação do mínimo existencial das normas sociais não regulamentadas, está legitimado o Judiciário, que deve ponderar dois aspectos: primeiro, a razoabilidade da pretensão do cidadão em relação ao que ele espera da atuação do Estado, e, segundo, a disponibilidade financeira, ou seja, o limite financeiro disponível para o administrador gastar no cumprimento dos direitos fundamentais.

Nas decisões do Judiciário, o correto é que o critério de definição da reserva do possível não leve em conta o impacto orçamentário de um pedido judicial subjetivo como um todo, mas tome por base o custo orçamentário daquele pedido, que é ínfimo, diante da totalidade e amplitude do orçamento geral. Contudo, como a concessão de um direito social a uma pessoa, no controle difuso, pode gerar precedentes, desconsiderar o impacto orçamentário total seria irresponsável.

Nesse sentido, compactua-se com o entendimento de Clève (2003) no sentido de que a reserva do possível deve ser tida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes e que cabe ao

julgador/administrador perceber a totalidade e ponderar quais as possíveis consequências de sua decisão, pensando na sociedade em geral e não em uma única pessoa.

Portanto, ao julgar demandas envolvendo a concessão de benefícios sociais, por meio do controle difuso, o juiz não deve esquecer da aplicação do Princípio da Igualdade, pois concedendo o direito a uma pessoa, no caso concreto, todos em igualdade de condições deverão receber a mesma benesse. Para tanto, o magistrado deverá sempre indagar-se: o Estado poderá suportar os ônus dessa decisão?

Outra indagação importante ao Magistrado é se "há necessidade de potencializar os instrumentos processuais que estão à nossa disposição para a defesa dos direitos prestacionais na hipótese de inércia do poder público" (CLÈVE, 2003). Se a resposta for positiva e a efetivação dos direitos sociais, ao encargo exclusivo do legislador e do Executivo, culminar no esvaziamento do núcleo essencial das normas constitucionais que dispõem sobre direitos fundamentais, o que é vedado expressamente pela própria Constituição, o julgador deve intervir; o contrário ou além disso, é ofensa a própria democracia e ao Princípio da Separação dos Poderes.

Contudo, o Judiciário ao julgar o pedido de implementação do mínimo existencial de direitos sociais também não deve se esquecer de que é impossível o cumprimento das normas sociais de maneira integral e simultânea, por exemplo implementar o direito a moradia a todos os cidadãos, e de que cabe ao Executivo observar o Princípio da Reserva do Possível e a implementação de políticas públicas capazes de coordenar a execução de normas socais de forma progressiva, em que o Estado vai cumprindo, conforme sua capacidade econômica o seu dever (CLÈVE, 2003).

De outra parte, o Julgador deve sempre ponderar que é função do administrador público o dever de priorizar, dar preferência a determinados direitos, e de fazer a tal "escolha trágica", o que se viabilizará por meio de uma bem elaborada peça orçamentária. Não se pode ignorar que as conhecidas "escolhas trágicas", relacionadas aos gastos públicos, e a priorização dos direitos sociais também sejam funções típicas do Poder Legislativo. O Judiciário deve atuar como um "fiscal" do cumprimento das prioridades definidas por normas da própria Constituição e se manifestar em caso de omissão.

Para tanto, o juiz deve pautar suas decisões na regra da Razoabilidade (SILVA, 2002), atentar-se a previsão orçamentária para o cumprimento do direito social reclamado e, se não houver previsão de recursos públicos suficiente, ele deve sopesar os direitos, conforme o caso concreto. Cabe a ele requerer a apresentação de estudos técnicos que comprovem se o orçamento está sendo priorizado de forma equivocada pelo Executivo e,

em caso positivo, reordenar as despesas. Contudo, a reserva do possível jamais poderá ser uma desculpa utilizada para a ineficácia dos direitos sociais.

Ao lado da reserva do possível, outro fator relevante a ser também considerado pelo julgador, em sua função de concretizar os direitos sociais, é o já mencionado mínimo existencial, que é o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis à uma vida com dignidade, tais como a saúde, a moradia e a educação fundamental; o mínimo que o cidadão prudente pode esperar do comando estatal com o uso dos recursos públicos.

Desse modo, conforme muito bem observa Sarmento, "o mínimo existencial desempenha um papel importante como critério para adjudicação judicial de direitos sociais" (SARMENTO, 2008).

Cabe ao Estado, como função típica, privilegiar políticas públicas para a garantia dos direitos que asseguram o mínimo existencial e cabe ao Poder Judiciário o dever de fiscalizar o cumprimento dessas preferências. No entanto, não há como negar que o direito ao mínimo existencial também está condicionado ao Princípio da Reserva do Possível, uma realidade cujo exemplo clássico é a questão do valor do salário-mínimo brasileiro, que está muito aquém dos ditames preceituados no artigo 7º, IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Sarmento pondera que a elevação do salário-mínimo a patamares que, de fato, concretizem a norma constitucional poderia acarretar impactos econômicos severos que acabariam, por consequência, eclodindo e prejudicando, a *contrário sensu*, indubitavelmente a classe mais pobre (SARMENTO, 2008). Por outro lado, não elevar o salário-mínimo em conformidade ao mandamento constitucional, que é uma norma que fornece todos os elementos necessários para tanto (BARROSO, 2000), portanto uma norma-regra, a transforma em uma norma sem eficácia e aplicabilidade, e a reduz a mera retórica constitucional.

A esse respeito, o papel do judiciário é realizar uma ponderação de interesses, de acordo com a análise do caso concreto, de modo a pelo menos sempre garantir o mínimo existencial dos direitos sociais, e quanto mais indispensável for o direito social perseguido, maior relevância tem a decisão para o seu efetivo cumprimento. (SARMENTO, 2008)

Desse modo, o mínimo existencial não pode ser visto como apenas o mínimo à sobrevivência, porque isso já está assegurado como direito natural prescindindo de positivação como norma constitucional. Assim, se o legislador constitucional o positivou, então, devem ser respeitados o seu valor e a sua importância, buscando de medidas efetivas para a sua efetivação.

Portanto, a efetiva aplicabilidade dos direitos sociais se dá, precipuamente, com a implementação de políticas públicas, as quais dependem de um conjunto de conhecimentos técnicos, econômicos e políticos que possam viabilizar a sua concretização. Como tal atividade é típica dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário que, em regra, não detém o conhecimento técnico especializado necessário para a organização dessas políticas públicas, deve buscar apoio em outras ciências ao fundamentar suas decisões.

De tal modo, o fato de os Poderes Executivo e Legislativo se omitirem em realizar tais políticas públicas dá ao Judiciário não só o direito, mas também o dever de intervir para suprir omissões referentes ao mínimo existencial dos direitos sociais das autoridades tipicamente competentes, quando for interpelado para isso. A eficácia dos direitos sociais, portanto, permeia todos os Poderes, cabendo a todos e a cada um deles promover a garantia de sua eficácia e aplicabilidade. Pelo sistema de freios e contrapesos, quando um Poder se omite, cabe ao outro Poder complementar e exigir a efetividade desses direitos.

Assim, há necessidade de um equilíbrio entre os Poderes, não cabendo ao ativismo judicial o dever de resolver todas as mazelas da sociedade, mas apenas dar amparo quando tal atitude não advir dos outros Poderes, os quais têm a função própria de promover políticas públicas para a garantia de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais de direitos sociais. Por isso, ante a inércia da administração pública o Poder Judiciário pode e deve intervir para assegurar o mínimo existencial dos direitos sociais, mas tem que ser de forma responsável, não podendo simplesmente remanejar um recurso destinado a garantir uma política pública para atender outra, de maneira arbitrária e desmedida.

Nada obstante, a importância da efetivação dos direitos sociais não pode ser relegada exclusivamente ao Poder Judiciário, porque essa função não lhe é inerente e nem ele está estruturado para atender a esses tipos de demandas. Isto porque não basta simplesmente garantir o direito social, para efetivá-lo é necessário implementar políticas públicas e programas sociais para o acesso ao direito e o Judiciário não é o melhor órgão para tal análise.

O Judiciário deve ser um apoio, um suporte ao cidadão que, cansado das omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, dele se socorre para obrigar o Estado a cumprir seu dever. Nesse sentir, esse socorro deve ser usado como via de exceção, *ultima ratio*, não devendo o Judiciário ser a regra na busca pela adjudicação dos direitos sociais, mais tido como um coadjuvante.

Tradicionalmente, o controle concentrado de constitucionalidade por meio tanto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão quanto da Ação de Descumprimento de Preceitos Fundamentais não tem mostrado serem instrumentos diligentes no dever de resguardar a efetivação das normas sociais frente ao Poder Público. Igualmente, a ação civil pública, devido ao seu específico rol de legitimados para sua propositura, e o mandado de injunção, devido ao seu alcance de natureza individual, não têm se demonstrado meios mais eficazes para assegurar a concretização das normas sociais.

Sendo assim, o meio eleito como mais adequado para garantir os direitos sociais por meio de tutela jurisdicional nos remete às ações coletivas, que viabilizam melhor o debate com a administração pública, permitindo decidir qual a melhor política pública a ser adotada, e ainda assiste a todo um grupo de cidadãos, que, tendo acesso qualificado à justiça por meio de advogados, contratados ou não, são representados.

Já as demandas individuais, devido à hipossuficiência não só financeira, mas também cultural, privilegiam a classe média, em detrimento das classes baixas e, fatalmente, haveria uma transferência de recursos que deveria ser universal, para esse ou aquele indivíduo que teve o privilégio de ingressar com uma demanda individual (SARMENTO, 2008).

Todavia, analisando historicamente as decisões que cuidam de direitos sociais percebe-se que é mais confortável para o judiciário garantir o direito nas demandas individuais, porque não há necessidade de avaliar os impactos da decisão diante de um universo grandioso de requerentes. Contudo, essa modalidade é, sobretudo, discriminatória e irresponsável, na medida em que privilegia um grupo de pessoas que possuem acesso ao conhecimento e, por consequência, sabem que podem se socorrer do judiciário, enquanto aos hipossuficientes econômicos não é acessível nem mesmo o conhecimento do direito.

Portanto, apesar de se defender que a ação coletiva é a vida judicial mais adequada para assegurar o mínimo existencial dos direitos sociais, não há como não reconhecer que as demandas individuais, por vezes, são indispensáveis, sobretudo na garantia de direitos sociais que não são abarcados pelos requisitos de propositura de uma ação coletiva. O que não se pode admitir é haja dois pesos e duas medidas com generosidade nas ações individuais e parcimônia nas ações coletivas (SARMENTO, 2008).

Conclusão

Os direitos sociais, por serem direitos essencialmente prestacionais, ou seja, que, em sua maioria, dependem de uma atuação comissiva do Estado para a sua aplicabilidade e concretização e de carecer de maior dispêndio financeiro para sua efetivação, a história nos reporta que há uma certa displicência em seu cumprimento. Somado a isso, durante muito tempo o Poder Judiciário não se achava competente para intervir, pois era função dos poderes Executivo (Administração Pública) e Legislativo, sendo a sua interferência interpretada como ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.

Contudo, assente-se, conforme defende Sarmento, que "o verdadeiro papel dos direitos sociais é promover a inclusão dos excluídos" (BARROSO, 2000) e, como amplamente discutido no texto, entende-se que a palavra-chave para a intervenção do Judiciário com o fim de garantir a concretização das normas sociais é o equilíbrio, e que sua utilização deve acontecer, não como regra, mas como último recurso.

Além disso, em respeito ao Princípio da Separação dos Poderes, só é possível a judicialização imediata dos direitos sociais se for para o cumprimento do mínimo existencial e houver normas sociais já regulamentadas, cabendo ao intérprete sopesar e equilibrar o mínimo existencial e a reserva do possível em sua decisão, devendo observar, sobretudo, o momento histórico da sociedade na data do julgamento, sem deixar de considerar aspectos relevantes como uma crise econômica.

Assim, anui-se que o Poder Judiciário não pode se abster de julgar quando encontrar omissões dos poderes competentes na implementação de políticas públicas e programas sociais necessários para a concretização dos direitos sociais, sobretudo devido a importância e relevância dos referidos direitos, que não podem ficar a mercê da inércia exclusiva da administração pública. Portanto, a garantia da efetividade dos direitos sociais seja por meio da Administração Pública, do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário deve ser priorizada em um Estado Democrático de direito, pois negar-lhe sua concretização é refutar a existência da própria democracia.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11641. Acesso em: 13 jul. 2023.

BOLDRINI, Rodrigues Pires da Cunha. **Garantia de direitos e separação dos Poderes**. 2012. Tese de Doutorado. Dissertação de Mestrado. São Paulo: FADUSP. Disponível em file:///C:/Users/Daniele/Downloads/Dissertacao_Versao_simplificada_Rodrigo_Pires_da_Cunha_Boldrini.pdf. Acesso em: 25 jun. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

BÜHRING, Marcia Andrea. Direito Social: proibição de retrocesso e dever de progressão. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 41, n. 1, p. 56-73, 19 fev. 2015. Disponível em: https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/18175. Acesso em: 28 mai. 2023.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Crítica Jurídica Nueva Época, *[S. l.]*, n. 22, p. 17-29, 2003. Disponível em https://criticajuridica.org/index.php/critica_juridica/article/view/439. Acesso em: 12 jun. 2023.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. **Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil**. **Sequência**, Florianópolis, n. 84, p. 209-242, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/seq/a/f9mk84ktBCQJFzc87BnYgZv/. Acesso em: 22 mar. 2023.

DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

KRELL, Andreas J. **Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais.** A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LINS, Liana Cirne. **A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 46, n. 182, p. 51-74, abr./jun.2009. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194915/000865479.pdf?sequence=3, Acesso em: 08 jun. 2023.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. rev., amp. São Paulo: Saraivajur. 2023.

MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica.** 2. ed. rev., ampl. São Paulo: Saraivajur, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção Judicial efetiva dos direitos fundamentais. *In:* LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Canotilho.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra Editora. 2009, p. 372 a 400.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional 10. ed. rev., atual., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *In:* LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Canotilho.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra Editora. 2009, p. 213-253.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In:* SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). **Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Revista do Direito do Estado**, Rio de Janeiro. V.1, n. 4, p. 23-51, out./dez. 2006. Disponível em https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf. Acesso em: 28 mai. 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 91, n.798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4567833/mod_resource/content/1/2.%20SILVA%2C%20Virg%C3%ADlio%20Afonso%20da.%20O%20Proporcional...%20p.%2023-50.pdf. Acesso em: 22 jun. 2023;

SOUZA, Klauss Correa; LEAL, Fábio Gesser; SABINO, Rafael Giordani. **Direitos fundamentais, uma breve visão panorâmica. Revista Âmbito Jurídico,** Rio Grande, XX, n. 158, 2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-fundamentais-uma-breve-visao-panoramica/. Acesso em: 21 jan. 2023;

ZAGREBELSKY, Gustavo, **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999;