

# 3

## Direitos “fundamentais” sociais: a grande questão *Social “fundamental” rights: the big question*

PAULA LOUREIRO DA CRUZ

Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestrado em Direito Político e Econômico.  
Servidora Pública Federal da Justiça Federal – Poder Judiciário  
Endereço eletrônico: [placruz@jfsp.jus.br](mailto:placruz@jfsp.jus.br)

### RESUMO

O presente artigo analisa os direitos sociais, sob o enfoque do Poder Judiciário, com o escopo de obter justa medida entre o binômio “reserva do possível” e “mínimo existencial” no contexto apresentado pela sociedade brasileira, caracterizada por graves distorções sociais. Busca-se o estabelecimento de parâmetro que permita ao intérprete do Direito a compreensão da fundamentalidade dos direitos sociais em contraponto à inexistência de recursos, e avalia-se a contribuição a ser dada pelo paradigma neoconstitucionalista no campo dos direitos fundamentais sociais.

**Palavras-chave:** direitos sociais, Poder Judiciário, direitos fundamentais, cidadania.

### ABSTRACT

This article examines the social, from the standpoint of the judiciary, with the scope to get the right measure between the concepts “possible reserves” and “existential minimum” in the context presented by Brazilian society characterized by serious social distortions. It seeks to establish a parameter which allows the interpreter the right understanding of the fundamental social rights in contrast to the lack of resources, and to assess the contribution to be given by neo-constitutionalism paradigm in the field of fundamental social rights.

**Keywords:** social rights, Judiciary, fundamental rights, citizenship.

## 1. INTRODUÇÃO

Tarefa tormentosa do intérprete do Direito, especialmente do Poder Judiciário, consiste na ponderação acerca da efetivação dos direitos sociais diante do binômio “reserva do possível” e “mínimo existencial”.

Sérgio Fernando Moro, ao falar sobre “O Judiciário e os direitos sociais fundamentais”<sup>1</sup>, ensinou que:

(...) os direitos sociais fundamentais, além de merecerem tal qualificação, são passíveis de proteção e efetivação judicial, havendo várias perspectivas de atuação do Judiciário. Mesmo quando o texto constitucional é exíguo, não se exclui a possibilidade de uma avaliação judicial da política pública adotada pelo Estado em relação ao direito fundamental social, podendo o juiz, munido da postura interpretativa apropriada, proferir **decisões judiciais consistentes** em relação ao caso (grifou-se).

A garantia constitucional de acesso irrestrito ao Poder Judiciário, aliada à implementação de mecanismos, pelo Estado, voltados a assegurá-la, implicam constante aumento do número de demandas judiciais. A vultosa quantidade de ações judiciais – vale observar que, segundo o Ministro Gilmar Mendes<sup>2</sup>, atualmente tramitam no Brasil 67 milhões de processos – coloca o Judiciário diante de um grande desafio: como proferir **decisões judiciais consistentes** no campo dos direitos sociais, que reflitam a justa medida entre a “reserva do possível” e o “mínimo existencial” no contexto social brasileiro acentuado por graves distorções sociais?

Em busca de uma resposta, mostra-se pertinente a análise dos direitos sociais, iniciando-se com a sua definição.

## 2. DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS SOCIAIS

Será visto, inicialmente, o que são **direitos humanos** e sua diferenciação com **direitos fundamentais**. Em seguida, analisar-se-á a categoria dos direitos sociais.

<sup>1</sup> In: ROCHA, Daniel Machado da & SAVARIS, José Antônio (coord.). *Curso de especialização em Direito Previdenciário*. Vol. 1. 1. ed., 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006. p. 292.

<sup>2</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidente do STF faz balanço dos primeiros três dias de audiência pública sobre o SUS. Informativo Jurídico do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Subsecretaria de Documentação e Divulgação. *Notícias STF*, Brasília, 29 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107102>>.

Segundo Flávia Piovesan<sup>3</sup>, a concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida com o advento da Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Viena de 1993, “é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos (...) a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo”. E a autora prosseguiu<sup>4</sup>:

Neste sentido, em 10 de dezembro de 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos. Introduz ela a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

O condicionamento imposto pelo nazismo para a titularidade de direitos, a qual pertencia somente à raça pura ariana, implicou a morte de 11 milhões de pessoas, além de outras atrocidades. No cenário de duas grandes guerras, marcado por mortes, horror e destruição, exurgiu a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como categoria de direitos pertencentes a todos os seres humanos indistintamente. Em outras palavras, a titularidade dos direitos humanos, que no nazismo estava condicionada à raça a qual pertencia o indivíduo, a partir do pós-guerra passou a ter como único requisito a condição humana.

Os direitos humanos não se resumem ao domínio estatal, ou seja, sua esfera de proteção vai além dos limites de soberania estatal, para ganhar proteção na esfera internacional. Nesse particular, destaca-se importante diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos: os primeiros guardam relação com o direito positivo, estabelecido na carta magna de cada Estado, ao passo que os últimos encontram guarida em documentos internacionais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1993, subscrita por 171 Estados.

<sup>3</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 235.

<sup>4</sup> Ob. cit., p. 236.

A propósito, observou a referida autora que<sup>5</sup> “o processo de universalização dos direitos humanos permitiu, por sua vez, a formação de um sistema normativo internacional de proteção desses direitos”. Com efeito, o desenvolvimento de uma categoria de direito internacional que abarca os direitos humanos, com adoção de tratados internacionais destinados à sua proteção, reflete a consciência ética dos Estados contemporaneamente.

No tocante à distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, esclarecedora foi a lição do Professor Ingo Wolfgang Sarlet<sup>6</sup>, do seguinte teor:

Ademais, sustentamos ser correta a distinção traçada entre os direitos fundamentais (considerados como aqueles reconhecidos pelo direito constitucional positivo e, portanto, delimitados espacial e temporalmente) e os assim denominados “Direitos Humanos”, que por sua vez constituem as posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem jurídico-positiva interna.

E, especificamente no que tange aos direitos fundamentais, observou o ilustre professor no mesmo artigo:

Assim, é a fundamentalidade na sua perspectiva formal – que se encontra intimamente ligada ao direito constitucional positivo – que irá, em última análise, distinguir os direitos fundamentais constitucionais. Na Constituição de 1988, esta fundamentalidade formal recebeu especial dignidade, revelando-se não apenas na hierarquia normativa superior das normas constitucionais em geral, mas principalmente no fato de que, de acordo com o disposto no art. 5º, parágrafo 1º, da nossa Carta Magna, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Além disso, encontram-se os direitos fundamentais protegidos não apenas contra o legislador ordinário, mas até mesmo contra a ação do poder constituinte reformador, já que integram – ao menos de acordo com o nosso entendimento – o rol das “cláusulas pétreas” do art. 60, parágrafo 4º, inc. IV, da CF.

Portanto, consistem em características inerentes aos direitos fundamentais especial dignidade, hierarquia normativa superior, aplicabilidade imediata, proteção por meio de cláusulas pétreas e abertura material.

<sup>5</sup> Ob. cit., p. 237.

<sup>6</sup> In: SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, v. I, n. 1, p. 1-45, Salvador, abril, 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf)>.

Feita essa distinção inicial, impõe-se analisar os direitos sociais e sua inserção como categoria de direito fundamental. A Constituição Federal de 1988 acolheu os direitos sociais no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – sendo, portanto, indubitável a vontade do poder constituinte de inserir os direitos sociais como categoria de direito fundamental. O artigo 6º do texto constitucional define direitos sociais da seguinte maneira: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”.

Partindo-se da premissa constitucional de que os direitos sociais são fundamentais, surge uma nova questão: tais direitos, posto fundamentais, apresentam exatamente as mesmas características dos direitos e garantias fundamentais? Ou, para ir direto ao ponto, pode-se afirmar que os direitos sociais são dotados de **aplicabilidade imediata** com fulcro no artigo 5º, parágrafo 1º, do texto constitucional<sup>7</sup>?

### 3. APLICABILIDADE IMEDIATA (OU NÃO) DOS DIREITOS SOCIAIS

Sérgio Fernando Moro<sup>8</sup> destacou “a dificuldade em se conceber os direitos sociais como fundamentais, uma vez que, pelo menos os de caráter prestacional, demandam, para a sua efetivação, uma ação e não uma omissão do Estado”.

O Professor Ingo Wolfgang Sarlet, no artigo citado, observou que a conceituação dos direitos fundamentais apenas como direitos a prestações estatais é manifestamente equivocada, haja vista que o direito a prestações não se restringe a prestações exclusivamente materiais: nem todo direito a prestações constitui direito social, e, por outro lado, nem todo direito social se limita a uma dimensão prestacional. O referido autor destacou a existência de direitos sociais de cunho negativo, como o direito de greve e a liberdade de associação sindical, por exemplo, dentre outros, e esclareceu<sup>9</sup>:

Os direitos fundamentais sociais na nossa Constituição também não formam um conjunto homogêneo, não podendo ser definidos restritivamente como direitos a prestações estatais. Esta ausência de homogeneidade não se baseia apenas no objeto diferenciado dos direitos sociais, que abrangem tanto direito a prestações como direitos de defesa, mas também na diferenciada forma de positivação no texto constitucional, assim como assumem feições distintas no que diz com a problemática da eficácia e efetividade. (...) a denominação de

<sup>7</sup> “Artigo 5º. (...) Parágrafo 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

<sup>8</sup> Ob. cit., p. 273.

<sup>9</sup> *Idem* 6, p. 20-21.

direitos fundamentais sociais encontra sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas. Neste sentido, considerando os aspectos referidos, poderíamos conceituar os direitos fundamentais sociais – na esfera da magistral formulação de J. Miranda – como direitos a libertação da opressão social e da necessidade.

Desde já, é possível perceber a diferença entre os direitos sociais prestacionais e os direitos sociais de defesa, pois, ainda que ambos sejam informados pela dignidade da pessoa humana, apenas os primeiros demandam uma prestação efetiva por parte do Estado.

Ora, caso se esteja diante de uma prestação que, em tese, deve ser promovida pelo Estado, exsurge com indubitável relevância a problemática da dimensão econômica, porquanto a concreção da prestação reclamada demanda recursos, e, portanto, depende da conjuntura econômica. Trata-se, pois, de avaliar a efetiva disponibilidade do objeto reclamado, a qual pode tornar-se verdadeira limitação à efetivação da prestação.

Assim, visando a responder à questão sobre a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, faz-se necessário considerar peculiaridades na forma de aplicação do dispositivo constitucional em análise. Se, por um lado, é pacífico que os direitos sociais consistem em categoria dos direitos fundamentais, por outro lado não se pode perder de vista que a norma contida no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal tem por objetivo maior evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais, não significando, por conseguinte, o reconhecimento de um direito subjetivo à prestação almejada, haja vista a dimensão econômica que envolve as prestações sociais.

Nessa linha de raciocínio, concluiu o Professor Ingo Wolfgang Sarlet<sup>10</sup>:

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

<sup>10</sup> *Idem* 6, p. 29-30.

de aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma das diferenças essenciais entre estas e as normas-princípios), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto.

Até aqui foi possível verificar que os direitos sociais são dotados de **aplicabilidade imediata**, porém, no caso daqueles que envolvem prestações por parte do Estado, esta aplicabilidade deve ser entendida como mandamento de otimização, subordinada aos limites fáticos apresentados pela conjuntura econômica.

Mas quais os limites dessa subordinação? As limitações econômicas e orçamentárias sempre seriam óbices justificáveis à aplicabilidade imediata dos direitos sociais prestacionais? Se procede tal circunstância, isso não ocasionaria o esvaziamento da fundamentalidade dos direitos sociais, especialmente daqueles que demandam prestação estatal?

Sobre a matéria, Ana Paula de Barcellos<sup>11</sup> afirmou que:

(...) se definitivamente não houver recursos, as formas textuais mais claras e precisas não serão capazes de superar essa realidade fática: serão normas irrealizáveis (...). É preciso ter em mente, além dos elementos puramente jurídicos, dados da realidade, sendo um deles as condições materiais e financeiras de realização dos comandos normativos.

#### 4. “RESERVA DO POSSÍVEL”

A limitação de recursos em face das necessidades que devem ser supridas implica a análise de uma questão que, no Brasil, foi identificada como **reserva do possível**. Em outras palavras, a concreção das prestações reclamadas perante o Estado pressupõe recursos, cuja existência depende da conjuntura econômica.

No que tange à limitação de recursos diante da conjuntura econômica, o Professor Ingo Sarlet Wolfgang acrescentou<sup>12</sup>:

Vinculado a este aspecto, está a problemática da efetiva disponibilidade do objeto reclamado, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de prestar o que a norma lhe impõe, estando, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir sua obrigação. **A limitação dos recursos passa, neste contexto, a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos**

<sup>11</sup> In: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 259.

<sup>12</sup> *Idem* 6, p. 23-24.

**sociais prestacionais. Além da disponibilidade dos recursos, o destinatário da norma deve ter também a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, já que lhe faltando esta de anda adiantam os recursos existentes serem suficientes.** É justamente em virtude do exposto que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma reserva do possível, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder jurídico de disposição por parte do destinatário da norma (grifou-se).

Ana Paula Barcelos, sobre a **reserva do possível**, observou o seguinte<sup>13</sup>:

De forma geral, a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, **a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que sustenta -, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.** Novamente: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo (grifou-se).

A autora foi mais além e distinguiu **reserva do possível fática e reserva do possível jurídica**. A primeira diz respeito à “inexistência fática de recursos”, ao passo que a segunda consiste na “ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular”<sup>14</sup>.

A reserva do possível consiste, pois, em limitação fática à efetiva realização da prestação reclamada, diante da indisponibilidade de recursos necessários à sua efetivação. A indisponibilidade de recursos para a prestação exigida pode decorrer de duas situações: (a) inexistência fática de recursos, ainda que haja autorização normativa para o gasto, e (b) ausência de autorização normativa para o gasto, o que acarreta a imprevisibilidade de orçamento para suprir aquela prestação.

No que tange à segunda hipótese – **reserva do possível jurídica** – uma solução que pode ser adotada consiste na promoção de políticas públicas voltadas ao suprimento da prestação reclamada<sup>15</sup>. Mas, em relação à primeira situação

<sup>13</sup> Ob. cit., p. 262-262.

<sup>14</sup> Ob. cit., p. 262-263.

<sup>15</sup> Sobre políticas públicas, esclarecedor é o conceito de Maria Paula Dallari Bucci, in *O conceito de política pública em direito*, p. 39, do seguinte teor: “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo



retratada, ou seja, à reserva do possível fática, estaria o Estado dispensado de promover a prestação, ao fundamento de implicar maior ônus para sociedade, uma vez que não há recursos disponíveis para sua realização?

A essa altura, já é possível perceber a linha tênue que separa os “dois lados da mesma moeda”: de um lado, há a fundamentalidade dos direitos sociais como princípio maior do Estado Social Democrático, e, de outro lado, há a inquestionável inexistência de recursos, a qual se consubstancia em limitação fática à concreção da prestação reclamada. E este segundo lado ainda é reforçado por dois argumentos: pela conjuntura econômica, a sociedade não tem condições de arcar com os recursos faltantes, e a realização da prestação reclamada por um indivíduo implicaria, senão prejuízo, ao menos tratamento privilegiado em detrimento de todos os outros indivíduos que se encontrem na mesma situação.

A propósito, vale transcrever mais um argumento levantado pelo Professor Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) o aumento da opressão socioeconômica e a elevação dos níveis de desigualdade fática fazem com que o reconhecimento e efetivação dos direitos sociais, ainda que em patamar mínimo, voltado à manutenção de um nível existencial digno, transformem-se em meta indispensável a qualquer ordem estatal que tenha a pretensão de ostentar o título de genuinamente democrática<sup>16</sup>.

A linha tênue representa a ponderação que se deve fazer no momento de se avaliar, especialmente em se tratando do Poder Judiciário, se deve ou não o Estado ser obrigado a promover o direito social prestacional reclamado pelo particular. Não é possível traçar essa linha sem adentrar nos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, em especial a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade do direito à igualdade, e nos objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como de erradicação da pobreza e da marginalização, além de redução das desigualdades sociais e regionais.

---

legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.”.

<sup>16</sup> Ob. cit., p. 39. E acrescentou, na página 40: “Os direitos fundamentais, mais do que nunca, não constituem mero capricho, privilégio ou liberalidade, mas sim premente necessidade, já que a sua supressão ou desconsideração fere de morte os mais elementares valores da vida, liberdade e igualdade. A eficácia (jurídica e social) dos direitos fundamentais sociais deverá ser objeto de permanente otimização, na medida em que levar a sério os direitos (e princípios) fundamentais corresponde, em última análise, a ter como objetivo permanente a otimização do princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, a mais sublime expressão da própria ideia de Justiça”.

## 5. A IGUALDADE COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Singela leitura dos dispositivos que iniciam o texto constitucional é suficiente para demonstrar que consiste em um dos objetivos maiores buscado pelo Estado brasileiro a realização da igualdade. É o que se constata especialmente no artigo 3º, incisos I, III e IV, e artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, sem embargo de se considerar que a **cidadania** e a **dignidade da pessoa humana**, insertas nos incisos II e III do artigo 1º, pressupõem também a igualdade, pois não há como sustentar a existência dessas duas proposições num contexto marcado por profundas desigualdades sociais.

Em outras palavras, não há cidadania plena sem igualdade fática; não há cidadania plena sem redução das desigualdades sociais. E ambas consistem em objetivos traçados pelo Estado brasileiro, instrumentalizados a partir do desenvolvimento do conceito de direitos sociais.

Mostra-se oportuna a definição de José Afonso da Silva sobre direitos sociais, do seguinte teor<sup>17</sup>:

(...) os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Informam os direitos sociais, portanto, o direito à igualdade, porquanto o que se busca como objetivo maior do Estado brasileiro, em última análise, é a redução das desigualdades sociais.

No que se refere ao direito da igualdade, a discussão que vem à tona consiste na concepção do direito à igualdade material, em contraponto com a igualdade formal. O que vem a ser igualdade material e igualdade formal? Em que medida o Estado deve promovê-las? De que forma a igualdade material poderia assegurar a formal e vice-versa? Questionam-se, em suma, os limites de interpretação da fórmula clássica “todos são iguais perante a lei”, incorporada também pelo texto constitucional brasileiro.

<sup>17</sup> Ob. cit., p. 286-287.

Interpretação literal da fórmula concebe o dever de igualdade apenas e tão somente no momento de aplicação do direito, mas não no momento de sua criação. Assim, segundo interpretação literal, o direito de igualdade vincularia somente os órgãos de aplicação do direito, mas não o legislador, que não ficaria obrigado a criar a lei de forma a assegurar a minimização das desigualdades verificadas no campo fático. Em sendo assim, poder-se-ia concluir que o direito à igualdade traduzir-se-ia na obrigação de as leis serem executadas sem considerações pessoais, reconhecendo-se, por conseguinte, a possibilidade de o legislador discriminar situações como bem lhe aprouvesse, desde que as regras discriminatórias viessem a ser observadas em todos os casos. Não é necessário muito esforço para se concluir que interpretação literal da fórmula clássica restringir-se-ia a concebê-la como um dever de cumprimento às normas jurídicas, esvaziando-se o núcleo do direito à igualdade.

Portanto, parece que a melhor interpretação da fórmula “todos são iguais perante a lei” é aquela dada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, que admite a vinculação dos três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – ao dever de igualdade. Nesse contexto, exsurge a necessidade de submissão das leis advindas do Legislativo a um controle exercido em face dos direitos fundamentais, sempre que isso se mostrar racionalmente possível. O princípio é considerado não apenas como um dever de igualdade na aplicação da norma, mas também como dever que vincula o legislador no momento de sua criação.

Segundo Paulo Bonavides<sup>18</sup>, o direito à igualdade vem ganhando cada vez mais importância, e deve ser concebido como um dever que vincula também o legislador, fazendo com que a igualdade não se resuma à fórmula idealizada na expressão “perante a lei”, mas sim no dever concreto de assegurá-la, ou seja, segundo a expressão “feita pela lei”.

De acordo com Alexy<sup>19</sup>, “o dever de igualdade na criação do direito exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador”, esclarecendo seu significado a *contrario sensu*, a partir da definição do que “esse dever não pode significar”:

Esse dever não pode significar nem que o legislador tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que ele tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e se encontrem nas mesmas condições fáticas. (...) A igualdade de todos em relação a todas as posições jurídicas não produziria apenas normas incompatíveis com sua finalidade, sem sentido e

<sup>18</sup> In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 376-381.

<sup>19</sup> In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 393-432.

injustas; ela também eliminaria as condições para o exercício de competências. (...) É também claro que o enunciado da igualdade não pode exigir a igualdade de todas as características naturais e de todas as condições fáticas nas quais o indivíduo se encontra. Diferenças em relação à saúde, à inteligência e à beleza podem ser talvez um pouco relativizadas, mas sua eliminação se depara com limites naturais. A isso se soma o fato de que a igualização de todos, em todos os aspectos, seria, mesmo que possível, indesejável. A igualização de todos, em todos os aspectos, faria com que todos quisessem fazer sempre a mesma coisa. Mas, se todos fazem a mesma coisa, somente é possível atingir um nível intelectual, cultural e econômico muito limitado.

Com efeito, “a igualização de todos em todos os aspectos”, como apontado pelo autor, além de inviável, seria indesejável, porque implicaria a supressão de diferenças inerentes à própria individualidade da personalidade e à própria condição humana. Portanto, na análise do direito à igualdade, deve-se buscar um meio termo entre dois extremos, igualmente apontados pelo referido autor, quais sejam: de um lado, a ideia de igualização já apontada e, de outro, a ponderação de que não se pode permitir toda e qualquer diferenciação, e toda e qualquer distinção.

Como estabelecer o meio-termo? Apoiando-se no mesmo autor, parece apropriado o raciocínio que entende o dever de igualdade como uma exigência dirigida ao conteúdo da norma. Dois indivíduos não são iguais em todos os aspectos, nem durante o tempo todo. Portanto, tanto as igualdades como as diferenças (desigualdades) são fáticas e parciais, haja vista que o exame comparativo abrange, sempre, somente alguns aspectos dos indivíduos em comparação, bem como contextos predeterminados. As igualdades – e desigualdades – são valorativas, porquanto a escolha das características que serão consideradas na realização do exame comparativo depende de um prévio juízo de valor; subsumem-se, portanto, a critérios de valoração, cuja definição pressupõe fundamentação racional e submissão a garantias e direitos fundamentais, e aos direitos humanos.

Assim, para minimização das diferenças (desigualdades) verificadas no plano fático e consideradas relevantes do ponto de vista político, com amparo nos critérios já delineados, faz-se necessário que o legislador esteja atento a esse objetivo quando da propositura de novas normas, que haverão de impor tratamento jurídico diferenciado a fim de promover a igualdade fática almejada.

Cumpre, aqui, analisar a ambigüidade fundamental existente entre a igualdade fática e a igualdade jurídica. Segundo Alexy, na mesma obra, “quem quer promover a igualdade fática tem que estar disposto a aceitar desigualdade jurídica”. Em outras palavras, a igualdade fática pressupõe tratamento jurídico diferenciado, voltado justamente a assegurar a igualdade de fato com diminuição das diferenças, ao

passo que o tratamento jurídico igualitário não necessariamente estaria a assegurar a igualdade de fato.

Dito isso, impõe-se responder às seguintes indagações: o Estado Social é responsável por assegurar a igualdade de fato? É possível falar-se de direito subjetivo exigível perante o Estado à igualdade de fato?

Por um lado, o campo da igualdade jurídica é muito mais simples e seguro que o campo da igualdade fática, haja vista que aquele que tem o poder de decidir não detém visão ampla e completa da realidade a ponto de garantir o alcance da igualdade de fato. Exemplo que pode ser considerado é o do pai que compra duas bonecas iguais, entregando cada boneca para cada uma de suas duas filhas. Não há certeza, para o pai, de que cada filha receberá sua boneca com o mesmo grau de contentamento e satisfação. Vale dizer, ao pretender assegurar a igualdade jurídica (tratamento igual com a compra de duas bonecas idênticas), não necessariamente se propiciou o atingimento da igualdade fática (grau de satisfação com o presente recebido).

Porém, por outro lado, não se pode olvidar que a igualdade fática vem galgando posição de preeminência, sendo possível interpretá-la como preceito que, embora não exigível juridicamente, vincula o legislador. É possível falar-se, portanto, em existência de conexão do princípio da igualdade com direitos subjetivos, não como fundamento de sua exigência perante o Estado ou o Direito, mas como uma norma que serve de supedâneo à restrição de outros direitos subjetivos, ou, em outras palavras, como uma norma que serve de diretriz para o legislativo.

Indo além, observou Alexy que o conceito de dignidade humana pode ser oferecido, em nível constitucional, pelo princípio da igualdade fática, especialmente nos casos de mínimo existencial, onde se torna de rigor a prestação do Estado, no sentido de assegurar condições mínimas de subsistência. Segundo o autor, o enunciado de igualdade, que inclui a igualdade fática, pode, nos casos de mínimo existencial, fundamentar direitos definitivos concretos à criação de uma igualdade fática. Nesse particular, merece destaque a afirmação de Paulo Bonavides, na mesma obra, no sentido de que a “igualdade material traz a liberdade para aqueles que, no Estado de Direito da burguesia, tornaram-se súditos”.

Sobre a questão, observou Ana Paula de Barcellos<sup>20</sup>:

(...) para uma sociedade como a contemporânea, que confia nos postulados humanistas e na democracia, a dignidade da pessoa (incluído aí seu aspecto material) constitui o valor mais fundamental. (...) Retornado à realidade brasileira a

<sup>20</sup> Ob. cit., p. 278-279.

partir da Constituição de 1988, é certo que a dignidade da pessoa humana tornou-se o princípio fundante da ordem jurídica e a finalidade principal do Estado, com todas as consequências hermenêuticas que esse *status* jurídico confere ao princípio. Esses dois atributos da dignidade, isoladamente considerados e em tese, indicam a modalidade positiva ou simétrica da eficácia jurídica como a mais adequada para o princípio como um todo, por ser a mais consistente.

## 6. A “FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS” E A “RESERVA DO POSSÍVEL FÁTICA” – O “MÍNIMO EXISTENCIAL”

Retome-se, pois, a questão levantada: considerando a reserva do possível fática, estaria o Estado dispensado de promover a prestação, ao fundamento de implicar maior ônus para sociedade, uma vez que não há recursos disponíveis para sua realização? Como garantir a fundamentalidade dos direitos sociais e a igualdade fática buscada pelo Estado brasileiro diante da inexistência de recursos?

Igualdade fática, cidadania, dignidade da pessoa humana, direitos sociais, princípios fundamentais do Estado Social Democrático de Direito... Como sustentá-los? Em que medida consistem em direitos subjetivos e/ou em princípios programáticos que informam o Estado brasileiro?

André Tavares Ramos<sup>21</sup> afirmou que “todos os princípios, incluindo os direitos fundamentais, são considerados relativos em sua incidência na medida em que não se admite, no estágio atual da dogmática jurídica, que um princípio possa ser absoluto, afastando todos os demais em toda e qualquer hipótese”.

Segundo esse autor, os direitos fundamentais possuem dupla natureza, pois, além de sua função de direitos subjetivos, representam pautas objetivas da ordem constitucional<sup>22</sup>. E, em relação à aplicabilidade imediata dos direitos sociais, observou<sup>23</sup>:

Realmente, dizer que as normas são de aplicação imediata não impede reconhecer-lhes apenas o mínimo de aplicabilidade (não podendo, pois, ser totalmente ignoradas). Há, nesse sentido, diversos níveis de aplicabilidade, e cada norma consagradora de direitos fundamentais deve ter sua compreensão norteada para o máximo patamar possível de aplicação (o que vai depender, como visto, de diversos elementos). Especial dificuldade apresentam os chamados “direitos sociais” ou direitos fundamentais de “terceira dimensão”, caracterizados por exigirem a atuação prestacional do Estado (*Welfare State*). (...) É nessa linha que

<sup>21</sup> TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006. p. 101.

<sup>22</sup> Ob. cit., p. 105.

<sup>23</sup> Ob. cit., p. 110-112.

se encontra o paradoxo substancial dos direitos fundamentais, referido por Vieira de Andrade. É que, não obstante os direitos fundamentais tenham surgido para a proteção do indivíduo diante do Estado, eles pressupõem a atuação dos órgãos estaduais para assegurá-los. Assim, a indeterminação de muitos preceitos relativos a direitos demanda uma atividade concretizadora, pelo legislador, e realizadora, pela Administração. Por outro lado, os direitos fundamentais conflitam fortemente entre si, de modo que, não raro, a afirmação de uns prejudica outros; essa espécie de conflito também cai na dependência do Poder Público.

A problemática até deduzida deu ensejo à criação de uma nova figura, que visa a solucioná-la, a qual a doutrina chamou de “mínimo existencial”. Por meio do “mínimo existencial”, pondera-se que o particular tem direito subjetivo e, portanto, exigível perante o Estado, do direito social prestacional que lhe assegure o mínimo de dignidade humana.

Ana Paula de Barcellos<sup>24</sup> definiu o mínimo existencial a partir da seguinte análise:

Da avaliação de todos os elementos apurou-se que o princípio da dignidade da pessoa humana comporta várias modalidades de eficácia jurídica em faixas diferentes de sua extensão. É possível reconhecer eficácia positiva ou simétrica às faixas que compõem o seu núcleo, especialmente àquelas que dizem respeito a condições materiais da existência, isto é, exigibilidade da prestação em si diante do Poder Judiciário – e essa constatação foi o objetivo principal do estudo. Em suma: **o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica** (grifou-se).

O mínimo existencial, portanto, consiste no núcleo da dignidade da pessoa humana; é o conteúdo essencial assegurado pela Constituição Federal. Mas quais direitos compõem esse núcleo? É possível falar que há respeito ao núcleo da dignidade da pessoa se esta não tem o que comer, o que vestir, nem onde morar, nem tampouco tem a possibilidade de ser alfabetizada?

Ana Paula de Barcellos<sup>25</sup> sustentou que o “mínimo existencial” é composto de quatro elementos, sendo três materiais e um instrumental. Os três primeiros

<sup>24</sup> Ob. cit., p. 278.

<sup>25</sup> Na obra citada, na página 288, observou a autora em referência: “Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o **mínimo existencial** que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário”.

correspondem à educação fundamental, saúde básica e assistência aos desamparados. O último corresponde ao acesso à Justiça.

E caracteriza o “mínimo existencial” a possibilidade de a prestação que lhe assegura ser exigível perante o Estado. O Judiciário pode, em relação a esse núcleo, determinar o fornecimento da prestação, à revelia da Administração, sem que isso caracterize violação ao princípio da separação dos Poderes. Tratando-se do mínimo existencial, a atuação do Judiciário afasta a ideia tão debatida da judicialização de políticas públicas<sup>26</sup>.

Mas, em se tratando do direito à saúde – por exemplo, a questão torna-se ainda mais complexa, em virtude da dificuldade de se estabelecer o que vem a ser “mínimo existencial” nesse campo. Em que consiste o “mínimo existencial” no tocante à saúde? Seria o necessário para se evitar a morte? E a prestação de saúde voltada à diminuição da dor ou do sofrimento? Também integrariam o núcleo da dignidade da pessoa humana? Seria razoável pensar-se que se estaria diante do “mínimo existencial” apenas nos casos em que há indubitável risco de vida ao paciente?

Especificamente sobre o direito à saúde básica, Ana Paula de Barcellos<sup>27</sup> destacou que “se o critério para definir o que é exigível do Estado em matéria de prestação de saúde for a necessidade de evitar a morte ou a dor ou o sofrimento físico, simplesmente não será possível definir coisa alguma”.

Para a autora supracitada, toda e qualquer prestação de saúde acabaria se encaixando nesse critério, razão pela qual sustentou que:

(...) a maior ou menor extensão dos efeitos das normas constitucionais e a determinação do mínimo existencial deve estar relacionada às **prestações de saúde disponíveis** e não às condições melhores ou piores de saúde das pessoas, mesmo porque muitas vezes não há qualquer controle sobre o resultado final que uma determinada prestação de saúde produzirá no paciente (grifos no original).

E, questionando-se sobre quais prestações de saúde compõe o “mínimo existencial”, a mesma autora cogitou a utilização de dois parâmetros para estabelecê-las<sup>28</sup>: “o primeiro diz respeito à relação entre o custo da prestação de saúde e o

<sup>26</sup> Sobre judicialização de políticas públicas, interessante é o pensamento de Sérgio Fernando Moro na obra citada, páginas 287-288: “Deve-se, é certo, evitar espécie de ‘populismo judicial’, pois não é crível, máxime em países em desenvolvimento, que todas as necessidades sociais possam ser imediata e universalmente atendidas. (...) Afinal, não se pode perder de vista que a proteção e a efetivação dos direitos sociais fundamentais, inclusive o da saúde, demandam a adoção de uma política pública complexa. O próprio art. 196 explicita que o direito à saúde será ‘garantido mediante políticas sociais e econômicas’”.

<sup>27</sup> Ob. cit., p. 308-309.

<sup>28</sup> Ob. cit., p. 311-312.



benefício que ela poderá proporcionar para o maior número de pessoas, e, o segundo propugna pela inclusão prioritária no mínimo existencial daquelas prestações de saúde de que todos os indivíduos necessitam”.

Em que pese a aparente frieza da tese concernente à impossibilidade de adotar-se como critério a necessidade de se evitar a morte, dor ou sofrimento, tem-se que melhor solução não há em relação ao direito à saúde.

Refletindo sobre o tema, é possível perguntar: qual justiça há no ato de se indeferir de um pedido de fornecimento de um medicamento que diminui a dor, por um juiz que, além da prerrogativa de vitaliciedade, detém a de irredutibilidade de vencimentos? Seriam os magistrados dotados de sensibilidade para compreender o alcance do sofrimento humano? Seria o Brasil um país socialmente pobre, sustentando um poder público de ricos? E tudo isto interferiria na efetividade da prestação jurisdicional? Estas são as críticas que, não raras vezes, são desferidas contra o Poder Judiciário...

Não parece razoável a disparidade existente entre a prestação de saúde fornecida pelo SUS e a qualidade dos planos de saúde fornecidos pelo Estado aos seus servidores públicos... Não parece razoável o valor do salário mínimo em comparação com o valor dos vencimentos/subsídios de servidores, magistrados, congressistas, membros do Ministério Público, procuradores, e por aí em diante.

É difícil pensar que o texto constitucional admite a negativa judicial de um pedido de fornecimento de medicamento a quem não pode comprá-lo. Especialmente quando o beneficiário desse medicamento sofre, sente dor, vai morrer...

Mas é fato que, infelizmente, a dura realidade brasileira, com suas injustiças e incertezas, não pode justificar a determinação de prestação do direito social, *in casu*, à saúde, a um caso individual, sem análise mais aprofundada da matéria. Não se pode adotar uma visão simplista, ou mesmo preconceituosa, no momento da decisão. É preciso, pois, ponderar dois valores em jogo: de um lado, o mínimo existencial garantido pela Constituição Federal, e necessário à manutenção de um mínimo de dignidade humana; de outro lado, a inexistência de recursos aliada ao fato de que tais recursos inexistentes haverão de provir, em última análise, da própria sociedade saturada de tributos.

Como bem observou Sérgio Fernando Moro<sup>29</sup>, o artigo 196 da Constituição Federal não deve “ser interpretado no sentido de que outorgaria, por si só, um direito absoluto e imediato à satisfação de qualquer necessidade relativa à saúde.

<sup>29</sup> Ob. cit., p. 287-288.

(...) O dispositivo exige que o Estado adote as políticas públicas necessárias para a progressiva universalização e efetivação do direito à saúde”.

Nesse particular, de mister relevância é o ensinamento de Dworkin<sup>30</sup>, consistente no “teste do seguro prudente”, assim definido:

(...) o que as pessoas decidiriam pagar para seu próprio cuidado médico, como indivíduos, se elas estivessem contratando seguro médico sobre condições justas de livre mercado, e insiste, primeiro, que nós, como uma nação, devemos gastar o que como indivíduos iríamos gastar, coletivamente, sobre essas condições; e, segundo, que nós devemos usar tais gastos agregados para garantir que todos obtenham o que teriam como indivíduos.

Transportando o ensinamento para a realidade brasileira, seria o mesmo que dizer que não se pode esperar que o Estado seja obrigado a fornecer um tratamento peculiar e caríssimo fornecido apenas pelo Hospital Albert Einstein, em São Paulo, para um indivíduo que não se disporia a pagar por ele. Tomando cada indivíduo como parte integrante da sociedade, é possível perceber que poucos são os que poderiam custear, para si próprios, o atendimento nesse renomado hospital. Então, não é razoável que fossem obrigados a fazê-lo em prol de um terceiro, ainda que este terceiro corra risco de vida.

Essas ponderações, por mais trágicas que sejam, são necessárias quando se fala não somente do direito à saúde, mas de toda a categoria de direitos sociais. E, nisso, compartilha-se o entendimento de Sérgio Fernando Moro, do seguinte teor<sup>31</sup>:

Assim, por exemplo, diante de uma demanda na qual se pleiteia a proteção ou a efetivação de um direito fundamental social, a postura correta não é a de reconhecer um direito absoluto e imediato à satisfação da necessidade apresentada, mas a de inquirir se a política pública adotada pelo Legislativo e Executivo em relação àquele direito abrange ou não, a satisfação daquela pretensão e, caso negativo, se ela deve ser considerada como incompatível com as exigências constitucionais. Em outras palavras, se aquela pretensão trazida ao Judiciário deveria necessariamente estar abrangida por uma política pública razoável e dirigida a progressivamente efetivar o direito social, considerando os recursos disponíveis. Em caso afirmativo, a demanda deve ser julgada procedente.

Sendo assim, parece que o círculo de direitos abrangido pelo conceito de mínimo existencial varia de acordo com a capacidade econômica de cada país; parece razoável acreditar que, num país mais rico, o mínimo existencial abranja mais direitos do que num país pobre.

<sup>30</sup> *Apud* MORO, Sérgio Fernando. Ob. cit., p. 285.

<sup>31</sup> Ob. cit., p. 291.

Logo, o mínimo existencial protegido pela Constituição Federal brasileira há de ser, ao menos em parte, compatível com as possibilidades materiais efetivas do Poder Público. Nesse passo, e lamentavelmente, nem sempre o direito à vida estaria compreendido dentro do mínimo existencial exigível perante o Estado, pois que a prestação estatal voltada a garanti-lo somente teria razão de ser quando ficasse caracterizada a deficiência do Estado em inseri-lo em uma política pública razoável.

## 7. NEOCONSTITUCIONALISMO E JUDICIALIZAÇÃO

O conceito de “neoconstitucionalismo” teve origem na Espanha e Itália, e envolve ampla diversidade de posições jusfilosóficas que começaram a aparecer a partir da Segunda Guerra Mundial, por intermédio da inserção de normas de elevado teor axiológico nas Constituições, notadamente princípios, aos quais se reconheceu força normativa.

Com a atribuição de força normativa aos princípios, especialmente aqueles relacionados à dignidade da pessoa humana, à igualdade e ao Estado Democrático de Direito, dentre outros, o neoconstitucionalismo inseriu o debate moral na esfera jurídica, embora seja pacífico que a argumentação jurídica não se funde com a moral.

A frequente análise da proporcionalidade na esfera judicial implicou, deveras, crescimento da importância do Poder Judiciário, que tende a afastar-se de teorias positivistas. De fato, consiste em traço característico do neoconstitucionalismo o foco no Poder Judiciário, porquanto compete aos órgãos oficiais aplicadores do Direito a ponderação acerca dos princípios previstos na ordem constitucional e delimitação de seu alcance no caso concreto.

No Brasil, a teoria neoconstitucionalista ganhou espaço especialmente diante dos direitos fundamentais e sociais, com a criação de novas categorias, como o mínimo existencial, a reserva do possível e a proibição de retrocesso, e com a utilização da proporcionalidade, razoabilidade e ponderação de interesses como formas de argumentação e fundamentação judicial. A adoção de métodos mais flexíveis na hermenêutica jurídica, desenvolvida a partir da valorização dos princípios, mas sem recair a categorias metafísicas do jusnaturalismo, caracterizam o novo paradigma.

Entretanto, não se pode negar que os valores morais incorporados pela Constituição permitem leituras muito diversificadas, em decorrência da vagueza e indeterminação. A questão que se coloca diz respeito à “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário, pois, dependendo do posicionamento adotado, pode-se preconizar um maior ou menor grau de ativismo judicial. Diante da abertura das normas constitucionais, o Judiciário, ao interpretá-las, acaba por interferir no seu

processo de criação, o que, em certa medida, vai de encontro à própria ideia de democracia, em que as decisões políticas devem ser tomadas pelo próprio povo (ou representantes eleitos), e não por magistrados.

A esse respeito, observou Daniel Sarmento<sup>32</sup>:

O maior cuidado metodológico, adicionado à adoção de uma diretriz hermenêutica substantiva, que afirme a missão essencial do Direito de assegurar justiça e segurança às pessoas, tratando-as como livres e iguais, pode minimizar as possibilidades de um uso enviesado da teoria neoconstitucional, que acabe favorecendo aos mesmos de sempre. Mas, diante das nossas tradições, não há como negar que os riscos são elevados.

Em verdade, considerando-se que a irradiação dos princípios constitucionais já referidos pelo ordenamento jurídico aproxima-o dos valores primordiais da sociedade garantidos pela própria constituição, tem-se que, na aplicação dos primeiros, faz-se de rigor a assunção de uma posição equilibrada que lhes garanta efetividade, sem dispor, contudo, das regras de subsunção.

## 8. CONCLUSÕES

Conforme observado no início, a tarefa do intérprete do Direito, notadamente do Poder Judiciário, no campo dos direitos sociais é deveras tormentosa. A discussão sobre o binômio “reserva do possível” e “mínimo existencial” pode ser infundável se for considerada a quantidade de argumentos consistentes que podem ser desenvolvidos tanto a favor de um conceito como de outro.

Se, por um lado, a Constituição Federal pretendeu reconhecer os direitos sociais como categoria de direitos fundamentais, por outro lado, não se pode negar que há como ir além do que é faticamente possível em matéria orçamentária. Há de se ponderar, também, que, em se tratando do mínimo existencial, qualquer decisão que priorize a questão orçamentária, em detrimento da dignidade da pessoa humana, poderá representar afronta aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Ademais, não se pode perder de vista que a igualdade, seja de fato, seja de direito, consiste num dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, caracterizado por graves distorções sociais.

Como deve agir o Poder Judiciário a fim de encontrar um meio-termo, uma justa medida, diante do caso concreto?

<sup>32</sup> In: SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, ano 1, n. 1, p. 128, Belo Horizonte, Fórum, janeiro/março, 2007.

O paradigma neoconstitucionalista muito tem a contribuir no campo dos direitos sociais, no sentido de fornecer ao Poder Judiciário um caminho voltado à prolação de **decisões judiciais consistentes**, conforme destacado no início.

Se nem sempre o direito à vida estará compreendido dentro do mínimo existencial exigível perante o Estado, como já dito, por outro lado também não nos parece razoável que interesses de certos grupos sejam privilegiados em detrimento do interesse comum inerente às classes menos favorecidas.

Sobre o Poder Judiciário recai a tortuosa tarefa de encontrar a justa medida, a “régua de lesbos” de Aristóteles, que permita solucionar o caso concreto com equilíbrio. O que é justo ou injusto, somente as especificidades de cada caso poderão responder. Algo é certo: a decisão judicial somente será **consistente** se avaliar as especificidades do caso concreto sopesando todos os elementos que integram a análise dos direitos fundamentais sociais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 393-432.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 259.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 376-381.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39-40.

PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 235.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidente do STF faz balanço dos primeiros três dias de audiência pública sobre o SUS. Informativo Jurídico do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Subsecretaria de Documentação e Divulgação. *Notícias STF*, Brasília, 29 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107102>>. Acesso em: 10 de março de 2010.

ROCHA, Daniel Machado da & SAVARIS, José Antônio (coord.). *Curso de especialização em Direito Previdenciário*. Vol. 1. 1. ed., 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, v. 1, n. 1, p. 1-45, Salvador, abril, 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf)>. Acesso em: 10 de março de 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo na Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, v. 1, n. 1, p. 128, Belo Horizonte, Fórum, janeiro/março, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006. p. 101.