

**DIREITOS SOCIAIS, MÍNIMO EXISTENCIAL E GARANTISMO
CONSTITUCIONAL**

Taise Daiana Lopes Lessa Vieira¹
Marcelo Palma de Brito²

Recebido em: 01/11/2023
Aprovado em: 20/12/2023

Resumo: Os direitos são vantagens constitucionalmente previstas para garantir uma vida digna a todas as pessoas, mas para que esses direitos sejam garantidos exigem mecanismos para a sua efetivação, a demanda judicial, por exemplo, é um desses meios pelos quais as pessoas requerem o cumprimento dos direitos. Todavia, no contexto do paradigma neoliberal, há teorias desenvolvidas que impedem a efetividade do direito previsto. Nesta perspectiva, esse artigo visa fazer um estudo bibliográfico e jurisprudencial acerca dos direitos sociais no Brasil, trazendo o conceito, a natureza jurídica e como eles se apresentam como norma de direito fundamental. Em seguida, será feita uma análise acerca de teorias construídas que reforçam a necessidade de se efetivar direitos para garantir dignidade às pessoas, utilizando os direitos sociais como fundamento para a concretização de um projeto de vida boa. Na sequência, será apresentado um estudo de jurisprudência sobre teorias desenvolvidas no contexto do neoliberalismo para impedir direta ou indiretamente a concretude desses direitos já garantidos, sujeitando-os a critérios, ora de conveniência e oportunidade, ora a critérios econômicos e orçamentários, deixando de lado o aspecto de autoaplicabilidade desses direitos e afastando, portanto, o estado da implementação do garantismo constitucional trazido pela Constituição de 1988, tornando-a ineficaz e violadora de direitos humanos básicos.

Palavras-chave: Direitos sociais. Mínimo existencial. Garantismo.

SOCIAL RIGHTS, EXISTENTIAL MINIMUM AND CONSTITUTIONAL GUARANTEES

Abstract: Rights are constitutionally provided advantages to guarantee a dignified life for all people. But for these rights to be guaranteed, mechanisms for their enforcement must be excluded. Judicial demands, for example, are one of the means by which people demand compliance with their rights. However, in the context of the neoliberal paradigm, there are elaborate theories that prevent the effectiveness of the envisaged law. From this perspective, the article aims to carry out a bibliographic and jurisprudential study on social rights in Brazil, bringing the concept, legal nature and how they present themselves as a rule of fundamental law. Next, an analysis will be made of constructed theories that reinforce the need to enforce

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário FG - UNIFG. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Uniderp. Professora na UNIFIPMOC. Coordenadora da Liga Acadêmica de Direitos Humanos na UNIFIPMOC. E-mail: taiselessa@yahoo.com.br.

² Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Professor Universitário. Mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Universidade Paulista – UNIP. E-mail: marcelpb@trt3.jus.br.

rights to guarantee people's dignity, using social rights as a foundation for the implementation of a good life project. Next, a research study will be presented on theories developed in the context of neoliberalism to directly or indirectly prevent the implementation of these already guaranteed rights, subjecting them to criteria, sometimes of convenience and opportunity, sometimes to economic and budgetary criteria, leaving aside the aspect of self-applicability of these rights and, therefore, removing the state from implementing the constitutional guarantee brought by the 1988 Constitution, making it ineffective and violating basic human rights.

Palavras-chave: Social rights. Existential minimum. Guarantee.

DERECHOS SOCIALES, MÍNIMOS EXISTENCIALES Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Resumen: Los derechos son ventajas previstas constitucionalmente para garantizar una vida digna a todas las personas. Pero para que estos derechos sean garantizados se requieren mecanismos para su cumplimiento, la demanda judicial, por ejemplo, es uno de estos medios por los cuales las personas exigen el cumplimiento de sus derechos. Sin embargo, en el contexto del paradigma neoliberal, se desarrollan teorías que impiden la efectividad de la ley prevista. Desde esta perspectiva, este artículo tiene como objetivo realizar un estudio bibliográfico y jurisprudencial sobre los derechos sociales en Brasil, trayendo el concepto, la naturaleza jurídica y cómo se presentan como norma de derecho fundamental. A continuación, se realizará un análisis de teorías construidas que refuerzan la necesidad de implementar derechos para garantizar la dignidad de las personas, utilizando los derechos sociales como fundamento para la implementación de un proyecto de vida buena. Posteriormente, se presentará un estudio de jurisprudencia sobre las teorías desarrolladas en el contexto del neoliberalismo para impedir directa o indirectamente la implementación de estos derechos ya garantizados, sujetándolos a criterios, a veces de conveniencia y oportunidad, a veces a criterios económicos y presupuestarios, dejando de lado el aspecto de autoaplicabilidad de estos derechos y, por tanto, privando al Estado de implementar la garantía constitucional prevista en la Constitución de 1988, volviéndola ineficaz y violando derechos humanos básicos.

Palabras clave: Derechos sociales. Mínimo existencial. Garantizar.

INTRODUÇÃO

A garantia de direitos fundamentais no Brasil é fruto de uma construção histórica; ao longo dos tempos buscou-se materializar os direitos por meio de leis, para evitar que eles fossem desrespeitados, mas à medida em que a sociedade evolui enquanto comunidade não basta somente garantir direitos formalmente, é preciso que se criem mecanismos para que esses direitos sejam, de fato, concretizados, sob pena de violação à dignidade humana.

Nesse sentido, esse artigo pretende realizar um estudo bibliográfico, com aportes de jurisprudência acerca dos direitos sociais no Brasil. Para tanto, é necessária a análise de teorias construídas acerca dos direitos sociais enquanto direitos

fundamentais. Isso porque, essas teorias são utilizadas pelos tribunais para prover ou negar a efetividade de direitos no caso concreto.

Assim, será analisada, por exemplo, a teoria do patrimônio mínimo e o mínimo existencial, cujas ideias perpassam pela necessidade de enxergar a dignidade humana como um imperativo ético e existencial, conforme sustenta o ministro Fachin e Pianovski (2016).

Ademais, será apresentada também a teoria da reserva do possível, cuja aplicabilidade inviabiliza a concretude da democracia garantista, uma vez que a influência do paradigma neoliberal interfere sobremaneira na concretude desses direitos, por meio de teorias que fundamentam as decisões judiciais que negam a aplicabilidade desses direitos, por condicionar o deferimento a questões de conveniência e oportunidade, a questões financeiras e orçamentárias, por exemplo.

A priori, tratar de direitos sociais em um país democrático parece redundância. Isso porque, o fato de o Brasil possuir uma Constituição com um rol de direitos e garantias como a atual, já a torna uma democracia garantista. No entanto, não basta elencar um extenso rol de direitos, é preciso efetivá-los, é preciso que esses direitos cheguem ao seu destinatário de fato, a população.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 foi um relevante marco teórico e social na garantia de direitos fundamentais, não só pela ampliação do rol de direitos indisponíveis, mas sobretudo pelos mecanismos e autores que ela elencou como forma de tutelar esses direitos.

A respeito, não se pode falar em direitos sem apresentar medidas pelas quais essas garantias possam ser concretizadas. Nessa perspectiva, a tutela de direitos sociais é a materialização dos direitos garantidos constitucionalmente; Silva (2004) afirma que a ordem social assim como a ordem econômica adquiriu um patamar jurídico a partir do momento que as constituições passaram a discipliná-las de forma sistemática.

No Brasil, embora os direitos sociais não tenham sido inaugurados com a Constituição Federal de 1988, com ela ganhou destaque, constituindo um “segundo grupo integrador do conceito de Direitos Fundamentais” (FERNANDES, 2012, p. 583). Segundo Fernandes (2012), a origem histórica desses direitos tem marco na crise do estado liberal e na consagração do Estado Social de Direito, como novo paradigma, que busca meios concretos para reduzir as desigualdades sociais e econômicas.

Dentro deste contexto, a Constituição de 1988 tem um papel imperioso quando se trata de direitos sociais, mas é preciso destacar ainda que a Constituição Federal de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, e, com isso, esses direitos ampliam a sua significância, já que os direitos sociais visam a concretização da dignidade das pessoas (FERNANDES 2012).

Nesse cenário social, destaca-se o garantismo constitucional, isso porque o garantismo, nesta perspectiva, representa um modelo normativo jurídico que visa a efetivação de direitos fundamentais (COPETTI NETO, 2016). Todavia, embora pareça óbvio que os direitos fundamentais garantidos precisam ser efetivados de fato aos seus destinatários, como forma de conferir dignidade humana, na prática ainda é uma realidade distante. Já que encontram entraves para a sua concretude, sejam entraves jurídicos, políticos ou principiológicos que impossibilitam a implantação de uma democracia de fato garantista.

Dessa forma, esse trabalho pretende realizar um estudo acerca dos conceitos de direitos sociais, dos direitos fundamentais, da teoria do mínimo existencial e de alguns aportes jurídicos que impedem a concretude de uma comunidade constitucionalmente garantista.

DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais integram o catálogo de direitos fundamentais do homem, trata-se de direitos cujas prestações positivas competem ao Estado promovê-las direta ou indiretamente. Esses direitos estão positivados na Constituição Federal de 1988 com a finalidade de garantir uma vida digna ou ao menos permitir melhores condições de vida às pessoas (FERNANDES, 2012).

Segundo Silva (2004, p. 285-286), direitos sociais 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.

A origem histórica dos direitos sociais está ligada ao declínio do paradigma do Estado Liberal, bem como na nova concepção de estado social que emergia. Nesse momento, passa-se a buscar meios de reduzir as desigualdades sociais e de se buscar medidas capazes de promover a todas as pessoas uma vida digna (FERNANDES, 2012).

Fernandes (2012), ao tratar acerca dos direitos sociais destaca algumas constituições que demonstram a mudança de postura ao tratar desses direitos, como por exemplo, a Constituição do México de 1917 e Constituição da Alemanha, denominada de Weimar, datada de 1919.

Os direitos sociais por se tratarem de espécie de direitos fundamentais, são denominados por alguns autores como direitos humanos de segunda geração, motivo que fez com que as abordagens de direitos sociais ganhassem ainda mais importância (FERNANDES, 2012).

A abordagem dessas garantias como direitos de segunda dimensão exigem uma atuação do estado para satisfação desses direitos. É dizer, exigem prestações afirmativas para efetivar esses direitos, ou seja, o estado abandona sua postura abstencionista ou ao menos deveria (FERNANDES, 2012). Ainda segundo o mesmo autor, surgem correntes doutrinárias que se propõem a investigar a delimitação dos direitos sociais para além de normas programáticas. Nesse contexto são apresentados três teorias.

A primeira, entende os direitos sociais como direitos não subjetivos. Nessa perspectiva, a ausência de aspecto subjetivo afasta a exigibilidade por seus titulares de afirmações positivas, não obstante defender um controle judicial de políticas públicas. A segunda corrente afirma que os direitos sociais são direitos subjetivos definitivos e não somente expectativa. Por fim, a terceira tese entende os direitos sociais como direitos subjetivos *prima facie*. Isso porque é preciso, segundo o autor, levar em conta a natureza principiológica desses direitos e, com isso, submetem a ponderação no caso concreto. É dizer, à luz da proporcionalidade no caso concreto esses direitos tornar-se-iam definitivos (FERNANDES, 2012).

Deveras, o que essas teorias visam é entender os direitos sociais sob a perspectiva da exigibilidade de sua concretização ou não por meio da natureza jurídica desses direitos. É dizer, quando se tem de forma hialina o que são direitos sociais de fato facilita a interpretação quanto a sua aplicabilidade.

Essas discussões acerca da natureza jurídica dos direitos sociais sempre são revisitadas, sobretudo após a carta de 1988. Logo, não obstante o marco inicial dos direitos sociais está vinculado à Constituição de 1934, é unísono o papel da Constituição da República de 1988, sobretudo no que diz respeito a sua representação no avanço acerca de garantias sociais individuais (FERNANDES, 2012).

Nessa perspectiva, os direitos sociais são direitos individuais que exigem uma postura mais atuante por parte do estado. Ademais, o rol dessas garantias são muito além do direito ao trabalho, engloba o direito à saúde, à previdência social, à cultura, à moradia e tantos outros espalhados pelo texto da Constituição. Outrossim, esses direitos se prestam a garantir uma vida digna e completam um conjunto do denominado patrimônio mínimo, conforme define o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin.

TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO E MÍNIMO EXISTENCIAL

A teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo atribuída ao Ministro do Supremo Tribunal Federal, Edson Fachin, afirma que as normas civis devem resguardar um patrimônio mínimo, qual seja a dignidade da pessoa humana. (Melo Filho, 2017)

Nesse sentido, Melo Filho (2017, n.p.):

O princípio da dignidade da pessoa humana foi erigido pelo texto Constitucional como postulado do mais alto relevo para o atendimento, respeito e satisfação da tutela dos Direitos Fundamentais. Nessa linha, eventual colisão entre vetores Constitucionais deverá ser solucionada por meio da técnica de ponderação de bens ou valores, no qual o princípio da dignidade da pessoa humana justifica, ou até mesmo exige, a restrição de outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que representados em normas que contenham direitos fundamentais, de modo a servir como verdadeiro e seguro critério para solução de conflitos. (MELO FILHO, 2017, n.p.)

No mesmo sentido entende o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Edson Fachin (2016, n.p.):

A preservação e a promoção da dignidade da pessoa humana passam, pois, pela disciplina das relações concretas de coexistencialidade. É nessa dimensão que se dá a concretização do princípio da dignidade, que, a seu turno é tarefa do Estado, “de todos e de cada um”. O espaço privado é, por isso, inequivocamente, lugar fértil e propício à incidência do princípio. (FACHIN, 2016, n.p.)

Conforme exposto por Fachin (2016) a teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo embasa sua fundamentação na dignidade da pessoa humana, todavia nem sempre esse patrimônio mínimo é garantido. Isso porque nem sempre a dignidade da pessoa humana é preservada por meio da efetivação de direitos.

É possível associar a teoria do patrimônio mínimo a teoria de um mínimo existencial, cuja ideia principal se pauta no fato de que para se usufruir de direitos individuais fundamentais, é preciso que antes disso seja implementada uma base mínima de direitos (FERNANDES, 2012).

Nessa perspectiva, pertinente fazer um paralelo entre a dignidade humana e a efetivação de direitos sociais, que na essência visam o mesmo objetivo que é garantir o projeto de vida boa das pessoas. É dizer, a capacidade de realizar uma vida digna por meio de mecanismos.

Segundo Fernandes (2012), os direitos rotulados de fundamentais se voltam para a efetivação das necessidades básicas. Ou seja, a ideia de mínimo existencial se assemelha a teoria do patrimônio mínimo, já que nesta última o que se busca é justamente a garantia de um direito que seja concretizado para assim garantir dignidade ao ser humano. Esse complexo de direitos básicos que precisam ser garantidos são trabalhados pelos autores em dois aspectos de efetivação, sendo um aspecto negativo e outro positivo, também denominado de dimensões (Fernandes, 2012).

Nesse sentido, Fernandes (2012, p. 589) destaca que:

Dimensão negativa: o mínimo existencial, opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as condições materiais indispensáveis a uma vida digna; dimensão positiva: essa diz respeito a um conjunto essencial (mínimo) de direitos prestacionais

a serem implementados e concretizados que possibilitam aos indivíduos uma vida digna.

Embora não haja consenso acerca das prestações que compõem cada conjunto, eles permitem vislumbrar a necessidade de se efetivar um rol mínimo de direitos, bem como permitem inferir como se deve compreender a atuação estatal em face de direitos fundamentais individuais já garantidos (FERNANDES, 2012).

Outrossim, a dignidade é um valor para todos. Logo, esse valor precisa ser concretizado, sob pena de violação de direito pela omissão. Por isso, os mecanismos de concretização precisam atuar de forma eficaz. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou acerca da inércia do Poder Público, demonstrando que uma omissão também é capaz de ferir princípios constitucionais.

Nesse sentido entende o STF, por meio dos embargos de declaração no agravo de instrumento 598.212, do Paraná, de relatoria do Ministro Celso de Mello³:

O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs. - É que de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um “facere” (atuação positiva), gera a

³ Conforme: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>. Acesso em: 4 dez. 2023.

inconstitucionalidade por ação. (STF. Embargos de Declaração no agravo de instrumento 598.212, Paraná, relatoria do Ministro Celso de Mello)

Na referida ação o Supremo Tribunal Federal demonstra que, embora não faça parte da competência do Poder Judiciário implementar políticas públicas cabe ao judiciário, ainda que de forma excepcional, atuar quando a inércia do Poder Público comprometer, com esse comportamento, a eficácia e a integridade dos direitos individuais.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal⁴ afirma:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse “non facere” ou “non praestare” resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. Precedentes (ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Doutrina. - É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

Embora pareça óbvio que os direitos garantidos constitucionalmente precisam ser efetivados, conforme já explanado anteriormente, encontram óbices a sua implementação, notadamente no que diz respeito a aspectos econômicos e orçamentários.

Passou-se a ser realizada uma análise econômica do direito para se verificar a possibilidade material para garantia dos direitos prestacionais. A doutrina denominou

⁴ Conforme: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>. Acesso em: 4 dez. 2023.

essa teoria como cláusula da reserva do possível que surgiu como um limite da implementação dos direitos sociais, postura comum ao paradigma neoliberal.

CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A cláusula da reserva do possível surge como um obstáculo à implementação de direitos fundamentais. Justifica-se no fato de que a proteção e efetivação de todo direito positivado depende de um dispêndio econômico. Essa cláusula, cujo nome original é *Der vorbehalt dês moglichen*, de origem Alemã, começou a ser alegada em 1970 pela Corte Alemã. A teoria sustenta que a implementação de direitos sociais estaria na esfera da discricionariedade. É dizer, será concretizada de acordo com a oportunidade e conveniência. Logo, há um mérito administrativo a critério da administração pública (FERNANDES, 2012).

Nesse sentido, a concretização de direitos sociais se esbarra na tese de que esses direitos não seriam autoaplicáveis a depender da análise econômica feita. Embora a tese pareça incompatível com a Constituição brasileira, alguns autores afirmam que a teoria pode sim restringir direitos sociais, embora não possa impedir o mínimo.

O reconhecimento da aplicação da teoria no Direito brasileiro, cujo fundamento se dá no fato de que a realização de direitos econômicos, sociais e culturais além de caracterizarem-se pela gradualidade de seu processo de implementação, depende de vínculo financeiro, na medida em que afirmam que a realização de direitos dependem de “inescapável” vínculo financeiro que se subordina ao orçamento estatal.

Dessa forma, entende como reserva do possível:

A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. 2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e,

justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. 3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada⁵.

Nesta medida, percebe-se que o próprio Estado garantidor dos direitos fundamentais ao cidadãos, prescrito em norma jurídica, cria subterfúgios também jurídicos racionais para justificar uma omissão em garantir um mínimo existencial, que permitiria às pessoas tenham um percentual mínimo de dignidade humana, baseado na insuficiência de recursos orçamentários.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal⁶:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de

⁵ Conforme: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>. Acesso em: 4 dez. 2023.

⁶ Conforme: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>. Acesso em: 4 dez. 2023.

implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris). ((STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

Conforme se extrai do entendimento do Supremo Tribunal, notadamente na decisão trazida que expressa de forma clara a teoria ora discutida, afirma que o legislador possui uma margem de autonomia na definição e medida de direito social e que deve ser assegurado o livre espaço de conformação.

É dizer, o Supremo Tribunal Federal entende que deve haver a apreciação de fatores econômicos para tomada de decisão, na verdade afirmam que as regras de

direitos sociais devem ser abertas para receber concretização consoante a alternativa escolhida pelo eleitorado.

Embora a Constituição Federal 1988 tenha elencado em seu texto um rol de direitos sociais, econômicos e culturais já considerado de forma pacífica como norma de direito fundamental, a concretização desses direitos ainda encontra-se distante da sua efetivação, conforme se verificou com a aplicação da teoria da reserva do possível, utilizada para afastar e justificar a não aplicação de política pública que vise tão somente efetivar um direito fundamental que já foi garantindo.

Nesse sentido, não obstante a Constituição de 1988 ser garantista no papel, a realização social do país está longe de ser garantista de fato. E, sob essa perspectiva, passa-se a uma análise acerca da democracia garantista, uma vez que não basta dizer que é, mas que deve-se de fato ser.

DEMOCRACIA GARANTISTA

Segundo Copetti Neto (2016), o garantismo representa um fundamento da democracia constitucional, além disso, representa ainda um modelo normativo, cujo objetivo é a efetivação dos direitos fundamentais.

Dessa forma, uma democracia que se apresenta como garantista deve ir além de um governo do povo. Pressupõe a vontade da maioria de não estar sujeito a decisões não revestidas de garantismo e efetivação de direitos fundamentais. Com isso, evitam-se leis revestidas de constitucionalidade, mas vazias quanto à efetivação desses direitos.

Nesse sentido ensina Copetti Neto (2016, p. 27):

a democracia como governo do povo, que se julga correta na medida em que se reconhece na soberania popular e confere esta à vontade da maioria, assumindo-se como a liberdade positiva do povo de não ser sujeito a outras decisões, a não ser sobre aquelas estipuladas por si mesmo, isto é, pela vontade da maioria, encontra na democracia constitucional a impossibilidade de deliberar sobre leis constitucionais que conferem direitos fundamentais e que não pertencem ao povo, como macro sujeito dotado de vontade unitária, mas pertencem ao povo como um sujeito coletivo cujos componentes

são unidos somente pela titularidade das mesmas modalidades constituintes ou expectativas constituídas.

Verifica-se que há uma preocupação em relação a garantia de direitos em face do povo, titular da democracia. Sobretudo no que se refere a distribuição de forma igualitária da aplicação de direitos.

Dessa forma, Copetti Neto (2016, p.27) argumenta que:

O adjetivo constitucional supõe a igualdade em direitos, sobretudo aqueles ditos fundamentais, que pertencem a todos os indivíduos que compõem o povo, e que podem ser enervados, inclusive contra as decisões tomadas pela representação majoritária; isso é dizer que, se existe a unidade do povo, é aquela, e somente aquela, da *igual titularidade em direitos*.

É possível fazer um paralelo entre essa democracia constitucional, que se traduz em uma democracia garantista, com as discussões levantadas até aqui neste ponto do trabalho. Isso porque, já se falou em direitos sociais, em mínimo existencial que garanta dignidade humana, falou-se na preservação em matéria cíveis da garantia de um patrimônio mínimo capaz de gerar de dignidade. Todavia, ficou claro como a efetividade de direitos sociais – fundamentais - encontram entraves que prejudicam ou evitam a sua aplicação.

Assim, tem-se no Brasil uma democracia garantista no papel, e que precisa tornar-se efetiva a bem do povo, que é seu legitimado e ao mesmo tempo destinatário destes direitos, uma vez que movida pelo senso de igualdade de direitos fundamentais. Nesse sentido, a igualdade é um valor intrínseco desse modelo normativo jurídico, que se busca efetivar e que tem na democracia garantista esse ponto de partida, cuja perspectiva é a dignidade materializada pela aplicação de direitos (COPETTI NETO, 2017).

Nesse sentido Copetti Neto (2016, p.12-13) define garantismo:

o termo garantismo representa, como a outra face do constitucionalismo contemporâneo, o fundamento da democracia constitucional e, assim, o modelo normativo jurídico que visa à efetivação dos direitos fundamentais cuja extensão comporta: da vida à liberdade pessoal, da liberdade civil e política às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais àqueles coletivos.

Portanto, é necessário garantir igualdade de direitos fundamentais a todas as pessoas, para que elas tenham uma vida digna, em que os seus direitos sejam aplicados independente de teorias subjacentes que digam o contrário, pelo simples fato de que estão sob a égide de uma democracia garantista, e, exatamente por isso, precisam ser respeitados em sua dignidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É imperioso não olvidar da importância de direitos já garantidos e consagrados no ordenamento jurídico. Afinal, conforme demonstrado, embora a Constituição Federal de 1988 tenha elencado um rol de direitos considerados fundamentais ao longo do texto daquela carta, não quer dizer que na prática esses direitos estão sendo garantidos.

Não bastou igualar os direitos sociais, econômicos e culturais a esfera de importância dos direitos denominados fundamentais, pois ainda assim, nos casos práticos, observados na análise de jurisprudência dos tribunais, percebe-se muitas vezes a aplicação de teorias que impedem a implementação desses direitos que já são autoaplicáveis.

A exemplo, cita-se a teoria da reserva do possível, que migrou da Alemanha para o Brasil, por meio das decisões do Supremo Tribunal Federal e passou a barganhar a aplicabilidade de direitos sociais. Entretanto, a efetividade dessas garantias, realizadas subordinadamente a políticas públicas e reservas orçamentárias que quase sempre são mal administradas, acabam por afastar a implementação dos direitos fundamentais e, com isso, conceder uma vida mais digna ao povo.

É fato que o Brasil constitui-se uma democracia garantista, mas precisa agir como tal, focada na igualdade social e na efetividade de direitos fundamentais. Uma vez que só se garante cidadania à medida em que se permite que o povo tenha acesso a direitos conquistados constitucionalmente; portanto, efetivar direitos é garantir a dignidade humana como um valor ético e existencial aos destinatários desses direitos, o povo.

REFERÊNCIAS

FACHIN, Luiz Edson.; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista trimestral de direito civil: RTDC*, v. 9, n. 35, p. 101-119, jul./set. 2008

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Juspodvm. 2012.

MELO FILHO, Alberto Mendonça. *Ao equalizar execuções, Estatuto do Patrimônio Mínimo protege dignidade*. *Conjur*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-08/alberto-mendonca-estatuto-patrimonio-mini-mo-protege-dignidade>. Acesso em: 4 dez. 2023.

COPETTI NETO, Alfredo. *A Democracia Constitucional sob o olhar do garantismo jurídico*. São José dos Campos: Empório do Direito. 2016.

COPETTI NETO, Alfredo; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Direito e democracia sob a ótica constitucional: o fim ou o começo da história? *RDFG-Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 4, n. 1, jan./jun. 2017.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004.