

POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA EXPECTATIVA SUBJETIVA

Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina*

Resumo

O respectivo manuscrito trata acerca da possibilidade de se considerarem os direitos sociais como direitos fundamentais, assim como analisar a aplicabilidade deles na ótica subjetiva. Ocorre, porém, que para a concretização dessa medida, o Judiciário, órgão incumbido pela resolução da questão, obriga-se a analisar teorias edificadoras dessa atuação ativista, bem como a teoria da reserva do possível, a qual atua como limitadora desse feito. Dessa forma, com base no fato de que a Constituição garante a dignidade da pessoa humana, induzindo ao magistrado e ao Estado a verificação de um mínimo existencial, sem o qual nenhum ser humano é capaz de subsistir de maneira digna, verifica-se que essa possibilidade não apenas é possível, como também é legítima, sendo edificada por meio do posicionamento jurisprudencial.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direitos sociais. Dignidade da pessoa humana.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tencionou abordar de forma específica a possibilidade de considerarem-se os direitos sociais elencados principalmente no art. 6º da Carta Máxima como direitos fundamentais, bem como analisar a aplicabilidade deles na esfera subjetiva, isto é, a situação jurídica estabelecida por uma norma, em que ela institui ao seu titular o direito a um determinado ato frente ao seu destinatário, cujo qual, por sua vez, vê-se no dever de executar este ato.

Dessa forma, foram feitas pesquisas bibliográficas sobre a temática, e ainda observações em casos práticos, por meio de pesquisas jurisprudenciais; acerca da temática, salienta-se que o método utilizado neste manuscrito consiste no indutivo, em que o leitor, com base nos dados estabelecidos, concluirá seu posicionamento.

Como forma de direcionar o autor, este documento foi composto inicialmente mediante as considerações iniciais, seguindo por intermédio da análise subjetiva dos direitos sociais, considerando-os no enfoque dos direitos fundamentais; por conseguinte, foram estabelecidas teorias que reforçam a edificação destes nesse sentido, bem como, balizam-nos para que não extrapolem os limites legais, as quais concernem à teoria do mínimo existencial, na qual o Estado se encontra obrigado a garantir um mínimo legal a todo o ser humano. Posteriormente, atêm-se ao princípio da subsidiaridade, em que o juiz é legalizado para atuar por meio do ativismo judicial, estando essas ações pautadas na reserva do possível, a qual se refere ao justo motivo para que o Estado se abstenha de praticar o ato que lhe cabe.

Como meio de reforçar esse posicionamento, foram introduzidas jurisprudências acerca da temática, findando o respectivo manuscrito mediante as considerações finais.

2 DIREITOS SOCIAIS NA PERSPECTIVA FUNDAMENTAL: SUBJETIVIDADE

Como se sabe, os direitos fundamentais sociais estão englobados na segunda dimensão de direitos; não obstante, cabe ressaltar, conforme preleciona Sarlet (2009), que apesar do marco diferencial destes direitos ser de cunho positivo, eles também podem se apresentar como direitos de liberdades negativas, isto é, direitos de defesa. Assim, Sarlet e Figueiredo (2010) esclarecem:

* Graduada em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Bairro Seminário, Chapecó, SC, 89813-000; linny.mendes@hotmail.com

[...] os direitos sociais abrangem tanto os direitos (posições ou poderes) à prestações (positivos), quanto direitos de defesa (direitos negativos ou a ações negativas), partindo-se, aqui, do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva, reconhecida ao titular do direito, bem como, da circunstância de que, os direitos negativos (notadamente os direitos à não intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição), apresentam uma dimensão “positiva” (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade), ao passo que, os direitos a prestações (positivos), fundamentam, também, posições subjetivas “negativas”, notadamente, quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades sociais e também, de particulares.

Como perceptível, pela separação em dimensões, os direitos foram se afirmando conforme o momento histórico e a necessidade da sociedade, caracterizados por conquistas sociais em defesa da liberdade, de forma gradual. No entanto, há divergências doutrinárias quanto a essa classificação de direitos por dimensões, mesmo que didática, pois a própria é utilizada como escape para os governos que, descomprometidos com a efetivação dos direitos sociais, argumentem para o sentido de que os direitos civis e políticos estariam em primazia, ou vice-versa.

Posicionamento equivocado, pois Coelho (2009) desponta acerca da necessidade do reconhecimento da indivisibilidade dos direitos fundamentais, para que essas denominadas dimensões de direitos não sejam negligenciadas ou violadas, ainda que, sob a falsa afirmação de promoção de outras garantias, em razão do fato de que essa visão fragmentada interessa, sobremaneira, somente “[...] aos regimes autoritários, ao autoritarismo sem bandeiras, seja no plano político, seja no plano econômico-social.”

Assim, os direitos sociais, conforme Barreto (apud KELBERT, 2011), atuam como “[...] núcleos integradores e legitimadores do bem comum, pois será, através deles, que se poderá garantir a segurança, a liberdade, a sustentação e a continuidade da sociedade humana.” Nesse sentido, Olsen (2011) salienta que os direitos fundamentais possuem duas acepções a se destacar, sendo elas a objetiva, que corresponde aos objetivos basilares da comunidade e a subjetiva, qual seja a de um direito individual plenamente exigível.

No que diz respeito à concepção objetiva dos direitos fundamentais, Sarlet (2009), aborda que, por se tratarem de valores e fins que o Estado deve concretizar, esses direitos devem ser verificados sob a perspectiva social, “[...] na qual se encontra inserido e não pode ser dissociado”, podendo-se articular no sentido de uma “[...] responsabilidade comunitária dos indivíduos”, estando, portanto, valoramente ligada à percepção objetiva dos direitos fundamentais, e, conseqüentemente, também, vinculada a esta perspectiva, encontra-se a obrigação indissociável do Estado, de promover e garantir os direitos fundamentais. Assim, também, pondera Olsen (2011), para a qual:

[...] esta dimensão protetora revela, em verdade o caráter positivo que todos os direitos fundamentais podem assumir, mesmo os clássicos direitos de defesa, na medida em que todos exigiriam – como função autônoma e independente de sua subjetividade – a proteção do Estado, para a qual, por certo, necessário se faz a adoção de medidas prestacionais. A partir dessa perspectiva, torna-se mais evidente a conclusão a que chegaram Cass Sustein e Stephen Holmes, no sentido de que, todos os direitos fundamentais, são positivos e têm um custo.

Dessa forma, conforme Canotilho (2002), “[...] diz-se, que uma norma garante um **direito subjetivo** quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o direito a um determinado ato, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse ato.” Conforme Clève (2003), a sua dimensão subjetiva desempenha três funções, sendo elas defesa, prestação e não discriminação, ou seja:

[...] os direitos fundamentais (i) situam o particular em condição de opor-se à atuação do poder público em desconformidade com o mandamento constitucional, (ii) exigem do poder público a atuação necessária para a realização desses direitos, e, por fim, (iii) reclamam que o Estado coloque à disposição do particular, de modo igual, sem discriminação [...], os bens e serviços indispensáveis ao seu cumprimento. Então, salvo nas hipóteses de ação afirmativa, onde poderá haver uma discriminação (temporariamente justificável) que busque atender determinadas finalidades constitucionais [...], a exigência é de que, os serviços sejam colocados à disposição de todos os brasileiros [...], implicando para o particular, o poder de reivindicar junto ao Judiciário, idêntico tratamento.

Não obstante, ocorre que existem divergências doutrinárias no que se refere à atuação dos direitos subjetivos, em decorrência do próprio objeto do direito fundamental subjetivo, que, no entender de Sarlet (2009), vincula-

-se ao fato de que a liberdade da pessoa individual não possui um leque de garantias uniformizadas, consistindo na existência de diferentes classificações, quanto ao grau de exigibilidade desses direitos, bem como ao fato de que “[...] a complexidade das posições jurídicas dos direitos fundamentais, que podem se constituir em direitos, liberdades, pretensões e poderes de natureza diversa e ainda dirigir-se a diferentes destinatários.”

Em continuação, o mencionado autor afirma que a eficácia imediata se encontra definida nos termos do art. 5º, § 1º da Constituição. Assim, partindo desse pressuposto, Marmelstein (2013) salienta que a cláusula de aplicação imediata é a aplicabilidade expressa do princípio da máxima efetividade, inerente a todas as normas constitucionais. Acerca disso, o próprio fez menção a Krugrer, ao denotar que são as leis que devem girar em torno dos direitos fundamentais, e não o contrário, em consequência do caráter primordial, da efetivação dos direitos fundamentais, não havendo, portanto, nenhuma possibilidade de abstenção jurídica, desse dever legal.

Destarte, também, preceitua Mello (2011), para quem a Constituição não é apenas uma ideologia, mas o resultado de um ideário, isto é, consiste na conversão de necessidades e ideologias em positivamente. Ainda nesse sentido, explana Olsen (2011), para quem “[...] a exigibilidade não é condição de existência do direito, ele não existe porque é exigível. Ele (simplesmente) existe, razão pela qual deve ser exigível.” Em continuação à sua explanação, a autora faz citação a Eros Grau, *in verbis*:

Afirmar que determinadas normas constitucionais têm sua eficácia dependente da edição de normas pelo legislador ordinário, equivaleria a uma “*revogação de fato*”, sempre que o legislador se omitisse no seu dever de concretizar a norma constitucional. Seria inverter a hierarquia das normas jurídicas, na medida em que, uma lei ordinária acabaria por, se sobrepor a uma norma constitucional. Nestas condições, o autor defende que, as normas de direitos sociais, ainda que, prevejam a possibilidade de integração do seu conteúdo, por legislação ordinária, não dependem desta, para sua interpretação e aplicação, gerando verdadeiros direitos subjetivos, aos seus titulares.

Assim, também pondera Kelbert (2011), em citação a Sarmiento, para quem:

[...] conceber os direitos sociais como normas programáticas implica deixá-los praticamente desprotegidos diante das omissões estatais, o que não se compatibiliza nem com o texto constitucional, que consagrou a aplicabilidade imediata de *todos* os direitos fundamentais, nem com a importância destes para a vida das pessoas.

Dessa forma, em conformidade com Olsen (2011), mister se faz a diferenciação das normas programáticas e das definidoras de direitos; para tanto, a diferença nuclear reside em seu objeto, isto é, em decorrência do fato de que as primeiras apenas determinam um fim a ser efetivado por meio do Estado, porém, as segundas atribuem um direito subjetivo aos seus titulares.

A discussão se encerra, porém, sem pacificação doutrinária, sob a observação da necessidade de utilizar-se do método de ponderação, em cada caso concreto, como elemento direcionador para a concretização e efetividade dos direitos sociais, como forma de constatação da necessidade de interferência ou não, do Poder Judiciário, para agir além de sua competência institucional. Não obstante, afirmar que os direitos sociais estão diretamente vinculados à vida e à dignidade da pessoa humana, o que substancialmente lhes imprime um caráter de efetividade ou subjetividade. Isso colocado, passar-se-á a abordar a teoria do mínimo existencial por meio da seção a seguir.

3 A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Marmelstein (2013), acerca dos países desenvolvidos, considera:

A possibilidade de o Judiciário vir a efetivar direitos a prestações materiais é vista com bastante desconfiança, pois se entende que, a escassez dos recursos necessários à concretização de direitos prestacionais demandaria escolhas políticas, que deveriam ser tomadas, preferencialmente, por órgãos politicamente responsáveis (legislador de administrador) e não pelos juízes. Além disso, são poucas as Constituições, como a brasileira, que incluíram em seu rol de direitos fundamentais, diversos direitos sociais.

Ocorre, porém, que mesmo nesses países, reconhece-se a obrigação, por parte do Estado, de garantir aos cidadãos ao menos condições mínimas de uma existência digna, a qual se denomina “*teoria do mínimo existencial*”. No que diz respeito a essa teoria, apenas o conteúdo basilar dos direitos sociais teriam um grau indispensável, com capacidade suficiente para gerar direitos subjetivos aos seus titulares. Caso a pretensão se encontre fora deste mínimo existencial, “[...] o reconhecimento dos direitos subjetivos ficaria na dependência de legislação infraconstitucional regulamentando a matéria, não podendo o Judiciário agir além da previsão legal.”

Há, porém, uma constatação a ser feita no que se refere ao mínimo existencial, em conformidade com Sarlet e Figueiredo (2010), sendo de relevo frisar que a teoria em pauta em nada se compara com o denominado mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, posto que estes últimos, apenas dizem respeito à garantia da vida humana, sem deterem-se na qualidade de vida, ou seja, na vida com dignidade; assim, proteger alguém de sucumbir, certamente, seria o primeiro passo ao mínimo existencial, no entanto, não bastaria, posto que este seria “[...] um conjunto de garantias materiais para uma vida digna.”

Faz-se menção acerca disso da decisão do Tribunal Constitucional Federal, da qual é possível extrair:

Certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal, deve, assegurar-lhes, pelo menos, as condições mínimas para uma existência digna e envia os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como, criando as indispensáveis instituições assistenciais.

Destarte, torna-se evidente que a garantia efetiva de uma existência com dignidade vai além da mera sobrevivência física, do mínimo vital (mínimo fisiológico), encontrando-se, então, além do estado de pobreza absoluta, posto que a vida não pode ser reduzida à mera existência, em virtude do fato de que, além da proteção básica, é necessário assegurar ao ser humano um mínimo de inserção na vida social (mínimo sociocultural), ou seja, um direito à garantia fundamental.

Por conseguinte, Sarlet e Figueiredo (2010) também predispõem acerca da impossibilidade de incluir um rol taxativo de direitos garantidos, por meio do mínimo existencial, pois que se faz necessário efetuar uma análise (ou pelo menos a possibilidade de uma averiguação), à luz da necessidade de cada pessoa e de seu núcleo familiar. Com efeito, no que reporta à garantia ao mínimo existencial, um dos principais argumentos em desfavor da prática encontra-se na dimensão econômica designada “reserva do possível”, a qual será averiguada na seção 6 deste artigo, nesse sentido:

[...] argumenta-se que as prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais, dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-las. Por conta de tal objeção, sustenta-se, que os direitos a prestações e o mínimo existencial encontram-se condicionados pela, assim designada, “reserva do possível” e pela relação que esta guarda, entre outros aspectos, com as competências constitucionais, o princípio da separação dos Poderes, a reserva de lei orçamentária, e o princípio federativo.

Isso posto, conclui-se que, se for dada uma interpretação máxima ao conceito de mínimo, com certeza afastar-se-iam os aspectos negativos e tal teoria seria de grande contribuição para a efetivação dos direitos fundamentais sociais; assim, será feita uma explanação do *princípio da subsidiariedade*, na próxima seção, que, em conjunto com o princípio anteriormente expresso, contribui de forma fundamental para a efetividade dos direitos sociais.

4 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Por via deste princípio, emerge a possibilidade de o Judiciário implementar direitos fundamentais, sem prerrogativas legislativas ou executivas, como meio de concretização dessas garantias, o que automaticamente gera direitos subjetivos aos titulares de tais direitos.

Assim, convém salientar que a intervenção judiciária somente é possível frente à omissão, ou má administração dos demais poderes, por meio de ações insuficientes ou equivocadas, posto que não reporta ao Judiciário a implementação de políticas públicas, sob pena de desrespeito à separação de poderes, bem como afronta ao ideal democrático, o qual regulamenta que tal matéria cabe, como dito, ao Legislativo e ao Executivo. Destarte, a interferência judiciária tende a ser subsidiária e temporária, apenas até que o órgão competente tome as medidas cabíveis. Nesse sentido, prolatou-se, a decisão do Ministro Celso de Mello, do STF, na ADPF n. 45/2004, no sentido de:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...], pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando, os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos, que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos, impregnados de estatura constitucional, ainda que, derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Desse modo, no Brasil, essa intervenção tem se mostrado extremamente necessária, em razão do fato de que os direitos sociais de previsão constitucional têm sido encarados como um “[...] favor que o político concede aos seus eleitores famintos, em troca de apoio eleitoral”, como assevera Marmelstein (2013), em menção a Schwarzer. Concomitante a essa realidade, verifica-se que os mecanismos clássicos da democracia representativa têm falhado em suas prerrogativas de fornecimento à sociedade, dos mais básicos direitos à vida com dignidade, ocasionando lacunas e desrespeito aos direitos do ser humano de viver com dignidade, resultando no fato de o juiz necessitar agir de forma subsidiária, em proteção ao cidadão, como meio de concretizar os direitos fundamentais expressos na Carta Magna.

Isso expresso passar-se-á a colocar no item a seguir, acerca do princípio da *reserva do possível*, o qual integra o rol principiológico, por meio do qual os juízes se atêm, em verificação da necessidade de intervenção jurídica na casuística em concreto, bem como se institui como meio de efetivar o direito a uma vida digna ao ser humano.

4.1 RESERVA DO POSSÍVEL

Implementar um direito prestacional exige a alocação de recursos, ocorre, porém, que não há recursos suficientes para atender a todas as demandas. Nesse sentido, as decisões que visem concretizar um direito podem ocasionar outras ameaças; portanto, ao julgar as demandas, o Judiciário deverá considerar que sua decisão “[...] poderá interferir na realização de outros direitos, de modo que, somente deve agir se estiver seguro de que não causará mal maior.” Nas palavras de Marmelstein (2013), em citação a Amaral:

O ideal seria que houvesse disponibilidade financeira para cumprir todos os objetivos da Constituição. Mas não há. E é aí que entra a cláusula da reserva do possível, tão alardeada e mal interpretada pelos que são contra o ativismo judicial em matéria de direitos sociais.

No entanto, os direitos de defesa, por serem direitos subjetivos, exigem apenas uma omissão estatal, sendo, então, desconsiderados dessa condição econômica, de modo que o bem jurídico de que tutelam pode ser alcançado independente das circunstâncias econômicas. Ressalta-se, porém, que autores como Amaral e Gaudino (apud SARLET; FIGUEIREDO, 2010), sustentam que, também, os direitos de defesa, são de certa forma direitos positivos, na direção de que

[...] os direitos de liberdade, bem como, os de defesa em geral, exigem, para que seja efetivado, um conjunto de medidas positivas por parte do poder público e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral.

Assim, é inegável que todos os direitos fundamentais podem implicar, de certa forma, algum custo, que, no entanto, não constitui fator impeditivo para a sua efetivação jurisdicional. Acerca disso emerge a teoria da reserva do possível, a qual teve origem na Alemanha nos primórdios de 1970, preceituando que “[...] a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que, seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010).

A partir desse momento, passou-se a um entendimento teórico de que a efetivação do direito a prestações estaria subjugada à “[...] disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta, que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.” Esta, denominada reserva do possível em alusão aos autores, apresenta uma tríplice dimensão vinculada entre si e com outros princípios constitucionais, com força sistemática e constitucional, em razão de ferramenta auxiliar da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, sendo eles:

[...] a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade [...]

Em consequência, é possível afirmar que a reserva do possível se assemelha à razoabilidade econômica ou à proporcionalidade financeira. Dessa maneira, assinala-se o voto do Ministro Celso de Mello do STF:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta, não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (STF, RE 436966/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, j. 26 out. 2005).

Em virtude da escassez de recursos, surge a exigência ao magistrado de se preocupar com os resultados de sua decisão, que, porventura, venham a causar impactos negativos, visto que a ausência de orçamento para o cumprimento de uma ordem judicial poderá ensejar tanto o desprestígio do julgado quanto o prejuízo na concretização de outro direito fundamental necessário; no entanto, de acordo com Marmelstein (2013), “[...] o direito fundamental não pode deixar de ser concretizado sob a alegatória de que a realização de despesa ficaria dentro da estrita conveniência do administrador.”

Nessa acepção também desponta Moro, em citação de Marmelstein (2013): “[...] o juiz constitucional não deve desconhecer seus limites. Quanto mais intensa a atividade da jurisdição constitucional, maiores serão os questionamentos acerca da legitimidade da interferência judicial em regime democrático.” Isso posto, assevera-se que, apesar da alegação da reserva do possível como limitação à efetivação judicial dos direitos socioeconômicos, essas alegações devem ser consideradas com desconfiança, pois “[...] não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la.” Assim, faz-se conveniente a citação do voto do Ministro Celso de Mello, na já mencionada ADPF n. 45/2004, na qual delibera:

A cláusula da ‘*reserva do possível*’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, em particular quando, dessa conduta governamental negativa, puder ressaltar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Portanto, a justificativa da reserva do possível apenas deve ser aceita caso o Poder Público demonstre que a decisão causará mais prejuízo do que vantagens à concretização dos direitos socioeconômicos. Cabe aqui ressaltar que os obstáculos apontados pelo Poder Público, em negativa a estes direitos como a reserva do possível, a liberdade de conformação do legislador, a discricionariedade política e a ausência de previsão orçamentária ou legal, entre outros, consistem apenas em contra-argumentos, e não em barreiras intransponíveis (MARMELSTEIN, 2013).

Isso expresso, como meio de edificar tal ideia, utilizar-se-á no respectivo documento de decisões jurisprudenciais, expressas na seção a seguir.

5 JURISPRUDÊNCIAS

Destarte, serão apresentadas algumas jurisprudências, respectivas à temática:

O direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. (AI 734.487-AgR, Rel. Ministra Ellen Gracie, julgamento em 03 ago. 2010, Segunda Turma, DJE de 20 ago. 2010). Vide: RE 436.996-AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, julgamento em 22 nov. 2005, Segunda Turma, DJ de 03 fev. 2006; RE 271.286-AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, julgamento em 12 set. 2000, Segunda Turma, DJ de 24 nov. 2000.

No mesmo sentido:

Doente portadora do vírus HIV, carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita para seu tratamento. Obrigação imposta pelo acórdão ao Estado. Alegada ofensa aos arts. 5º, I, e 196 da CF. Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/1993) por meio da qual, o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da CF, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados. (RE 242.859, Rel. Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 29 jun. 1999, Primeira Turma, DJ de 17 set. 1999.)

E ainda:

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo. (AI 550.530-AgR, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 26 jun. 2012, Segunda Turma, DJE de 16 ago. 2012.)

Por conseguinte, proceder-se-á por meio das definições conclusivas expressas na próxima seção.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho discorreu sobre a possibilidade de se considerarem os direitos sociais como direitos fundamentais, bem como sua atuação na expectativa subjetiva. Assim, como meio de edificá-lo, foram abordadas primeiramente as considerações iniciais, por conseguinte, especificou-se a temática objetiva do manuscrito, ou seja, os direitos fundamentais sociais atuando de maneira subsidiária, afirmando tal atuação por meio de pesquisas bibliográficas.

Em consequência, versou-se sobre as teorias que englobam o tema de forma a reforçá-lo e a balizá-lo, consistindo na teoria do mínimo existencial, a qual obriga o Estado a fornecer o mínimo a uma vida digna para todo e qualquer ser humano, passando para a teoria do princípio da subsidiariedade, a qual legaliza para que o juiz atue sem prescrição legal ou executiva na direção de concretização de direitos indispensáveis ao ser humano, culminando na teoria da reserva do possível que delimita o ativismo judicial. Concluindo, no fortalecimento da temática em

questão, por meio de decisões jurisprudenciais proferidas mediante os órgãos judiciários, as quais atestam e concretizam a possibilidade em comento.

Possibility of consideration of social rights as fundamental rights in subjective expectations

Abstract

This manuscript is about the possibility of considering the social rights as fundamental rights, as well as analyzing their applicability in subjective viewpoint. Occurs, however, that to achieve this measure, the Judiciary body, responsible for resolving the matter, undertakes to analyze builder theories of this activist action, as well as the theory of reserve for contingencies, which acts as limiting this feat. Based on the fact that the Constitution guarantees human dignity, leading to the magistrate and the rule checking an existential minimum, without which no human is able to survive in a dignified way. Thus, it turns out that this is not only possible but also legitimate, being built through the jurisprudential position.

Keywords: Fundamental rights. Social rights. Human dignity.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Obras completas do Rui Barbosa**. Rio de Janeiro: Secretaria da Cultura, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COELHO, Inocêncio Mártires. A experiência constitucional brasileira: da Carta Imperial de 1824 à Constituição Democrática de 1988. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Saúde mental do trabalhador: direito fundamental social, reparação civil e ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de promoção. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; Mezzaroba, Orides. **Dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais**. São Paulo: Conceito editorial, 2010.

KELBERT, Fabiana Okchestein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEIRELES, Ana Cristina Costa Meireles. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: JusPodivm, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

KELBERT, Fabiana Okchestein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2011.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Rogério Luiz Nery da. O estado contemporâneo e a força subjetiva do direitos sociais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; Mezzaroba, Orides. **Dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais**. São Paulo: Conceito editorial, 2010.

