

20 DISCUSSÃO ACERCA DA JUSTICIABILIDADE DO DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Marcos Moreira Marnet

(Aluno do 4º período do Curso de Direito da UFJF; Integrante do projeto de pesquisa *Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais e Conflito de Competências*, financiado pelo CNPq, coordenado pela Profª Cláudia Toledo)

Cláudia Toledo

Professora Associada da UFJF

(Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria do Direito pela UFMG; Pós-doutorado em Filosofia do Direito pela UFSC; Pós-doutorado em Filosofia do Direito pela Christian-AlbrechtsUniversität zu Kiel, Alemanha)

Palavras-chave: Determinação de competência; Critérios para determinação; Justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais

Os direitos fundamentais sociais são, do ponto de vista histórico, relativamente recentes. Datam do séc. XIX como resultado dos movimentos sociais de então que exigiam, em suma, a ação estatal positiva normativa (elaboração de políticas públicas) e fáticas (fornecimento de serviços, objetos ou dinheiro) com vistas a reduzir a desigualdade socioeconômica, garantindo uma vida digna aos cidadãos.

Por serem relativamente novos, há muitas incertezas na jurisprudência e na doutrina quanto ao seu trato, principalmente quanto à sua titularidade; aos instrumentos processuais que os protegem; aos conflitos de competência e delimitação da atuação dos poderes; ao princípio da separação e equilíbrio entre os poderes.

Sob o argumento de não ingerência na esfera de atuação dos demais poderes, há os que interpretam que o Judiciário deve adotar uma postura de autocontenção na efetivação dos direitos fundamentais sociais, que, como direitos prestacionais em sentido estrito, exigem a implantação de políticas públicas e gastos ao Estado, cuja determinação é de competência originária da Administração e do Legislativo.

Para lidar com esses conflitos, uns defendem que se deve admitir o caráter político da atuação judicial na sociedade e, a partir disso, debater-se democraticamente suas atribuições com mais clareza e franqueza (COSTA, 2013). Outros defendem que o Judiciário deve ser um poder que opera o Direito de forma estrita, uma vez que sua legitimidade é mediata, dado não ser democraticamente eleito.

É necessário estipularem-se critérios para determinação da competência dos poderes.

Dois, que se inter-relacionam, podem ser mencionados (TOLEDO, 2015):

Quanto maior o conteúdo jurídico da questão, mais envolvidos estão os direitos fundamentais, pelo que maior é o seu peso, configurando-se competência do Judiciário;

Quanto mais política a questão, menos se trata de matéria técnico-jurídica a ser decidida, configurando-se competência administrativa ou legislativa.

Outro parâmetro que oferece maior clareza no trato dos direitos fundamentais sociais é o do *mínimo existencial*, conceituado como conjunto de direitos fundamentais sociais mínimos para garantia de nível elementar de dignidade humana. Dos direitos fundamentais sociais que o integram, apenas o núcleo essencial deve ser considerado e realizado na sua totalidade. Dessa forma, apresentam-se como direitos definitivos e têm caráter de regra, aplicando-se por subsunção, não sujeitos à ponderação. O argumento da reserva do possível é, portanto, inoponível ao mínimo existencial. Configurada violação ao mínimo existencial, por ação ou omissão, o Judiciário deve ordenar o adimplemento, no caso concreto, do dever jurídico descumprido. Há situações em que o Judiciário “pede” ao Legislativo para agirem sentido de proteger direitos fundamentais, como é o caso do instituto jurídico denominado “Apelo ao Legislador”, sendo este acionado principalmente em virtude de: mudança das relações fáticas ou jurídicas; inadimplemento do dever constitucional de legislar; por “falta de evidência” da ofensa constitucional (MENDES, 2014). O Judiciário não está extrapolando suas atribuições ao agir assim, mas sim cumprindo-as, já que é seu dever proteger a Constituição, rechaçando qualquer ação ou omissão que a viole. Isto consiste em seu atributo como poder de controle sobre os outros dois poderes, contribuindo para o equilíbrio entre os três e o respeito à Lei Maior.

Importa abordar um contraponto curioso a respeito da recorrente aceção do argumento da reserva do possível, qual seja, que os recursos são escassos ou insuficientes para prover todos os direitos: há doutrinadores que afirmam não haver fundamento nessa aceção, pois o dinheiro público é, na verdade, inesgotável, pois sempre pode o Estado extrair mais recursos da sociedade. Segue-se que sempre haveria possibilidade fática de garantia de direitos, inclusive via sequestro da renda pública. Isso porque o que de fato existe é a “reserva democrática”, no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio da democracia (aquele segundo o qual os membros dos poderes legislativo e executivo são eleitos, gozando, por isso, de legitimidade imediata), no qual se funda o princípio da discricionariedade do legislador (TORRES, 2009)

Críticos do mínimo existencial alegam que este diminui o valor dos direitos fundamentais na medida em que os reduz a um pequeno núcleo justiciável, retrocedendo em conquistas históricas. Ainda, ele afrontaria a Constituição, já que nem todos os direitos fundamentais sociais elencados nos artigos 6º e 7º desta estariam no seu conteúdo. Isso configuraria uma restrição desmedida ou mesmo abolição de direitos fundamentais, o que é expressamente

vedado pela Constituição Federal em seu artigo 60, §4º, IV. Em seu lugar, esses autores propõem teorias como, por exemplo, a Teoria da Capacitação, a qual postula o impedimento de discriminação do conteúdo dos direitos fundamentais; a necessidade de fruição conjunta; o progressivo aumento do conteúdo do conjunto dos direitos fundamentais, vedada a retração; o desfrute de um direito permitir a exigibilidade de outro.(WINSTON, 1999)

Apesar de possíveis desvantagens ou dificuldades da adoção do conceito de *mínimo existencial*, em virtude da objetividade que lhe vem sendo dada, ele favorece a delimitação da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Quanto mais objetivo e científico o conceito, maior o auxílio no controle racional da argumentação jurídica e das decisões do Poder Público.