



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**O Ativismo Judiciário em Matéria de Direito Sociais
com Enfoque nos Benefícios Assistenciais:**

Comparativo entre Brasil e Portugal

Lailiane de Fátima Moreira

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**O Ativismo Judiciário em Matéria de Direito Sociais
com Enfoque nos Benefícios Assistenciais:**

Comparativo entre Brasil e Portugal

Lailiane de Fátima Moreira

Orientadora: Benedita Menezes Queiroz

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020

Ao meu noivo, Douglas Castilho.

"Todas as vitórias ocultam uma abdicação."

(Simone de Beauvoir)

Agradecimentos

Primeiramente, agradeço a Deus pela sua infinita bondade e prosperidade em minha vida. Por toda sabedoria que D'Ele emana, por acalmar meu coração nos momentos mais difíceis de viver em outro país. Agradeço a Nossa Senhora de Fátima, por sempre interceder pelas minhas súplicas.

Agradeço ao meu noivo Douglas Castilho, pelo incentivo, companheirismo, apoio, suporte e, por nos momentos de tristeza e desespero, me abraçar e mostrar que os nossos sonhos são maiores que os nossos medos. Obrigada por ser meu anjo da guarda em forma de pessoa. Amo-te.

Agradeço a minha família: Dailiane Garcia, Gilson Moreira, Deise Moreira, Laís Moreira, Theo, Lucas, Maria Clara, Maria Aparecida e Leandro Braz, por sempre compreenderem a minha ausência em vários momentos importantes e apoiarem os meus sonhos. Vocês são a energia que me revigora todos os dias. Tudo é para vocês e por vocês.

Agradeço as minhas ex-professoras e atuais amigas Lilia de Pieri, Vanessa Gavião e Simone Seghese pelo apoio desde o momento que manifestei a vontade de fazer mestrado em Portugal. Meu carinhoso agradecimento e eterna gratidão.

Agradeço a minha orientadora Benedita Queiroz pelo carinho que me acolheu desde a primeira reunião, pela paciência em momentos de desespero, pela preocupação com a minha saúde, pela orientação exemplar e pelos inúmeros ensinamentos. Eterno agradecimento.

Agradeço a família de amigos que construí em Portugal e que vivenciaram comigo essa experiência inigualável que foi viver em Portugal. Renata Jiquiriçá, Bruna Santiago, Karina Martin, Adriano Rivolli, Rute Miriam, Carla Queiroz, Carla Andreatto, Ricardo Cerri e Raquel Soares. Muito obrigada pelos momentos incríveis que vivemos e que foram eternizados.

Agradeço a esta universidade e ao corpo docente pelos ensinamentos e conhecimentos compartilhados, pela oportunidade da realização de um sonho. Ainda, agradeço as minhas amigas brasileiras que mesmo de longe sempre se fizeram presentes nesta jornada. Obrigada Taciane Moreira e Isabela Paixão.

Resumo

Diante da crise que assombra Brasil e Portugal, neste trabalho discorremos brevemente sobre qual a importância e o sobre o crescimento do ativismo judicial para a garantia dos direitos sociais que são constitucionalmente garantidos. Além disso, apresentamos sobre as principais diferenças entre os direitos sociais e assistência social entre os países e como o ativismo judicial se faz necessário mais em um país do que no outro. Não obstante, destacamos a importância da interferência do Poder Judiciário para tutelar e garantir a efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como se há uma quebra na separação de poderes diante o crescimento do judiciário em matéria de proteção aos direitos sociais.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Judicialização; Direitos Sociais; Dignidade da Pessoa Humana; Assistência Social.

Abstract

Facing the crisis that affects Brazil and Portugal, we briefly discuss the importance and growth of judicial activism to ensure social rights which are constitutionally guaranteed. We discussed about the differences between social benefits and social assistance on both countries and how judicial activism is most required in one country than the other. Nevertheless, we emphasize the importance of the interference of the Judiciary to protect and ensure the effectiveness of the Principle of Dignity of the Human Person and if there is a breach in the separation of powers with the growth of the Judiciary in terms of protection of social rights.

Key words: Judicial activism; Judiciary; Social rights; Dignity of human person; Social assistance.

Sumário

Resumo.....	11
Lista de Siglas e Abreviaturas.....	15
1. Introdução.....	17
2. Ativismo Judicial.....	17
2.1 Ativismo judicial e Judicialização.....	17
2.2 Ativismo judicial em Portugal.....	18
2.3 Ativismo judicial no Brasil	21
2.4 Separação dos poderes e adequação do ativismo para resolver o problema em causa ..	23
2.5 O impacto das decisões judiciais nas políticas públicas	27
3. Direitos Sociais	29
3.1 Caracterização dos direitos sociais em Portugal	31
3.2 Caracterização dos direitos sociais no Brasil	33
4. Benefícios assistenciais	35
4.1 Conceito de apoios sociais em Portugal	35
4.2 Conceito de benefícios assistenciais no Brasil	36
5. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	38
5.1 Aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em Portugal.....	38
5.2 Aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Brasil.....	41
5.3 Dever do Estado em tutelar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	43
6. Conclusão	47
7. Bibliografia.....	49

Lista de Siglas e Abreviaturas

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art – Artigo

CRP – Constituição da República Portuguesa

CFB – Constituição Federativa do Brasil

CF – Constituição Federal

DL – Decreto Lei

ONU – Organização Mundial da Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

UE – União Europeia

1. Introdução

Muito se tem discutido a cerca do ativismo judicial em matéria de direitos sociais na atualidade frente a crise de vários países. Diante deste fato, analisaremos a temática quanto à efetivação dos direitos sociais, com enfoque na assistência social, e realizando um comparativo entre Brasil e Portugal. Iremos realizar também uma análise sobre o que é ativismo judicial e qual a diferença para a judicialização. Assim, iremos apresentar um breve discorrer do ativismo judicial em Portugal e no Brasil, passando a expor sobre os direitos sociais nos países em comparação, bem como a caracterização de benefícios assistências existentes em Portugal e suas diferenças com o Brasil.

Para concluir, exploramos um pouco sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e como se dá a sua aplicação na Constituição portuguesa e brasileira, além de uma análise sobre a sua importância para o ativismo e sobre a garantia na efetivação dos benefícios assistenciais através do Poder Judiciário.

2. Ativismo Judicial

2.1 Ativismo judicial e Judicialização

Destaca-se que a positivação de um princípio basilar nas Constituições não são garantias de efetivação desta proteção, e muitas vezes não são efetivados direitos consagrados constitucionalmente. Daí faz-se necessário a intervenção do Poder Judiciário para aplicar esta efetivação através do reconhecimento do direito já consagrado.

As expressões ativismo judicial e judicialização apesar de terem a conotação semelhante, não possuem as mesmas características. Ativismo judicial é o agir do Poder Judiciário quando os demais Poderes assumem uma omissão do seu papel, fazendo com que o judiciário utilize de princípios norteadores do Direito para sanar estas omissões, fazendo com que o mesmo tenha uma maior participação da aplicação do direito garantido constitucionalmente mas não efetivado nas legislações ordinárias ou demais diplomas. O ativismo judicial não possui ligação com as questões políticas. Este é puramente ligado à legitimação, efetivação e garantia constitucional de um direito não efetivado.

Já a Judicialização trata-se de uma questão política, dependendo de amplos debates quando não há efetivação das garantias e direitos fundamentais. Judicialização significa que

algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (BARROSO, 2012). Como exposto por Barroso, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2012). Vejamos:

Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2012).

Muitas questões que devem ser discutidas, debatidas e decididas pelo Legislativo ou Executivo não são realizadas e fazem com que estes não cumpram com o seu papel, transferindo para o Poder Judiciário o poder político, repercutindo na sociedade e na política. Assim, cabe ao juiz a tarefa de efetivação dos direitos fundamentais, ainda que não seja exclusiva, preservando sempre os princípios da unidade da Constituição, sob o postulado da proporcionalidade. Aqueles que argumentam no sentido de que, em tempos de crise, até mesmo a garantia de direitos sociais mínimos poderia colocar em risco a necessária estabilidade econômica, impondo-se o “embalsamento” do Poder Judiciário. Porém, importa salientar que, justamente em tais circunstâncias, uma proteção de posições jurídicas fundamentais na esfera social, por menor que seja, revela-se indispensável (BIGOLIN, 2004).

Não obstante, qualquer norma que seja alterada em sentido restritivo ao titular do direito é passível de controle de constitucionalidade, considerando ser uma norma que modifica ou retira direitos fundamentais que estão previstos na Constituição.

Para HOVARTH (2018), um dos problemas do ativismo judicial diz respeito ao estabelecimento do limite de atuação do Poder Judiciário, posto que mesmo entre os seus adeptos, há consenso que o fenômeno deve ser aceito com temperamentos, uma vez que a atividade judicial não é exata, mas mecânica.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço e atuação dos outros dois Poderes (BARROSO, 2012).

2.2 Ativismo judicial em Portugal

Em Portugal, muito se tem discutido a respeito do ativismo judicial e judicialização. Dado que se deve haver um estudo conjunto entre o Direito e a Economia, visto que os juristas respaldam a efetivação dos direitos sociais, enquanto que os economistas refletem sobre os impactos nas políticas públicas com intuito de evitar novas crises econômicas.

No n° 1 do art. 18° da CRP há a distinção entre aplicabilidade direta e vinculatividade. A aplicabilidade direta significa que a norma consagradora de um direito fundamental possui a força necessária para atribuir um direito resistente à lei e suscetível de ser tutelado através de uma ação perante um tribunal. Assim, a aplicabilidade direta releva como critério de eficácia da norma e vinculatividade, apela a um critério de identificação dos deveres impostos pela norma e dos seus destinatários (SANTOS BOTELHO, 2015).

O Tribunal Constitucional português realiza a fiscalização da constitucionalidade de leis, tendo como competência revogar leis ou modificar os seus efeitos. Em um cenário de crise econômica, os tribunais atuam na manutenção do nível de concretização dos direitos sociais ou se mantêm no âmbito político a decisão quanto à efetivação destes direitos.

Em 2012 houve a aprovação do orçamento anual, considerando a crise econômica pela qual Portugal estava passando. Entretanto, muitos cortes feitos posteriormente foram considerados inconstitucionais pelo TC. As reformas realizadas pelo Governo impactaram diretamente na garantia dos direitos sociais, como o aumento na idade mínima para aposentadoria, aumento anual na idade da reforma, instituição de novas regras de atualização das pensões, dentre outros.

Com o requerimento da ajuda financeira à UE, Portugal teve que realizar mudanças impostas pela União Europeia e pelo FMI. Foram políticas de austeridade que refletiram no orçamento do Estado português, sendo estes questionados quanto a sua constitucionalidade perante o TC, gerando assim a denominada Jurisprudência da Crise. Entende-se como políticas de austeridade medidas restritivas de direitos sociais com o intuito de reduzir despesas públicas. O intuito do presente estudo não é explicitar o que foi esse evento marcante para o Estado português, mas questionar se houve supremacia judicial nas decisões e até mesmo se o tribunal perseguiu a justiça social como objetivo nas suas decisões.

Foram três importantes acórdãos na análise do TC a respeito das leis do orçamento do Estado para o ano de 2011, 2012 e 2013¹. Houveram entendimentos divergentes e

¹ Tratam-se de decisões de n° 396/2011, 353/2012 e 187/2013.

questionamentos entre juristas, pesquisadores e advogados quanto ao posicionamento do Tribunal. Entretanto, não é o propósito do trabalho analisar esses posicionamentos e sim questionar a forte atuação do ativismo face à concretização dos direitos sociais pelo Judiciário e não apenas pelo Legislativo.

Nessa qualidade, por força da recepção constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, impõe-se juridicamente à observância de todos os poderes do Estado, que ficam vinculados ao seu respeito, à sua proteção e promoção dos direitos em um Estado Social (NOVAIS, 2018).

Quando se lida com a dignidade na qualidade de princípio constitucional, a interpretação é realizada abertamente. Interpretar a dignidade humana segundo uma orientação compreensiva e fechada pressuporia considerar que a Constituição, quando acolheu o conceito, teria aderido a uma visão particular do princípio, a uma concepção controversa, não consensualmente partilhada (NOVAIS, 2018).

Na hipótese de o Estado não conseguir cumprir nem os mínimos dos direitos sociais, o Comitê das Nações Unidas entende que existirá uma presunção de culpa sobre o Estado, que deverá demonstrar cabalmente que “realizou todos os seus esforços para utilizar os recursos que estão à sua disposição num esforço para satisfazer, com caráter prioritário, essas obrigações mínimas” (SANTOS BOTELHO, 2018).

O que se discute é se a criação e efetivação de prestações sociais é matéria de competência do poder legislativo ou se é uma competência concorrente em que o Governo, também cria novas regras de prestações. O art. 165.º/1/f da CRP expõe uma reserva de lei relativa no domínio das bases gerais de segurança social. Entretanto, o Tribunal Constitucional² entendeu o seguinte:

“(…) se extrai que é o Parlamento o órgão legislativo que haverá de definir, no que toca às prestações da segurança social e através da respectiva lei de bases, a composição, o âmbito da proteção e as características das prestações sociais, sendo certo que é sobre o Governo, enquanto órgão de condução da política geral do País e órgão superior da Administração Pública, que impende a responsabilidade pela implementação política concreta de segurança social.”

Ainda nos ensinamentos de SANTOS BOTELHO (2016), um contexto econômico-político de crise coloca sérios entraves à promoção dos direitos fundamentais, muito

² Ac. TC nº 289/05.

particularmente dos direitos sociais de forte incidência prestacional, que são, amiúde, objeto de legislação regressiva, especialmente em prestações sociais tidas por fundamentais para o bem-estar social, em domínios como os da previdência, dos salários, da segurança ou da saúde.

O que os aplicadores do direito tendem a garantir é que o argumento da escassez de recursos não seja um argumento sempre levantado por parte do Estado para não efetivar os direitos sociais e princípios constitucionais garantidos, deixando de tutelar o bem-estar social. O Tribunal português chegou a admitir alguns retrocessos sociais. Entretanto, o legislativo deverá fundamentar tal motivo e, ainda, não deixar afetar o mínimo vital.

SANTOS BOTELHO (2015) expõe não julgar necessária a retirada da Constituição um princípio geral da proibição do retrocesso social, conforme veremos:

Até um certo ponto, deverá ser possível – o que, ressalva-se, não quer dizer que seja sempre constitucionalmente admissível – retroceder nas prestações que foram sendo atribuídas, em diferentes momentos históricos e com diversas movimentações sociais e políticas, sem que contudo seja tolerável colocar em perigo a dignidade da pessoa humana. Assim, a *reformatio in pejus* tem-se por permitida, em geral, desde que não afete a salvaguarda constitucional da dignidade da pessoa humana, seja suficientemente fundamentada e, por último, adequada e proporcional ao prejuízo que impõe. (SANTOS BOTELHO, 2015)

2.3 Ativismo judicial no Brasil

No Brasil, muito se discute a respeito do excesso de ativismo judicial visto a Constituição possuir um amplo e detalhado rol de direitos sociais e haver mínima efetivação dos mesmos. O Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais expressou diversas preocupações em relação ao estado de direitos sociais no Brasil, destacando as persistentes diferenças econômicas e sociais entre negros e brancos, a manutenção de elevados níveis de pobreza e de concentração de renda, o analfabetismo, as desigualdades no acesso ao emprego, inclusive entre homens e mulheres, a falta de acesso a moradia, problemas de saúde pública e a manutenção de elevado número de trabalhadores rurais reduzidos a condição análoga à de escravos (SCHWARZ, 2015).

Diante o exposto, é evidente que o ativismo judicial no Brasil é maior que em Portugal. Entretanto, os Tribunais brasileiros conseguem fazer com que a sociedade evolua quanto à efetivação dos seus direitos mínimos garantidos.

A decisão sobre a aplicação dos recursos públicos por sua direta implicação orçamentária incumbe precipuamente ao legislador. Isso não implica em desqualificar os direitos sociais como fundamentais, nem lhes conferir caráter meramente programático. No Brasil, diante da redação do § 1º do art. 5º, todos os direitos fundamentais têm aplicação imediata, sendo que, na qualidade de normas princípio, não podem ser aplicadas como tudo ou nada, conquanto presume-se sua plena eficácia, a qual também não é absoluta (BIGOLIN, 2004).

Não obstante, conforme ensinamentos de SARLET (2018):

“Ao contrário da Constituição portuguesa (art.16/1), que no âmbito da abertura material do catálogo de direitos fundamentais se limita a mencionar a possibilidade de outros direitos fundamentais constantes das leis e regras de direito internacional, a nossa Constituição foi mais além, uma vez que, ao referir os direitos “decorrentes do regime de princípios”, evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não escritos, que podem ser deduzidos, por via de ato interpretativo, com base nos direitos constantes do “catálogo”, bem como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema.” (SARLET, 2018).

No Brasil, não há uma tentativa de efetivação das políticas públicas de maneira coordenada, harmônica e eficaz. A grande questão enfrentada pelo gestor das políticas públicas é esclarecer o limite da proteção de forma que atenda às exigências jurídicas e limites técnicos. O limite técnico pode ser entendido como o nível de sobrevivência (mínimo vital) individual ou familiar. O limite jurídico é a dignidade da pessoa humana. Diante desse quadro, HORVATH JÚNIOR (2018) explica:

Por conta disso, no Brasil, observa-se um fenômeno da “judicialização” das políticas públicas que de maneira sintética buscará estabelecer limites da intervenção do poder judiciário na construção e execução de políticas públicas. Dentro deste fenômeno é possível observar duas correntes, a primeira adotando uma posição e visão ativista entendendo que cabe ao poder judiciário interferir, remodelar e criar políticas públicas. A segunda corrente adotando uma posição garantista entendendo que cabe ao poder judiciário limitar-se ao controle formal (e não material) dos atos dos gestores públicos. (HORVATH JÚNIOR, 2018).

Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do legislativo tem alimentado a expansão do judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem as omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo (BARROSO, 2012).

2.4 Separação dos poderes e adequação do ativismo para resolver o problema em causa

O Estado pode reconhecer o direito aos indivíduos. Porém, não lhes dar condições de exercer livremente o seu direito é o mesmo que não proteger o direito “garantido”. O que se analisa é a efetividade social das normas ou se o Estado não permite que haja direitos sem que tenha que ser resguardado pelo poder judiciário.

Em sua obra, NOVAIS (2010) manifesta que o problema subjacente ao reconhecimento da reserva do possível e à relação entre legislador e juiz na realização dos direitos sociais não é um problema de contabilização de recursos existentes, mas um problema de competência orçamental, de divisão e separação de poderes em Estado democrático.

Não obstante, é questionável como se daria o conteúdo normativo do direito social ao mínimo, buscando critérios para determinar o que seria o mínimo sem que haja interferência no princípio da separação de poderes. Como o judiciário estipularia o mínimo existencial para impor aos demais poderes sem violar os limites funcionais. A questão é abrangente e suscita diversos questionamentos entre garantir o mínimo existencial sem violar a garantia e limites dos Poderes Estatais de um Estado Democrático de Direito.

A debilidade do Estado, a sua ineficácia, a sua eventual instrumentalização e captura em favor de grupos privados, ou, em casos extremos, a sua inexistência prática, inviabilizando a respectiva capacidade de proteção e cumprimento dos direitos fundamentais. No caso dos direitos sociais, a invocação concreta de uma dificuldade financeira pode justificar também a afetação do direito, ou seja, a sua não realização positiva, mas, diferentemente, o juiz muito dificilmente controla essa justificação – a atinente à prevalência, por razões financeiras, das razões contrárias à realização do direito social – à luz da separação dos poderes do Estado de Direito (NOVAIS, 2010).

Diferentemente do Brasil, em Portugal, o controle de limites da reserva geral imanente de ponderação, podendo na respectiva concretização participar os vários ramos do poder estatal, a última palavra é do juiz. Porém, quando afeta os direitos sociais, mesmo que na concretização haja participação de vários ramos do poder estatal, a última palavra é do legislador.

Destaca-se que não cabe ao juiz apreciar se há ou não recursos disponíveis para efetivação do direito, muito menos verificar as prioridades da distribuição de recursos³.

³ “É ao legislador ordinário que cabe, em função das disponibilidades financeiras e das margens de avaliação e opção políticas decorrentes do princípio democrático, determinar específica e concretamente, no domínio de

Porém, cabe ao magistrado verificar se a alegação do poder público é relevante para afastar a pretensão individual e reconhecer se houve violação dos direitos sociais pleiteados.

Outrora, de acordo com o entendimento de NOVAIS, para que o Estado atue em casos de direitos positivos, é necessário que seja indiscutivelmente configurado como preciso, concreto, único e de realização exigível em um tempo delimitado. Caso não seja assim, não é possível determinar um único ato constitucionalmente devido num determinado tempo, então já é muito difícil conseguirmos demonstrar, recorrendo a critérios jurídicos, se a atuação ou não atuação do Estado é inconstitucional (NOVAIS, 2010).

NOVAIS (2010) expõe:

“Com associação ao princípio da dignidade da pessoa humana, a realização do mínimo social não fica dependente de razões de separação de poderes. Vinculados que estão, todos os poderes do Estado, à observância das exigências negativas e positivas deste princípio, enquanto princípio supremo em que assenta toda a estrutura do Estado constitucional de Direito, não há aí competência exclusivas nem prerrogativas de avaliação por parte do legislador. É certo que pode haver situações – nomeadamente nos países de grande debilidade econômica ou nos períodos de penúria conjuntural severa – em que, pura e simplesmente, haja uma ausência absoluta de recursos públicos para garantir uma subsistência digna, mas a verificação dessa própria impossibilidade está sujeita a controle de decisões judiciais.” (NOVAIS, 2010).

Não obstante, para o autor, o poder judiciário pode intervir em alguns casos sem que haja violação do princípio da separação dos poderes, principalmente em casos que haja o fator não negligenciável de construção e interiorização social daquilo que uma sociedade entende como exigência de uma vida com dignidade.

No entendimento do estudioso brasileiro SARLET (2018), o constituinte brasileiro por si só adota um caráter abrangente de interpretação, mas que não dispensa uma análise mais detida quanto à sua efetiva amplitude. E ainda, nos termos do art. 5 § 2º da CFB os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

cada direito social, o que fica o Estado juridicamente obrigado a fazer e o que pode o particular exigir judicialmente. Mas, neste sentido, como o direito social só cobra determinabilidade e conteúdo preciso através da legislação ordinária, isso significa, diz-se, que a respectiva vinculatividade jurídica é uma criação infraconstitucional, da responsabilidade do legislador e, naturalmente, como é próprio do direito ordinário, na sua disponibilidade. (NOVAIS, p.142, 2010).

Considerando esse entendimento, é constitucional que a interpretação das normas supracitadas sejam interpretadas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, desde que garantam a efetivação dos direitos consagrados na Carga Magna e Tratados Internacionais.

Não obstante, o autor brasileiro defende que, na identificação dos direitos fundamentais fora do catálogo, é importante que se tenha presente o critério da importância, atentando-se para a efetiva correspondência com o sentido jurídico dominante, cuja avaliação dependerá, sem dúvida, da sensibilidade do intérprete (SARLET, 2018).

CANOTILHO (1991) expõe que “o Estado, os poderes públicos, o legislador, estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio que tornem efetivo este direito, e, no caso de só existir um meio de dar efetividade prática, devem escolher precisamente esse meio”.

A CFB traz um modelo econômico de bem-estar nos artigos 1º, 3º e 170, não podendo ser ignorado pelo Estado e programas de governo. Para SERAU in JÚNIOR (2018) o Estado como um todo tem o dever de proteger o disposto no corpo da Constituição, vejamos:

O Poder Judiciário, de forma extraordinária, exercendo a sua função de Poder contramajoritário, tem o dever, quando provocado, de fazer prevalecer a vontade atemporal e transgeracional disposta no corpo da Constituição. Essa manifestação contramajoritária de Poder prevalecerá mesmo quando estiver em oposição à vontade de quem esteja à frente dos Poderes Legislativo e Executivo que, ordinariamente, são os legitimados para a formulação e para a execução de políticas públicas na esfera de direitos econômicos, sociais e culturais. (SERAU in JÚNIOR, 2018).

A estudiosa SANTOS BOTELHO (2015) defende que a realização progressiva dos direitos sociais apenas será possível se existirem vias de comunicação e empenhamento mútuo, tanto do legislador como das jurisdições, no respeito pelo princípio da separação dos poderes.

Outrora, é importante destacarmos que há uma linha tênue entre uma decisão política e jurídica dos Tribunais diante a ideologia do Governo, também pode-se verificar essa influência no legislador. Sendo assim, resulta-se sempre de uma verificação do cumprimento dos preceitos constitucionais.

Um dos grandes dilemas da teoria constitucional portuguesa continua a ser precisamente o de saber como satisfazer o duplo objetivo de limitar a atividade do legislador e atividade do juiz. Com efeito, uma maior limitação do juiz resulta em maior liberdade legislativa e, ao invés, uma maior limitação do legislador, trará consigo um acréscimo de liberdade decisória ao poder judicial. (SANTOS BOTELHO, 2015)

É de suma importância salvaguardar a autonomia de cada Poder para que um não se sobreponha ao outro e nem que a política sobreponha o direito, assim evitando a quebra dos poderes. Ponderar os limites de cada órgão é essencial para que não haja a quebra dos Poderes e que seja respeitada a Constituição de forma com que os direitos fundamentais e sociais sejam protegidos e aplicados sem que haja decisões políticas partidárias.

No Brasil a separação de poderes encontra-se consagrado no artigo 2º da Constituição garantindo a independência e a harmonia entre eles. A importância de respeitar a esfera de cada poder é para tutelar a autonomia e permitir a liberdade de cada exercício. Vale destacar os riscos inerentes a interferência entre os poderes, por exemplo, quando permite que o Poder Judiciário esteja a frente das decisões políticas, uma vez que se trata de um poder exercido sem o critério de eleição para os membros. Coloca-se em cheque a democracia, considerando que no judiciário não há eleição para os ocupantes do cargo.

Ainda que se diga que a atuação do Judiciário encontra respaldo constitucional a prática ativista não é salutar. Levar ao Poder Judiciário questões cuja competência pertence a outros poderes e permitir que ele (judiciário) implante ou implemente políticas públicas ao encargo dos outros poderes é aceitar a quebra do sistema de freios e contrapesos, ferindo a independência e a harmonia entre eles, o que não pode ser aceito. (CAVALCANTI, 2018)

Outrora, para BARROSO (2009) a leitura que se faz da teoria da separação dos poderes indica que não há funções exercidas com exclusividade por este ou aquele Poder, mas que os poderes no exercício das funções se harmonizam e colaboram entre si para atender a sociedade e aos fins do próprio Estado.

Não obstante, o ministro Celso de Mello afirmou na decisão da ADPF 45 a necessidade de mais uma vez revisar o dogma da separação dos poderes, vejamos:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. (BRASIL, 2004)

Como já exposto anteriormente, a separação de poderes visa evitar que o poder político seja exercido de forma arbitrária por uma única pessoa, dividindo-o em órgãos e funções que deverão exercê-lo em colaboração e respeito, mantendo entre si equilíbrio e harmonia.

2.5 O impacto das decisões judiciais nas políticas públicas

Nos ensinamentos de NOVAIS (2010), o contra-argumento da reserva do possível não é uma negação da reserva, mas uma ideia de condicionamento econômico e financeiro, que realmente existe, não é exclusivo dos direitos sociais, mas é algo que têm de viver todos os direitos fundamentais, incluindo os tradicionais direitos de liberdade. Visto que esses direitos têm custos significativos e aí residiria, então, o essencial da argumentação contra a pretensa especificidade de uma reserva financeira afetando exclusivamente os direitos sociais.

A reserva do possível é compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma (SARLET, 2018). Não obstante, observar-se-á os critérios de proporcionalidade e a garantia do mínimo existencial para assegurar o núcleo essencial do direito fundamental.

Neste contexto apresentado, em que o que está em questão é o benefício assistencial, o que está em causa na ponderação é o mínimo existencial e a conjuntura socioeconômica do indivíduo. Na lição de GOMES CANOTILHO (1982), ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Assim, em princípio, e no que se refere a todos os direitos fundamentais, os deveres de respeitar o acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos (logo, de observar, de catar, de não impedir, de abster de intervir) não envolvem custos financeiros. Já, ao contrário, os deveres de proteger e, sobretudo, os de promover esse acesso envolvem, em princípio, os custos financeiros requeridos pelas prestações fáticas ou pela disponibilização de serviços e instituições que são impostas ao Estado (Novais, 2010).

Como pondera DWORKIN (2010):

Podemos argumentar (como fizeram alguns autores) que a lei será economicamente mais eficiente se os juizes forem autorizados a levar em conta o impacto econômico de suas decisões; isso, porém, não responderá à questão de saber se é justo que eles procedam assim, ou se podemos considerar critérios econômicos como parte do direito existente, ou de decisões com base no impacto econômico tem, por essa razão, um maior ou menor peso moral.

E ainda, vejamos o entendimento do estudioso JÚNIOR SOARES (2018):

A realização dos direitos de proteção social não pode ignorar a questão da escassez de recursos públicos para a satisfação das necessidades; contudo, a abordagem utilitarista e economicista do Direito subverte a lógica da ordem social, priorizando o fator econômico em detrimento do humano, introduzindo uma lógica de mercado que, em última análise, retira a dignidade da pessoa humana do epicentro do ordenamento jurídico que passa a gravitar em torno das condicionantes econômicas de aplicação do Direito.

No expressar de NOVAIS (2018), deve-se haver uma ponderação ao invocar o princípio da dignidade da pessoa humana por parte das jurisdições constitucionais. Visto que teria efeitos devastadores nos equilíbrios do Estado democrático, dada a extrema facilidade de utilização do princípio como instrumento de invalidação arbitrária das decisões do legislador. Vejamos:

No fundo, a facilidade de utilização ideológica ou confessional da dignidade da pessoa humana estimularia o ativismo judicial potencialmente incompatível com a observância do princípio da separação de poderes de Estado de Direito e, designadamente, resultaria em prejuízo da capacidade de decisão política dos órgãos democraticamente legitimados e eleitos para o efeito.

Nesse sentido, podemos verificar que os próprios tribunais constitucionais ou supremos tribunais se convergem nas decisões diante as suas convicções ideológica, partidária, religiosa e moral. NOVAIS (2010) entende que é tão defensável a ideia de que “nunca há dinheiro” suficiente, como a de que “há sempre dinheiro” para uma determinada satisfação de necessidades que se pretende reduzir, uma vez que a distribuição dos fundos públicos não é unívoca.

Para SANTOS BOTELHO (2015), a partir de uma análise atenta da jurisprudência constitucional portuguesa no domínio dos direitos sociais releva um certo equilíbrio entre uma autocontenção ou cautela quanto a um ativismo judiciário em matérias que imponham consequências financeiras ao Estado e as necessidades de fazer cumprir a Constituição, contudo, é inadmissível deixar a proteção dos direitos fundamentais exclusivamente nas mãos do legislador. Vejamos:

É preciso ter em consideração que um eventual acréscimo de autocontenção não se coaduna com a expressão constitucional que os direitos sociais assumem no nosso ordenamento jurídico-constitucional. [...] Seja como for, convém salvaguardar que aquilo que pareçam ser “más medidas”, no sentido de opções políticas discutíveis, ou medidas gravosas para os contribuintes não são necessariamente inconstitucionais. Se tal é verdade, importa também frisar, por outro lado, que não se deve ter medo da justiça constitucional. Ora, estando em causa a própria *salus publica* do Estado, não nos afigura

admissível deixar a proteção dos direitos fundamentais exclusivamente nas mãos do legislador, sob pena de se fazer tábua rasa do nosso modelo de justiça constitucional.

Nesse mesmo sentido, o presente trabalho tem com objetivo propor o questionamento sobre a necessidade de um meio-termo, de um equilíbrio nas decisões e construções das legislações garantistas de direitos fundamentais, não sendo prudente apenas ao órgão Legislador ser o garantidor de direitos constitucionais, considerando a legitimidade do Judiciário em proteger e aplicar a Constituição.

3. Direitos Sociais

Quando falamos em Direitos Sociais, fazemos um paralelo com os direitos fundamentais no plano constitucional e no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para NOVAIS (2010), o *corpus* para a eventual distinção entre os dois tipos de direitos é frequentemente estabelecido, designadamente quando a Constituição não resolve explicitamente o problema, com base e a partir da enumeração constante dos Pactos Internacionais de proteção dos direitos humanos estabelecidos sob a égide da ONU. O Autor defende que a divisão oriunda do Direito Internacional dos Direitos Humanos não deve, sem mais, ser utilizada para fundamentar uma distinção teórica a utilizar no plano interno e constitucional.

No entendimento de SARLET (2018):

Em que pese as expressões direitos humanos e direitos fundamentais sejam utilizadas como sinônimos, a explicação para o ordenamento brasileiro é que a expressão “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos dos ser humano reconhecido e positivados na esfera constitucional positivo de determinado Estado, à proporção que “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional.

No âmbito dos direitos fundamentais, o Estado possui deveres, tanto relativamente aos direitos sociais quanto aos de liberdade, sendo o dever de respeitar, de proteger e de promover. Quando se considera o tema da reserva do possível, não se pode ignorar os condicionamentos e a natureza específica de cada uma das dimensões.

Não obstante, a tripartição de deveres estatais é dividida em dever estatal de respeito dos direitos fundamentais, dever estatal de proteção dos direitos fundamentais e dever estatal de promoção dos direitos fundamentais.

O dever de respeitar é um dever de abstenção, de não interferência nas esferas de autonomia, de liberdade e de bem-estar dos particulares garantidas pelos direitos fundamentais. O Estado também desenvolve uma atuação positiva, fazendo lei ou criando instituições que permitam o seu exercício ou a efetivação dos direitos. No dever estatal de proteção, o Estado é obrigado a proteger os direitos fundamentais porque assumiu o monopólio do uso da força coercitiva legítima, ficando obrigado à proteção geral da vida, segurança, bem-estar, liberdade e propriedade dos particulares. Não obstante, é responsável pela progressão na proteção e da não diminuição da proteção já alcançada. Por último, mas não menos importante, o dever estatal de promoção dos direitos fundamentais, tem como objetivo promover o acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos através da dedução constitucional de uma obrigação jurídica estatal de ajuda aos particulares, sobretudo aqueles que por si só, com recursos a meios, aptidões ou capacidades próprias, não dispõem de condições para um acesso igualitário e efetivo a tais bens (NOVAIS, 2010).

Como bem exposto pelo autor:

“Se no meu país o Estado já assegura os mínimos sociais e os benefícios de prestações sociais são já de alcance significativo, porventura é a dimensão de defesa, de proteção, de garantia dos níveis de acesso existentes que assumem maior importância jurídica prática. Já se, noutro país, o *Estado social* for incipiente ou inexistente, é sobretudo a dimensão positiva e de promoção que adquire importância primeira.” (NOVAIS, 2010)

Os Direitos Sociais elencados na norma são mutáveis, dado que para elencar todos os possíveis direitos considerados fundamentais vai muito além do que determinado na época da elaboração da lei. Os direitos mínimos mudam de acordo com a situação do Estado, podendo alguns serem reconhecidos na esfera judiciária e outros deixarem de serem garantidos diante às mudanças no Estado social.

Sendo os direitos sociais consagrados como direitos fundamentais, seria um direito dirigido primariamente face ao Estado. Porém, no campo político, não haveria uma resposta consensual, independentemente de ser discutido no Brasil ou em Portugal. Entretanto, esse questionamento se faz necessário para delimitarmos a extensão da obrigação dos três poderes em fornecer, possibilitar e/ou garantir o mínimo existencial aos mais necessitados diante às suas necessidades.

Em matéria de direitos fundamentais e sociais, muito se discute a respeito do princípio do retrocesso social⁴, entendido enquanto proibição de diminuição dos direitos sociais já garantidos, qual seria a sua relevância e efetividade diante os direitos garantidos constitucionalmente como é feito tanto em Portugal quanto no Brasil. Não obstante, discute-se que, estando em situação de crise e dificuldade econômica, o Estado pode restringir direitos, mesmo fundamentais e sociais, discussão essa de amplos questionamentos, mas não é a intenção do presente trabalho abordar o tema aprofundadamente.

Para SARLET (2018), os direitos fundamentais dizem respeito a uma perspectiva positivista. O autor expõe:

“Nesse sentido, os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo “transformados” em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional.”

Ambas Constituições são analíticas, ou seja, têm um maior detalhamento das suas normas para que sejam seguidos por todos os operadores do Direito e legisladores infraconstitucionais. De qualquer modo, não se trata de uma abordagem exaustiva e analítica, já que de cunho meramente exemplificativo e problematizador.

3.1 Caracterização dos direitos sociais em Portugal

A Constituição da República Portuguesa possui um considerável catálogo de direito sociais. Basta uma breve olhadela para percebermos já na parte I da Constituição, em que há a garantia e proteção dos direitos e deveres fundamentais. Que no título II há a consagração dos direitos, liberdades e garantias. E ainda, entre os artigos 58º a 79º há a garantia dos direitos e deveres econômicos, sociais e culturais.

Conforme ensinamentos de SANTOS BOTELHO (2016):

“de um ponto de vista conceitual, a distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais teve eco tanto em teses: (i) 'substancialista ou essencialista', para as quais a destrição

⁴ Princípio inventado na Alemanha, ancorado no princípio constitucional do Estado social, que pretensamente, teria a potencialidade de conferir resistência constitucional a tais realizações do legislador ordinário, ainda que, desde logo, surpreenda como num princípio tão pouco denso como é o princípio do Estado social se poderia descortinar, sem qualquer outra referência ou apoio textual, uma proibição tão estrita e de alcance tão contundente. (NOVAIS, p. 241. 2010).

entre os direitos assume uma natureza material associada a uma superioridade hierárquica dos primeiros em relação aos segundos; (ii) formais, que apelam a diferenças estruturais, de regime entre ambos os direitos, à natureza dos deveres estatais envolvidos, à maior ou menor determinabilidade do seu conteúdo”.

Podemos verificar que a República Portuguesa olhou com cuidado para os direitos sociais ao consagrá-los em sua Constituição, fazendo com que seja garantida a sociedade o mínimo existencial para a dignidade da pessoa humana. VIEIRA ANDRADE (1987) entende que “a constituição portuguesa prevê expressamente um regime jurídico diferenciado. Neste sentido, os assim chamados “direitos, liberdades e garantias” que, em última análise, abrangem os direitos de defesa, são dotados de eficácia plena e imediata aplicabilidade, além de integrarem o rol das “cláusulas pétreas”. Já os “direitos econômicos, sociais e culturais” não são imediatamente aplicáveis e não integram as “cláusulas pétreas” da Constituição Lusitana de 1976”.

Para NOVAIS (2010), considerando os deveres estatais em garantir juridico-constitucionalmente o acesso aos direitos sociais, considera-se como uma primeira definição de direitos sociais:

A garantia do acesso individual a bens jusfundamentais sociais, resulta que da titularidade dos correspondentes direitos decorram, para os particulares, situações ou posições de vantagem traduzidas normativamente, na sua dimensão subjetiva principal, em correspondentes pretensões, face ao Estado, à realização, garantia ou manutenção dessas posições de vantagem relativas ao acesso aos bens jusfundamentalmente protegidos pelos direitos sociais.

Verifica-se que, na doutrina portuguesa, há discussão quanto à diferenciação entre os direitos fundamentais, direitos de liberdade e direitos sociais. Entretanto, todos são direitos fundamentais. Ainda no entendimento de NOVAIS (2010), “os direitos sociais são direitos fundamentais e como tal devem ser considerados, isto é, beneficiando do regime e da força normativa que identificam a natureza de um direito fundamental em Estado de Direito: uma garantia jurídica forte, constitucional, imposta à observância de todo os poderes constituídos e subtraída da livre disponibilidade do poder político”. E ainda, o autor sustenta que o regime de proteção constitucional dos direitos sociais como direitos fundamentais se identifica, no essencial, com a proteção conferida aos direitos, liberdade e garantias.

A discussão chega à construção de um regime jurídico próprio dos direitos sociais quando não sendo explicitamente reconhecido como direito fundamental pela norma

constitucional, devendo esse direito ser condicionado às suas diferenças estruturais, diferentemente dos demais direitos, como a liberdade, cultura, etc.

Para alguns autores, como NOVAIS (2010), o principal problema de admitir uma natureza jusfundamental aos direitos sociais é a questão competência ou de separação de poderes: uma vez reconhecidos, mais ou menos controversamente, como verdadeiros direitos fundamentais, coloca-se a questão decisiva de saber a quem compete fixar o seu comando normativo definitivo, a quem cabe a sua última palavra sobre o seu sentido, o seu conteúdo e alcance. Entretanto, essa questão será discutida em momento oportuno no trabalho.

A Constituição Portuguesa acolhe um longo elenco de direitos sociais e em todos eles, após a consagração lapidar do direito, enuncia um conjunto de deveres de realização que cabem ao Estado, designadamente no âmbito da principal dimensão dos direitos sociais, ou seja, a dimensão positiva de prestação de carácter fático. No entanto, de modo algum essa forma de sistematização deve ser entendida como limitação dos deveres do Estado e do alcance dos direitos sociais às tarefas ali enunciadas. Essas constituem, indiscutivelmente, obrigações estatais que, de acordo com o tipo de norma, assumem eventual carácter prioritário, mais determinado ou mais vinculado, para cuja realização a própria Constituição fornece, por vezes orientações material e sentido de fins e formas de realização. No entanto, tal como acontece nos direitos de liberdade, cabe à doutrina e à jurisprudência adequar a extração do sentido normativo de cada enunciado à época do contexto (NOVAIS, 2010).

Nesse sentido, sendo os direitos sociais considerados direitos fundamentais, o Estado estaria ilimitado a prestar medidas sociais independentemente da reserva do financeiramente possível. Por força do reconhecimento do direito social, faz-se um dever jurídico a obrigação dos poderes públicos disporem ao indivíduo o que ele poderia, razoavelmente, exigir da sociedade. Portanto, considera-se um direito razoável aquele baseado na necessidade e possibilidade do titular do direito. Ao considerar essa característica, evoca-se o carácter subjetivo do direito garantido pelo Estado, considerando ainda, o limite economicamente disposto pelo legislador ao estipular a efetiva capacidade de prestação do Estado em face do indivíduo.

3.2 Caracterização dos direitos sociais no Brasil

Assim como em Portugal, no Brasil os direitos sociais foram conquistados ao longo de séculos através de movimentos sociais de trabalhadores. Entretanto, a normatização de tais

direitos são diferentes entre os dois países. A CFB trouxe no seu título II da Constituição dos direitos e garantias fundamentais, garantindo os direitos e deveres individuais e coletivos. Já em seu título II, trouxe uma vasta lista de direitos sociais a serem garantidos e protegidos pela própria Constituição. Sendo assim, a CFB possui um capítulo específico para tratar dos direitos sociais, deixando-os igualmente garantidos e diferenciando-os dos direitos fundamentais, não havendo hierarquia entre as normas.

No entendimento de BIGOLIN (2004):

Afortunadamente, no Brasil não há um regime jurídico diferenciado para os direitos fundamentais sociais, seja para os direitos de defesa ou para os direitos às prestações. Diante da expressa disposição lançada na Carta Magna, pode-se partir da premissa de que o artigo 5º, § 1º, abrange todas as normas de direitos fundamentais garantidos pela nossa Carta, sendo insustentável a tese defendida em outras ordens constitucionais - pelo menos por parcela significativa da doutrina e jurisprudência - de que os direitos sociais às prestações não têm eficácia plena e não são imediatamente aplicáveis, tal como ocorre em Portugal e na Espanha.

Entretanto, para SARLET (2018) a visão é diferente, conforme veremos:

Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera de direitos fundamentais. A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais e a inovação mais significativa tenha sido a do art. 5º, § 1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata. Excluindo, em princípio, o cunho programático desses preceitos, conquanto não existia consenso a respeito do alcance desse dispositivo.

Sendo assim, parte da doutrina entende que os direitos da primeira e segunda dimensão estão constituídos como cláusula pétrea, não estando abrangendo os de terceira e quarta dimensão. Outrora, outra parte da doutrina entende que não há aplicabilidade direta desses direitos fundamentais.

Destaca-se ainda que, conforme exposto anteriormente, tanto a Constituição portuguesa quanto a brasileira são analíticas. Entretanto, possuem um rol de normas de cunho taxativo. Sendo assim, há meios de identificar direitos fundamentais implícitos. No Brasil, há uma urgência na realização prática dos direitos sociais e ao mesmo tempo, uma conflitualidade

entre a discussão dos direitos sociais como direito constitucional e a crise econômica na qual o país vivencia.

4. Benefícios assistenciais

4.1 Conceito de apoios sociais em Portugal

Em Portugal, os benefícios garantidos aos necessitados pelo Estado são denominados de Apoios Sociais e Programas. É um amplo rol de proteção que o cidadão possui, desde apoio à crianças e jovens, até vítimas de violência doméstica.

Além de apoio financeiro, estes programas ajudam na capacitação da família, do adolescente, idosos e demais membros da sociedade, que necessite de algum auxílio para o seu desenvolvimento ou doenças que carecem de cuidados.

Considera-se que Portugal possui um conjunto de medidas inovadoras que contribuem para a melhoria da qualidade de vida dos portugueses. Destaca-se ainda que a proteção social ao cidadão não é financiada pela Segurança Social, mas pelo próprio Estado Português. Sendo assim, não há vinculação entre as contribuições para a Segurança Social e as prestações assistenciais aos cidadãos.

A questão da segurança social e a subsidiariedade da ajuda social enquanto forma de assegurar a dignidade da pessoa humana tem sido objeto de diversas decisões no Tribunal Constitucional. Conforme ensinamentos de LOUREIRO (2010):

Para além da responsabilidade própria, a dignidade da pessoa aponta para uma feixe de responsabilidades dos outros seres-humanos e também institucionais, que vão tecendo, paulatinamente, o direito em que a solidariedade é dimensão relevante, parte integrante da “imagem do homem” que subsiste, apesar da crescente fragmentalidade e pluralidade do mundo. No entanto, no longo casulo do direito, a solidariedade é, pois, uma das traves do tipo Estado Constitucional e, conseqüentemente, da CRP. Solidariedade que não se esgota, obviamente, no domínio da constituição da segurança social, sendo antes “programa e princípio constitucional”.

Igualmente ao Brasil, em Portugal não são todas as prestações da segurança social que são para todos. Cada país possui os seus requisitos próprios na legislação que prevê e regulamenta os benefícios assistenciais. E ainda, assim como no Brasil, o sistema de proteção social em Portugal também não possui caráter contributivo e baseia-se num princípio de necessidade e seletividade. O país concede apoio às pessoas em situação de carência

socioeconômica e risco de exclusão social através da Renda Social de Inserção (RSI). O objetivo é assegurar recursos para a satisfação das suas necessidades mínimas e para a integração social. Têm direito ao RSI as pessoas ou familiares que se encontrem em situação de carência econômica grave e que necessitem de apoio para melhorar a sua integração social e que cumpram as condições de atribuição (MISSOC, 2012).

Outrora, no “país irmão”, a responsabilidade de garantia é vista como uma pluralidade de responsabilidade entre a sociedade e o Estado, em que, em certos domínios, há uma ideia de complementariedade ilustrada no campo de ação social. Assim, se uma das finalidades das comunidades políticas é a prossecução do bem-estar (interesse público primário), recortando-se um conjunto de tarefas públicas que permitem a realização (interesses secundários), nem por isso há, neste domínio, um monopólio ou uma exclusividade de realização (LOUREIRO, 2014).

4.2 Conceito de benefícios assistenciais no Brasil

Preliminarmente, esclarece-se que a assistência social tem a sua previsão na CFB no art.6º e em Lei Ordinária 8.742/1993, integrando o título da ordem social e não apenas no catálogo de direitos fundamentais. A assistência social é um instrumento de transformação social, tendo como missão a promoção da integração e a inclusão do assistido a vida comunitária.

Esclarece ainda que o financiamento dos benefícios assistências do Brasil é diferente ao de Portugal. Conforme descrito acima, o financiamento da assistência social em Portugal é realizado pelo próprio Estado português, ao contrário do Brasil em que o financiamento dos benefícios assistências são vinculados aos da Seguridade Social, com a participação do Estado, empregadores, empregados, entre outros.

No art. 1º da Lei é disposto: A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada por meio de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

No caso da assistência social, constata-se que o argumento da competência assume feição nitidamente mais frágil, já que o Constituinte, além de determinar a prestação do benefício independente de qualquer contribuição à seguridade social (art. 203, caput, da

CFB), ao enunciar os objetivos de assistência social, também acabou por definir o perfil de seus beneficiários, isto é, dos titulares do direito fundamental (art. 203, incs. I a V, da CFB) (SARLET, 2018).

A assistência social visa a proteção do indivíduo que não pode, por si só ou com a ajuda de seus familiares, obter seus sustentos. Ela pressupõe uma não acumulação de meios e cobertura de necessidades social. A proteção social assistencial visa a garantia e manutenção da dignidade da pessoa humana.

Os benefícios assistenciais fazem parte da política de Assistência Social e são um direito do cidadão e dever do Estado. Esses benefícios são divididos em duas modalidades: o Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC) e os Benefícios Eventuais.

O Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC) garante a transferência mensal de 1 (um) salário mínimo à pessoa idosa com 65 anos ou mais e à pessoa com deficiência de qualquer idade. Nos dois casos, o cidadão que pleiteia o benefício deve comprovar não possuir meios de se sustentar ou de ser sustentado pela família.

Entretanto, na ADIn 1.213 resultou importante decisão, com embasamento no princípio da dignidade da pessoa humana, esquivou a limitação imposta pela Lei nº 8.742/93, entendendo que, mesmo sendo renda per capita familiar superior a do salário mínimo, existe a possibilidade de comprovação da efetiva falta de meios de prover o próprio sustento e/ou tê-lo provida pela família, bem como caráter de miserabilidade em face ao caso concreto. Diante a ADIn supracitada, o STF acabou por declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, do art. 20, §3º, da Lei 8.742/93 em sede de Repercussão Geral.

Já os Benefícios Eventuais são caracterizados por serem suplementares e temporários, prestados aos cidadãos e às famílias em casos de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade provisória e de calamidade pública.

Conforme expõe SARLET (2018), o princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida se encontram na base dos direitos sociais. Além disso, impõe-se a conclusão de que, independentemente da previsão expressa de um direito a prestações que tenham por finalidade assegurar ao indivíduo uma existência digna poderia ser deduzido diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

Todavia, o SFT tem consolidado o entendimento de que para o direito prestacional incumbe ao Estado o dever de assegurar as prestações indispensáveis ao mínimo existencial,

devendo reconhecer o direito subjetivo do cidadão, sendo este possível de ser exigido judicialmente considerando as necessidades resultantes do mínimo existencial e por consequência à dignidade da pessoa humana.

5. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

5.1 Aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em Portugal

A República Portuguesa seguiu a tendência de muitas outras Constituições de Estado de Direito que após Segunda Guerra Mundial trouxe em diversos artigos da Carga Magna a defesa da dignidade da pessoa humana.

A CRP, em seu artigo 1º do capítulo dos princípios fundamentais⁵, garante à dignidade da pessoa humana uma qualidade de princípio onde se fundamenta todos os direitos fundamentais. Também, em seu artigo 13º, baseia-se no princípio da igualdade a garantia de que todos têm direito a mesma dignidade social⁶. Não obstante, expõe em seu artigo 26º n. 2 que a lei garantirá a proteção às pessoas e família contra atos que violem a dignidade da pessoa humana⁷, e em seu artigo 67º n.2 *alínea f*) a Constituição incumbe ao Estado a proteção da família regular os benefícios sociais⁸.

O artigo 16º da Constituição Portuguesa garante no âmbito e sentido dos direitos fundamentais que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional, e ainda, que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos dos Homens.

As Constituições contemporâneas trazem uma visão mais protetora e respeitosa aos direitos humanos, assim como é garantido pela maioria das normas internacionais. A dignidade a que todos os Estados pretendem garantir é pelo simples fato da pessoa estar viva, de necessitar de um mínimo existencial, um mínimo de garantias para viver pelo simples fato de o ser.

⁵ Artigo 1º da Constituição da República Portuguesa: Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

⁶ Artigo 13º n. 1 da CRP: Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

⁷ Artigo 26º n. 2 da CRP: A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

⁸ Artigo 67º n. 2 *alínea f*) da CRP: Incumbe, designadamente, ao Estado para proteção da família: regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares.

O lugar que foi garantido a este princípio já representa a sua importância para uma República, tendo-a como base para o desenvolvimento e aplicação de uma Constituição, não sendo suscetível de revisão constitucional. A dignidade da pessoa humana, ao ser colocada em seu artigo 1º, faz com que seja tida como o princípio dos princípios, fazendo jus a proteção do Estado como um todo e não apenas de um dos poderes inerentes de um Estado Democrático de Direito.

Conforme ensinamentos de NOVAIS (2018), afetar a dignidade da pessoa humana seria afetar um valor absoluto de Estado de Direito, pôr em causa o pilar em que assenta toda a ordem jurídico-constitucional, seria cair inapelavelmente numa inconstitucionalidade insanável e insuperável.

No entendimento de SANTOS BOTELHO (2015), o princípio da dignidade da pessoa humana assume um significado jurídico-político, não apenas por ser um atributo da pessoa humana, mas na dimensão individual – quer na dimensão social ou coletiva – mas também para ter uma ligação incidível com a liberdade e igualdade.

Conforme descreve NOVAIS (2010), os direitos sociais no Estado de Direito dos nossos dias são amplamente tidos como direitos fundamentais por força da sua relevância material, enquanto exigências concretizadas, ou a concretizar, da dignidade da pessoa humana e, nos Estados constitucionais que assim o decidiram, por força do reconhecimento dessa qualidade por parte da Constituição.

Em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais se caracterizam por serem direitos de todos. Ainda que a CRP não preveja em seu texto o direito a uma existência condigna, faz alusão a esta ideia, na parte final da al. a) do n° 1 do artigo 59º, quando se consagra o direito à paridade retributiva “de forma a garantir uma existência condigna, conforme ensinamentos de NOVAIS (2018):

Sendo a dignidade da pessoa humana fundamento do Estado de Direito e, por isso mesmo, também simultaneamente fundamento dos direitos que nele garantem a liberdade, autonomia e o bem-estar dos cidadãos, isto é, sendo a dignidade da pessoa humana fundamento dos direitos fundamentais, ela surja recorrentemente invocada como defesa e reforço das posições jusfundamentais dos cidadãos e, eventualmente, pelas duas partes envolvidas no conflito.

Dizer que os direitos fundamentais têm o caráter universal não quer dizer que todos podem exercer tais direitos. É necessário que o indivíduo cumpra com os requisitos necessários ou a situação descrita na legislação.

Como expõe NOVAIS (2010):

É óbvio que perante a delimitação do mínimo a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, mas acolhendo neste princípio uma dimensão de abertura à evolução das concepções sociais e da ideia de justiça que conduz a uma dedução contextualizada e evolutiva das suas exigências jurídicas, não podemos ter a pretensão de distinguir mecanicamente o mínimo que resulta de uma exigência absoluta da dignidade da pessoa humana, e que, logo, está imune a considerações de separação de poderes, e o mínimo social que os Estados vão sucessiva e progressivamente garantindo mais ambiciosamente, mas já dependendo das concepções e programas políticos que coexistem no espaço democrático aberto de um Estado de Direito.

Para LOUREIRO (2010), em relação à dignidade da pessoa humana havendo violação de direitos fundamentais específicos, é supérfluo apelar para esse princípio. Ou seja, em termos de operatividade dogmática, esta faz-se mediatamente, isto é, pela projeção da dignidade do conteúdo essencial de cada direito.

Sem muito amplificar o tema, o estudioso português LOUREIRO (2010) explica:

Discute-se a possibilidade de a dignidade da pessoa humana ter, ou não, capacidade normogenética. O problema põe-se, desde logo, em relação ao direito a um mínimo para a sua existência condigna. Assim, se analisarmos a jurisprudência do Tribunal Constitucional, vamos encontrar vias para a construção deste direito, a saber: a) a tese que o reconduz a dimensão do direito à segurança social como um direito fundamental complexo; b) a via que considera que, a não se acolher o argumento anterior, a dignidade da pessoa humana surge como caminho subsidiário que permite alicerçar o direito; c) a tese da fundamentação cumulativa ou articulação.

Os entendimentos são no sentido de que deva haver uma proteção do Estado pelo mínimo para uma existência condigna, contanto, não seria um monopólio do Estado no campo de ação social diante o princípio da cooperação. Em matéria de segurança social, vale um princípio de cooperação entre as entidades públicas e as instituições privadas de solidariedade social e outras de reconhecido interesse público, em que desempenha um papel fundamental a contratualização (LOUREIRO, 2010).

Os direitos fundamentais não podem ser perspetivados de forma estática, pelo contrário, necessitam de toda uma dinâmica de efetivação e democratização. Os direitos sociais são genuínos direitos fundamentais, merecedores de tutela e não meras proclamações filosóficas ou instrumentos de luta política (SANTOS BOTELHOS, 2015). Nesse sentido, é importante verificar se o direito que está sendo tutelado coloca em cheque o princípio da dignidade da pessoa humana, considerando ainda que os deveres de prestação estatal só surgem a alguém que se encontre abrangido pela respectiva previsão normativa. O direito à dignidade da pessoa

humana é universal, todos têm direito à prestação de mínimo existencial. Entretanto, ele será aplicado a quem preencher os requisitos previstos nas normas regulamentadoras e na condição fática do indivíduo, considerando a sua situação de penúria extrema.

Para NOVAIS (2018), quando é formalmente acolhida no texto constitucional, a dignidade da pessoa humana, sem perder a sua qualidade de valor moral legitimador da força normativa da Constituição de um Estado de Direito material, transforma-se também em um dever-ser jurídico, em princípio que vincula toda a atuação dos poderes do Estado.

Temos como entendimento que os interesses e valores protegidos pelos direitos fundamentais é a identificação da dignidade da pessoa humana como um direito fundamental, podendo se caracterizar um fundamento da República como forma de garantir uma vida condigna a todos os cidadãos. Acreditamos ainda que é nesse sentido que o Estado não dispõe de um elenco de direitos fundamentais, mas que deve respeitar, proteger, garantir e promovê-los de forma a concretizar a ideia de um Estado social baseado na dignidade da pessoa humana.

5.2 Aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Brasil

A Constituição Federal Brasileira garante o princípio da dignidade da pessoa humana no artigo 1º, inciso III constituindo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Sua finalidade de princípio fundamental, segundo nossa Constituição, é assegurar ao ser humano o mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano.

A CF/88 foi a primeira a dar o tratamento de princípio à dignidade da pessoa humana e não incluí-la no rol dos direitos e garantias fundamentais. Outrora, caracterizando-a como princípio fundamental da nossa atual Constituição assim como no constitucionalismo português.

No Brasil, a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana possui uma utilização comum nos tribunais. Invocar este princípio para proteger os benefícios assistenciais da pessoa é de difícil contra-argumentação pelos órgãos administrativos responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais e da proteção a dignidade humana.

A constitucionalista PIOVESAN (2000) diz que a dignidade da pessoa humana está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade e sentido,

condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”.

Tem de se levar em consideração de que o Brasil é um país com grande problema de desigualdade social. Sendo assim, o que está em causa é a realização e garantia dos direitos sociais, bem como a efetivação de novas prestações sociais com o intuito de reduzir o grande número de necessitados. As políticas públicas possuem um viés diferente dos países como Portugal, em que garante e protege os direitos sociais. No Brasil, o intuito é ainda efetivar os direitos, considerando que há muitas falhas em sua efetivação para se possa garantir o mínimo existencial aos indivíduos de baixa renda.

O jurista SARLET (2018) entende que boa parte dos direitos sociais radica tanto no princípio da dignidade da pessoa humana (saúde, educação, etc.), quanto nos princípios que, entre nós, consagram o Estado social de Direito. Vejamos:

“Uma dimensão intimamente associada ao valor da dignidade da pessoa humana consiste na garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, contexto no qual assumem relevo de modo especial os direitos sociais ao trabalho, a um sistema efetivo de seguridade social, em última análise, à proteção da pessoa contra necessidades de ordem material e à assegação de uma existência com dignidade”.

No entanto, os direitos fundamentais sociais visam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõe um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada (SARLET, 2018).

SERAU JUNIOR (2018) defende que a banalização do sofrimento humano, somado ao apego positivista que defende a neutralidade axiológica e o emprego da metodologia própria das ciências exatas para a resolução de questões sociais, fazem do operador do Direito, muitas vezes, um mero reprodutor da injustiça produzida por uma sociedade desigual.

Nos tribunais brasileiros é muito comum a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana por si só, a simples invocação do princípio como apoio as prestações individuais tende a derrotar qualquer contra-argumento aduzido pelos poderes públicos acionados. Vejamos:

Os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CFR) e da preservação da saúde dos cidadãos em geral (art. 6º da CRF) impõem ao Estado e ao Município a

obrigação de fornecer, o medicamento e insumo necessitados por pessoa hipossuficiente, uma vez comprovada a necessidade. Violado um direito subjetivo fundamental, não há que se falar em ofensa aos princípios da isonomia, da tripartição de funções estatais e da discricionariedade da Administração. No quadro da tutela do mínimo existencial, não se justifica inibição à efetividade do direito ofendido sob os escudos de falta de receituários do SUS, de não inclusão do medicamento necessitado em lista oficial, de limitações orçamentárias ou de aplicação da teoria da reserva do possível. (TJMG, Ap Cível/Reexame Necessário 1.0145.11.058939-0/002, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, 2ª Câmara Cível, j. 25-6-2013, Diário do Judiciário Eletrônico de 5-7-2013).

As ações e serviços na área de saúde têm por diretriz o atendimento integral do indivíduo, o que consiste no fornecimento de medicamentos necessários à preservação da vida, ainda que não sejam padronizados pelo SUS. Conforme relatório médico subscrito por profissional inscrito no Conselho Regional de Medicina, não há no país insumo semelhante ou genérico, o que corrobora a imprescindibilidade do suplemento. *Os princípios informadores da administração pública e a cláusula da reserva do possível não se aplicam quando se está diante de direitos fundamentais, em que se busca preservar a dignidade da vida humana.* (TJMG, Ap Cível/Reexame Necessário 1.0145.12.031069-6/002, Rel. Des. Raimundo Messias Júnior, 2ª Câmara Cível, j. 13-8-2013, Diário do Judiciário Eletrônico de 26-8-2013).

Não há previsão expressa no direito brasileiro quanto ao mínimo existencial, mas é de bom gosto os tribunais atendê-lo como meio de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana e erradicação da pobreza, bem como da redução das desigualdades sociais.

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. (STF, ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 23-8-2011, Diário da Justiça Eletrônico de 15-9-2011).

5.3 Dever do Estado em tutelar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Atualmente, em países da Europa e da América Latina, os desequilíbrios e problemas econômicos fazem com que suscitem a discussão quanto ao Estado Social e sua participação na economia. Entretanto, é importante termos ciência de que a questão de direitos sociais na qual tratamos é uma questão jurídico-constitucional e não uma questão política, como vários países vêm associando.

No nosso mesmo entendimento, NOVAIS (2010) expõe que é indiscutível que haja um problema político relativo aos direitos sociais. Não apenas de políticas de realização dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos, mas um problema relacionado com as funções e obrigações do Estado, com os programas de governo, com as opções fundamentais sobre a melhor organização social⁹.

Com essa relevância multifacetada, ou seja, na medida em que se considere que o Estado social de Direito, o Estado está não apenas obrigado a respeitar, mas também a proteger e a promover os valores constitucionais, a questão de saber se, enquanto norma constitucional, a dignidade da pessoa humana vincula apenas os poderes públicos ou os particulares, sem perder relevância dogmática, vê atenuada a sua importância na prática (NOVAIS 2018).

DA SILVA (1998) destaca que:

Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica, Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.

Não obstante, NOVAIS (2010) expõe:

A dignidade da pessoa humana é um fundamento dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, a simples existência como pessoa exige das comunidades politicamente organizadas em Estados de Direito o respeito, a proteção e a promoção de um conjunto eliminável de direitos fundamentais destinados a garantir juridicamente interesses indispensáveis à vida e à prosperidade das pessoas, mais concretamente, os interesses individuais de liberdade, de autonomia e de bem-estar.

Conforme entendimento de SANTOS BOTELHO (2018): "... não nos parece defensável uma negação do direito à saúde quando este acarrete danos irreparáveis, quer físicos, quer

⁹ "A nossa preocupação são os direitos sociais como problema jurídico-constitucional, ou seja, basicamente, os problemas atinentes à relevância jurídica dos direitos sociais por facto de terem sido acolhidos na qualidade de garantias constitucionais. Se uma Constituição acolhe os direitos sociais, seja como tarefa do Estado, seja, sobretudo, como direitos fundamentais, que consequências terá essa opção na ordem jurídica e na vida jurídica dos cidadãos? Que deveres jurídicos daí resultam para os poderes públicos e que direitos, se é que alguns, daí decorrem para cidadãos? E, relativamente a uns e outros, quais as margens de competência que passam a caber a legislador, administração e poder judicial na respectiva realização? (NOVAIS, Jorge Reis. p. 23-24).

psíquicos, num ser humano dotado de dignidade. Nem tal deverá ser de surpreender: a vida sem dignidade não é vida, é mera existência”.

A continuidade axiológica e estrutural de todos os direitos fundamentais põe em evidência que os direitos sociais não são apenas plenamente compatíveis com a democracia, mas constituem um componente essencial dos valores fundamentais da mesma, ancorados na dignidade humana, não havendo, portanto, razões legítimas para postergação dos direitos sociais (SCHWARZ, 2015).

No entendimento de NOVAIS (2010):

Tendo em conta a natureza especial comum a esses vários direitos, que entre a multiplicidade de normas constitucionais jusfundamentais, respeitam à direitos sociais aquelas que, na sua dimensão objetiva principal, impõem ao Estado deveres e garantias aos particulares de bens econômicos, sociais ou culturais fundamentais a que só de acede mediante contraprestação financeira não negligenciável”.

E ainda:

Como acontece a todos os direitos fundamentais, visto como um todo, numa compreensão própria de Estado social de Direito, também os direitos sociais, tal como os de liberdade, impõe ao Estado deveres de respeitar, de proteger e de promover o acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos, mas, e consoante as circunstâncias concretas, os diferentes titulares, as diferentes épocas e desenvolvimento econômico do Estado, a tônica pode ser pontualmente colocada numa ou noutra dessas dimensões e, em cada uma delas, em termos objetivos ou subjetivos. (NOVAIS, 2010)

O Direito é extensível a todos, porém, somente terá acesso aos benefícios garantidores de uma situação digna aquele que estiver em condições, circunstâncias ou necessidades de proteção estatal. Fazendo com que seja garantido o mínimo existencial para que o cidadão possua sua dignidade como pessoa. Vejamos o entendimento de SARLET (2018):

“Partindo da premissa de que todas as normas constitucionais, inclusive as que expressam princípios, são dotadas de alguma eficácia jurídica, não restam dúvidas de que toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes, nesse sentido, um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-las contra agressões por parte de terceiros, seja qual for a sua procedência.”

Tratamos, portanto, de direitos que, na situação corrente de escassez de recursos, envolvem, conseqüentemente, um requisito essencial: o Estado tem de dispor e poder dispor

dos correspondentes recursos financeiros objetivamente exigidos para a realização destes direitos.

Logo, e essa é que é a consequência dogmática decisiva da questão, numa situação de escassez moderada de recursos, a realização dos direitos sociais envolve uma definição de prioridades, de opções políticas, acerca da canalização dos recursos disponíveis, mas pressupõe também, ainda, os necessários gradualismo e flexibilidade de realização. Assim sendo, do ponto de vista de realização jurídica prática, acabam por ser essas características e estruturas especiais da prestação devida que são decisivas e não tanto a natureza dos bens cujo acesso se procura, em última análise, garantir (NOVAIS, 2010).

Além do mais, se há uma previsão legal garantindo o mínimo existencial para tutelar a dignidade da pessoa humana, assim como é previsto nas condições a serem cumpridas para requerer o direito a um benefício assistencial, o legislador pode concluir que houve violação ou omissão do direito ao indivíduo. Não quer dizer que o juiz tem que ignorar o entendimento dos legisladores, mas, que devem ponderar as decisões de uma forma politicamente e juridicamente adequada. Deverá haver uma ponderação na análise do caso concreto, no direito subjetivo, na norma em questão e nas alegações do representante do Estado considerando os efeitos políticos e custos financeiros ao erário.

Conforme ensinamentos de NOVAIS (2010):

“O mais longe que se pode ir na delimitação abstrata e definitiva de um mínimo de realização obrigatória é o resultado da associação do princípio do mínimo social com o princípio da dignidade da pessoa humana, na dimensão deste último segundo o qual há violação da dignidade da pessoa humana quando, tendo condições para o evitar, o Estado deixa que alguém seja involuntariamente colocado ou mantido numa situação de penúria material que não lhe permite as condições mínimas de autodeterminação pessoal.”

Havendo na Constituição o apoio à dignidade da pessoa humana, entende-se ser um dever estatal respeitar e manter a garantia do mínimo existencial, bem como um dever de promoção de acesso a esse mínimo de condições de sobrevivência sem as quais o indivíduo é incapaz de verdadeira de gerir com autonomia a própria vida.

Não obstante, a legitimação dos governos e legitimação do próprio Estado pressupõe e condiciona uma vinculação do governo e do Estado com a concretização dos direitos que permitam ao ser humano, independentemente da sorte que lhe foi reservada ao nascer, construir o seu projeto de vida (SERAU JUNIOR, 2018).

Nos ensinamentos de SANTOS BOTELHO (2015), a conexão entre a dignidade da pessoa humana e o Direito passa pela aceitação de que é o Direito que existe para o homem e

que se deve moldar a ele, não o oposto. Por este motivo, a constitucionalização da dignidade da pessoa humana transforma um “dever-ser jurídico”, vinculando toda a atividade estatal. O que salienta é que todas as pessoas tenham garantias e condições mínimas e os meios absolutamente necessários para que consigam viver de maneira condigna.

6. Conclusão

A partir do momento em que se considera que o Estado está obrigado a proteger a dignidade da pessoa humana, incluindo a assistência social, acreditamos que não há como visualizar uma quebra de Poderes por parte do Poder Judiciário ao efetivar um princípio basilar da Constituição. Independentemente se seja o Estado português ou Estado brasileiro, o princípio deve ser protegido e aplicado quando se faz necessário, mesmo diante a omissão dos poderes públicos da administração, do Poder legislativo ou executivo.

Em conclusão, a dignidade pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza.

Sendo a assistência social um direito fundamental, de um ponto de vista universalizável, a mesma associação material às necessidades vitais da pessoa e ao princípio da dignidade da pessoa humana, devendo ser tutela pelo Estado independentemente da sua natureza jurídica.

O Estado tem o dever de respeitar e proteger o acesso dos indivíduos às formas de assistência social. Ao nosso entender, os direitos fundamentais são de ordem constitucional de um determinado Estado enquanto direitos humanos e conseqüentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana é de ordem e proteção internacional.

Nesse momento em que os Poderes se atrimam em razões de decisões judiciais como manter a ordem constitucional, é de suma importância o encontro de equilíbrio entre os poderes garantindo a harmonia e independência de cada instituição. Nesse sentido, somos a favor da defesa dos direitos constitucionais individuais e sociais, devendo os Tribunais Constitucionais garanti-los, ainda que de maneira caracterizada ativismo judicial.

O intuito do estudo em direito comparado foi o de procurar compreender a forma como sistemas estrangeiros lidam com as situações semelhantes e resolvem problemas idênticos. Verificamos que, assim como no Brasil, o ativismo em Portugal também é de grande discussão, mas que independentemente de tribunais divergentes, ambos visam a proteção dos direitos sociais com embasamento no mesmo princípio. Bem como, que em ambos Estados há decisões políticas em uma roupagem com forma de justiça.

Verificou-se que a questão da Constituição brasileira ser aberta e suscetível de diversas interpretações hermenêutica faz com que o ativismo seja maior, além do que, no Estado brasileiro diante a grande desigualdade social, faz-se necessário a interpretação do caso concreto dos indivíduos. Contudo não podemos aceitar que haja retrocessos após um longo e árduo caminho de realização e concretização dos direitos sociais por ambas nações, visto que a ideia de dignidade humana constitui um fundamento normativo universal sólido e irredutível para todas as declarações concretas de direitos humanos e de todas as Constituições dos Estados democrático de direito.

7. Bibliografia

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Direito ao Estado**, Salvador, ano 4, n.13, p. 71-91, jan/mar 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. **Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre**, n. 01, 2004.

BOTELHO, Catarina Santos. A dignidade da pessoa humana e o direito à saúde—Políticas públicas e ativismo judicial. **A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional**, p. 81-112, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça**. Brasília. 04 de mai 2004.

CAVALCANTI, Wilker Batista et al. A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. **Revista humanidades**, v. 7, n. 2, 2018.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3. Ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Constituição dirigente e vinculação do legislador. **Coimbra, Coimbra Editora**, v. 994, 1982.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. **Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra**, n. 3, p. 461-500, 1991.

Da Silva, José Afonso. "A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia." *Revista de direito administrativo* 212 (1998).

J. C. Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 1987.

LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao estado social?: a segurança social entre o crocodilo da economia ea medusa da ideologia dos 'direitos adquiridos**. Wolters Kluwer, 2010.

LOUREIRO, João Carlos. O direito da segurança social: entre a necessidade e o risco. Coimbra Editora, 1º Ed. 2014.

MISSOC, Mutual Information System on Social Protection. Os seus direitos de segurança social em Portugal. Disponível através do link https://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Portugal_pt.pdf, acessado em 10 de março de 2020. Comissão Europeia - União Europeia. 2012

SANTOS BOTELHO, Catarina. 40 Anos De Direitos Sociais–Uma Reflexão Sobre O Papel Dos Direitos Fundamentais Sociais No Século XXI (40 Years of Fundamental Social Rights-A Reflection on the Role of Fundamental Social Rights in the 21st Century). p. 209. 2016.

SANTOS BOTELHO, Catarina. Os direitos sociais em tempos de crise-Ou visitar as normas programáticas (Translation: Social Rights in Times of Crises–Programmatic Norms Revisited). **Almedina, Coimbra**, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Livraria do Advogado editora, 2018.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Benefício assistencial: teoria geral, processo, custeio: a luta pelo direito assistencial no Brasil / Marco Aurélio Serau Junior, José Ricardo Caetano Costa. – 2. Ed. – São Paulo: LTr, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. Vol. I 2ª Ed. Almedina, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. 1ª Ed. Editora Coimbra, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.