



REDE EDUCAMISSAMI
**Faculdade
Santíssimo Sacramento**

**FACULDADE SANTÍSSIMO SACRAMENTO
BACHARELADO EM DIREITO**

JORGE RODRIGUES DOS SANTOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E O ATIVISMO JUDICIAL NAS
DECISÕES DO STF, À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

ALAGOINHAS

2023

JORGE RODRIGUES DOS SANTOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E O ATIVISMO JUDICIAL: NAS
DECISÕES DO STF, À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como
requisito para obtenção do grau de Bacharel em
Direito pela Faculdade Santíssimo Sacramento

Orientador (a): Prof. Me. Leandro Carvalho Sanson

ALAGOINHAS

2023

JORGE RODRIGUES DOS SANTOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E O ATIVISMO JUDICIAL: NAS
DECISÕES DO STF, À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Trabalho de Conclusão de Curso, aprovado como requisito para obtenção de título
de Bacharel em Direito da Faculdade Santíssimo Sacramento

Data de Aprovação

05 de Dezembro de 2023

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Leandro Carvalho Sanson
Faculdade Santíssimo Sacramento

Prof. Dr. Daniel Moura Borges
Faculdade Santíssimo Sacramento

Prof. Bárbara Moares Mendes da Silva
Faculdade Santíssimo Sacramento

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais Francisca Carvalho e José Rodrigues, bem como à minha avó paterna Cândida (in memoriam). As minhas filhas Lorena e Amandha Victória, meus netos Eduardo (Comandante) e Melinna (Princesa), meu genro Elisson, a minha esposa Dulvanira, Colegas e a todos os amigos e professores do curso que contribuíram para o meu crescimento e aprendizagem.

RESUMO

Este Trabalho de Conclusão de Curso com a temática: A judicialização dos direitos sociais e o ativismo judicial: nas decisões do STF, à luz do princípio da separação dos poderes. Objetiva-se desenvolver abordagens no sentido de obter as respostas através de realizado acerca da Judicialização dos Direitos Sociais e Fundamentais nas Instâncias do Poder Judiciário, especialmente, no Supremo Tribunal Federal, que na condição de guardião da Constituição Federal, recai sobre à sua alçada as decisões e julgamentos finais as matérias que versam sobre direitos garantidos e assegurados pelo texto Constitucional. Noutra aspecto, teve-se o cuidado em promover pesquisas bibliográficas em busca de responder à sua problematização: por que os direitos sociais que demandam proposição de políticas públicas estão sendo materializados pelo Judiciário e não pelas esferas tradicionais de representação política – Poder Executivo e Legislativo e se fere o Princípio da Separação dos Poderes? No seu desenvolvimento, foram procedidas diversas abordagens teóricas, cujas obras usadas para a sua construção, são de grande relevância no mundo jurídico e acadêmico, seus renomados autores e doutrinadores, detentores de um vasto conhecimento jurídico e defensores de diversas correntes doutrinárias. Assim, imbuído em obter uma resposta ou não que resulte para a conclusão do presente, foram precedidas às necessárias pesquisas, de modo que possa chegar à sua conclusão, ou seja: tanto à judicialização dos direitos sociais, quanto ao ativismo judicial, bem como se às Decisões do Supremo Tribunal Federal, no campo dos Direitos Sociais, fere o Princípio da Separação dos Poderes.

Palavras-chave: Ativismo. Direitos. Fundamentais. Judicial. Judicialização. Sociais.

ABSTRACT

This Course Completion Work with the theme: The judicialization of social rights and judicial activism: in the decisions of the STF, in light of the principle of separation of powers. The objective is to develop approaches in order to obtain answers through discussions on the Judicialization of Social and Fundamental Rights in the Judiciary, especially in the Federal Supreme Court, which, as guardian of the Federal Constitution, falls under its jurisdiction to final decisions and judgments on matters that deal with rights guaranteed and assured by the Constitutional text. In another aspect, care was taken to promote bibliographical research in search of responding to its problematization: why social rights that require the proposition of public policies are being materialized by the Judiciary and not by the traditional spheres of political representation – Executive and Legislative Power and Does the Principle of Separation of Powers violate? In its development, several theoretical approaches were adopted, whose works used for its construction are of great relevance in the legal and academic world, its renowned authors and scholars, holders of vast legal knowledge and defenders of different doctrinal currents. Thus, whether or not it is necessary to obtain a response that leads to the conclusion of this matter, the necessary research was carried out in order to reach its conclusion, that is: both the judicialization of social rights and judicial activism, as well as whether to the Decisions of the Federal Supreme Court, in the field of Social Rights, violates the Principle of Separation of Powers.

Keywords: Activism. Rights. Fundamentals. Judicial. Judicialization. Social.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 DIREITOS SOCIAIS E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1 Evolução histórica	12
1.2 Os direitos sociais na Constituição de 1988	16
1.3 Princípios norteadores	18
1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	19
1.3.2 Princípio da Supremacia da Constituição	20
1.3.3 Princípio da Inafastabilidade	21
1.3.4 Princípio da Isonomia	22
1.3.5 Princípio da Separação dos Poderes	23
2 TEORIAS E DISCUSSÕES ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DA DOCTRINA	25
2.1 As dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais	25
2.2 A assistência social na Constituição Federal de 1988	30
2.3 Teoria da reserva do possível e do mínimo existencial: dever de proteção e a proibição de proteção insuficientes	31
2.4 A micro e macro justiça	35
2.5 Direito, escassez e escolhas	41
3 BASES PARA O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)	45
3.1 Ascensão do judiciário e jurisdição constitucional	45
3.2 Ativismo judicial e judicialização da política: considerações iniciais	48
3.3 Os direitos sociais em espécie na Constituição de 1988 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)	58
3.3.1 Dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais	59
3.3.2 O direito a saúde na Constituição de 1988	61

3.3.3 O direito à educação na Constituição Federal de 1988	65
3.4 Ativismo judicial e limites à criação judicial do Direito	66
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS	73

INTRODUÇÃO

Com o avanço da humanidade e ausência de legislação específica para concretizar alguns anseios da sociedade no que tange a efetivação dos direitos e anseios sociais, tornou-se alvo de questionamentos junto ao Supremo Tribunal Federal - STF, de modo a questionar a cerca de um direito que há previsão Constitucional, contudo, não havia ou há legislação específica para concretizar essas garantias. Com base nesta demanda de questionamentos, o Supremo Tribunal Federal passou a legislar de forma atípica, uma vez que as suas Decisões ou julgamentos por refletirem sobre temáticas complexas, há uma grande repercussão jurídica e diversas correntes doutrinárias se manifestam, às vezes favoravelmente, porém, na sua maioria, contrariamente. Ao passo que, a procura ao STF para solucionar determinadas demandas é denominada de judicialização dos direitos sociais, cabendo ao STF em interpretar a Constituição, esse protagonismo, passou-se a ser considerado como ativismo judicial do Poder Judiciário

Pode-se constatar que a partir do momento em que o cidadão encontrasse desassistido dos seus direitos ao acesso destas políticas, que devem ser promovidas pelos governos da União, Estado, Distrito Federal e dos Municípios, além do mais ao enfrentarem sérias dificuldades financeiras para arcar com as suas necessidades primárias e por previsão legal, constitucionalmente asseguradas o seu acesso às mesmas, senão, outra alternativa lhes restam, a não ser buscar a efetividade dos seus direitos através da judicialização.

Sabe-se que as garantias sociais, cujo direitos insculpidos no texto constitucional no seu artigo 6º são espécie de prerrogativas fundamentais, que historicamente são tidos pela doutrina como direitos fundamentais de segunda geração, pois demandam uma atuação proativa do Estado, pois, visam uma igualdade material e social entre os cidadãos, principalmente, aqueles que compõem os setores de renda per capita baixa ou aqueles que estejam inscritos no cadastro único do Programa Social Brasil.

Notadamente esses direitos demandam alocação de recursos públicos e implementação de políticas públicas, o que se insere no raio de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, todavia, diante da sistemática introduzida pelo Constituinte de 1988 e a possibilidade de judicialização desses direitos, tem-se que diante da omissão dos poderes constituídos o Judiciário tem efetivado (materializado) esses direitos se

imiscuído em áreas originalmente do Executivo e do Legislativo, ora determinando medidas e sanções, ora atestando a (in) constitucionalidade de leis ou ditando novos regramentos através de um fenômeno que se convencionou chamar de ativismo judicial.

Diante do quadro exposto, parte-se da premissa de que a efetivação dos direitos sociais pelo judiciário é uma possibilidade ventilada pelo Constituinte Originário para a salvaguarda da inocuidade do texto constitucional diante da possibilidade de judicialização desses direitos.

Sob este prisma, temos como tema desta pesquisa “A Judicialização dos Direitos Sociais e o ativismo Judicial: nas Decisões do STF à Luz do Princípio da Separação dos Poderes”, que se destina discutir sobre a forma como a judicialização das políticas públicas são inseridas na sociedade, levando em consideração as garantias fundamentais previstas no artigo 5º e seus incisos, como também, previsibilidade no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.:

Tendo finalidade a indagação a ser respondida: por que os direitos sociais que demandam proposição de políticas públicas estão sendo materializados pelo Judiciário e não pelas esferas tradicionais de representação política – Poder Executivo e Legislativo e se fere o Princípio da Separação dos Poderes?

Esta pesquisa tem como objetivo refletir acerca do ativismo judicial no bojo da judicialização dos direitos sociais. Objetiva-se compreender, dentro do panorama constitucional instituído pelo constituinte de 1988, a sistemática de efetivação dos direitos sociais alavancada pelo Judiciário e seus fenômenos correlatos.

Não por acaso, o judiciário, institucionalmente, vem ocupando papel de destaque no âmbito jurídico, social, acadêmico e político. Pode-se constatar esse protagonismo, especialmente, no âmbito acadêmico por provocar celeumas intermináveis. Motivo pelo qual, nesta seara, este trabalho tem o fito de provocar reflexões no âmbito acadêmico, acerca das discussões doutrinárias a partir da redemocratização advinda com a promulgação da nossa Corte Constitucional Federal e Cidadã, que fora constituída em 05 de outubro de 1988.

Ademais, busca-se, averiguar, ainda que despretensiosamente, o grau de legitimidade desse momento ativista, que embasa as discussões jurídicas a esse respeito – nesse ínterim se insere a contribuição desse trabalho no que concerne a sua relevância jurídica.

Outrossim, o movimento proativo do judiciário é perceptível em todos os setores da sociedade, seja porque suas decisões impactam direta ou reflexamente suas atividades e seu modo de vida – nesse diapasão se insere a relevância social dessa pesquisa.

Definir os procedimentos metodológicos para a construção da pesquisa acadêmica é o ponto inicial para materialização desta, nesse ínterim a metodologia é a união entre o conhecimento e a ação. Ademais, as formas de abordagens do problema proposta é qualitativa, na medida em que se busca perquirir como e em quais proporções o ativismo judicial impacta na sociedade e nas relações com os outros poderes. O método proposto será o dedutivo, com vistas à perscrutar a formulação de hipóteses através de premissas previamente estabelecidas, partido de micro para macro formulações lógicas. Para tanto, utilizar-se-á dados de pesquisa de natureza secundários, o que fará através de procedimento de revisão bibliográfica para o qual utilizar-se-á livros, teses, dissertações, artigos científicos e análise jurisprudencial.

Ademais, esta pesquisa desenvolver-se-á em três capítulos:

O primeiro capítulo, trata dos direitos sociais e evolução dos direitos fundamentais humanos, que se desenvolverá numa digressão histórica, que buscará analisar a contextualização dos direitos humanos até sua positivação no Texto Constitucional de 1988, e, ainda, nesse capítulo, analisar-se-á a estrutura das normas constitucionais que vinculam esses direitos.

No segundo capítulo, refletir-se-á a respeito das teorias e discussões que circundam esses direitos. Para tanto, nesse capítulo serão abordadas as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais; das concepções acerca do Direito, bem como a escassez e as escolhas; da Teoria da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial; da Teoria do Dever de Proteção e a Proibição de Proteção Insuficiente; e, ao fim, as devidas considerações acerca da Micro e Macro Justiça.

O terceiro e último capítulo discorrerá acerca das bases de implementação dos direitos sociais, como também as suas garantias fundamentais, bem como o Ativismo Judicial, que nesse contexto, passa-se por profunda síntese: quanto às bases para o Ativismo Judicial no Brasil e as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF); Ascensão do Judiciário e jurisdição constitucional; Ativismo judicial e judicialização da política: considerações iniciais; Constitucionalização do Direito; e Os direitos sociais

em espécie na Constituição de 1988 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

1 DIREITOS SOCIAIS E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, a partir de uma perspectiva histórica, surgem em decorrência da tentativa de superação de realidades sociais específicas e que fomentam insurgências em prol de garantias mínimas para a sobrevivência em comunidade, ao tempo em que corroboram a ideia de limitação do poder estatal em detrimento dos direitos e garantias do indivíduo, seja individual, seja coletivamente considerado.

Partindo dessa premissa, convém retomarmos, ainda que, despretensiosamente, uma digressão acerca da evolução histórica dos direitos humanos fundamentais, para assim entendermos suas implicações contextuais em que se inserem os direitos sociais, nosso objeto de estudo, no Estado Constitucional que almejou o Constituinte de 1988.

1.1 Evolução histórica

As opressões sociais e políticas surgem quando, num determinado momento histórico, o homem resolve assenhorar-se de um determinado bem (terra) e tomá-lo para si exercendo sobre ela seu domínio e subordinando a todos que com ela se relacione. Nesse ínterim, surge o Estado, uma ficção jurídica criada pela sociedade de então para regulamentar as relações sociais advindas da aquisição da propriedade e todas as consequências a ela inerentes, política e juridicamente.

Ocorre que a força do Estado, por vezes (e comumente), se mostrou despótica e arbitrária, invadindo a esfera das liberdades e a vida privada de seus cidadãos, corroborando para o surgimento de inúmeros documentos que objetivavam a limitação do poder estatal e a consagração dos direitos e garantias individuais. É nesse sentido o magistério de Gustavo Amaral para o qual “os direitos fundamentais vão surgindo primeiro para afirmar a liberdade de fé, depois para questionar os fundamentos do poder absoluto [...]” (Amaral, 2001, p.50).

Nasce, nesse diapasão, o conjunto de direitos fundamentais da primeira dimensão, com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, comumente chamados de direitos civis e políticos, que na esteira do raciocínio de Carlos Henrique Bezerra Leite “são também chamados de direitos individuais, direitos subjetivos ou 13

direitos de liberdade e têm por titulares os indivíduos isoladamente considerados” (Leite, 2014, p.86) e continua: “[...] têm por fundamento a liberdade, a segurança, a integridade física e psíquica da pessoa, assegurando-lhe, ainda, a participação na vida política e no governo” (Leite, 2014, p.87).

Em outro sentido os direitos fundamentais de primeira dimensão repousam nas liberdades públicas do indivíduo consubstanciando em sua autodeterminação enquanto partícipe de um grupo social garantindo-lhe autonomia e independência com relação aos demais membros da classe e participação na sociedade política. Destarte, assevera Amaral que:

Os direitos das liberdades reveste-se como negativos, como um limite à competência do Estado. Os direitos políticos caracterizam-se também, como liberdades, não mais para não ser importunado, mas para agir, para participar. Tem-se, então, direitos que correspondem a deveres estatais de abstenção e de tolerância. (Amaral, 2001, p.52)

Note-se, portanto, que os direitos de primeira dimensão têm por fundamento um posicionamento negativo do Estado, um não fazer. Nesse cenário o Estado abstém-se de intervir na vida privada de seus súditos, a fim de garantir-lhe liberdade. Nesse sentido pontua Norberto Bobbio a respeito desses direitos, a saber:

Os direitos de liberdade negativa, os primeiros direitos reconhecidos e protegidos, valem para o homem abstrato. Não por acaso foram apresentados, quando do seu surgimento, como direitos do Homem. A liberdade religiosa, uma vez afirmada, foi se estendendo a todos, embora no início não tenha sido reconhecida para certas confissões ou para os ateus; mas essas eram exceções que deviam ser justificadas. O mesmo vale para a liberdade de opinião. Os direitos de liberdade evoluem paralelamente ao princípio do tratamento igual. Com relação aos direitos de liberdade, vale o princípio de que os homens são iguais. (Bobbio, 2004, p.34)

Assim, os direitos de primeira dimensão alinham-se a noção de omissão estatal em face das liberdades privadas. Não obstante, o liberalismo estatal de onde emergiu os direitos fundamentais de primeira dimensão que reclamavam um regime do Estado fez surgir enormes desigualdades sociais conclamando novos direitos que modificaram, sobremaneira, a relação do homem com o Estado.

Marcam os direitos sociais, direitos fundamentais de segunda dimensão; as lutas operárias e populares dos séculos XIX e XX, os movimentos socialistas do século XX, e a Revolução Mexicana de 1915-1917. A Constituição Mexicana (1917) e a Constituição de Weimer (1919) são apontadas pela doutrina marcos do que se

convencionou chamar de Constitucionalismo Social inaugurando um modelo de Estado procurado não apenas com a igualdade formal (liberdades públicas), mas com a concreção da paridade material (direitos sociais), nesse sentido é o magistério de Giuseppe Tosi “com as lutas do movimento operário e popular, os direitos sociais, sobretudo após a 2ª. Guerra Mundial começaram a ser colocados nas Cartas Constitucionais e postos em prática criando-se, assim, o chamado “Estado de Bem-Estar Social”” (Tosi, 2002, p.31).

A segunda dimensão dos direitos fundamentais complementa com o individualismo marcante dos direitos de primeira dimensão, alterando a relação indivíduo-Estado. Agora exige-se do ente estatal prestações positivas no tocante a ofertar serviços mínimos com o fito de diminuir as desigualdades sociais e econômicas e promover o bem-estar social. Convém colacionar a lição de Carlos Henrique Bezerra Leite:

[...] enquanto os direitos humanos de primeira dimensão são uma espécie de comando negativo (*status negativus*) imposto ao poder estatal, limitando a atuação deste em função das liberdades públicas asseguradas ao indivíduo, os direitos humanos de segunda dimensão impõem ao Estado uma prestação positiva (*status positivus*), no sentido de fazer algo de natureza social em favor do indivíduo. (Leite, 2014, p.88. grifo do autor)

Assim, os direitos de segunda dimensão são garantias de igualdade substancial que visam garantir o exercício das liberdades públicas vislumbradas no âmago dos direitos fundamentais da primeira dimensão, denotando a indissociabilidade e complementaridade que caracteriza as dimensões dos direitos fundamentais.

Observa Bobbio, quando disserta a respeito dos direitos sociais:

que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social. (Bobbio, 2004, p.35).

Neste contexto, a partir da positivação das concessões dos direitos sociais, emerge uma nova configuração do Estado, com viés social.

Concernente aos direitos fundamentais de segunda dimensão, eles se subdividem em – conforme Leite (2014): (a) direitos econômicos, são aqueles relacionados à produção e consumo de riqueza, (b) direitos culturais, aqueles que conferem à pessoa o direito de gozar de criatividade artística dos povos, o direito aos

benefícios da ciência e dos avanços tecnológicos, o direito à própria língua e à própria cultura e (c) os direitos sociais, objetos do nosso estudo, aqueles que propiciam à pessoa um padrão digno de vida, destacando-se a proteção contra a fome e a miséria, bem como os direitos à alimentação, vestuário, moradia, saúde, repouso, lazer e educação. Neste diapasão as aquiescências sociais estão voltadas para promoção de um núcleo mínimo de direitos propulsores de uma existência digna do indivíduo.

Ademais, constata Amaral (2001, p.57) que os direitos sociais particularizam-se como direitos positivos, vistos que direcionados ao Estado e reclamam deste uma atuação positiva.

Digno de nota é a compreensão de Norberto Bobbio acerca dos direitos de primeira e segunda dimensão, segundo o autor são eles incompatíveis entre si na medida em que, esclarece o autor:

Pode-se fantasiar sobre uma sociedade ao mesmo tempo livre e justa, na qual são global e simultaneamente realizados os direitos de liberdade e os direitos sociais; as sociedades reais, que temos diante de nós, são mais livres na medida em que menos justas e mais justas na medida em que menos livres. Esclareço dizendo que chamo de “liberdades” os direitos que são garantidos quando o Estado não intervém; e de “poderes” os direitos que exigem uma intervenção do Estado para sua efetivação. Pois bem: liberdades e poderes, com frequência, não são — como se crê — complementares, mas incompatíveis. (Bobbio, 2004, p.24).

Com efeito, apesar da heterogeneidade dos direitos insculpidos na primeira e segunda dimensão, saliente-se, que o modelo de Estado desenhado pela ordem constitucional, a cada tempo acaba enfatizando esta ou aquela autorização em detrimento de outro e isso reflete os valores mais caros a cada sociedade e remonta a ideia de relatividade dos direitos fundamentais apontada por Bobbio na sua grandiosa obra *A Era dos Direitos*.

Neste diapasão, importa esclarecer, a enorme importância e relevante contribuição para a humanidade dos direitos fundamentais da terceira e quarta geração, no entanto, levando-se em consideração de que esta pesquisa científica delimita-se nas abordagens sobre os Direitos Sociais e as suas garantias fundamentais, conforme assegurados constitucionalmente na Carta Magna de 1988, enfatizou-se, preferencialmente, nos direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão.

Todavia, pode-se constatar que os direitos fundamentais de terceira e quarta dimensão (geração), encontra-se intrinsecamente correlacionado com os direitos de

primeira e segunda dimensão, pois, a eles são conferidas à valoração da fraternidade, bem como a solidariedade, de modo que possa se relacionar com o progresso ou desenvolvimento sustentável, por serem estes direitos transindividuais, estão destinados a proteger o gênero humano, e, ainda, por estarem introduzidos no meio acadêmico/jurídico, promovem a globalização da política, tendo por objetivo, compreender o direito à democracia, à informação, e, ainda, à informação, isto posto,

Dos Estados absolutos emergiram as liberdades públicas enquanto necessidade de abstenção estatal sobre a esfera de liberdade do particular e assim, a garantia dos direitos civis e políticos; de outro lado, das revoluções sociais e trabalhistas surgiram a preocupação com as desigualdades sociais e econômicas, desta feita é dessa forma que a Constituição integra, organiza e direciona a ordem jurídica segunda a concepção de Konrad Hesse quando comenta a respeito das tarefas da Constituição (Hese, 2009).

Anote-se que para as considerações iniciais neste trabalho acerca dos direitos fundamentais utilizamos a classificação do jurista tcheco-francês Karel Vasak que, em Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo (França), no ano de 1979, classificou os direitos humanos em gerações.

Explica André de Carvalho Ramos:

Cada geração foi associada, na Conferência proferida por Vasak, a um dos componentes do dístico da Revolução Francesa: “liberté, égalité et fraternité” (liberdade, igualdade e fraternidade). Assim, a primeira geração seria composta por direitos referentes à “liberdade”; a segunda geração retrataria os direitos que apontam para a “igualdade”; finalmente, a terceira geração seria composta por direitos atinentes à solidariedade social (“fraternidade”). (Ramos, 2017, p.53, grifo do autor)

Depreende-se, que do slogan da Revolução Francesa, sobressaem, quase que um presságio, as dimensões vindouras dos direitos fundamentais no que tange ao conteúdo que sucederiam os anseios imediatos daquele movimento.

1.2 Os direitos sociais – considerações iniciais

Os movimentos liberais donde nasceram os direitos e garantias fundamentais de primeira dimensão ensinaram que nem só de liberdade necessita o indivíduo. A par desse contexto, os direitos sociais surgem na tentativa de suplantar as desigualdades sociais que fulminavam o mundo, principalmente no período pós

Segunda Guerra Mundial; assim assevera Dirley da Cunha Junior quando se reporta aos direitos sociais que:

são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura proativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de condições sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais (Cunha Júnior, 2015, p.603. grifo do autor).

Da construção de Dirley da Cunha Júnior, podemos extrair alguns pontos cruciais no tocante aos direitos ora em estudo: i) outorgam ao indivíduo a possibilidade de exigência de prestações positivas do Estado, ii) objetivam a viabilizar o exercício das liberdades fundamentais, mediante situações concretas e iii) destinam-se aos desprovidos de recursos materiais, leia-se, financeiros na medida em almejam reduzir as desigualdades sociais.

Assim, os direitos sociais destinam-se aos desprovidos de recursos materiais, cuja finalidade é a perquirição da justiça social, através do qual o Estado está vinculado, esperando-se deste uma atuação proativa.

A Constituição Federal de 1988, seguindo a regra inaugurada pelo Constituinte de 1934 sob a influência da Carta de Weimar (1919), que desponta um Constitucionalismo Social, consagra de forma expressa um rol extenso dos direitos sociais, deferindo-lhes um tratamento ímpar, bem como alocando-os no Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, e reservando-lhes um capítulo próprio (Cap. II – art. 6º ao 11), embora não constitua um rol exaustivo.

Nos termos da atual Constituição da República, são direitos sociais (art. 6º); a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Estabelecendo ainda sua forma de prestação e seu conteúdo mínimo (Arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros).

Consoante entendimento de Alexandre de Moraes a respeito desses direitos:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são

consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal (Moraes, 2016, p.348).

Saliente-se que para esse Doutrinador, os direitos sociais têm natureza cogente em relação ao Estado para com os hipossuficientes, com vista a alcançar a igualdade material.

Feita as considerações iniciais, passamos para uma análise pontual, ainda que despretensiosa, acerca dos direitos sociais previstos pela Constituição de 1988, para tanto utilizaremos a sistematização de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, partindo dos Princípios Norteadores.

1.3 Princípios norteadores

Para a análise de qualquer instituto jurídico é imprescindível o conhecimento dos princípios informadores, a respeito da importância dessas normas. É o magistério de Rizzatto Nunes:

Os princípios são, dentre as formulações deontológicas de todo sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados não só pelo aplicador do Direito mas também por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam. Assim, estudantes, professores, cientistas, operadores do Direito — advogados, juízes, promotores públicos etc. —, todos têm de, em primeiro lugar, levar em consideração os princípios norteadores de todas as demais normas jurídicas existentes. Nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas. (Nunes, 2017, p. 224).

Assim, tamanha a importância dos princípios para a conformação do ordenamento jurídico, eles têm como finalidade orientar a atuação dos aplicadores do direito.

Miguel Reale, em apurada dicção, pontua:

Nosso estudo deve começar pela observação fundamental de que toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber. (Reale, 2002, p. 216)

Destarte, em obra traduzida por Virgílio Afonso da Silva, Robert Alexy ensina que os princípios:

[...] são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (Alexy, 1986, p.90)

Pode-se evidenciar, que enquanto mandamentos de otimização, os princípios são normas com certo grau de abstração aferíveis conforme as condições fáticas e/ou possibilidades jurídicas. Assim, vislumbrando a importância dos princípios para a compreensão de dado ramo do direito, salutar identificar os princípios informadores do ativismo judicial/ judicialização, nesse ponto se dará ênfase aos princípios decorrentes da interpretação constitucional.

1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está prescrito textualmente no artigo 1º, III da Lei Fundamental, tem estatura de fundamento da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito.

O Princípio da dignidade da pessoa humana é o principal condutor das inquietações da presente pesquisa acadêmica, pois, como é notório, todo ser humano, independente de suas diferenças físicas e até mesmo de sua nação, deve ser sujeito de direitos e obrigações, é ululante que, essa bifurcação irá ter sempre proteção nas determinações legais corporificadas no ordenamento jurídico, como também nos princípios do direito, tendo por medular a isonomia, que será abordada no item 1.3.4.

Partindo desse pressuposto que todo ser humano é sujeito de direitos e obrigações, cabe consignar uma garantia fundamental de toda pessoa humana, qual seja: cada ser humano deve ter condições ou projetos minúsculos para garantir uma vida plena e digna e ou para prolongá-la. Em face do exposto, nascem inúmeras indagações, como: quem irá proporcionar estas condições/projetos de garantias de vida plena; comum a uma sociedade, bem como a grudo de indivíduos ou a grupo familiar, que deverá assegurar as garantias de todas as necessidades de seus entes; como oportunizar o acesso a saúde para todos; pois, essas obrigações são deveres que cabem ao Estado promover.

Como observa Ingo Sarlet: “a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece, já que constitui dado prévio, não esquecendo, todavia, que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção”.

Ressalte-se que, por se tratar de direitos sociais e garantias constitucionais, cujo tema foi introduzido no ordenamento pátrio de maneira gradualmente, através de muitos embates e sacrifícios, sempre obedecendo a particularidade da história do Direito Constitucional, assim, como foi elencado no item 1.1.

Por essa razão, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no que tange ao ativismo judicial e a judicialização a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana baseado no valor intrínseco à pessoa, aspirando o equilíbrio do convívio e o bem-estar da sociedade, deve ser analisado na iniciação de toda e qualquer definição ligada aos direitos fundamentais, pois a doravante dela é que podemos adjetivar e minuciar os demais ramos do direito.

1.3.2 Princípio da Supremacia da Constituição

Como já analisado no item 1.1, a Constituição emerge como a lei imprescindível de uma sociedade politicamente organizada, mas isso não é tudo, esta lei indeclinável a qual chamamos calorosamente de Carta Magna concebe também métodos que garantem que ela ocupe um lugar hierarquicamente acima das demais leis. Sem embargo, um desses métodos é a eliminação de qualquer ato que esteja em desconformidade com os seus fundamentos. Por conseguinte, a Carta Magna conta com estes métodos de defesa, a título de exemplo o controle de constitucionalidade, que ataca estes atos violados.

Neste interim, se diz que há uma rigidez constitucional, que advém da grande dificuldade de sua mutação em semelhança com as outras normas jurídicas. É dessa inflexibilidade que se origina o Princípio da Supremacia da Constituição. Melhor dizendo, a Constituição encontra-se acima de todo ordenamento jurídico, isto posto, a Constituição é a lei suprema de um Estado, a qual confere legitimidade e legalidade a todo ordenamento jurídico do Brasil.

Nessa esteira, o magistério do Ministro Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, ensina sobre interpretação e aplicação da Constituição Federal de 1988, expondo que:

Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a lei fundamental. (2003, pg. 41).

Por esta ótica, pode-se aferir que O Princípio da Supremacia da Constituição aflora como base e condição de legitimidade de todo ordenamento jurídico pátrio, de forma que as demais normas infraconstitucionais só podem e devem encontrar validade e legitimidade na Constituição Federal de 1988.

No que concerne ao ativismo judicial e a judicialização a aplicação do princípio da Supremacia da Constituição, e baseado no sentido de garantir a concretização dos valores Constitucionais.

1.3.3 Princípio da Inafastabilidade

O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, afamado como Princípio do Acesso à Justiça, encontra-se textualizado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Cidadã, que contempla o seguinte texto: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”.

Por meio do texto Constitucional, primariamente podemos extrair a duplicidade do Princípio da Inafastabilidade, ao passo que numa primeira ótica observa-se o domínio do Poder Judiciário no que tange a jurisdição e numa outra vertente a garantia daquele que se sente e ou tem seus direitos afetados de adentar aos órgãos judiciais.

Salienta Fredie Didier Jr.:

Este princípio não se dirige apenas ao Legislativo – impedido de suprimir ou restringir o direito à apreciação jurisdicional, mas também a todos quantos desejem assim proceder, pois, se a lei não pode, nenhum ato ou autoridade de menos hierarquia poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário, **(2018, pg. 14)**.

Secundariamente, nota-se nas suas entrelinhas, o Princípio da Inafastabilidade, diz respeito a uma juricidade célere, de uma justiça acessível para os hipossuficientes, para os menos letrados, os que tenham alguma comorbidade física, mental ou intelectual, com o fito de garantir a isonomia das partes no processo.

Por este Princípio conclui-se que nada mais é que o direito de ação para os que se sentem com seus direitos ameaçados e ou lesionadas.

1.3.4 Princípio da Isonomia

O Princípio da Isonomia tem previsão Constitucional e está contextualizado no caput do artigo 5º da Constituição Cidadã, que reza assim:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)

Através deste, Princípio, nota-se a preocupação do legislador constituinte em garantir dignidade e respeito independente das diferenças, desta forma garantindo aos indivíduos um tratamento justo e igualitário.

Destarte, o Princípio da Isonomia é dividido de duas maneiras: a Isonomia formal e a Isonomia material. A primeira trata-se de um pensamento de que todos são iguais perante à lei, é a aplicação do texto constitucional sem submetê-lo a nenhum tipo de interpretação é a aplicação literal da letra da lei, sem a observância das desigualdades que os indivíduos estão inseridos, é aplicação absoluta e literal da “letra fria”, é a lei “nua e crua”.

Já a Isonomia material, em discrepância com a formal tendência e considera a existência das desigualdades entre os indivíduos, as desigualdades físicas, econômicas, intelectual, social e busca a compensação e equiparação nas diferenças, garantindo assim o acesso e oportunidades. Nesse interim, o Estado em observância a Isonomia matéria tem dever/poder de buscar reduzir e ou exaurir as desigualdades, promovendo a igualdade de oportunidades de direitos e obrigações.

Nesse interim, Ruy Barbosa baseando-se na lição Aristotélica proclamou que:

A regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcional e desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir os mesmos a todos, como se todos se equivalessem. (Rui Barbosa, na sua Oração aos Moços. No texto do

discurso dirigido aos formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco em São Paulo).

Vê-se que, o artigo 5º da nossa Carta Magna, preleciona em que “todos deverão ser tratados de forma iguais”, o constitucionalmente seria previsível, no entanto, se nem todos os indivíduos são iguais, assim, os desiguais estariam sendo institucionalizadas desconsiderando as suas desigualdades. Nesse prisma, cabe a sociedade um olhar e tratamento menos preconceituoso, ao legislador assegurar a lei seja aplicada de forma igual para todas as partes e ao judiciário realizar a hermenêutica e aplicar a legislação sem discrepâncias e discriminações.

1.3.5 Princípio da Separação dos Poderes

Assim como alguns princípios já mencionados no transcurso desta pesquisa, o Princípio da Separação dos Poderes também tem previsão constitucional, encontra-se textualizado no artigo 2º “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre sí, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Por meio da leitura constitucional, nota-se a preocupação do legislador constituinte, inspirado nas ideias de Montesquieu, que deve cada poder exercer atribuições específicas das suas funções, que colabora com o sistema de freios e contrapesos, que nada mais é que descentralização do poder, visando assim, a separação e harmonia entre os poderes.

Ressalte-se que vivemos em um Estado Democrático de Direito e em nosso Estado Federativo temos como já ilustrado acima, três poderes, o Legislativo que tem como sua principal função típica criar leis e realizar a fiscalização do Poder Executivo; o Poder Executivo que tem como principal função típica pôr em prática as leis criadas pelo Poder Legislativo; e o Poder Judiciário que tem como sua principal função administrar a lei, por meio de apurações, julgamentos entre outras.

Nesse diapasão, a doutrina de Dirley da Cunha Júnior, diz que:

(...) os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam desempenhados por órgãos diferentes, “de maneira que, sem nenhum usurpar as funções dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de ação”. Só assim é possível o controle do poder pelo poder, só assim é possível a plena realização da separação de Poderes, que se traduz – sintetizamos – na separação funcional (cada função deve ser confiada a cada órgão da maneira mais especializada possível) e na separação orgânica (os órgãos da soberania devem ter independência mútua e devem estar, em

tudo, em idêntico pé de igualdade). É essa a essência da doutrina da separação de Poderes. (2018, pg. 35).

Assim sendo, como abordado acima que os três poderes têm suas funções típicas, mas eles também têm suas funções atípicas, aquelas que fogem da sua atribuição jurídica, como exemplo, o julgamento que é realizado pelo Poder legislativo em face do Presidente da República em crimes de responsabilidade, levando à esfera jurídica, já no Poder Executivo quando cria decreto lei, e o Poder Judiciário quando legisla, por meios de Súmulas Vinculantes, do Ativismo Judicial, que será abordado no item 3 e 3.2, visto que o Supremo Tribunal Federal passou a legislar como atividade “típica”.

Em conclusão, os três poderes deverão ser harmônicos e independentes entre si, como textualizado na Carta Magna, e tem como fito firmar o sistema de freios e contrapesos, com o intuito de impedir arbitrariedades por parte de qualquer um dos demais poderes, essa é a independência dos Poderes, já a harmonia se manifesta através do acato as prerrogativas designadas a cada um dos poderes.

Neste capítulo tratamos suscintamente sobre os Princípios que regem a independência entre os poderes e a sua convivência em harmonia, a seguir trataremos sobre algumas teorias e discussões a respeito dos Direitos Sociais, fazendo uma breve análise doutrinária.

2 TEORIAS E DISCUSSÕES ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DA DOCTRINA

Neste ponto da presente pesquisa faz-se necessário tecer algumas considerações acerca das teorias que circundam os direitos sociais e acalentam celeumas doutrinarias e jurisprudenciais. Com efeito, discorreremos acerca: das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais; direito, escassez e escolhas; teorias da reserva do possível e do mínimo existencial; o dever de proteção e a proibição de proteção insuficiente; e por fim micro e macro justiça.

2.1 As dimensões subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais

Ciente das complexidades que envolvem o tema, importa destacar as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, que podem ser vislumbrados a partir de duas perspectivas conformadoras do ordenamento jurídico face os indivíduos e grupos que o compõem, esse é o entendimento de Dirley da Cunha Junior, segundo o qual “ambas as dimensões dos direitos fundamentais produzem o efeito fundamentador do status jurídico-constitucional da pessoa” (Cunha Júnior, 2013, p. 615).

Em assim sendo, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais “conferem aos seus titulares a prerrogativa de *exigir* os seus interesses em face de órgãos estatais ou qualquer outro eventual obrigado que se contraem no *dever jurídico* de satisfazê-los sob pena de serem acionados judicialmente” (Cunha Júnior, 2013, p. 614, grifo do autor).

Ainda em relação à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, pontua Branco que:

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou em menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem, e, ainda, correspondem a competências – em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhe as posições jurídicas (Branco, 2017, p. 153).

Observa-se que os direitos fundamentais em sua perspectiva subjetiva veiculam uma pretensão passível de ser exigida do Estado – ou quem lhe faça as vezes, em benefício de um sujeito de direitos.

Ao dissertar acerca dessa dimensão subjetiva, Bernardo Gonçalves Fernandes também conclui que “significa dizer que eles outorgam a seus titulares possibilidades jurídicas de impor interesses pessoais em face dos órgãos estatais obrigados” (Fernandes, 2017, p. 322). Assim, estão para os seus titulares na medida em que são passíveis de judicialização, quando lhes são negados ou obstados da fruição de benefícios constitucionalizados.

Não é diferente a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, segundo o qual:

quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado). Desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito (Sarlet, 2015, p. 357).

O autor além de reafirmar que a dimensão subjetiva congrega a possibilidade de exigência de direito que lhe foi outorgado pela via judicial, vislumbra uma relação triangular que sobrevém dessa dimensão, cujos elementos são: o titular do direito fundamental, quem busca; o objeto, o que se busca; e o destinatário, de quem se busca.

Não obstante, os direitos fundamentais, além da dimensão subjetiva, também têm uma dimensão objetiva, nesse sentido assevera Dirley da Cunha Júnior que “os direitos fundamentais operam, para além da dimensão de garantia de posições jurídicas individuais, também sintetizam os valores básicos da sociedade democraticamente organizada e os extrapolam e os expandem para toda a ordem jurídica” (Cunha Júnior, 2013, p. 614). Desta forma, conclui o autor que a face objetiva dos direitos fundamentais alicerça e fundamenta o Estado Democrático de Direito.

Acerca dessa face dos direitos fundamentais disserta Ingo Sarlet:

os direitos fundamentais passaram a apresentar-se, no âmbito da ordem constitucional, como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais. Em termos gerais, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais significa que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende a perspectiva subjetiva, implicando, além disso, o reconhecimento de conteúdos

normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais. (Sarlet, 2015, p. 360).

Nesse diapasão, é de se observar que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais transcende a esfera individual e projeta as normas de direitos fundamentais sobre as instituições políticas, conformando-lhe a atuação. Há nesse sentido um efeito irradiante de seu conteúdo axiológico-normativo sobre a atuação estatal.

E, nesse viés, os direitos fundamentais conformam a criação e aplicação do direito no plano concreto. Bernardo Gonçalves ratifica as orientações supra e pontifica que “os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito” (Fernandes, 2017, p.322).

Considerando que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais faculta ao indivíduo exigir do Estado a consecução de determinados fins que lhe foram constitucionalmente assegurados, ao judicializando, inclusive, se for o caso, e a dimensão objetiva pulveriza o conteúdo dos direitos fundamentais que deve germinar da atuação estatal, é de se concluir que essas percepções não se esgotam sem si mesmas.

Depreende-se então que: os direitos fundamentais não esgotam a esfera individual, haja vista balizam e direcionam os órgãos legislativos, judiciários e executivos, nesse ponto reconhece Dirlley da Cunha Junior (2013, p.615) que ambas as dimensões – subjetiva e objetiva –, têm efeito fundante do status jurídico constitucional da pessoa.

Neste sentido, a dimensão objetiva se destina na organização de uma funcionalidade que venha ter influência coletiva, funcionando como programa diretor para a realização constitucional (BARROS, 2003, p. 132-134).

Pode-se aferir nos ensinamentos de CANOTILHO que:

Uma norma vincula um sujeito em termos objectivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto. Como elementos da ordem jurídica da coletividade, as normas determinam “o objetivo, os limites e o modo de cumprimento das tarefas estatais (HESSE, 1998, p. 241) e (CANOTILHO, 1992, P. 544)

Em assim sendo, os direitos fundamentais, em sua dupla acepção, além de constituírem vigas diretivas para atividade do Estado Democrático de Direito, se projetam para além da esfera particular e alcançam o grupo, a comunidade na qual o

indivíduo está incerto. Para tanto, é se concluir que os direitos sociais considerados em sua fundamentalidade comportam as dimensões objetivas e subjetivas. Ao tempo que são passíveis de exigência, ainda que judicialmente, orientam e conformam a um só tempo a atuação dos Poderes Públicos.

Paulo BONAVIDES apresenta um grande rol de consequências sobre a atribuição da dimensão objetiva, pois, na condição de direitos fundamentais, que se reproduz e agrega valores ao tema ora enfrentado:

“Resultaram já da dimensão jurídico-objetiva inovações constitucionais de extrema importância e alcance, tais como: a) a irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado; em rigor, a todas as províncias do Direito, sejam jusprivatistas, sejam juspublicísticas; b) a elevação de tais direitos à categoria de *princípios*, de tal sorte que se convertem no mais importante pólo de eficácia normativa da Constituição; c) a eficácia vinculante, cada vez mais enérgica e extensa, com respeito aos três Poderes, nomeadamente o Legislativo; d) a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais com perda do caráter de normas programáticas; e) a dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo passo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição; f) o desenvolvimento da eficácia *inter privatos*, ou seja, em relação a terceiros (*Drittwirkung*), com atuação no campo dos poderes sociais, fora, portanto, da órbita propriamente dita do Poder Público ou do Estado, dissolvendo, assim, a exclusividade do confronto subjetivo imediato entre o direito individual e a máquina estatal; confronto do qual, nessa qualificação, os direitos fundamentais se desataram; g) a aquisição de um "duplo caráter" (*Doppelcharakter*; *Doppelgestalt* ou *Doppelqualifizierung*), ou seja, os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva - da qual nunca se podem apartar, pois, se o fizessem, perderiam parte de sua essencialidade - e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feitio, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo-decisório, e de função protetora tão excelentemente assinalada pelos publicistas e juízes constitucionais da Alemanha; h) a elaboração do conceito de *concretização*, de grau constitucional, de que se têm valido, com assiduidade, os tribunais constitucionais do Velho Mundo na sua construção jurisprudencial em matéria de direitos fundamentais; i) o emprego do princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica *concretizante*, emprego não raro abusivo, de que derivam graves riscos para o equilíbrio dos Poderes, com os membros da judicatura constitucional desempenhando de fato e de maneira insólita o papel de legisladores constituintes paralelos, sem todavia possuírem, para tanto, o indeclinável título de legitimidade; e j) a introdução do conceito de pré-compreensão (*Vorverständnis*), sem o qual não há concretização” (BONAVIDES, 2000, p. 541-542).

Consoante entendimento do autor sobre a dimensão objetiva, na condição de agregadora de direitos fundamentais e tendo esta, irrestritas garantias constitucionais, caberá ao Estado, através dos Poderes constituídos na promoção e eficácia destes direitos. dotados de conteúdos valorativos e decisórios.

Uma vez que os direitos fundamentais possuam um duplo carácter, sendo estes direitos subjetivos, do particular, constituindo “direitos de defesa” (HESSE, 1998, p. 235) contra os poderes estatais. O que se pode comprovar, por exemplo, através da liberdade de informação (CF/88, art. 5º, IX). Assim sendo, são também, prerrogativas da ordem objetiva da coletividade, impondo os limites e o modo de cumprir-se as tarefas estatais, em que pode-se mencionar a devida promoção da saúde, cuja previsibilidade (CF/88, art. 6º).

Diante da dimensão subjetiva, circunda em torno de uma posição jurídica para atender os anseios do indivíduo, estando este na faculdade e titularidade de um direito para exigir uma ação ou uma abstenção através do Estado, assim como um outro indivíduo, cuja garantia a ser preservar em carácter particular, conforme leciona CANOTILHO:

O direito subjectivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se, assim, a uma *relação trilateral* entre o titular, o destinatário e o objecto do direito” (CANOTILHO, 1992, p. 544).

Conclui-se que o autor retrata as dimensões de direitos subjetivo e objetivo, ambas inseridas numa relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito, pois, em se tratando de direitos fundamentais, caberá ao estado, através dos seus poderes constituídos, garantir a positividade destes direitos.

Neste prisma, para definir os direitos fundamentais este autor e exímio constitucionalista português, Jorge MIRANDA diz que:

“Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”(MIRANDA, 1993, P.7).

Pelo formalidade do seu conceito, pode-se identificar o direito fundamental com previsão legal no texto da Constituição. No conceito material, há uma ampliação no espectro nestes direitos fundamentais que vão além do texto normativo, de modo que resulta na “concepção de Constituição dominante, da ideia de Direito, do sentimento jurídico colectivo” (MIRANDA, 1993, p. 8-10). Desse modo, por existir uma enumeração constitucional, não deve se exaurir o rol destes direitos fundamentais.

Verifica-se, que a esta altura, será mais oportuno notificar a preferência pelo tema enunciado “direitos fundamentais” ao invés “direitos humanos” ou “direitos do homem”, pois, é uma locução recorrente no Direito Internacional, conforme consagração que se deu através de documentos, como exemplo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Cujas escolhas se justificam diante das três razões, mencionadas por Jorge MIRANDA (1993, p. 50-51).

Insta constatar que na abordagem do autor, encontra-se em destaque com muita profundidade, a valoração normativa dos direitos fundamentais, uma vez que estes são precursores desde a primeira dimensão e a cada uma das dimensões surgidas os róis de suas prerrogativas tem se ampliados, pois, assim sendo como bem definiu o autor, os direitos fundamentais vão muito além do termo normativo constitucional, uma vez que o mesmo perpassa e se concretiza devido as exigências de liberdade, igualdade e dignidade do ser humano, de modo que lhe seja assegurado constitucionalmente, uma vida digna de convivência, bem como livre e devidamente isonômica.

2.2 Os direitos sociais em espécie na Constituição de 1988 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)

Compreendem—se que os direitos sociais insculpidos na Carta Magna de 1988 cuja previsão está inserida no artigo 6º os seguintes: educação; saúde; a alimentação; o trabalho; a moradia; o transporte; o lazer; a segurança; a previdência social; a proteção à maternidade e à infância; e a assistência aos desamparados.

Esse nicho de direitos compreende programas direcionados ao Poder Público – Poder Legislativo e Poder Executivo –, que devem ser implementados por meio de políticas públicas e, naturalmente, compreendem dispêndio às contas públicas.

Com efeito, o Texto Constitucional de 1988 contempla um amplo leque de direitos sociais, o que denota a preocupação do Constituinte originário, ao assumir feições de Estado Social, sobre esse aspecto é o magistério de Carlos Ari Sundfeld:

O Estado toma-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o **desenvolvimento** (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização de **justiça social** (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico).

Em um primeiro plano, aparecem os chamados **direitos sociais**, ligados sobretudo à condição dos trabalhadores: garante-se o direito ao salário mínimo, restringe-se - em nome da proteção do economicamente fraco - a liberdade contratual de empregadores e empregados.

De outro lado, o indivíduo adquire o **direito de exigir certas prestações positivas do Estado**: o direito à educação, à previdência social, à saúde, ao seguro-desemprego e outros mais. (Sundfeld, 2009, p.55, grifo do autor).

Nesse mister, Sundfeld associa os direitos sociais a prestações materiais com vista a realização de justiça social.

A par da sistemática em torno dos direitos sociais, encabeçada pelo constituinte de 1988 é de se observar que o nosso Estado tem nítidas feições sociais, tal como mencionado pelos autores supra.

Passadas a as considerações iniciais e para os fins deste trabalho, analisaremos, e particularmente neste tópico, a sistematização dos direitos: dos trabalhadores urbanos e rurais; o direito à saúde; direito à assistência social; e direito à educação insculpidos no Texto Constitucional de 1988.

2.3 Teoria da reserva do possível e do mínimo existencial: O dever de proteção e a proibição de proteção insuficiente

Os direitos fundamentais sociais comportam um núcleo mínimo essencial para que o indivíduo tenha condições básicas para uma vida digna (saúde, educação, assistência social, moradia digna, dentre outros), intrinsecamente relacionados à dignidade humana.

Ademais, a efetivação dos direitos que garantam o mínimo existencial não deve ter como óbice as reservas orçamentárias tal como preconiza a teoria da reserva do possível transposta do direito alemão. Nesse diapasão, ensina Dirley da Cunha Junior, citando José J. Gomes Canotilho, que “chama esse limite de reserva do possível para significar que a efetivação dos direitos sociais depende da disponibilidade de recursos econômicos” (Cunha Júnior, 2015, p.620).

De outra face, convém ressaltar, que a teoria da reserva do possível foi concebida na Alemanha num contexto cultural e socioeconômico diametralmente oposto à realidade fática brasileira, o que requer cautela ao transpô-la para a jurisprudência pátria.

Neste contexto, a origem da jurisprudência alemã, a teoria da reserva do possível surgiu em face da pretensão de postulantes a vagas em universidades

públicas terem garantido seu acesso a elas judicialmente em detrimento do dever do Estado de prestar educação a todos, a esse respeito Mônia Leal e Bolesina:

Vê-se, pois, que a teoria da reserva do possível não tratou originariamente, da (in)existência de recursos materiais para a efetivação dos direitos fundamentais propriamente dita, mas sim da razoabilidade da postulação apresentada (Leal; Bolesina, 2012, p.14).

Assinala Dirley da Cunha Júnior ainda que, “num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pulam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos [...] os direitos sociais não podem ficar reféns do condicionamento da reserva do possível” (Cunha Júnior, 2015, p.622).

Nesta linha, acrescenta-se: “converge a decisão monocrática do Ministro Celso de Melo na ADPF 45. Na ocasião, o ministro fez importantes observações a respeito da cláusula da reserva do possível e do mínimo existencial. Para ele, a formulação de políticas públicas com vista à efetivação dos direitos sociais depende de opções políticas dos poderes constituídos pela vontade popular - Legislativo e Executivo. Reconhece o ministro, entretanto, que a concretização desses direitos depende das reservas orçamentárias do Estado constatadas objetivamente, mas, a cláusula de reserva do possível não deve ser invocada pelo Estado, de modo desarrazoado, com a finalidade de eximir-se de sua responsabilidade constitucional quando dessa conduta governamental negativa resulte em aniquilação ou nulificação de direitos fundamentais, sob a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário com o intuito de viabilizar o acesso aos bens, cuja fruição lhes tenha sido recusado injustamente pelo Estado. (Obra publicada na Revista brasileira de políticas públicas. autores: Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim).

De tal modo, com o advento do Estado Social e Democrático de Direito, o papel do Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada com o fim de fiscalizar e velar pelos objetivos da Carta Política, quais sejam, a justiça social e a redução das desigualdades.

Assim sendo, o mínimo existencial são direitos fundamentais que assegura a cada indivíduo uma vida digna, fazendo jus a todos os direitos previstos na Constituição e em caso esse indivíduo e/ou a família seja hipossuficiente e não consiga prover o sustento para si ou para a sua família deve este receber amparo estatal.

Notadamente, estamos diante de valores fundamentais contrapostos. A esse respeito, disciplinam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco como sendo nesse caso a “colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e seu aspecto fático” (Mendes; Branco, 2014, p.228); de um lado se encontra a efetividade do núcleo mínimo essencial de condição para vida digna e, de outro, a realidade orçamentária do Estado, que notadamente devem ser sopesados no caso concreto com a devida cautela.

Acerca do mínimo existencial concernentes aos direitos fundamentais sociais, esclarece Mônia Clarissa Hennig Leal e Iuri Bolesina:

No que tange especificamente aos direitos fundamentais sociais, a proteção da dignidade da pessoa humana pelo mínimo existencial é íntima da ideia de satisfação dessas necessidades humanas com vistas à qualidade de vida, que invoca bem-estar, acesso e fruição de bens materiais e imateriais essenciais para a dignidade humana – e não apenas vitais (Leal; Bolesina, 2012, p.18).

Nesse contexto, o mínimo existencial de um direito tem íntima relação com a ideia de dignidade da pessoa humana, não obstante os direitos sociais têm um conteúdo cuja fruição demanda a satisfação de necessidades mediante programas governamentais.

Outrossim, infere-se do magistério de Sarlet que “a garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental” (Sarlet, 2015, p. 405).

Assim, os direitos sociais têm um conteúdo axiológico que os caracterizam em sua fundamentalidade. Em sua dimensão subjetiva enquanto direito subjetivo que facultam ao particular a exigência de pretensões específicas, podendo, para tanto, judicializar, não obstante, sob a ótica da dimensão objetiva representam diretrizes de atuação dos órgãos estatais.

Observa-se que o mínimo existencial, ou núcleo essencial para Ingo Sarlet, compreende a parcela mínima, cujo substrato cotejam a fundamentalidade de um direito social. Diante deste cenário, há que se acautelar a interpretação e aplicação desses direitos à luz da teoria do reserva do possível, sob pena de comprometer o núcleo substancial de um direito fundamental.

Nesse sentido corrobora o magistério de André de Carvalho Ramos:

A proteção do conteúdo essencial dos direitos humanos consiste no reconhecimento da existência de núcleo permanente composto por determinadas condutas abarcadas pelo âmbito normativo do direito, que não pode ser afetado de forma alguma pela intervenção do Estado. Esse núcleo é intocável, constituindo-se em um “limite do limite” para o legislador e aplicador dos direitos humanos. A parte do direito que pode ser regulada ou limitada é somente aquela que não faz parte desse núcleo inexpugnável (Ramos, 2017, p. 136).

Na perspectiva do autor, o núcleo essencial de um direito humano dotado de fundamentalidade constitui a última trincheira que o separa da intervenção arbitrária do Estado, cujo conteúdo goza de proteção imanente, e funciona como “limite do limite” para atuação dos poderes públicos.

Quanto a previsibilidade do núcleo essencial no plano normativo interno, o mesmo autor utilizando-se de autores já citados nessa pesquisa e enfatiza:

No Brasil, não há adoção expressa na CF/88 da proteção do “conteúdo essencial”, mas determinados autores, como Sarlet, sustentam que as cláusulas pétreas previstas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal implicitamente resultam na garantia do conteúdo essencial dos direitos humanos. Já Gilmar Mendes defende que a existência da garantia do conteúdo essencial é implícita ao próprio “modelo garantístico usado pelo Constituinte” (Ramos, 2017, p. 136).

Assim, depreende-se a concepção aceca do mínimo existencial, núcleo essencial decorrente do próprio sistema de garantias vislumbrados pelo Constituinte de 1988.

Com efeito, diante das ponderações feitas acima, é de se observar que o aplicador do direito, no caso concreto, deve se atentar para o conteúdo dessas duas teorias de modo que a sua atividade exegética não configure ato atentatório à dignidade humana e ao sistema de proteção dos direitos fundamentais insculpidos no texto da Lei Maior.

Feita as considerações acerca da teoria da reserva do possível e do mínimo existencial - núcleo essencial, far-se-á algumas ponderações acerca do dever de proteção e proibição de proteção insuficiente.

A esse respeito, é o magistério de Gilmar Mendes, lembrando Schlink;

Schlink observa, porém, que, se o Estado nada faz para atingir um dado objetivo para o qual deva envidar esforços, não parece que esteja a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente de dever de legislar ou de qualquer outro dever de proteção. Se se comparam, contudo, situações do âmbito das medidas protetivas, tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação

diversa da verificada no âmbito da proibição do excesso, na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasiva (Mendes, 2017, p. 203).

Partindo do pressuposto de que os direitos fundamentais têm um núcleo que consubstancia num conteúdo essencial em face da dignidade da pessoa humana e que orientam a conduta dos poderes públicos, é certo afirmar que esse núcleo compreende uma diretriz de atuação que impede a atuação deficitária de modo a comprometer aquele conteúdo axiológico que acoberta os direitos fundamentais.

Assim, ao lado do dever de proteção dos direitos fundamentais existe o dever que essa proteção não seja de tal modo deficiente de modo a comprometer a concreção de certo direito. Ao passo que a conduta estatal está vinculada à ideia de proibição do excesso, está se associa ao postulado da proporcionalidade. É o magistério de Mendes, quando faz alusão ao direito alemão:

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade ou ao princípio da proibição de excesso qualidade de norma constitucional não escrita. A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (Erforderlichkeit) e adequação (Geeignetheit) da providência legislativa (Mendes, 2017, p. 201).

A princípio o autor emprega as expressões “proporcionalidade” e “proibição de excesso” em conteúdo semântico equivalente, e esclarece que a atuação proporcional compreende razoabilidade e congruência entre os meios e fins adotados, bem como essa atividade envolve a apreciação de dois subprincípios: a necessidade e a adequação.

2.4 Micro e macro justiça

Isto posto, cumpre lembrar que os direitos sociais, enquanto programas a serem executados pelo poder público, demandam recursos públicos para sua materialização e para que sejam postos à disposição dos usuários. Considerados em sua fundamentalidade e aplicabilidade direta e imediata condicionam a atuação dos órgãos estatais.

Não obstante, a materialização desses direitos requer planejamento orçamentário face a finitude dos recursos públicos, o que implica escolhas alocativas, conforme exposto linhas acima. Contudo, ressalte-se que enquanto direitos, considerados em sua fundamentalidade, estão protegidos por um núcleo essencial que constitui o involucro de proteção substancial desses direitos fundamentais, bem como estabelecem uma cláusula de proteção e proibição de excesso ou proibição de proteção insuficiente.

Como refere acertadamente Galdino, segundo o seu entendimento:

o que verdadeiramente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental, não é a exaustão de um determinado orçamento: é a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo direito. O argumento da “exaustão orçamentária” presta-se unicamente para encobrir as trágicas escolhas que deixaram de fora do universo do possível a tutela de um determinado “direito”. As decisões ou escolhas acerca das alocações dos recursos para a tutela de determinados direitos, enquanto outros restarão desprotegidos, espelha os valores da sociedade em questão” (Galdino, 2002, p. 139-222).

Segundo o autor à administração pública deixa de efetivar direitos fundamentais, sob a alegação de falta de recursos orçamentários para camuflar as suas péssimas escolhas, deixando de fora esses direitos que são tutelados constitucionalmente e inerente ao cidadão.

Recorde-se que a dimensão subjetiva dos direitos sociais possibilita aos seus destinatários a faculdade de exigí-los judicialmente, o que abre a possibilidade de que o judiciário materialize esses direitos concretamente, dentro dos casos que lhes são submetidos.

A esse respeito pontua Gustavo Amaral:

Imaginar que não haja escolhas trágicas, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades nos parece ou uma questão de fé, no sentido que lhe dá o escritor aos Hebreus: a certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que se não veem, ou uma negação total aos direitos individuais. Se o Estado está obrigado a sempre ter recursos para prestar as utilidades que lhe são demandadas, ao menos no campo de saúde, então, por dever de coerência, há que se reconhecer o direito de obter esses recursos (Amaral, 2001, p. 37).

Depreende-se, então, que, na resolução do caso concreto, o magistrado deve se atentar para o fato de que os recursos são escassos, ao contrário das necessidades que se avolumam, sem se olvidar, no entanto, que os direitos sociais fundamentais

têm em sua estrutura um núcleo essencial que os protegem de irrazoabilidades arbitrárias.

Pontua e não menos importante, Flávio Galdino (2002, p. 213), chama atenção para que a negação dos direitos sociais, com base na limitação orçamentária, pressupõe um orçamento determinado, ignorando que os recursos públicos são captados em caráter permanente e que a captação não cessa nunca, nada impedindo, portanto, que um orçamento posterior assumira a despesa relativa aos gastos sociais.

No caso da saúde, a constituição garante o livre acesso a todos independentes de contribuições aos caixas do Estado.

O dilema se instaura quando ao judiciário deve decidir questões em que os jurisdicionados vão buscar o deferimento de tratamentos e/ou medicamento de auto custo aos cofres públicos, uma vez deferida a pretensão a decisão judicial impactará as dotações orçamentárias e, obviamente, obrigará os gestores públicos a um remanejamento das verbas públicas

Entende Galdino, que os direitos sociais deverão ser demandados pelo Estado positivamente, pois, assim não sendo, poderão incorrer em escolhas trágicas, senão vejamos.

Costuma-se referir apenas aos direitos sociais, ou que demandam prestações públicas positivas, como fazendo parte do elenco de opções entregues às escolhas trágicas, restando os direitos da liberdade fora deste âmbito, como se fossem efetivados independentemente daquelas. A afirmação não é correta, data máxima vênia. A partir da anterior conclusão de que todos os direitos públicos são positivos, é mister reconhecer que os direitos da liberdade ou individuais também integram o rol dado às trágicas escolhas públicas. Na verdade, conclui-se que todo e qualquer direito público subjetivo integra o referido rol (podendo, portanto, ser preterido em razão da tutela de outro direito, cuja tutela seja considerada mais importante em um dado momento). (Galdino, 2002, p. 139 - 222).

Insta ressaltar que os direitos sociais, encontram devidamente assegurados como direitos a serem prestados por parte do Estado, desse modo, tornam-se fundamentais esses direitos e devem aplicáveis, nos termos do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal. Assim sendo, embora cientes da escassez de recursos, os Magistrados não podem ignorar a sua devida pretensão, vez que prudentemente, jamais deverá sob a tutela do Poder Executivo, pois, esses pleitos dos cidadãos, sem a guarida do Judiciário, importará no aniquilamento da credibilidade da função jurisdicional, bem como das garantias constitucionais.

Via de regra, as decisões judiciais têm efeito *inter partes*, isto é, os efeitos da do provimento judicial recaem sobre os limites objetivos da lide, ou seja entre as partes litigantes, isso porque o juiz resolve o caso concreto que lhe é posto decidir. Nesse sentido é o magistério de Amaral:

O judiciário está aparelhado para decidir casos concretos, lides específicas que lhe são postas. Trata ele, portanto, da microjustiça, da justiça do caso concreto. O Judiciário, usualmente, só transcende do caso concreto em questões processuais, relacionadas à celeridade processual e ao acesso à Justiça. Nesses casos, com frequência — e acerto — renuncia a um procedimento idealmente justo, onde as partes possam praticar a ampla defesa com a produção de todas as provas que se façam necessárias, em prol de um procedimento célere, com rígidas regras de preclusão e limites à defesa, notadamente quanto a recursos (Amaral, 2001, p. 38).

Ademais, a microjustiça pressupõe a análise de um caso concreto em que o provimento jurisdicional não atingirá a terceiros estranhos às relações jurídicas processuais. Ainda, sobre microjustiça, esclarece o autor supradito que “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macrojustiça”, ou seja, e tendo como referência os direitos sociais, a microjustiça ou justiça do caso concreto deve vir acobertada da segurança jurídica de que a mesma decisão possa ser empregada como solução de questões análogas sobre pena de sacrificar a isonomia.

Galdino leciona com vasta capacidade intelectual ao se reportar aos direitos fundamentais e com muita propriedade, recita:

(...) “a tese de que há direitos negativos parece padecer de equívoco óbvio, e custa a crer não tivesse sido percebido antes. Não há que se preocupar, pois consoante ensina o Grande Jurista em sua sabedoria, às vezes as coisas mais difíceis de serem vistas são precisamente aquelas que estão bem diante dos nossos olhos. E o que se põe diante dos olhos com clareza capaz de ofuscar é que todos os direitos subjetivos públicos são positivos. As prestações necessárias à efetivação de tais direitos têm custos, e, como tal, são sempre positivas. Não há falar, portanto, em direitos fundamentais negativos, ou, o que é pior, em direitos fundamentais “gratuitos”, . até porque, como já se pode perceber, direitos não nascem em árvores.

Neste prisma, vale ressaltar que o autor retrata sobre a discussão doutrinária quanto a efetivação dos direitos fundamentais ou sociais, bem como na atuação do Poder Judiciário para efetivar tais direitos independentemente da escassez

orçamentária ou não, pois, sendo estes direitos positivados, conforme previstos constitucionalmente, caberá ao Estado obrigado na prestação dos referidos serviços

É necessário compreender, segundo Mendes (2017, p. 626), que os direitos sociais, ao passo que são eminentemente direitos individuais, constituem também direitos coletivos de modo que a administração pública possa se estruturar adequadamente para prover esses direitos sem a ingerência do Poder Judiciário.

A respeito das decisões individuais, ou microjustiça, sustenta o autor:

O processo de judicialização individual é marcadamente assimétrico e, por isso, não logra universalizar os direitos que devem ser prestados pelo Estado [...] é bem verdade que, em muitos casos, essa judicialização do direito à saúde deveria ocorrer, preferencialmente, no plano das ações coletivas e não no contexto de milhares de ações individuais. É necessário estimular-se a cultura das pretensões coletivas, que não apenas desafogaria o sistema judiciário, mas poderia conceder resposta rápida e uniformizada aos titulares de direitos em iguais condições (Mendes, 2017, p. 625).

Nesse caso, propõe o autor que as ações que visem a concreção de direitos sociais, a saúde exemplificativamente, devam ser demandas por meio de ações coletivas de modo a privilegiar a simetria das decisões judiciais e resguardar o conteúdo isonômico da prestação jurisdicional.

Prima facie, o autor ressalta que a universalização dos direitos sociais não cabe ao judiciário, lembrando que esses direitos são vinculados por normas programáticas, e se o forem que sejam por meio da tutela processual adequada.

Não é diferente o entendimento de Luís Roberto Barroso quando aborda a questão da concessão de medicamentos fora das listas elaboradas pela Administração Pública, segundo este Doutrinador:

Assim, a impossibilidade de decisões judiciais que defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente. O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. O que se propõe, entretanto, é que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos erga omnes no limite territorial da jurisdição de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias (Barroso, 2007, p 31)

Desse modo, segundo os autores supramencionados, ambos ministros do Supremo Tribunal Federal, as ações judiciais que buscam um provimento no sentido

da concreção de um direito social devem ser manjadas por ações coletivas, de modo que a decisão produza efeitos *erga omnes*, para todos na mesma posição jurídica, o que se compreende por macrojustiça.

Neste sentido, para elucidação do quanto narrado, pode-se citar algumas decisões do STF, que se posicionou com o propósito de produzir os efeitos *erga omnes*, vejamos:

O Supremo Tribunal Federal vem se posicionado, favoravelmente em diversos casos, possibilitando que o Poder Judiciário outorgue prestações positivas em prol dos cidadãos jurisdicionados. Cita-se como exemplo de entendimento dessa Corte, as decisões, cujos acórdãos se referem à aplicabilidade dos direitos fundamentais à saúde, de modo que determina ao Estado o fornecimento gratuito de medicamentos para os pacientes portadores de AIDS (RE(AgRg)271.286-RS, Relator. Min. Celso de Mello, Informativo do STF nº 210).

Respaldao nessa r. decisão acima mencionada, o juiz Federal George Marmelstein Lima, julgou a Ação Civil Pública nº 2003.81.00.009206-7, nesse julgamento, garantiu a todos os pacientes que se encontravam à espera de assistência pública, para o tratamento na Unidade de Tratamento Intensivo. O supracitado magistrado apresentou uma sugestão de concretização dos direitos sociais, no que diz respeito à macrojustiça, cuja possibilidade de o juiz determinar que os hospitais particulares executassem os devidos tratamentos, através de cobertura pelo SUS, determinado que os referidos hospitais fossem compensados dos gastos realizados na operação, através dos tributos de responsabilidade da administração pública.

Veja-se que os entendimentos, cujas decisões acima explicitadas, denota-se que o Poder Judiciário, promoveu uma macrojustiça, pois, as suas decisões proporcionou possibilidades igualitárias a todos os indivíduos que se encontravam nas mesmas condições. Inclusive, nos dias atuais os pacientes portadores de HIV (AIDS), lhes serão assegurados pelo poder público o tratamento necessário gratuito, bem como um benefício previdenciário por parte do INSS.

Desse modo, segundo a posição de Krell (2002, p. 22), que argumenta que se faz necessário uma revisão do:

[...] dogma da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos do Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil mostram-se incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

Nota-se, que o autor na sua argumentação o dogma da separação dos poderes, em determinados casos, tem se tornado ineficaz para com a prestação dos serviços básicos sociais, em detrimento das garantias e dos preceitos constitucionais.

Neste capítulo abordamos as teorias e discussões sobre os Direitos Sociais, analisando – os sob a perspectiva doutrinária, também discorreremos sobre as dimensões subjetiva e objetiva. Seguimos tratando sobre o direito de escolha e escassez, acrescentando conteúdo sobre a teoria da reserva do possível e do mínimo essencial, e seguiremos fazendo um esboço sobre as bases para o ativismo judicial em nosso país, estudando algumas decisões do Supremo Tribunal Federal – STF.

2.5 Direito de escolha e a sua escassez

Partindo do pressuposto que os direitos fundamentais congregam duas dimensões, uma subjetiva, que faculta ao indivíduo sindicalizar suas pretensões em face do Estado, bem como sob o aspecto objetivo conformam e direcionam a atuação estatal, é de se concluir que os direitos fundamentais, sejam na de primeira, ou de segunda dimensão, segundo aquela classificação histórica, repousam uma expectativa de direcionamento de recursos públicos no sentido de concretizá-los.

Estas garantias sociais, que essencialmente exigem do Estado certa atuação proativa, essa dimensão positiva dos direitos fundamentais é mais sensível e facilmente percebida.

Não obstante, a faceta positiva dos direitos sociais enseja a disponibilidade e alocação de recursos públicos e conseqüentemente, escolhas, que podem ser trágicas, muitas das vezes. A esse respeito leciona Gustavo Amaral:

Para a satisfação das pretensões originadas dessa dimensão positiva é necessário o consumo de recursos escassos, tornando inexorável a tomada de decisões alocativas. Essas decisões são disjuntivas, significando o atendimento de uns e o não atendimento de outros, mesmo quando o não atendimento significar a morte (Amaral, 2001 p.199).

Assim, ao lidar com a escassez de recursos, direciona o intérprete à consciência de que ao aplicar o direito no caso concreto deverá fazer escolhas, entre um e outro bem jurídico igualmente relevante.

Tomemos como exemplo o direito a saúde, que segundo o Texto Constitucional é “direito de todos e dever do Estado”, com efeito essa promessa constitucional impõe ao Estado uma disponibilidade de recursos financeiros, entretanto, há que se observar que esses recursos são finitos, sujeitos a escassez em face de outras despesas que a máquina estatal demanda e até mesmo para a concretização de outros direitos, de

cunho não social, por exemplo, a segurança pública. Nesse interim, diante da necessidade – direitos e da escassez – de recursos materiais emerge a necessidade de tomada de decisões alocativas.

A esse respeito, ensina Amaral citando Calabresi e Bobbitt que:

Firmado que há menos recursos do que o necessário para o atendimento das demandas e que a escassez não é acidental, mas essencial, toma vulto a alocação de recursos. As decisões alocativas são, como bem captado por Calabresi e Bobbitt, escolhas trágicas, pois, em última instância, implicam na negação de direitos que, no campo da saúde, podem redundar em grande sofrimento, eu mesmo em morte (Amaral, 2001, p. 147).

Destarte, essas escolhas compreendem a seguinte fórmula: quanto é possível disponibilizar e quem será beneficiado por aquele montante.

Diante desse cenário, o Estado, através de seus órgãos políticos direciona a dotação orçamentária a atender determinado risco social bem como seus beneficiários, tendo como premissa a finitude de seus recursos materiais.

Questão complexa diz respeito a judicialização de direitos de cunho prestacionais em que o magistrado é incitado a fazer essas escolhas alocativas. Não se esqueça que o Constituinte Originário assegurou que a saúde é direito de todos e dever do Estado, de posse desse mandamento portador de doenças graves têm buscado no judiciário o custeio de tratamentos e/ou medicamentos caros não disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde – SUS, e indeferidos pelas vias administrativas.

Importa esclarecer, estudado por Galdino, na Obra Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores, permite afirmar que, partindo do pressuposto de que todos os direitos possuem custos, não deve(ria), nem pode(ria) condicionar-se a remessa de ofício ao valor da condenação, pois a Administração Pública não deve ser vista como uma instituição financeira ou somente como uma gestora financeira, no sentido de que somente lhe interessa causas que possam impactar mais o seu orçamento. Ora, o Estado Democrático de Direito impõe que a Administração Pública haja em decorrência da (e limitada pela) juridicidade, ou seja, não está(ria), somente, sua ação ligada a recursos financeiros. Muito pelo contrário, cabe-lhe buscar, sim, a concretização/materialização dos interesses públicos primários previstos na Constituição:

Desvirtuar-se desta ideia significaria dizer que um cidadão que tenha uma condenação contra o Estado no valor atual de R\$ 32.600,00 (59,82 salários-mínimos) teria mais direito que aquele cuja condenação supere R\$ 32.700,00 (60 salários-mínimos), ou que o direito do primeiro seria alcançado mais facilmente que do segundo. Considerando aqui que o objeto da ação e o motivo da condenação fossem os mesmos, os procuradores públicos poderiam recorrer, se fosse o caso, de ambas (buscando a prevalência do interesse público primário) decisões e não somente de uma delas em decorrência do valor de sua condenação, supondo-se, a título exemplificativo, que sejam ações movidas postulando ressarcimento de despesas de internação hospitalar nas quais as pessoas tiveram que arcar, mas que deveriam ter sido suportados pelo Sistema Único de Saúde, e que para isso, por exemplo, tivessem de se despojar de alguns (ou todos, muitas vezes) bens, tudo para que não viessem a perder suas vidas em decorrência da omissão estatal. O duplo grau de jurisdição obrigatório em situações fáticas e jurídicas idênticas fere(ria), necessariamente, a igualdade. Condicionar o duplo grau de jurisdição obrigatório ao valor leva à seguinte conclusão: o interesse público está(ria) presente somente nas ações acima de 60 salários-mínimos, porque é nestas em que há a remessa necessária para salvaguardar o interesse público, o que não é uma verdade. De forma nenhuma se pode visualizar a omissão do Estado trazendo-lhe um benefício. Quanto mais duradoura a omissão (ilícita), maior o valor da condenação frente a Administração Pública, e menos célere será a prestação jurisdicional face ao reexame obrigatório. Logo, condicionar o duplo grau obrigatório de jurisdição ao valor da condenação é inaceitável no atual sistema jurídico-social nacional (autores: Felipe Scalabrin e Gustavo Santanna – link: [ajuris,+Ajuris+137-DT+12](#)).

Vê-se nesse cenário o judiciário substituindo-se aos órgãos executivos e legislativos cujas decisões impactam o orçamento público, e nesse ponto ficam entre a tenuidade de concretizar um direito fundamental e a incolumidade das contas públicas.

Sobre esse assunto dissertam Mônia Clarissa Hennig Leal Iuri Bolesina:

O que parece restar evidenciado neste ponto à jurisdição é que, ao se falar de proteção aos direitos fundamentais e em controle judicial de políticas públicas, a decisão judicial não pode ser apenas jurídica, ela tem que ser também econômica – não determinante, mas como face a ser considerada. Jurídica ao proteger, garantir e concretizar direitos, porém econômica ao ponderar critérios de escolha racional e eficiência, evitando-se desperdícios diante do cenário de escassez. Tudo isso, entretanto, deve estar acompanhado de um discurso fundamentado e exaustivo acerca das razões jurídicas (melhor argumento) e econômicas (melhor utilidade), lançadas como parâmetros pelo julgador (Leal; Bolesina, 2012, p.12).

Assim sendo, no que concerne a prestação jurisdicional, ao juiz não é obstado uma análise econômica do direito, haja vista suas decisões impactarem a realidade social, nem tão somente uma análise jurídica do caso, deve, portanto, congrega critérios jurídicos e de escolha racional quando estiver diante de um direito fundamental e da escassez de recursos públicos.

No entendimento de Galdino, a saúde, de acordo com a Constituição de 1988, é direito de todos. Mas quem é o devedor deste direito? Há autores que negam o dever correlato ao direito à saúde, porquanto não se pode transportar para o direito público os institutos do direito privado, sem levar em consideração as especificidades que envolvem a relação indivíduo-Estado (GALDINO, 2002, p.150).

Percebe-se, que sobre esse tema ocorre entendimentos doutrinários divergentes, pois, enquanto alguns autores são incisivos na prestação dos serviços fundamentais garantidos constitucionalmente pelo Estado, independentemente da escassez de recursos orçamentários, outros, contra argumentam que se os recursos são finitos ou insuficientes para atender ao quanto demandado pelos cidadãos, de modo que a garantia deste serviço prestado, querendo ou não torna-se uma escolha, que por sua vez, deixou de prestar esse mesmo serviço aos demais cidadãos.

3 BASES PARA O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

É notório que nos últimos anos o judiciário tem sido protagonista no plano da estrutura dos poderes, assim, neste capítulo, analisar-se-á as bases para o ativismo judicial no Brasil a partir do nosso objeto de estudo, os direitos sociais.

3.1 Ascensão do judiciário e jurisdição constitucional

Até o pós-segunda guerra mundial, vigorava, na Europa Continental, a supremacia das leis e do Parlamento. As leis ocupavam um papel de centralidade, num modelo de Estado de Direito em que a Constituição era tida por um documento político e desprovida de aplicabilidade imediata. Após esse período, o Estado Constitucional surge modificando as relações de poder e entre os Poderes constituídos e os cidadãos. É o magistério de Barroso:

No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema Corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais (Barroso, 2012, p. 336).

De outro passo, a expressão jurisdição constitucional consiste, segundo Barroso (2012), na interpretação e aplicação das normas constitucionais por juízes e/ou órgãos judiciais. Relembre-se que, no Brasil, o sistema misto de controle de constitucionalidade, difuso e concentrado, possibilita a aplicação e interpretação das normas constitucionais por todos os juízes e tribunais, em qualquer instância ou grau de jurisdição.

Repise-se, pois, conforme entendimento de BONAVIDES, cuja lição da sua abordagem constitucional no Brasil, argumenta que:

Dentro da ótica kelseniana de que não há uma única solução para todas as constituições, e de que cada jurisdição constitucional, de acordo com suas peculiaridades, deve buscar o modelo que melhor se coadune com o seu contexto social e político, BONAVIDES, após constatar que o direito constitucional no Brasil passa por uma de suas fases mais delicadas - onde a concretização simultânea dos direitos fundamentais de três gerações

consecutivas faz a lei flutuar como centro nervoso de uma aplicação que nem sempre satisfaz às exigências da consciência social e jurídica - sugere o estabelecimento de uma Corte Constitucional, apartada da estrutura do Judiciário, além do fortalecimento dos instrumentos da democracia participativa direta (art. 1º. parágrafo único c/ c art. 14 da Constituição), a ser exercida inclusive sobre políticas de governo, de modo a impedir que o poder constituinte originário fique "adormecido" (BONAVIDES, 2004, p. 128-133). Vale-se, ainda, o autor, das lições de Luís NUNES DE ALMEIDA, Vice-Presidente do Tribunal Constitucional de Portugal, para quem a questão essencial, a propósito do Tribunal Constitucional, não é a da sua composição, mas a das garantias de independência de seus juizes, entre as quais a mais importante consistirá, talvez, em não haver uma relação pessoal entre a entidade nomeante e o juiz nomeado (NUNES DE ALMEIDA, 1995 apud BONAVIDES, 2004, p. 135).

O autor vai além e considera, ainda, que existem medidas restritivas com determinada influência através do, Presidente da República, em relação aos membros da Suprema Corte e ainda transitando pelo Congresso Nacional, com ênfase destaca:

que atenuariam, posto que não resolvessem de todo o problema, como as sugestões do senador BERNARDO CABRAL para a imposição de uma espécie de quarentena aos indicados a Ministro da Suprema Corte, que houvessem ocupado cargos no Executivo federal e estadual durante os três anos anteriores à indicação, além do estabelecimento de um quorum qualificado de três quintos (mesmo quorum para a aprovação de uma emenda constitucional), para a aprovação da escolha presidencial pelo Senado, no lugar do quorum vigente da maioria absoluta. Medidas de semelhante natureza, tomadas em conjunto com a reforma política sugerida neste estudo devem contribuir para a contenção e, ao mesmo tempo, para uma maior legitimação da jurisdição constitucional nesse crescente ativismo judicial que se tem verificado ao longo dos últimos anos no Brasil" (BONAVIDES, 2004, p. 136).

Demonstra-se, sabiamente o autor que no Brasil, através do sistema de Governo Presidencialista, em que o Poder Executivo necessita de sustentação jurídica e política para garantir a sua governabilidade, jamais restará dúvidas as aproximações, contatos e influências entre diversos membros dos outros poderes, desse modo, ao nomear algum destes, certamente haverá alguma interferência política, que de certa forma, não seria razoável.

Não obstante, o órgão de cúpula do judiciário brasileiro – Supremo Tribunal Federal – recebeu a incumbência de ser o intérprete final, não único, da Constituição Federal. O autor ainda destaca duas formas de atuação em que se desenvolve a jurisdição constitucional.

A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do

Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição) (Barroso, 2012. p. 367).

Isto posto, seja direta ou indiretamente, a jurisdição constitucional enseja aos aplicadores do direito, juízes e tribunais, a salvaguarda das premissas constitucionais.

Conquanto, nas últimas décadas, o Poder Judiciário tem ocupado as pautas de discussões em variados âmbitos que não o estritamente jurídico, alavancando celeumas em campos como a política, a moral e a economia. Esse fenômeno de ascensão do judiciário decorre de inúmeros fatores que direcionam à conjuntura institucional do Estado Brasileiro, embora não seja um fenômeno isoladamente brasileiro.

Observe-se que a Constituição de 1988, rompe com a ordem jurídica anterior, maculada pelos arbítrios institucionalizado, bem como pelo regime militar, inaugurando uma estrutura de Estado, pautada na democracia representativa e na consolidação dos direitos fundamentais.

De outro modo, o texto constitucional de 1988, conferiu aos Magistrados, um amplo leque de garantias e vedações, que garantem sua independência ao proferir suas decisões com isenção, dissociadas de partidarismos ideológicos. Nesse contexto, o Poder Judiciário viu-se fortalecido na medida em que aumentaram as demandas por acesso à justiça.

Contudo, ainda corrobora para a popularidade do judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, o descrédito e a crise de representatividade dos poderes constituídos pela vontade popular.

Vale ressaltar a forma peculiar com que se julga no Brasil, às claras, note-se que é mandamento constitucional a ampla publicidade conferida aos julgamentos, o que corrobora para a fiscalização e controle social.

Nada obstante, a ascensão do Poder Judiciário, especialmente a proeminência da jurisdição constitucional, e o reforço de seu papel político é um reflexo do arranjo institucional arquitetado pelo Constituinte Originário e paulatinamente ratificado pelo poder derivado reformador, a exemplo das Emendas Constitucionais números 03 e 45, e pelo legislador ordinário, através das leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, tais ementas já foram supramencionadas.

Com tudo o exposto pode-se afirmar que não há dúvidas quanto a dimensão significativa que o Novo Código de Processo Civil conferiu aos precedentes judiciais, um exemplo prático são as possibilidades em que o juiz pode julgar de plano a improcedência liminar do pedido corroborando, em última análise, para a uniformização da jurisprudência, celeridade processual, segurança jurídica, entre outras garantias corrolárias do devido processo legal.

Nas próximas linhas, verás em que medida a ascensão do Poder Judiciário, especialmente a jurisdição constitucional, têm dado contornos específicos para o Judiciário brasileiro.

3.2 Ativismo judicial e judicialização da política: considerações iniciais

Não obstante, por certo o termo Ativismo Judicial, pela natureza a ser abordado, ele é muito polêmico. Observa-se, que tem se falado sobre o ativismo judicial no mundo jurídico, para os operadores do direito, torna-se fácil à sua compreensão, todavia, em diversas camadas da sociedade brasileira, embora tenha participado do debate através de informações midiáticas, porém, nem sempre possui determinada noção do que realmente venha ser o ativismo judicial, bem como as suas nuances.

Vale ressaltar, que o ativismo judicial é um termo usado com a finalidade de nominar as decisões através do poder constitucional para a devida interpretação pelo Juiz, com o fito de responder ao quanto judicializado pelos cidadãos jurisdicionados, importa destacar, que diante da polarização política em que o País atualmente se encontra, bem como as diversas decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), o termo Ativismo Judicial, passou a ser compreendido com conotação pejorativa, bem como algo maléfico para a sociedade.

Contudo, deve-se salientar que essa prerrogativa garantista dada ao Poder Judiciário, em que o magistrado ao encontrar lacuna na norma ou melhor na ausência de lei específica capaz fundamentar acertadamente a sua decisão ou julgamento, deverá constitucionalmente, recorrer-se do poder-dever interpretativo para as resoluções das devidas ações que lhe são demandadas.

Assim sendo, em se tratando dos direitos fundamentais ou sociais, que são inerentes ao cidadão, com previsibilidades constitucionais, e, ainda, diante da negativa ou ineficiência do Estado, compreende-se, nitidamente, os direitos

assegurados na Constituição Federal e não cumpridos pelo Estado, tal interpretação é meramente compreensível, pois desta forma o magistrado teve uma atuação proativa, visando se fazer valer os direitos ao quanto judicializado.

Enfatiza-se, num breve relato, que muito embora haja uma certa divergência sobre a origem do surgimento deste termo Ativismo judicial, no entanto, sabe-se que o mesmo foi criado pelo jornalista americano Arthur M. Schlesinger Junior, em 1947, numa matéria jornalística a ser divulgada para revista “Fortune”.

Parte-se do pressuposto que o citado jornalista recebeu a incumbência, missão de elaborar um perfil ideológico e político dos nove Membros da Corte Suprema Norte-Americana, pois, naquela época a referida Corte passava por um momento de tensão e turbulência política com o governo Franklin Delano Roosevelt, cujo teor tinha por finalidade para a aprovação um novo plano político e econômico, denominado como *new deal*, ou seja, novo acordo.

Constata-se, ainda, que à época aquele plano político envolvia-se com algumas medidas legislativas, pois, se encontrava diante de determinados traços de inconstitucionalidade. Porém, o principal objetivo era resgatar o desenvolvimento econômico da nação americana, que se encontrava em declínio logo após a ocorrência da grande depressão daquela década de 1930, cujo artigo se intitulava “The Supreme Court (O Tribunal Supremo): 1947”, de Schlesinger Jr.

Oportuno esclarecer, que naquele contexto, o Termo Ativismo Judicial não tinha uma expressão tão relevante como no contexto atual. Uma vez que o artigo escrito por Arthur Schlesinger narrou a postura tomada por alguns magistrados da Suprema Corte, que apresentaram uma postura de jurisdição defensiva (*judicial restraint*), ou seja restrição judicial, que possui um pensamento extremamente positivista, de modo que se esquivaram de enfrentar diversos casos com certa relevância e essencial para aquela sociedade.

A segunda metade do século XX no Brasil foi de um cenário político-econômico conturbado e de violações massivas aos direitos humanos fundamentais. Nesse cenário sobreveio, a Constituição Federal de 1988 com um texto cujo teor é extremamente garantístico e compromissório, que por sua vez, teve várias influências do neoconstitucionalismo, estava a inaugurar constitucionais ganharam forças e a era da redemocratização do País, de modo que as normas constitucionais ganharam forças, bem como foram incorporados com destaques os direitos fundamentais, sociais, etc... o que tornara uma Constituição Cidadã.

Sobre o neoconstitucionalismo, importante frisar, segundo CARLUCCI (2023):

uma das mudanças de paradigma mais importantes ocorridas ao longo do século XX, sem sombra de dúvidas, foi a atribuição do status de norma jurídica à norma constitucional, sendo que hoje, com a evolução do direito constitucional, podemos dizer que o neoconstitucionalismo, é fundamentalmente marcado por quatro premissas básicas, são elas:

1 - trazer a Constituição para o centro do Direito, como ponto de partida para todos os outros ramos do Direito, formando um ordenamento jurídico com um contexto constitucional.

2 - atribuir força normativa real, efetiva, para a constituição, atingindo inclusive as relações privadas infraconstitucionais, ou seja, o texto constitucional atinge todas as leis complementares, ordinárias, decretos, medidas provisória, regulamentos, regimentos, portarias, circulares, dentre outros atos normativos, de toda e qualquer natureza.

3 - reinterpretar a própria constituição e extrair dela todos os seus valores fundamentais, de modo que esses valores sejam rigidamente mantidos e alterados somente quando houver mudança da própria sociedade que essa Constituição rege.

4 - tornar todo ordenamento jurídico atrelado à nova interpretação, utilizando todas as normas conforme o previsto na Constituição.

No Brasil, a modernização e a transformação do direito constitucional, ocorreram em razão da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação em 5/10/88, da Constituição Federal, onde, após um longo período de ditadura militar (de 1964 a 1985), marcado pela censura e pela restrição de direitos fundamentais, o Brasil veio a se democratizar e a se reconstitucionalizar”.

O autor acima mencionado, traz à baila que nessa fase inaugura-se uma nova era no país, pois, se restabelece a democracia, que há 23 anos fora suprimida dos brasileiros com o golpe militar de 1964, cujo período em que a sociedade viveu sem os seus direitos reais, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, bem como, o direito de se expressar e, ainda, o direito de escolher os seus representantes através do voto popular.

Desenvolveu-se no Brasil a doutrina da efetividade das normas constitucionais decorrente da força normativa da Constituição, nesse sentido esclarece Luís Roberto Barroso quando fala especificamente acerca do direito à saúde que:

Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa

constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde (Barsil, 2007, p. 03).

Nota-se que o Poder Judiciário passou a ser o guardião dos cidadãos que buscam a efetivação de direitos positivados no texto constitucional e não concedidos pelas outras esferas governamentais.

Pode-se constatar de acordo com visão de SARMENTO que:

no neoconstitucionalismo a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais” (SARMENTO, 2010, p. 3).

Neste contexto, afere-se que o autor ao retratar o neoconstitucionalismo, vem referir-se ao arcabouço da força normativa, bem como da integração dos direitos fundamentais e sociais e ainda do livre poder hermeneuticamente interpretativo.

Desse modo, ao acrescentar a imensa quantidade de judicialização, cuja demandas que se trata dos direitos assegurados constitucionalmente, diante da negativa do Estado, buscam-se uma resposta do Poder Judiciário, assim sendo não haverá outra alternativa, a não ser a proatividade do judiciário que possa haver uma conotação de ativismo judicial que e com o passar tempo, a tendência é aumentar essa judicialização.

Acerca da complexidade tema (ativismo judicial), na inteligência de CAMPOS:

“propõe o estudo do fenômeno do ativismo judicial a partir de múltiplas dimensões, que podem assim ser designadas: a dimensão metodológica, a dimensão processual, a dimensão estrutural ou horizontal, a dimensão de direitos e a dimensão antidialógica” (CAMPOS, 2014, p. 276). Conforme abaixo descritas:

“a dimensão metodológica do ativismo relaciona-se com o “modo de interpretar os dispositivos constitucionais ou legais, expandindo ou reduzindo os significados para além ou aquém dos sentidos mais imediatos e compreensíveis, e, às vezes, até mesmo contra esses sentidos, lançando-se a participar ativa e criativamente na construção da ordem jurídica;

a dimensão processual, por sua vez, é revelada pelo alargamento do campo de aplicação e da utilidade dos processos constitucionais postos à sua disposição, sobretudo pela ampliação das hipóteses de cabimento das ações e dos recursos, bem como de seus efeitos, o que, quando realizado pelas instâncias superiores, acaba imprimindo consequências também sobre a liberdade de atuação das instâncias ordinárias;

a dimensão estrutural ou horizontal, que se mostra pela interferência constante ou incisiva dos juízes e tribunais sobre as decisões prévias tomadas pelos agentes dos demais poderes, ou, ainda, pela interferência dos juízes e tribunais nessas decisões e de como eles vêm atuando livremente em áreas tradicionalmente ocupadas apenas pelos demais atores políticos;

a dimensão de direitos ou ativismo judicial de direitos, que remete ao avanço de posições de liberdade, igualdade social sobre os poderes públicos, reduzindo margens de ação regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado (dimensão negativa ou de defesa), ou interferindo em medidas de tutela estatal e em escolhas de políticas públicas (dimensão positiva ou prestacional);

a dimensão antidialógica, pela afirmação dos juízes e tribunais, mas, sobretudo, da corte constitucional, não apenas como últimos intérpretes da Constituição, mas como únicos e exclusivos, em detrimento de todos os demais, fechando as hipóteses de (re)discussão acerca de determinada questão constitucional, ou, em outros termos, impedindo o debate institucional” (VIARO, F. A. N.)

Neste íterim, o autor sugere um aprofundado estudo sobre o tema, para que possa adquirir melhor e diversificado conhecimento sobre o fenômeno do ativismo judicial, para melhor compreendê-lo

Medidas de semelhante natureza, tomadas em conjunto com a reforma política sugerida neste estudo devem contribuir para a contenção e, ao mesmo tempo, indaga-se que diante da crescente quinada do ativismo judicial que tem ocorrendo nos últimos anos no Brasil. Conforme a precisa lição de NEWTON TAVARES FILHO:

A composição da justiça constitucional depende de um delicado arranjo elaborado para assegurar um equilíbrio entre legitimidade, independência e isenção de seus magistrados, conhecendo inúmeras configurações nos diversos países do mundo. O sistema brasileiro foi moldado a partir do modelo americano, centrado numa Suprema Corte colocada no ápice da estrutura judiciária e integrada por magistrados vitalícios, cuja seleção atende a requisitos minimamente explícitos de qualificação. A livre escolha dos candidatos pelo Presidente da República e sua aprovação pelo Senado Federal foram adotados como modo de conferir legitimidade democrática às nomeações, e a vitaliciedade concebida como garantia de independência. A experiência histórica, no entanto, mostra o surgimento de alternativas a esse modelo, graças principalmente ao desenvolvimento do sistema europeu de jurisdição constitucional. Naquele continente, adota-se via de regra a nomeação dos magistrados constitucionais compartilhada por várias autoridades ou Poderes de Estado, para mandatos fixos, mediante o Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 44, abr./jun. 2012 preenchimento de condições específicas e detalhadas de qualificação e experiência profissional. O processo de nomeação passa a centrar-se na legitimidade democrática da justiça constitucional, expressa principalmente na duração limitada da investidura dos juízes e na seleção de candidatos partilhada por vários órgãos políticos superiores do Estado (TAVARES FILHO, 2006, p. 19) - (Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 44, abr./jun. 2012).

A par desse raciocínio, é de se observar que o ativismo judicial depreende-se de uma ação de proatividade do judiciário nos temas eminentemente sociais, fundamentais e políticos.

Quanto às origens históricas do ativismo judicial, Barroso (2008, p. 07) aponta para a jurisprudência norte-americana que a princípio tinha contornos conservadores em que os provimentos judiciais ratificaram a segregação racial e negação da legislação social período conhecido como Era Lochner (1905-1937). A virada jurisprudencial ocorre a partir da segunda metade do século XX, com a Suprema Corte sob a presidência de Warren (1953-1969); viu-se a partir de então a produção de jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo direitos relativos aos afrodescendentes, mulheres e acusados em processo criminal, além de temas como a interrupção da gravidez e direito à privacidade.

A título de exemplo, Barroso coloca como autêntico ativismo judicial no tocante a determinação de condutas ao poder público a distribuição de medicamentos, assim dispõe:

na categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório provavelmente é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. A matéria ainda não foi apreciada a fundo pelo Supremo Tribunal Federal, exceto em pedidos de suspensão de segurança. Todavia, nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior. (Barroso, 2008, p. 08-09)

Nesse desiderato, têm-se um judiciário implementado direitos previstos no Texto Constitucional que por algum motivo deixou de ser fornecido por quem tinha dever Constitucional. Relembre-se que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais permite a sindicabilidade mediante a exigibilidade direta ao Judiciário.

Em um valoroso artigo em que ao abordar as funções das Cortes Supremas, bem como tarefa de interpretação das normas constitucionais, GUSTAVO ANTUNES SENGES indaga-se sabiamente, resumindo as suas palavras e inquietações:

"Como um pequeno grupo de homens, não eleitos pelo povo, pode controlar as decisões de uma nação"? (SENGÉS, 2008, p. 7681).

Pode-se aferir, que a consequência deste movimento ativista que o judiciário experimenta diversas críticas sobre as suas decisões interlocutórias, inclusive, por parte de Membros do poder representativo (Congresso Nacional, Senado Federal e

OAB), bem como da imprensa e da sociedade organizada. No entanto, vê-se o distanciamento do juiz na aplicação mecânica do direito e aproximação de uma função semelhante a criação do próprio direito. Note-se, que nos casos de silêncio legislativo, por exemplo, o judiciário tem sido instado a se pronunciar quando posto face a um caso vazio colmatando assim espaços lacunosos deixados pelos outros poderes.

Salvo melhor juízo, Barroso elucida qual seria a contramão de ativismo judicial:

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos (Barroso, 2012,273, grifo do autor).

Visto que, o ativismo judicial é uma maneira proativa de agir do Poder Judiciário, faz-se necessário distingui-lo de um outro conceito muito próximo, mas com certas peculiaridades, a judicialização da política, segundo Frederico Magalhães Costa:

De um lado a judicialização da política refere-se à transferência de questões tradicionalmente deixadas aos poderes representativos para o Poder Judiciário. Ou seja, sem que o Judiciário assim deseje, por imposição da ordem constitucional tais matérias acabam por passar a lhe dizer respeito. [...] já o ativismo judicial, por outro lado, envolve, antes, uma participação mais intensa e ampla do judiciário na concretização de valores constitucionais e seus objetivos, interferindo com mais veemência na atuação de outros poderes (Costa, 2015, p.86).

Infere-se dos conceitos acima que, no ativismo judicial, o Judiciário colmata espaços vazios deixados pelos demais poderes, agindo proativamente porque instado a fazê-lo, ao passo que na judicialização da política ocorre quando temas eminentemente políticos são levados à baila do Judiciário. Esses fenômenos decorrem do próprio modelo de Estado Social insculpido pela Carta Política de 1988, ao lado de uma hermenêutica constitucional que privilegia a força normativa da Constituição e a concreção dos direitos fundamentais.

Ainda sobre o ativismo judicial, esclarece BRANCO:

tanto os que criticam como os que enaltecem o ativismo parecem ter pressuposta a intuição de que o ativismo revela um afastamento do juiz do âmbito do que seria ou poderia ser o esperado nas suas funções corriqueiras. Os que aclamam, atribuem ao ativismo virtudes saneadoras de desvios, enquanto os que o rejeitam, falam em quebra do princípio da separação dos poderes em detrimento do Estado Democrático do Direito.

Compreende-se que o autor se reporta à insatisfação ou não daqueles que criticam ou elogia as decisões que se resultam de cunhos interpretativos, em que o magistrado se reveste para decidir ou julgar ao quando demandado.

Não sem embargo, esse movimento de expansão do judiciário alberga críticas à expressiva expansão do judiciário, alertam Peter Haberle e Sarmento a esse respeito:

ao propor uma contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição, PETER HABERLE, em sua obra sobre a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, publicada originalmente em 1975, sugere a inserção dos segmentos sociais no processo de interpretação constitucional. Contudo, consoante alerta SARMENTO, essa proposta de hermenêutica constitucional, embora pretenda conferir certa dose de legitimidade democrática às decisões judiciais proferidas em sede de jurisdição constitucional, não é capaz de impedir que o Poder Judiciário venha a pronunciar-se em áreas que demandam profundos conhecimentos técnicos fora do direito e exijam respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político (SARMENTO, 2010, p. 11)

A sugestão do primeiro autor diz respeito a legitimidade democrática, bem como assegurar aos indivíduos os de direitos fundamentais e sociais, com a devida previsibilidade constitucional, pois, devido a sobreposição do Poder Judiciário, às deliberações dos poderes regularmente representantes da vontade popular, visto que são direitos materializados através das decisões judiciais.

Contudo, na segunda, o autor se preocupa com as interpretações constitucionais, uma vez que as decisões judiciais proferidas, tornem ilimitadas ao ponto que venham se pronunciar fora do campo do direito e que demandem profundamente conhecimentos técnicos.

Frise-se que atinente a essa capacidade institucional, dentro da concepção moderna, todos os poderes têm funções típicas e atípicas, não obstante as funções de cada Poder estatal são delineadas pela Constituição de modo que as matérias sejam delegadas a quem tem maior aptidão técnica e institucional para fazê-lo, dentro dos parâmetros ditados pela própria Constituição. Assim, a capacidade institucional

veicula a ideia entorno de qual Poder está mais aparelhado para concretizar determinado valor constitucional.

A limitação ao debate constitui a terceira crítica quanto a judicialização da política. Destarte, a argumentação jurídica, por vezes, encabeça discursos inacessíveis para a generalidade das pessoas, sendo “a primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica” (Barroso, 2012, p. 375).

Constata-se, no que tange ao ativismo judicial, além das críticas *supra*, existe a discussão se a colmatação de espaços vazios deixados pelos demais poderes da República no bojo de interpretações engajadas não corromperia a separação de poderes.

Impende destacar: “o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410715/SP56, de relatoria do Min. Celso de Mello (DJ 03.02.2006), manifestou-se no sentido de que a prerrogativa constitucional de formular e executar políticas públicas reside primordialmente nos Poderes Legislativo e Executivo, sendo possível, no entanto, que o Poder Judiciário, ainda que de modo excepcional (e, especialmente, nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Carta Magna) determine que tais políticas sejam implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes. Em outras palavras, firmou-se o entendimento de que é possível o ativismo judicial quando ficar caracterizada a omissão ou o descumprimento dos encargos políticos de caráter mandatório, de modo a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais” (Obra publicada na Revista brasileira de políticas públicas. autores: Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim).

Frise-se oportunamente, para breve relato sobre a judicialização da política, que também é um fenômeno que teve um elevado crescimento nas últimas décadas, bem como por ser entendido em alguns pontos como direito fundamental do ser humano e através dela pode-se praticar o exercício da cidadania, com ampla participação do cidadão, para deliberar através de uma sistema democrático com efetividade constitucional.

Não obstante, evidencia-se que nas últimas décadas, houve uma crescente volume que impactou com diversas de decisões jurídicas interlocutórias no meio político, aliado ao processo dos conflitos e interesses políticos, diante do inconformismo da parte vencida, as demandas são levados ao Judiciário de maneira

recorrente visando para uma resolução a contento. Além disso, não restam dúvidas que alguns grupos ou partidos e agentes políticos buscam no Poder Judiciário como forma de se mobilizar visando os seus interesses específicos.

Denota-se, que talvez esse crescimento da judicialização da política, seja devido ao reflexo de um período pós-ditadura, uma vez que durante este período do militarismo, apenas o Poder Executivo era detentor força máxima e neutralizava as prerrogativas dos demais poderes, pois, a atividade política foi cerceada dos poderes de representatividades do povo, entretanto, após a redemocratização do país, ocorreu as justas e devidas valorações dos demais poderes, inclusive, albergados pela constituição Federal, cuja promulgação se deu em 05/10/1988.

Para melhor elucidação sobre a judicialização da política no Brasil, pode-se constatar através dos ensinamentos de FILHO FERREIRA e VALLINDER, dissertam que:

Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da Justiça”, escrito por Manoel Gonçalves Ferreira Filho ainda em 1993 e publicado, pela primeira vez, na Revista de Direito Administrativo, n. 198, correspondente a outubro/dezembro de 1994. Também, sem pretender listar todos, destacam-se os trabalhos de Marcus Faro de Castro, Maria Teresa Sadek e Rodrigo Arantes, Luiz Werneck Vianna, Ernani Rodrigues de Carvalho, Luís Roberto Barroso, Lenio Luiz Streck, entre outros. Na clássica definição cunhada por Torbjörn Vallinder, que pode ser encontrada no texto de 1994, *The judicialization of politics – a world-wide phenomenon: introduction*, judicialização tem origem no verbo de língua inglesa *to judicialize*, que remete a tratar “judicialmente” uma questão para se chegar a um julgamento ou a uma decisão sobre alguma coisa. Nessa referência, há dois principais sentidos para o termo: o primeiro é tratar uma questão por meio de um julgamento, no ofício ou capacidade de juízes investidos na administração da Justiça; o segundo, tratar algo seguindo o método de um juiz, com conhecimento e técnicas judiciais” (FILHO, 1993 e publicado, pela primeira vez, na Revista de Direito Administrativo, n. 198) e (Vallinder, v. 15, n. 2, April 1994. Disponível em: Acesso em: 15 mar. 2015).

Verifica-se que os autores se debruçaram com os objetivos e publicarem as suas obras, de modo que venham contribuir com o mundo acadêmico, com muito propriedade sobre a judicialização da política.

Segundo o valioso ensinamento de Maria Helena Diniz, acerca dos direitos sociais, argumenta que:

Não há lei que não contenha uma finalidade social imediata. Por isso o conhecimento do fim é uma das preocupações precípua da ciência jurídica e do órgão aplicador do direito...
O fim social é o objetivo de uma sociedade, encerrado na somatória de atos que constituirão a razão de sua composição; é, portanto, o bem social, que

pode abranger o útil, a necessidade social e o equilíbrio de interesses, etc... O intérprete-aplicador poderá: a) concluir que um caso que se enquadra na lei não deverá ser por ela regido porque não está dentro de sua razão, não atendendo à finalidade social; e b) aplicar a norma a hipóteses fáticas não contempladas pela letra da lei, mas nela incluídas, por atender a seus fins. Consequentemente, fácil será perceber que comando legal não deverá ser interpretado fora do meio social presente; imprescindível será adaptá-lo às necessidades sociais existentes no momento de sua aplicação. Essa diversa apreciação e projeção no meio social, em razão da ação do tempo, não está a adulterar a lei, que continua a mesma.” (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretado, 17ª ed., pág. 188-9).

Na concepção da autora sobre a aplicação da lei, independentemente da sua interpretação, deve prevalecer a finalidade dos fins sociais, pois, se estes objetivos não forem alcançados, por melhor aplicabilidade que venha ser, o seu interpretador não fará justiça.

3.3 Os direitos sociais em espécie na Constituição de 1988 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)

Compreendem-se que os direitos sociais insculpidos na Carta Magna de 1988 cuja previsão está inserta no artigo 6º os seguintes: educação; saúde; a alimentação; o trabalho; a moradia; o transporte; o lazer; a segurança; a previdência social; a proteção à maternidade e à infância; e a assistência aos desamparados.

Esse nicho de direitos compreende programas direcionados ao Poder Público – Poder Legislativo e Poder Executivo –, que devem ser implementados por meio de políticas públicas e, naturalmente, compreendem dispêndio às contas públicas.

Com efeito, o Texto Constitucional de 1988 contempla um amplo leque de direitos sociais, o que denota a preocupação do Constituinte originário, ao assumir feições de Estado Social, sobre esse aspecto é o magistério de Carlos Ari Sundfeld:

O Estado toma-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o **desenvolvimento** (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização de **justiça social** (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico).

Em um primeiro plano, aparecem os chamados **direitos sociais**, ligados sobretudo à condição dos trabalhadores: garante-se o direito ao salário mínimo, restringe-se - em nome da proteção do economicamente fraco - a liberdade contratual de empregadores e empregados.

De outro lado, o indivíduo adquire o **direito de exigir certas prestações positivas do Estado**: o direito à educação, à previdência social, à saúde, ao seguro-desemprego e outros mais. (Sundfeld, 2009, p.55, grifo do autor).

Nesse mister, Sundfeld associa os direitos sociais a prestações materiais com vista a realização de justiça social.

A par da sistemática em torno dos direitos sociais, encabeçada pelo Constituinte de 1988 é de se observar que o nosso Estado tem nítidas feições sociais, tal como mencionado pelos autores supra.

Passadas as considerações iniciais e para os fins deste trabalho, analisaremos, e particularmente neste tópico, a sistematização dos direitos: dos trabalhadores urbanos e rurais; o direito à saúde; direito à assistência social; e direito à educação insculpidos no Texto Constitucional de 1988.

3.3.1 Dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais

Com relação aos trabalhadores, a Constituição contempla um leque de direitos com garantias mínimas que servirão de pano de fundo para o vínculo empregatício, nesse sentido, lecionam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco que “o constituinte definiu a estrutura básica do modelo jurídico da relação de emprego com efeitos diretos sobre cada situação concreta” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 586).

As normas relativas aos trabalhadores na Constituição estabelecem um regramento mínimo de observância cogente em face dos empregadores, dada a hipossuficiência daqueles concernente a relação de trabalho.

Estão disciplinados entre os artigos 7º a 11 da Constituição Federal, e ora regulamentam os direitos dos trabalhadores em âmbito individual, exemplo, a licença maternidade, nos termos da lei (art. 7º, XIX), e o direito à aposentadoria (art. 7º, XXIV), e ora estabelecem a disciplina normativa atinente aos direitos dos trabalhadores coletivamente considerados, assegurando-lhes, por exemplo: a liberdade de associação sindical (art. 8º), bem como o direito a greve (arts. 9º e 37, VII).

Observe-se, contudo, que grande parte da disciplina normativa que trata dos direitos dos trabalhadores estão voltados para a atividade de conformação e criação legislativa para a qual se reportam e vinculam o legislador infraconstitucional à edição de normas de organização e procedimentos para a sua completa e efetiva proteção.

Observa-se ainda, a respeito do direito de greve, enquanto autêntico direito social, a Constituição Federal assegura, no seu artigo 37, VII, que o direito de greve dos servidores públicos “será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica” (Brasil, 1988), ou seja, é um exemplo de norma constitucional limitada que

reclama do Poder Legislativo uma regulamentação específica para o seu completo aperfeiçoamento.

Não obstante, o legislador se mantém inerte durante anos impedindo que o direito fundamental social seja exercido. Diante desse quadro, o Supremo foi instado a sanar a omissão legislativa, por ocasião do julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará (Sinjep), como destaca-se em trecho da decisão a seguir transcrito:

RCL 20204 A GR / ES 7.701/1988 e 7.783/1989.

(...) Ademais, quanto ao tema da correta aplicação da Lei 7.783/89, o controle jurisdicional do acerto ou desacerto da decisão reclamada deve ser realizado pelas vias recursais ordinárias. Nesses termos, conforme revela antigo precedente, reafirmado até os dias atuais, mesmo diante da superveniência da Constituição de 1988: “A RECLAMAÇÃO, MEDIDA EXCEPCIONAL, DESTINADA A RESGUARDAR A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL OU GARANTIR A AUTORIDADE DAS SUAS DECISÕES (ART. 161 DO REG. INTERNO), NÃO SE PODE CONVERTER EM SIMPLES SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO” (Rcl 31, Rel. Min. Djaci Falcão, Pleno, DJ de 13/09/1974). 3. Ante o exposto, nego seguimento ao pedido. (Rcl 19374/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 07.8.2015 - destaquei). “A atuação dessa Suprema Corte, portanto, em sede de mandado de injunção, limita-se à constatação da omissão legislativa que esteja obstando o exercício de um direito constitucionalmente previsto e à prolação de, afirmo novamente, decisão com conteúdo normativo, a qual deverá informar a autoridade judiciária competente para conhecer originariamente e em grau de recurso demandas envolvendo o exercício do direito de greve por servidores públicos civis. No julgamento dos Mandados de Injunção nºs 670/ES, 708/DF e 712/PA, esta Suprema Corte decidiu que, até a edição da lei regulamentadora do direito de greve, previsto no art. 37, VII, da Constituição da República, as Leis n. 7.701/1988 e 7.783/1989 poderiam ser aplicadas provisoriamente para possibilitar o exercício do direito de greve pelos servidores públicos, sendo competência dos Tribunais decidir sobre a legalidade ou não do pagamento da remuneração relativa aos dias de8 Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 14029362. Supremo Tribunal Federal RCL 20204 A GR / ES 7.701/1988 e 7.783/1989. (...) Ademais, quanto ao tema da correta aplicação da Lei 7.783/89, o controle jurisdicional do acerto ou desacerto da decisão reclamada deve ser realizado pelas vias recursais ordinárias. Nesses termos, conforme revela antigo precedente, reafirmado até os dias atuais, mesmo diante da superveniência da Constituição de 1988: “A RECLAMAÇÃO, MEDIDA EXCEPCIONAL, DESTINADA A RESGUARDAR A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL OU GARANTIR A AUTORIDADE DAS SUAS DECISÕES (ART. 161 DO REG. INTERNO), NÃO SE PODE CONVERTER EM SIMPLES SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO” (Rcl 31, Rel. Min. Djaci Falcão, Pleno, DJ de 13/09/1974). 3. Ante o exposto, nego seguimento ao pedido.(Rcl 19374/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 07.8.2015 - destaquei). “A atuação dessa Suprema Corte, portanto, em sede de mandado de injunção, limita-se

à constatação da omissão legislativa que esteja obstando o exercício de um direito constitucionalmente previsto e à prolação de, afirmo novamente, decisão com conteúdo normativo, a qual deverá informar a autoridade judiciária competente para conhecer originariamente e em grau de recurso demandas envolvendo o exercício do direito de greve por servidores públicos civis. No julgamento dos Mandados de Injunção nºs 670/ES, 708/DF e 712/PA, esta Suprema Corte decidiu que, até a edição da lei regulamentadora do direito de greve, previsto no art. 37, VII, da Constituição da República, as Leis n. 7.701/1988 e 7.783/1989 poderiam ser aplicadas provisoriamente para possibilitar o exercício do direito de greve pelos servidores públicos, sendo competência dos Tribunais decidir sobre a legalidade ou não do pagamento da remuneração relativa aos dias de greve. Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 14029362. Inteiro Teor do Acórdão - Página 12 de 15 Voto - MIN. ROSA WEBER RCL 20204 A GR / ES paralisação, bem como outras controvérsias surgidas em razão do exercício do direito.

Na ocasião, em face da mora do legislativo, obstativa de um direito social constitucionalmente protegido, o Supremo, proativamente, decidiu que ao direito de greve no setor público fosse aplicado, no que coubesse, a lei que regulamenta a greve na iniciativa privada (Lei 7.783/89).

3.3.2 O direito a saúde na Constituição de 1988

Conforme o artigo 196 da CF/88, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Não obstante, o Constituinte de 1988 estabeleceu as diretrizes básicas que estruturam a organização desse direito fundamental, a saber, nos termos do texto constitucional (art. 198), as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de forma descentralizada, com direção em cada esfera de governo, voltado ao atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços essenciais, assegurando-se a participação da comunidade.

A Constituição faz alusão ao Sistema Único de Saúde, instituído pela Lei Federal 8.080/90, de caráter interestatal, sua forma de financiamento (art. 198, §1º ss.) bem como, normatiza a prestação de assistência à saúde pela iniciativa privada (art. 199).

De outro modo, o direito a saúde enquanto direito fundamental social deve ser concebido à luz da dignidade da pessoa humana, mas além de tudo devem ser observadas as peculiaridades de nossa realidade socioeconômica.

No que tange à saúde, explicam Mendes e Branco:

Os contornos do direito à saúde há tempos vêm sendo desenvolvidos em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal. Relacionam-se a diversas espécies de prestações, como fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas de UTIs e de leitos hospitalares, contratação de servidores da saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio e inclusive no exterior, entre outros (Mendes; Branco, 2014, p.597)

Os contornos do direito à saúde há tempos vêm sendo desenvolvidos em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal. Relacionam-se a diversas espécies de prestações, como fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas de UTIs e de leitos hospitalares, contratação de servidores da saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio e inclusive no exterior, entre outros (MENDES; BRANCO, 2014, p.597).

SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios

Nessa pesquisa, constitui objeto de investigação em apartado essa discussão em torno dos direitos sociais, as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial já abordado no capítulo anterior sempre em voga quando se trata do direito à saúde.

Nesse aspecto, veja-se que no julgamento do AI 734.487-AgR, trata-se de recurso interposto que não admitiu a decisão contra o recurso extraordinário, representado pelo Ministério Público do estado do Paraná, que manteve o posicionamento de que o direito a saúde é constitui-se como uma prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.

Assim, consoante restou decidido naquela oportunidade, é plenamente possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja

ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes.

Ademais, o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em que tem firmado posicionamentos majoritários, através das suas decisões, tornando julgamentos com Efeitos Repetitivos e Repercussões Gerais, bem como Súmulas Vinculantes, em que, ainda, fornecer subsídios jurídicos no sentido de contribuir junto aos diversos Tribunais decidirem nas demandas que versam sobre o mesmo tema, senão vejamos:

Supremo Tribunal Federal STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 1370928 RS 0075012-15.2020.8.21.7000

Decisão:

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão cuja ementa segue transcrita: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ESTADO E MUNICÍPIO. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO/TRATAMENTO ONCOLÓGICO. SAÚDE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS. CACONS. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRONUNCIAMENTO DO STF EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. União, Estados, Distrito Federal e Municípios ostentam legitimidade concorrente para responder às demandas que visam ao fornecimento gratuito de medicamentos, exames ou procedimentos, inclusive cirurgias. Responsabilidade solidária dos entes federativos. Competência comum expressa no art. 23, inc. II da CF/88.

(...) O acesso à saúde é direito fundamental e as políticas públicas destinadas a implementá-lo, embora vinculem o Estado e os cidadãos, devem gerar proteção suficiente ao direito garantido, afigurando-se suscetíveis de revisão judicial, sem que daí se possa vislumbrar ofensa aos princípios da divisão de poderes, da reserva do possível ou da isonomia e impessoalidade. A outro turno, as normas internas de organização, funcionamento e gestão do Sistema Único de Saúde, de natureza administrativa, não arredam a legitimidade solidária dos entes federativos para responder às demandas de fornecimento de medicamentos, exames ou procedimentos deduzidos pelos desprovidos de recursos financeiros indispensáveis ao seu custeio.

(...) O STF, no RE 566.471, Tema nº 06, reconheceu a repercussão geral quanto à ‘obrigatoriedade, ou não, de o estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo’.

(...) Desse modo, a regra contida no art. 196 da Constituição, a despeito de seu caráter programático, não exime o Estado do dever de assegurar aos cidadãos os meios necessários ao gozo do direito à saúde. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente”.

(,,,) No mesmo sentido, cito as seguintes decisões: ARE 1.306.304/TO, Rel. Min. Dias Toffoli; ARE 1.253.568/SC, Rel. Min. Edson Fachin; e RE 1.235.865/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes. Outrossim, o Tribunal de origem não divergiu da jurisprudência desta Corte, consoante se verifica no julgamento do RE 1.338.906-AgR/RS, da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, no qual foi rejeitada pretensão semelhante do ora recorrente: “AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS QUANTO

AO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA À SAÚDE. TEMA 793. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. 1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do RE 855.178- RG (Rel. Min. LUIZ FUX, Tema 793), examinou a repercussão geral da questão constitucional debatida nestes autos e reafirmou a jurisprudência desta CORTE no sentido da responsabilidade solidária dos entes federados quanto ao dever de prestar assistência à saúde. 2. Agravo Interno a que se nega provimento”. Isso posto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Brasília, 10 de março de 2022. Ministro Ricardo Lewandowski Relator.

Importa destacar, que a respeitável Decisão trazida à baila, se encontra fundamentada em tantas outras, como vemos na citação acima, como o ARE 1.306.304/TO, Rel. Min. Dias Toffoli; ARE 1.253.568/SC, Rel. Min. Edson Fachin; e RE 1.235.865/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes. Outrossim, o Tribunal de origem não divergiu da jurisprudência desta Corte, consoante se verifica no julgamento do RE 1.338.906-AgR/RS, bem como, do RE 855.178- RG (Rel. Min. LUIZ FUX, Tema 793), ambas oriundas do STF, que versam sobre os temas Judicialização das Políticas Públicas Sociais e Fundamentais, bem como do Princípio da Separação dos Poderes, de modo que, cabalmente, resta demonstrado, que em se tratando do tema que motivou a presente pesquisa, terá um condão de grande valia para contribuir com a problematização deste trabalho.

Note-se ainda, para melhor compreensão e obtenção de maiores fundamentos do quanto proposto a pesquisar, senão vê-se.

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 801.676
 PERNAMBUCO - 19/08/2014 PRIMEIRA TURMA
 RELATO: MIN. ROBERTO BARROSO
 AGTE. (S): ESTADO DE PERNAMBUCO
 PROC. (A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
 AGDO. (A/S) : PATRICIA MORAIS DANTAS DE SOUZA
 ADV. (A/S): PIETRO DUARTE DE SOUSA E OUTRO (A/S)
 EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DO TRATAMENTO ADEQUADO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA. PRECEDENTES. (...) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. (...) O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde.

(...) O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida.

Ementa e Acórdão/Inteiro Teor do Acórdão

A/RE-801676 AGR / PE

Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. Não participaram deste julgamento, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux.

Brasília, 19 de agosto de 2014. MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – RELATOR.

Infere-se, no que concerne às Decisões do STF, especialmente, às políticas públicas sociais e dos direitos fundamentais, sendo que as mesmas encontram-se previsíveis constitucionalmente, essa Suprema Corte possui entendimento pacificado, em se fazer cumprir ao quanto demandado a respeito dos direitos sociais ou fundamentais, pois, são garantias asseguradas na Constituição Federal e inerentes a todos cidadãos que se encontrem no território brasileiro

3.3.3 O direito à educação na Constituição Federal de 1988

Não por acaso, o artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, enaltece o direito a educação extensível a todos, visando seu preparo para o exercício da cidadania. Ocorre, contudo, que a deficiência na prestação desse direito social compromete, igualmente, o exercício de outros direitos fundamentais, quiçá na participação da organização político-administrativa do Estado.

Historicamente, o descaso com a educação corroborou para a segregação de vários setores da sociedade e a acentuação das desigualdades sociais, não obstante o Constituinte de 1988, tal como asseveram Mendes e Branco:

Além da previsão geral do art. 6º da Constituição, que consagra o direito à educação como direito de todos e dever do Estado, o texto constitucional detalhou seu conteúdo mínimo, nos arts. 205 a 214. Nesse sentido, estabeleceu uma série de princípios norteadores da atividade do Estado com vistas a efetivar esse direito, tais como a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, assim como o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a autonomia universitária. Dispôs, ainda, que União, Estados, Distrito Federal e Municípios deverão organizar seus sistemas de ensino em regime de colaboração (Mendes; Branco, 2014, 614).

Percebe-se, que à educação no Estado Brasileiro tem segregado uma parcela significativa da população, principalmente, aquelas que pretendem ingressar no

ensino superior, o que torna-se inacessível para muitos. Entretanto, o poder público, nos últimos anos, lançou mão de inúmeros programas para incentivar o ingresso no ensino superior a parte dessa parcela da população marginalizada. Nessa direção, o STF confirmou a constitucionalidade do Programa Universidade para Todos (PROUNI) – ADI 3.030 –, e do programa de cotas da Universidade de Brasília (UnB) – ADPF 186. Note-se que, nessas decisões, o Supremo foi deferente, ratificando as escolhas políticas dos órgãos de representação majoritária, em julgamentos paradigmáticos, na concretização de um direito social alargando seu sentido e alcance para população menos favorecidas.

Passadas essas notas introdutórias, nos debruçaremos sobre natureza das do ativismo judicial, seus limites à criação judicial do direito, bem como da supremacia Constitucional e das prerrogativas do Parlamento, contudo, por não haver uma legislação própria, torna-se inevitavelmente o Magistrado, baseado na sua hermenêutica interpretativa decidindo sobre direitos sociais, de acordo com as demandas judicializadas.

3.4 Ativismo Judicial e Limites à Criação Judicial do Direito

Da supremacia do parlamento, e das leis por certo, à supremacia da Constituição têm-se um modelo de Estado pautado da limitação de poderes, e na vinculação do Estado aos direitos e garantias fundamentais com exigência de concreção não apenas jurídica, mas a promoção de prestações materiais.

No Estado Social sob a égide da Jurisdição Constitucional, subjaz ao aplicador do Direito, a solução de casos concretos em que a argumentação jurídica remonta a conceitos jurídicos indeterminados e princípios são alçados numa formulação elástica e casuística.

Nesse contexto, salta ao interprete os “casos fáceis” e “casos difíceis”, para Carlos Odon Lopes da Rocha (2012, p.74), “nos denominados ‘casos fáceis’ (*easy cases*), o intérprete funciona como mero revelador da norma, sendo aplicada a técnica interpretativa de subsunção (fato e texto) para a solução do caso”; por outro lado “existe um caso difícil’ quando não for possível subsumir claramente a questão fática, ora apresentada a uma regra pré-estabelecida pelo órgão adjudicante competente”.

Imagina-se o quanto difícil e necessárias a postulação dessas demandas judiciais, tendo em vista a busca da concreção de direitos sociais, se enquadram

nessa última hipótese. Nesses casos, ao juiz é posto decidir entre a exigibilidade de um direito social, o custeamento de tratamento médico de alto custo para um jurisdicionado por exemplo e as reservas orçamentárias de um ente federativo de outro. Há na hipótese um autêntico “caso difícil”, com colisão de direitos fundamentais; a vida e/ou saúde de um e a salubridade orçamentária do Estado de outro, resolúvel através da técnica de ponderação em que há o sopesamento dos direitos envolvidos de modo a sacrificar o mínimo possível de cada um deles. É o que Conclui Rocha:

De igual modo, a técnica ou procedimento da ponderação oferece, para alguns, um suspiro de racionalidade ao intérprete, mas apenas nos “casos difíceis” [...]. Em relação aos direitos fundamentais, a ponderação é útil para determinar o alcance e a força dos direitos em determinadas circunstâncias específicas (Rocha, 2012, p. 76).

É o que propõe Robert Alexy no caso de tensão entre princípios fundamentais, sendo que o princípio de maior peso naquele caso concreto há de prevalecer:

Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso (Alexy, 1986, p.93).

A superação do positivismo jurídico inaugurou na seara jurisdicional a compreensão e sobrelevação de valores constitucionais, princípios abstratos e busca pela concreção de direitos fundamentais. Deste modo a atividade do julgador não está isenta de atender aos anseios da sociedade para o qual foi criada, é o que propõe Adriana Carla Souza Cromwell:

[...]a atividade interpretativa do julgador não deve deixar de olhar para o fim social, nisto compreendendo o contexto histórico em que o caso sob análise se insere. Todavia, a criação do direito por meio de decisões judiciais, em regra, vem carregada de subjetivismo, influenciada pelas pré-compreensões que carrega consigo o julgador, ou seja, diversos fatores internos e externos incidem no comportamento cognitivo do prolator da decisão (Cromwell, 2017, p.13).

Apesar da racionalidade que a argumentação jurídica impõe ao magistrado nos casos que lhes são postos decidir, o fato é que é impossível dissociá-lo de pré-

compreensões, impressões e até certa dose de subjetivismo. Nesse ínterim, saltam críticas ao Judiciário quando de suas decisões provêm “criação do direito”:

Inúmeras são as críticas ao ativismo judicial, sendo observadas com maior ênfase no que toca a decisões tidas como usurpadoras das funções do poder legislativo (por ofensa a separação dos poderes), especialmente quando chegam a criar normas abstratas (Cromwell, 2017, p.20).

Assim, tendo em vista todas as considerações ao longo deste trabalho, temos que o Constituinte prometeu uma série de direitos e pretensões jurídicas formuláveis mediante políticas públicas e que demandam reservas e planejamento orçamentário, essas pretensões, segundo o sistema constitucional vigente são judicializáveis.

Noutro lado, temos um modelo de Estado Constitucional em que vigora o sistema tripartição de funções, em um sistema de freios e contrapesos e controles recíprocos em que cada poder têm funções típicas, que lhe são ínsitas e atípicas, afetas aos demais.

Além da tripartição de poderes, há o regramento pelo princípio democrático, donde emana toda a soberania popular, fonte legitimadora do poder político e elemento de contenção aos arbítrios perpetrados por quaisquer dos Poderes Constituídos da República Federal Brasileira, com base na CFRB/88 amplamente conhecida como a Constituição Cidadã de 1988.

Pedro Lenza leciona que a Constituição Federal de 1988, enfatiza princípios norteadores e de fundamental importância no direito constitucional, dentre eles, o da separação de Poderes, inclusive, classificado como cláusula pétrea, previsto no art. 60, §4º, III do referido texto. (LENZA, 2016).

Ao mencionar esse princípio, o referido autor ainda faz a seguinte observação, vejamos:

[...] os ‘Poderes’ (órgãos) são independentes entre si, cada qual atuando dentro de sua parcela de competência constitucionalmente estabelecida e assegurada quando da manifestação do poder constituinte originário, daí ser mais adequado falarmos em órgãos que exercem funções, típicas (inerentes à essência) e atípicas (do órgão, mas sem ser a sua essência). Dessa forma, diante do princípio da indelegabilidade de atribuições, nenhum Poder (órgão) poderá transferir função que lhe é típica ou expressamente prevista como atípica a outro. (LENZA, 2016, p. 1535).

Insta mencionar, que embora uma corrente doutrinária admita que ao extrapolar os limites previstos no princípio da Separação dos Poderes, não se trate de uma

invasão da prerrogativa do outro poder, mas, contudo, venha se tratar de uma contribuição no âmbito administrativo do Estado, todavia, conforme entendimento deste Doutrinador, deixa explicitado que os limites dos poderes devem ser estabelecidos de acordo com a manifestação do poder constituinte originário.

Verifica-se que ao analisar de qual forma este princípio se relaciona com os limites do ativismo judicial, José Alves de Souza compreende que ao efetivar direitos fundamentais, “o Poder Judiciário não transgrede o princípio da separação dos poderes, pois, a sua atuação estaria assegurando direitos constitucionais e corrigindo uma omissão do Estado” (SOUZA, José, 2014).

O Supremo Tribunal Federal ao analisar o tema sobre o princípio da separação do Poderes, cujo relator o Exm^o. Ministro Celso de Mello, posicionou-se de tal modo, *in verbis*:

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgrede o princípio da separação de poderes.” (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000.) No mesmo sentido: RE 583.578-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 31-8-2010, Segunda Turma, DJE de 22-10-2010.

Frise-se que de acordo com as fundamentações doutrinárias, os limites atuais do considerado ativismo judicial, sem sombra de dúvidas, encontram-se ancorados constitucionalmente e estabelecidos conforme o teor do princípio da separação dos poderes, assim sendo, a extrapolação de um poder em detrimento do outro ou seja: para melhor elucidação do tema, cuja interferência do Poder Judiciário, desde que não esteja constitucionalmente fundamentado, pode caracterizar num ativismo judicial de tal modo que possa extrapolar os seus limites em relação s funções dos demais poderes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho versou sobre a judicialização dos direitos sociais e o ativismo judicial em sua atividade de concreção desses direitos, bem como, as decisões do STF, neste ponto, é importante destacar as delimitações destas decisões, no que diz respeito a problematização do problema pesquisado.

Compreende-se que o judiciário exerce uma função primordial no que tange a interpretação constitucional e salvaguarda dos direitos sociais e fundamentais, não obstante, constata-se que as Decisões proferidas pela Suprema Corte Brasileira, tem repercussão jurídica, política e sem sombra de dúvidas midiáticas, mesmo porque, a sociedade atual encontra-se conectada nas redes sociais, e, durante a todo tempo bombardeada de diversas informações, sendo que estas possam a depender da capacidade de assimilação intelectual do indivíduo receptor, deturpada ou não, de modo que tem gerado certa incompreensão e críticas a respeito do suposto ativismo judicial do Poder Judiciário, especialmente, oriundas do Supremo Tribunal Federal – STF.

Importa esclarecer, que este trabalho se limitou ao tema reportado, cujas realizações de pesquisas foram fidedignas, objetivando com a devida respeitabilidade a obtenção do melhor resultado, quanto à atuação do presente autor, que tem por finalidade identificar a obtenção da resposta deste projeto, que se tornou o objeto de pesquisa.

Acredita-se, contudo, que este trabalho jamais terá o condão de uma pesquisa concluída, ou seja: uma obra acabada, pelo contrário, espera-se que a mesma possa causar ao mundo acadêmico, bem como ao leitor, as inquietações e obviamente, possa desenvolver questionamentos e indagações que os levem a descortinar às novas problematizações sobre o tema, e, obviamente, que os supostos desafios ou questionamentos sejam objetos capazes de incentivar aos tantos outros pesquisadores, a fim de que possam ampliar à finalidade da qual esta pesquisa se propôs.

Seguiu-se a presente pesquisa, com a devida abordagem através do método dedutivo, com rigorosa elaboração dos estudos de diversas Obras, cujos autos e renomados doutrinários, contribuiu significativamente para que fosse possível essa grande realização, pois, o tema proposto, A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E O ATIVISMO JUDICIAL: NAS DECISÕES DO STF A LUZ DO PRINCÍPIO

DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, tendo por finalidade a responder ao problema de pesquisa a ser respondido: por que os direitos sociais que demandam proposição de políticas públicas estão sendo materializados pelo Judiciário e não pelas esferas tradicionais de representação política – Poder Executivo e Legislativo e se fere o Princípio da Separação dos Poderes?

Procedeu-se a abordagens do problema proposto, na medida em que se buscava perquirir como e em quais proporções o ativismo judicial impacta na sociedade e nas relações com os outros poderes, com vistas na formulação de hipóteses através de premissas previamente estabelecidas, partido de micro para macro formulações lógicas. Para tanto, utilizamos dados de pesquisa de natureza secundários, o que fizemos através de procedimento de revisão bibliográfica para o qual utilizar-se-á livros, teses, dissertações, artigos científicos e análise jurisprudencial.

Pôde-se constatar durante a pesquisa, através de vasto acervo bibliográfico o protagonismo do Poder Judiciário, pois, com o advento da Constituição Federal de 05/10/1988, momento em que o Brasil inicia a sua redemocratização, estando o Supremo Tribunal Federal (STF), na condição de guardião da Carta Magna Cidadã, além do mais, o País sendo restabelecido à sua liberdade em plenitude, aquele regime ditatorial recém passado em outrora, de modo que os órgãos estatais retorna de imediato às suas regularidades funcionais.

Neste contexto e diante das diversas judicializações em buscas de garantias dos seus direitos fundamentais e políticas públicas sociais, uma vez que por não serem contemplados administrativamente pela iniciativa governamental, o Supremo Tribunal Federal – STF, tem exercido uma postura de Ativismo Judicial, pois diante da inércia e omissão do Poder Legislativo, tem se apropriado hermeneuticamente, através de suas interpretações, no cumprimento das suas prerrogativas legais, para garantir aos jurisdicionados os seus direitos sociais e fundamentais, conforme previsto constitucionalmente.

É de suma importância frisar, que o sistema constitucional ratifica a judicialização dos direitos sociais em face da própria dimensão subjetiva que alberga os direitos fundamentais.

Nesse ponto, quando o Judiciário defere a satisfação de um direito social seja determinando determinadas condutas à administração, seja colmatando espaços

vazios toma forma um ativismo judicial que se manifesta através de uma postura proativa de decidir.

Resta-se mencionar, quanto às decisões do Supremo Tribunal Federal - STF, que visam garantir e assegurar os direitos sociais com previsibilidade constitucional aos cidadãos, cujas interpretações, dos magistrados, visando garantias positivamente tais direitos, bem como percebe-se a negligência e omissão do Estado e do Poder Legislativo, pois, diante do relevante esforço do desse magistrado, inclusive, para decidir questões de alto grau de complexidade, uma vez que as Políticas Públicas de Direitos Sociais e Fundamentais, estão previstas constitucionalmente, desse modo verifica-se que tais decisões não invadem ou ferirem as prerrogativas constitucionais à Luz do Princípio da Separação dos Poderes.

Diante do quanto exposto, e, em conclusão, através da minuciosa pesquisa, pode-se categoricamente, aferir que o objetivo deste trabalho foi alcançado, pois, na condição de pesquisador deste abordado tema, chegou a conclusão que as Decisões da Suprema Corte Federal, uma vez que o objeto do direito encontra-se assegurado e cujas garantias a devida previsibilidade constitucional no texto da CF/1988, verificou-se e pode-se afirmar quanto a obtenção da resposta ao quanto foi problematizado, de que a materialização dos direitos fundamentais e sociais para com os cidadãos jurisdicionados, que em momento algum, as referidas decisões não ferem, bem como não invadem as prerrogativas constitucionais previstas no Princípio da Separação dos Poderes.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. Malheiros editores, São Paulo, 1986.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 1 ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva. 6ª ed. 2008. Acesso em 21 de agosto de 2023.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://direitofranca.br/FKCEimagem/file/ArtigoBarroso_para_SelecaoPDF> Acesso em 09 de outubro de 2023.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução Carlos Nelson Coutinho; Nova ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Malheiros Editores.2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial**. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Juspodivm, 201.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 15 de agosto de 2023.

_____. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm>. Acesso em 30 de agosto de 2023.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 de agosto de 2023.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 45 DF**. Partes: Advogado-geral da União, Presidente da República, Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, Gustavo Arthur Coelho Lobo de Carvalho. Relator: Min. Celso de Mello, Distrito Federal, 09 de Abril de 2004.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº N° 195.192-3 RS.** Partes: Estado Do Rio Grande Do Sul, Mauricio Bandeira de Castro e Outro. Relator: Min. Marco Aurélio, Rio Grande do Sul, 22 de abril de 2000.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Agravo no recurso extraordinário nº 271.268-8-RS.** Partes: Município de Porto Alegre, Luis Maximiliano Leal Telesca Mota e Outros. Relator: Ministro Celso de Melo, Rio Grande do Sul, 12 de setembro de 2000.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Inconstitucionalidade ADI 1484-DF.** Partes: Partido Democrático Trabalhista – PDT, Partido Dos Trabalhadores – PT, Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Melo, Distrito Federal, 28 de agosto de 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 3 ed. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 420.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no brasil contemporâneo.** In: Jurisdição Constitucional, democracia ~ direitos fundamentais. 2ª série. JusPODVIM. Salvador, 2012.

CAETANO, Marcello. Apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 514.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0132009.pdf> Acesso em 18 de outubro de 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF,** Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 274.

_____. José Alfonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35 ed. Malheiros, São Paulo, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992

CARLUCCI, Stéfano Di Cònsolo. **A influência do neoconstitucionalismo na Constituição Federal de 1988 e a constitucionalização do Direito Civil no Brasil.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/271756/a-influencia-do-neoconstitucionalismo-na-constituicao-federal-de-1988-e-a-constitucionalizacao-do-direito-civil-no-brasil>. Acesso em 20 de novembro de 2023.

COSTA, Frederico Magalhães. **A judicialização da saúde: um estudo de caso à luz do procedimentalismo, do substancialismo, e do consequencialismo.** Dois de Julho, Salvador, 2015.

CROMWELL, Adriana Carla Souza. **Limites do criacionismo judicial à luz da ponderação de Princípios segundo Robert Alexy**. In. *Hermenêutica Constitucional: programa de pós-graduação em Direito Ambiental da UEA: mestrado em Direito Ambiental / Orgs. Eid Badr, Mauro Augusto Ponce de Leão Braga*. – Editora Valer, Manaus, 2016.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. JusPODIVM, Salvador, 2013.

CUNHA JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário**. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 108, p. 23-31, out. 2002, p. 25

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretado**, 17ª ed., pág. 188-9.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed.. JusPODIVM, Salvador, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **1993 e publicado, pela primeira vez, na Revista de Direito Administrativo, n. 198**

_____. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 205-206.

GALDINO, Flávio. **O custo dos Direitos**. In: **Legitimação dos Direitos Humanos**. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002. p. 139- 150 e 222.

_____. **Estudo "Sobre o Minimalismo Judicial de Cass Sunstein"**. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque & TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, V. 2, p. 173-215.

_____. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional / textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho**. Saraiva, São Paulo, 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. **Três “porquês” a jurisdição constitucional brasileira diante do (aparente) conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível na garantia dos direitos fundamentais sociais e no controle de políticas públicas: há mesmo escolhas trágicas?** *Revista Do Direito Unisc*, Santa Cruz Do Sul Nº 38 | P. 06-25 | Jul-Dez 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de Direitos Humanos**. São Paulo: Atlas, 2014.

LENZA PEDRO, **Curso de Direito Contitucional – Esquemático. 24ª edição, 2020**, Editora Saraiva.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. Saraiva, São Paulo, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MORAES, **Alexandre de. Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 44, abr./jun. 2012 – (link: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2609622/Cristiano_da_C_P_Villela_Pedras).

ROCHA, Carlos Odon Lopes da. **Dilema constitucional e voluntarismo judicial**. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 41, n. 1, p. 72-83, jan./jun., 2016.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. Saraiva, São Paulo, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. Editora Malheiros, São Paulo, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais**. In: Revista de Direito do Estado n. 4, 2006, pp. 23/51.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. 4 ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2009. Revista da AJUYRIS – v 42 – n. 137 – Março 2015.

TOSI, Giuseppe. **História e Atualidade dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/historia_atualidad.htm. Acesso em 02 de novembro de 2023.

VALLINDER, Torbjörn. **The judicialization of politics: a world-wide phenomenon: introduction**. *International Political Sciences Review*, v. 15, n. 2, April 1994. Disponível em: Acesso em: 15 mar. 2015. Tradução direta do original.

VIARO, F. A. N. **Judicialização, ativismo judicial e interpretação Constitucional**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic9.pdf?d=636676094064686945>. Acesso em 01 de dezembro de 2023.