

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

JOÃO HENRIQUE VARGAS

**A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: UM ESTUDO DAS
CONTROVÉRSIAS QUE ENVOLVEM O ATIVISMO JUDICIAL**

Florianópolis

2019

JOÃO HENRIQUE VARGAS

**A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: UM ESTUDO DAS
CONTROVÉRSIAS QUE ENVOLVEM O ATIVISMO JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Reinaldo Pereira e Silva.

Florianópolis

2019

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Vargas, João Henrique

A concretização dos Direitos Sociais : Um estudo das
controvérsias que envolvem o ativismo judicial / João
Henrique Vargas ; orientador, Reinaldo Pereira e Silva,
2019.

70 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direitos sociais, democracia, ativismo
judicial, dignidade humana. I. Silva, Reinaldo Pereira e .
II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em
Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A concretização dos direitos sociais: Um estudo das controvérsias que envolvem o ativismo judicial**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**João Henrique Vargas**”, defendido em **02/12/2019** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,8 (NINE VÍRGULA OITO), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 02 de dezembro de 2019


Reinaldo Pereira e Silva
Professor Orientador


Marcelo da Mota
Membro de Banca


Daniel Rocha Chaves
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: João Henrique Vargas

RG: 6903171

CPF: 009678289-70

Matrícula: 15100199

Título do TCC: A concretização dos direitos sociais: Um estudo das controvérsias que envolvem o ativismo judicial.

Orientador: Reinaldo Pereira e Silva

Eu, João Henrique Vargas, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 02 de dezembro de 2019.



JOÃO HENRIQUE VARGAS

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Nina e Carlos, que sempre me ensinaram o caminho a seguir, com carinho e dedicação.

Aos meus irmãos Carlos Eduardo e Victor, que são os meus companheiros de todos os momentos.

Agradeço à minha namorada Cláudia por ser uma companheira muito prestativa e amorosa.

Ao meu orientador professor Dr. Reinaldo pela confiança, auxílio e disposição durante todo o processo.

Aos meus amigos Rodger Colombo, Marco Toresan, Paulo Zeferino, Bernardo Pires, Matheus Tisato, João Lemos, Lucas Ferreira, Jean, Gabriel Barreiros por toda cumplicidade ao longo desta graduação.

Aos meus amigos do Ministério Público Federal Dr. Marcelo da Mota, Valério, Vânia, Lisarb, Bruna, Marina e Rúbia por todo o aprendizado nesses dois últimos anos.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o fenômeno relativo à concretização dos direitos sociais sob o prisma do paradigma da democracia, examinando o paradoxo que envolve o ativismo judicial, pretendendo esclarecer a essencialidade do cumprimento das normas de cunho social previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e de minimizar, conseqüentemente, as indagações doutrinárias e as demais incertezas quanto à sua aplicação. A fim de atingir a finalidade proposta, o estudo é dividido em três capítulos. O primeiro trata da história do estudo constitucional, quando são analisadas as mudanças dos paradigmas constitucionais. O segundo, por sua vez, versa sobre os direitos sociais, onde é feito um estudo acerca desses direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, notadamente sobre a concretização dos direitos sociais à luz do paradigma da democracia, abordando temas relevantes como a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. O terceiro se desenvolverá a discussão sobre o paradoxo que envolve o ativismo judicial no campo dos direitos sociais. Os procedimentos metodológicos utilizados no presente trabalho foram o dedutivo e se desenvolve através de pesquisa bibliográfica doutrinária, legal e jurisprudencial.

Palavras-chave: Ativismo judicial, democracia, direitos sociais, dignidade da pessoa humana, mínimo existencial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 ANÁLISE PARADIGMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO	8
1.1 CONSTITUIÇÃO LIBERAL.....	8
1.2 <i>WELFARE STATE</i> E A INFLUÊNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL.....	10
1.3 RETOMADA DEMOCRÁTICA SOB O PARADIGMA PÓS 2ª GUERRA MUNDIAL	13
2 OS DIREITOS SOCIAIS E A SUA CONCRETIZAÇÃO FRENTE À DEMANDA SOCIAL	17
2.1 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS SOCIAIS.....	18
2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	20
2.3 MÍNIMO EXISTENCIAL	23
2.3.1 Conceito	24
2.4 OS DIREITOS SOCIAIS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E SUA APLICABILIDADE E EFICÁCIA	28
2.5 DIREITOS SOCIAIS EM ESPÉCIE	31
2.5.1 Direito à saúde	32
2.5.2 Direito à educação	34
2.6 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	39
2.6.1 Poder Judiciário concretizador	41
2.6.2 Princípio da reserva do possível	42
2.6.3 A dificuldade contramajoritária	46
2.6.4 Cláusula da vedação do retrocesso	48
2.6.5 Cláusula da proibição da insuficiência das políticas públicas	49
3 ATIVISMO JUDICIAL	51
3.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	53
3.2 ATIVISMO JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	57
3.3 NO BRASIL	58
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

Para uma compreensão apropriada dos direitos sociais, fundamentalmente no que tange à concretização dos chamados direitos a prestações em sentido estrito, vem o presente trabalho detalhar o conhecimento quanto ao ativismo judicial para prestação dos direitos sociais, sob o contraponto do paradigma da democracia.

Com a finalidade de compreender a dimensão dada modernamente aos direitos sociais, faz-se essencial interpretá-los à luz da hermenêutica constitucional, com o fundo paradigmático do Estado Democrático de Direito. Assim, os direitos sociais devem ser concebidos conforme os ditames presentes na Constituição Cidadã de 1988, inclusive os implícitos, uma vez que a concretude é elemento inseparável dos direitos consagrados.

No instante em que um Estado insere direitos sociais em sua Constituição e não os efetiva, seja pela desídia dos entes públicos, seja pela má qualidade dos serviços prestados, resta evidenciada sua face meramente simbólica, tornando a Constituição, sob o viés sociológico, como adverte Ferdinand Lassale, em uma simples folha de papel.

A temática supracitada não é de entendimento pacífico, porque existem inúmeras interpretações, jurisprudenciais e doutrinárias, acerca do nível de eficácia das normas de cunho social da Constituição. O dissenso acontece especialmente devido ao fato de que os doutrinadores se utilizam de pressupostos teóricos diferentes ao discorrerem sobre a temática, ora iniciando da teoria da dignidade da pessoa humana, ora iniciando da teoria clássica da separação dos poderes de Montesquieu, ou ainda, empregando como fundamento o paradigma da democracia.

Parte dos estudiosos entende que o ativismo judicial, em relação às políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, provoca uma afronta ao paradigma da democracia, uma vez que as escolhas sobre a concretização nestes ramos competiriam aos Poderes Legislativo e Executivo, por meio de seus representantes democraticamente eleitos, e não ao Poder Judiciário. Por outro lado, predomina os que entendem que o Poder Judiciário tem o dever de edificar a ponte entre o enunciado normativo e a realidade e, especialmente, proteger a Constituição e a democracia, principalmente buscando concretizar os preceitos constitucionais, sobretudo quando visam proteger a dignidade da pessoa humana.

Vê-se, assim, que os direitos sociais incluídos na Constituição de 1988, referidos como direitos fundamentais dos cidadãos, consectário lógico da dignidade da pessoa humana, carecem ser protegidos e efetivados pelos Poderes Legislativo e Executivo, sem dispensar o Poder Judiciário de fazê-lo em caso de omissão dos demais, já que uns dos sustentáculos do paradigma da democracia contemporânea é a proteção do mínimo existencial, para a preservação da vida saudável e a possibilidade de desenvolvimento físico e mental das pessoas da sociedade, que, sem dúvida, são os resultados dos triunfos que levaram à sociedade ao chamado Estado Democrático de Direito.

1 ANÁLISE PARADIGMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2002, p. 52) ensina que a percepção de paradigma constitucional está hodiernamente arquitetada na ciência do direito, sendo o entendimento de determinada sociedade num determinado lapso temporal sobre o Estado Constitucional, e compõe-se de seu sistema de direitos e princípios. Em outras palavras: “um paradigma delinea um modelo de sociedade contemporânea para explicar como direitos constitucionais e princípios devem ser concebidos e implementados para que cumpram naquele dado contexto as funções a eles normativamente atribuídas” (CATTONI DE OLIVEIRA, 1998, p. 37).

Assim, fragmenta-se o estudo do constitucionalismo na história por meio de seus paradigmas, quais sejam: Estado de Direito; Estado Social; Estado Democrático de Direito.

1.1 CONSTITUIÇÃO LIBERAL

O princípio que norteia o surgimento do direito moderno, mais especificamente do paradigma do Estado de Direito, é o princípio da generalidade da lei, que aflora como ferramenta para coibir as benesses de determinadas classes sociais (ex.: reis absolutistas), característico das diretrizes do Antigo Regime (FERRAZ JR., 2003, p. 122).

Para Bernardo Gonçalves Fernandes (2019, p. 32) “o constitucionalismo (moderno) pode ser entendido como um movimento que traz consigo objetivos que, sem dúvida, irão fundar (constituir) uma nova ordem, sem precedentes na história da

constituição das sociedades, formando aquilo que Rogério Soares chamou de conceito ocidental de Constituição”. O autor, ainda, aponta dois principais objetivos do constitucionalismo, quais sejam: 1) A limitação do poder com a necessária organização e estruturação do Estado; 2) A consecução de direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, Norberto Bobbio esclarece que houve uma grande revolução organizacional na origem do constitucionalismo moderno, porque:

A partir da organização dos Estados modernos, a pluralidade de fontes de produção normativa cede lugar ao ordenamento jurídico estatal. O Estado moderno se construiu tanto em luta contra as organizações políticas menores, no sentido da unificação do poder, quanto em luta contra a Igreja, com o intuito de obter a secularização do poder político. A anterior situação de pluralismo jurídico é substituída pelo monismo, com a monopolização da produção normativa pelo Estado (BOBBIO, 1995, p. 27)

Os estudos do constitucionalismo moderno foram impulsionados após as revoluções liberais francesa e americana ocorridas no séc. XVIII, sendo debatido por inúmeros estudiosos, a exemplo de Paulo Bonavides, Norberto Bobbio, dentre outros (LENZA, 2011, p. 1.150).

O Estado de Direito, que vigorou até o começo do séc. XX, trouxe em seu bojo os alcunhados direitos de 1ª geração, previstos nos escritos: a *Magna Charta Libertatum* de 1215; o *Habeas Corpus Act* de 1679; o *Bill of Rights* de 1688; e as Declarações americana de 1776 e francesa de 1789 (LENZA, 2011, p. 860).

Os direitos de 1ª geração ou dimensão, embasados no ideal de liberdade do Iluminismo (Revoluções Americana de 1776 e Francesa de 1789), abrange os direitos individuais, assim como os direitos políticos e direito de propriedade, entendendo-se como faculdades e atributos do indivíduo. Portanto, compreendem em direitos de resistência (atuação negativa do Estado), gerando deveres de abstenção estatal, isto é, determina de modo imperativo a existência de um Estado abstencionista (LENZA, 2011, p. 860).

De acordo com Daniel Sarmento e Cláudio Pereira Souza Neto (2016, p. 80), a fase do constitucionalismo liberal-burguês, com os direitos a ele inerentes, “baseou-se na ideia de que a proteção dos direitos fundamentais dependia, basicamente, da limitação dos poderes do Estado. Naquele modelo, os direitos fundamentais eram concebidos como direitos negativos, que impunham apenas

abstenções aos poderes políticos. O Estado era visto como o principal adversário dos direitos, o que justifica a sua estrita limitação, em prol da liberdade individual”.

Noutro sentir, predomina o entendimento, ao longo do constitucionalismo liberal- burguês, que a Constituição é um simples instrumento do Estado que limita e organiza o Poder Político, cujos direitos elencados são garantidos apenas formalmente, em regra (CATTONI DE OLIVEIRA, 1998, p. 37).

Este período liberal foi abalizado pelo positivismo jurídico, afastando-se da sociologia e filosofia, o que ocasionou a sua debilidade, identificado fundamentalmente pela demasia de formalismo, típico do liberalismo, causando relevantes problemas sociais.

A partir de uma análise crítica e sob a perspectiva de uma visão sociológica, pode-se dizer que apesar das aspirações revolucionárias da época, “a situação do cidadão no seu dia-a-dia pouco se alterou com o surgimento do Estado de Direito” (XIMENES, s.d., n.p.).

Diversos foram os fatores que contribuíram para a crise do Estado Liberal, dentre os quais, destaca-se, a expansão da industrialização (Pós Revolução Industrial), a qual agravou vertiginosamente o quadro de exploração humana, o que provocou a massificação da miséria (FERNANDES, 2019, p. 68):

Devemos observar que o período do Estado Liberal gerou “a maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história da humanidade”. Nesses termos, temos jornadas de trabalho de 15 a 17 horas por dia, idosos, crianças e mulheres em rodízio nos postos de trabalho, remunerações aviltantes levando ou conduzindo milhões de desvalidos à completa miséria, além de uma fortíssima repressão a qualquer tipo de protestos, bem como um exército de mão de obra de reserva criado e nas periferias, em condições degradantes. Esse cenário levou à eclosão de um sem-número de questionamentos e movimentos sociais (socialismo utópico, científico e anarquistas).

Neste cenário, provocado pela multiplicação da miséria, floresce o Estado Social de Direito, também conhecido como direitos de 2ª dimensão.

1.2 WELFARE STATE E A INFLUÊNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL

Com a crise do Estado liberal e a completa comprovação de seu desgaste com suas promessas inexitosas, tem-se o início de um capitalismo cada vez mais monopolista e o crescimento, sempre crescente, das causas sociais e políticas,

impulsionando os juristas a repensar o direito e o Estado, surgindo o constitucionalismo social (FERNANDES, 2019, p. 68).

Do ponto de vista ideológico, contribuíram diversas vertentes de pensamento, como o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja Católica, que, embora discordando fortemente quanto à solução, confluíam na crítica aos excessos a que dirigira ao individualismo acentuado do capitalismo selvagem, que progredira sob a máscara do constitucionalismo liberal-burguês (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 82).

Nesse quadro, o Estado assume o protagonismo social, como agente condutor/conformador da realidade social, inclusive, na tentativa de se estabelecer formas de vida concretas, através de políticas públicas (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 63).

Nesse período houve um empenho de aproximação da realidade social junto aos preceitos da Constituição, ou seja, legitimou-se que o Estado deve ter uma postura prestacional, diante das mazelas sociais (XIMENES, s.d., n.p.). Em outras palavras, de acordo com Daniel Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto (2016, p. 82), o Estado, nesse contexto, passou a operar mais ativamente na seara econômica e a disciplinar as relações sociais de maneira muito mais forte.

Após a Primeira Guerra Mundial inaugura-se um novo paradigma de Estado, o denominado Estado Social e se confirma após a Segunda, e, de acordo com Bernardo Gonçalves Fernandes (2019, p. 68), “intervém na economia, por meio de ações diretas e indiretas; e visa garantir o capitalismo por meio de uma proposta de bem-estar que implica a manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como a compensação das desigualdades sociais por meio da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais”.

Os direitos sociais abarcam a 2ª geração dos direitos fundamentais, visto que se conectam aos clamores por justiça social, que possui, em certa medida, pessoas individualizadas como titulares, e não porque constituem direitos de coletividades. A título de exemplos, citam-se os direitos de saúde e educação (BRANCO; MENDES, 2011, p. 156).

De destacar, consoante Bernardo Gonçalves Fernandes (2019, p. 351), que a Revolução Francesa já previa no seu slogan igualdade, o sustentáculo dos direitos de 2ª dimensão.

Acerca da fixação geográfico-temporal dos direitos sociais, tem-se:

Essa perspectiva de evidenciação dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos coletivos, ou da coletividade, correspondendo aos direitos de igualdade (substancial, real e material e não meramente formal) mostra-se marcante em alguns documentos, destacando-se (...) a Constituição do México de 1917; a Constituição germânica de Weimar de 1919; o Tratado de Versalhes de 1919 da OIT (LENZA, 2011, p. 861).

A necessidade de construção de um Estado mais forte, para atender às crescentes demandas sociais, foi utilizada como justificativa para ruína dos direitos individuais e das franquias democráticas. Este episódio “foi intenso nas décadas de 1930 e 1940, com a instauração de regimes totalitários (Alemanha e Itália), ou, mais frequentemente, autoritários (Brasil, durante o Estado Novo)” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 83-84). O autor ainda explica que nessas situações pode-se falar em Estado Social, mas não em constitucionalismo social, porque:

O constitucionalismo social não renega os elementos positivos do liberalismo – a sua preocupação com os direitos individuais e com a limitação do poder – mas antes pugna por conciliá-los com a busca da justiça social e do bem-estar coletivo. Ele implica a adoção de perspectiva que enriquece o ideário constitucionalista, tornando-o mais inclusivo e sensível às condições concretas do ser humano, no afã de levar suas promessas de liberdade e de dignidade também para os setores desprivilegiados da sociedade.

A crise do paradigma social foi intensificada graças à globalização econômica, que diminuiu a capacidade dos Estados de elaborar e concretizar políticas públicas para atender às demandas sociais e econômicas, ao passo que provocou o fenômeno da desterritorialização do poder (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 85).

Posteriormente ao fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a sociedade passou por um período de grande reflexão, frente às atrocidades ocorridas durante o período de guerra, e concluiu que deveriam ampliar a participação das pessoas junto ao Estado, não se limitando ao exercício do voto, mas, acima de tudo pela prevalência dos direitos humanos e pelo regime democrático. Nesse contexto que raia o Estado Democrático de Direito.

1.3 RETOMADA DEMOCRÁTICA SOB O PARADIGMA PÓS 2ª GUERRA MUNDIAL

Como já dito alhures, por obra das barbáries da Segunda Guerra e do holocausto, sucedeu uma nova leitura da dogmática constitucional, neste momento focalizada na dignidade da pessoa humana, que se torna o núcleo primordial do constitucionalismo ligado a base dos direitos fundamentais, assim como do Estado Democrático de Direito – (SEGADO, 2000, p. 96).

Nesse contexto, de acordo com Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (1998, p. 43), sustenta que “o Estado Democrático de Direito passa a configurar uma alternativa de superação tanto do Estado de Bem-Estar quanto do Estado de Socialismo real”.

Vale destacar que, neste iter, originam-se os chamados interesses ou direitos difusos, que compreendem os direitos de 3ª dimensão, a exemplo dos direitos ambientais, consumidores, dentre outros (FERNANDES, 2019, p. 70).

O novo olhar sobre a importância dos indivíduos foi amparado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito e, de acordo com Norberto Bobbio, (1992, p. 5) o motivo desta mudança é que “o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade” (BOBBIO, 1992, p. 5).

Emerson Garcia (s.d., p. 58) relata os principais aspectos do paradigma:

A fórmula Estado Social e Democrático de Direito indica claramente a imperativa observância de determinados padrões de conduta, quer sejam omissivos, quer sejam comissivos, daí se falar em Estado de Direito; a necessária participação popular no exercício do poder político, com a conseqüente aceitação das normas dela derivadas, o que justifica o designativo Estado Democrático; e, *the last but not the least*, a integração dos órgãos de poder com o objetivo de assegurar o progresso social e uma existência digna, tendo em vista a consecução do bem-comum, perspectiva que delinea os contornos do Estado Social.

Segundo Daniel Sarmento e Cláudio Pereira Souza de Neto (2016, p. 87), apenas na metade final do século XX que a Constituição passou de ser considerada como proclamação política, para ser vista como norma jurídica autêntica.

Situado nesse fluxo constitucional, tem-se o denominado neoconstitucionalismo. Aqui, cabe a observação de que “há uma profunda divergência sobre as teorias neoconstitucionalista e o modo de aplicação de seus

cânones. Sendo assim, existiriam neoconstitucionalismos e não apenas um neoconstitucionalismo” (FERNANDES, 2019, p. 58).

Em suma, conforme ensina Bernardo Gonçalves Fernandes (2019, p. 60), considera-se como principais modificações dogmáticas do neoconstitucionalismo a nominada constitucionalização do direito, bem como a da força normativa da Constituição, com a necessária centralidade das normas constitucionais, assim como pela aproximação entre o direito e a moral, e o direito e a ética e, principalmente, o direito e a justiça.

No que diz respeito à constitucionalização do direito, trata-se da “irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 202). No entanto, a constitucionalização do Direito, não se limita no tratamento constitucional de assuntos que já foram instituídos pela legislação ordinária, de acordo com Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2016, p. 202-203), “Mais do que isso, ela envolve a filtragem constitucional do Direito, vale dizer, a interpretação de todas as normas à luz da Constituição, buscando-se sempre a exegese que mais prestigie os seus valores e promova os seus objetivos” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 202-203).

Já referente à força normativa da Constituição, observada no campo acadêmico desde o paradigma do Estado Social, há o objetivo de se efetivar os direitos e garantias elencado no texto constitucional, advindo da premissa de que a fulcral transformação da sociedade deve ser obtida por intermédio dos instrumentos do constitucionalismo democrático (FERNANDES, 2019, p. 91).

No tocante ao arrojado modelo constitucional que tem se disseminado nas últimas décadas, convém destacar que, segundo Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2016, p. 88), a junção do constitucionalismo social com o reconhecimento do caráter normativo e judicialmente sindicável dos preceitos constitucionais produziu efeitos importantes sob a óptica da importância da Constituição no sistema jurídico, de forma que assumiu uma centralidade outrora inexistente, bem como da distribuição de poder no âmbito do aparelho estatal, com grande fortalecimento do Poder Judiciário, e, principalmente, das cortes constitucionais e supremas cortes, frequentemente em detrimento das instâncias políticas majoritárias (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 88).

No caso brasileiro, à luz do prisma legal, cabe ressaltar que a Constituição de 1988 é iniciada da seguinte forma: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”. Logo, é manifesto que a Constituição Brasileira adotou o paradigma ora explorado, suscitando, conseqüentemente, fartas inovações, tanto do ponto de vista normativo, como na seara da hermenêutica constitucional.

Ademais, o novo paradigma prestou grande reforço à democracia. A previsão do paradigma do Estado Democrático de Direito no Brasil é reforçada pelo princípio democrático presente no texto constitucional brasileiro de 1988 e pelo dispositivo contido no parágrafo único do art. 1º da CF/88, em que postula: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Dessa maneira, a partir de uma compreensão procedimentalista, evidencia-se a ligação de tensão entre democracia e direito, no escopo de buscarem determinar uma relação de prioridade entre Estado de Direito (constitucionalismo) e Democracia (soberania popular) (FERNANDES, 2019, p. 320-321).

Vale destacar, no entanto, que os direitos fundamentais e a democracia são conceitos intimamente ligados, e, consoante Cordeiro (2012, p. 28), os direitos fundamentais não existem integralmente a não ser no Estado Democrático de Direito, à medida que o Estado de Direito é o Estado delimitado pelos direitos fundamentais e juridicamente vinculado à sua defesa e promoção.

Este novo paradigma exige que o Estado tenha o dever de assegurar maior e melhor participação popular, de modo que a sua atuação, como já dito alhures, fica restrita pelos direitos e garantias fundamentais, e não apenas isso, torna indispensável o dever de o Estado assumir papel primordial na pretensão pela concretização dos direitos postos na Constituição.

Examinando a natureza jurídica do paradigma moderno, constata-se que diversos doutrinadores tratam o Estado Democrático de Direito como um princípio, todavia, para outros, como Bernardo Gonçalves Fernandes (2019, p. 320), é muito mais que um princípio, configurando-se em verdadeiro paradigma, ou seja, pano de fundo de silêncio, que compõe e dota de sentido as práticas jurídicas contemporâneas. O autor, ainda, afirma que diferente dos paradigmas anteriores (Estado Liberal e Estado Social), a concepção de direito não se esgota a mero

formalismo do Estado Liberal, assim como não descamba para uma materialização totalizante do Estado Social e a perspectiva, assumida pelo direito dirige-se para a procedimentalização e, por este motivo, a concepção de democracia não é ideal, porém configura-se pela existência de procedimentos ao longo de todo o processo decisório estatal, permitindo e sendo permeável à participação da sociedade.

Diante disso, não resta dúvida que o Estado Democrático de Direito não é a simples soma do Estado de Direito e do Estado Social de Direito, mais do que isso, ele aspira não apenas disciplinar direitos, mas também se estabelece numa interpretação inovadora do direito, seja intentando uma maior participação das pessoas nas medidas tomadas pelo Estado, seja ascendendo a Constituição como centro axiológico-normativo do ordenamento jurídico, ou ainda dando maior importância aos direitos e garantias fundamentais (XIMENES, s.d., n.p.).

Ainda quanto à interpretação constitucional, emerge no paradigma democrático o uso da ponderação de princípios na técnica da proporcionalidade, no caso brasileiro, Bernardo Gonçalves Fernandes (2019, p. 253), aponta a crescente utilização da técnica pelo Supremo Tribunal Federal, a saber:

Se acompanharmos as decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a aplicação de direitos fundamentais (o que inclui os chamados "casos de colisões" entre direitos fundamentais), assim como a leitura que vem estabelecendo entre a relação dos interesses públicos com os privados, veremos que é cada vez mais crescente a utilização de um instrumental importado do direito constitucional alemão, que muitos denominam de ponderação de bens e interesses, com base na aplicação do "princípio da proporcionalidade". (FERNANDES, 2019, p. 253)

Apesar dos grandiosos progressos com o Estado Democrático de Direito, com o suporte jusfilosófico do pós-positivismo, existem notáveis estudiosos que criticam o modelo. Pode-se destacar, especialmente, o discurso de que o poder é excessivamente concentrado no Poder Judiciário, que atuaria ativamente para a concretização dos direitos consagrados na Constituição da República, o que seria antidemocrático, tendo em vista que os juízes, diversamente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo.

2 OS DIREITOS SOCIAIS E A SUA CONCRETIZAÇÃO FRENTE À DEMANDA SOCIAL

Neste capítulo serão estudados os direitos sociais, suas características e tudo o que envolve sua correlação com a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Para facilitar a compreensão dessa classe de direitos fundamentais, serão detalhados os aspectos mais relevantes dos direitos à saúde e à educação. Tal conteúdo é desenvolvido com base na doutrina, legislação e jurisprudência.

A doutrina, de acordo com a tradição de matriz alemã, trabalha os direitos fundamentais como, “a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva” (FERNANDES, 2019, p. 348). No primeiro, eles outorgam aos titulares possibilidades jurídicas de impor interesses pessoais em face dos órgãos estatais obrigados; enquanto que, no segundo, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.

Bernardo Gonçalves Fernandes (2019, p. 349) discorre sobre isto, de forma elucidativa:

Nestes termos, os direitos fundamentais seriam vistos não só como direitos de defesa (garantias negativas), ligados a um dever de omissão, (um não fazer ou não interferir do Estado no universo privado dos cidadãos), e direitos de prestações (garantias positivas) para o exercício das liberdades (e aqui, entendidos como obrigações de fazer ou de realizar) por parte do Estado, mas, além disso, nos termos objetivos, eles, como a base do ordenamento, seriam um “vetor” a ser seguido (pelos Poderes Públicos e particulares) para interpretação e aplicação de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais. Daí que, a dimensão objetiva (indo além das funções de cunho subjetivo tradicionalmente consagradas aos direitos fundamentais e não sendo apenas um “reverso da medalha” da dimensão subjetiva) se apresentaria como um verdadeiro “reforço de juridicidade” das normas de direitos fundamentais, bem como da “sistemática” de concretização e densificação das mesmas.

A partir desta nova visão dos direitos fundamentais, torna-se imperioso que os Poderes constitucionais busquem a efetivação dos direitos fundamentais, no que se incluem os direitos sociais.

A política pública deve ser visualizada de forma cíclica, com o entendimento de que seja a “forma de definição concreta de destinação de toda gama de recursos públicos e de ordenação de recursos privados suscetíveis de ingerência estatal” (CHOUKR, 2012, p. 487).

Sobre a existência das três dimensões da política: a *polity*, referente às instituições políticas; as *politics*, para os processos políticos e, por fim; a *policy* para os conteúdos da política, tem-se:

A dimensão institucional “policy” se refere à ordem do sistema político, delineada pelo sistema jurídico, e à estrutura institucional do sistema político-administrativo; no quadro da dimensão processual “politics” tem-se em vista o processo político, frequentemente de caráter conflituoso, no que diz respeito à imposição de objetivos, aos conteúdos e às decisões de distribuição; a dimensão material “policy” refere-se aos conteúdos concretos, isto é, à configuração dos programas políticos, aos problemas técnicos e ao conteúdo material das decisões políticas (FREY apud CHOUKR, 2012, p. 487).

É público e notório que os chamados novos e velhos atores¹ se projetam nestes três níveis da dimensão política supratratados.

Por conseguinte, na tomada das escolhas políticas, independentemente sob qual dimensão, devem os atores públicos dar maior proteção aos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

2.1 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS SOCIAIS

A origem histórica dos direitos sociais está na crise da tradição do constitucionalismo liberal-burguês e no reconhecimento do paradigma do Estado Social de Direito, que, quebrando com os padrões formalistas de liberdade e igualdade do paradigma antecedente, vão procurar instrumentos mais concretos das desigualdades sociais dentre os atores da sociedade. (FERNANDES, 2019, p. 817)

Os motivos pelos quais os direitos fundamentais foram sendo instituídos e a maneira como a sociedade foi evoluindo conforme o passar do tempo são fatores que têm de ser levados em conta, sobretudo em face das grandes transformações havidas nas relações sociais desde a instauração do Estado Constitucional de Direito (CORDEIRO, 2012, p. 21).

Os direitos fundamentais, enquanto gênero, possuem algumas características de suma importância, quais sejam: relatividade²; imprescritibilidade³;

¹ Os chamados novos atores - sociedade civil organizada - e os atores jurídicos já consolidados, mas com novo papel, são os responsáveis pela nova orientação jurídica na alocação de recursos, isto é, para a busca da concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Cidadã de 1988 (CHOUKR, 2012, p. 488).

inalienabilidade⁴; irrenunciabilidade⁵; inviolabilidade⁶; universalidade⁷; efetividade⁸; interdependência⁹; complementaridade¹⁰; historicidade¹¹ (FERNANDES, 2019, p. 369).

Os direitos fundamentais, na Constituição Federal de 1988, são divididos em cinco espécies: direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos; partidos políticos. O presente trabalho tem como escopo o estudo mais aprofundado sobre os direitos sociais e tudo aquilo que o envolve, em especial a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

Foi com o advento do paradigma do Estado Social de Direito, inaugurado pelas Constituição mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919¹², que surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão (CORDEIRO, 2012, p. 24). São os direitos realizados através do Estado, tal como o direito à saúde e à educação (ANDRADE, 2009, p. 58).

Alguns eventos durante a trajetória histórica assumiram especial relevância para a evolução da noção de três elementos centrais: a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial e o papel do Poder Judiciário na concretização dos dois primeiros. Para Karine da Silva Cordeiro (2012, p. 25), o evento mais influente é o “resgate da importância dos direitos humanos em geral e da dignidade da pessoa humana em particular, em que pese isso se deva a um dos

² Para maioria da doutrina (de viés axiológico), os direitos fundamentais se caracterizam pela relatividade.

³ Os direitos fundamentais não desaparecem pelo decurso do tempo.

⁴ Constata-se a impossibilidade jurídica de um indivíduo alienar um direito fundamental seu transferindo-o para outro titular.

⁵ Em regra, direitos fundamentais não podem ser objeto de renúncia por seu titular.

⁶ Estabelece a observância obrigatória de seus preceitos. Portanto, não podem ser violados por atos do Poder Público.

⁷ Reconhece-se como seu titular toda a coletividade jurídica, garantindo assim um sistema de igualdade na distribuição dos direitos fundamentais que não comporta discriminação de qualquer espécie.

⁸ Em termos teóricos temos que o Poder Público em suas ações deve sempre se voltar para o cumprimento dos direitos fundamentais.

⁹ Os direitos fundamentais não podem ser vistos como elementos isolados, mas sim como um todo (bloco) que apresenta interpenetrações e coligações.

¹⁰ No plano da interpretação dos direitos fundamentais, deve-se atentar para o fato de que os mesmos não podem ser lidos isoladamente, mas demandam um esforço de conjugação em um só sistema de direitos coerentemente integrados.

¹¹ Os direitos fundamentais são o resultado de um processo histórico (processo de construção) que conduz à afirmação e consolidação dos mesmos.

¹² Apesar da Constituição de Weimar de 1919 ter influenciado fortemente as constituições brasileiras posteriores a ela, importante observar que ela é diferente da nossa Constituição atual, uma vez que a Constituição Alemã traz apenas uma cláusula geral de socialidade, ou seja, não traz os direitos sociais expresso no texto constitucional.

acontecimentos mais trágicos da história da humanidade, a Segunda Guerra Mundial”.

Em detrimento do breve relato supra, a compreensão dos direitos sociais exige a análise pormenorizada da dignidade da pessoa humana e do seu núcleo elementar, cunhado mínimo existencial.

2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O desenvolvimento dos estudos da dignidade da pessoa humana, bem como do mínimo existencial, notadamente como fundamento para a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição vigente, é imprescindível para o adequado entendimento do alcance e do limite destas doutrinas jusfilosóficas.

A importância desse instituto é tamanha que é tido como um conceito pré-constitucional, isto é, anterior a própria existência das Constituições, uma vez que representa uma particularidade inerente a todo indivíduo. Entretanto, segundo Ingo Sarlet (2012, p. 64), não devemos considerar a pessoa humana de modo abstrato, e sim como um ser individualmente considerado, de forma a evitar a possibilidade de sacrifício da dignidade da pessoa individual em detrimento da dignidade humana na sua dimensão coletiva

O discernimento de dignidade da pessoa humana, em sua acepção moderna, perpassa por três momentos histórico-filosóficos fundamentais, são eles: cristianismo, pensamento iluminista e, finalmente, na Segunda Guerra Mundial (CORDEIRO, 2012, p. 62).

Acerca da dignidade da pessoa humana na tradição alemã:

Na tradição do Direito alemão, isso significou, principalmente, afirmar que todos têm direito a ser tratado como pessoas, sendo respeitados de modo igual os seus direitos fundamentais (direitos humanos) independentemente de sexo, raça, língua, religião ou opiniões políticas, condições de nascimento, econômicas e sociais. Isso, é claro, vem no sentido de combater a noção nazista de Untermensch (subumano), que afirmava uma desigualdade eugênica em prejuízo dos arianos (FERNANDES, 2019, p. 334).

As bases da fundamentação da dignidade da pessoa humana, para maioria da doutrina, encontram sua origem nos estudos do filósofo alemão Immanuel Kant (SARLET, 2012, p. 42).

Existe concordância quanto à fundamentalidade material dos direitos que densificam a dignidade da pessoa humana. Por isso, afirma-se indiscutivelmente: “se nem todos os direitos fundamentais decorrem diretamente da dignidade humana, todos os direitos que concretizam a dignidade da pessoa humana são materialmente fundamentais” (BRANCO; MENDES, 2011, p. 159). Nesta perspectiva, declara Cármen Lúcia Antunes Rocha (s.d., n.p.):

A dignidade da pessoa humana põe-se na lágrima vertida sem pressa, sem prece e, principalmente, sem busca de troca. Tal como se tem no pranto de Antígona, a dignidade não provoca, não intimida, não se amedronta. Tem ela a calma da Justiça e o destemor da verdade. É por isso que Antígona representa a dignidade do homem para além da vida, a que se acha sem rebuços nos momentos extremos da experiência humana e nos quais não importa a conduta do outro ou a correspondência de seu sentimento, de sua fé ou de seu pensamento em relação àquele que se conduz dignamente. Dignidade é alteridade na projeção sociopolítica tanto quanto é subjetividade na ação individual.

Logo, um indivíduo, pelo simples fato de pertencer ao gênero humano, já é possuidor de dignidade. Esta é “qualidade ou atributo inerente a todos os homens, decorrente da própria condição humana, que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes” (SARLET, 2012, p. 132).

Foram com essas alterações no pensamento que a dignidade passou a ser prevista explicitamente nos ordenamentos jurídicos e documentos internacionais. O primeiro documento após a Segunda Guerra Mundial a tratar sobre a dignidade da pessoa humana foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUSH) da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948. Em seu preâmbulo, considerou como fundamento da justiça, da liberdade e da paz no mundo “a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis” (ALMEIDA FILHO; MELGARÉ, 2010, p. 248).

Luis Roberto Barroso (2010, p. 2) relata que a dignidade da pessoa humana é referida em diversas em Constituições, leis, documentos internacionais e decisões judiciais e no plano abstrato, “poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime”.

A Constituição Cidadã de 1988, acompanhando uma tendência global, introduziu pela primeira vez a dignidade da pessoa humana em seu texto, desenvolvendo seu conteúdo analiticamente no decurso de seus dispositivos. A Constituição de 1988 reconheceu a dignidade humana como fundamento da República brasileira em seu art. 1º, inc. III.

Por isso, a Constituição Federal de 1988 tem vasto potencial transformador da sociedade, dado que elegeu valores-guia para a arquitetura do sistema jurídico. Dessa maneira, constata-se que os fundamentos da Constituição da República constituem, assim, valores estruturantes do Estado, sendo a dignidade da pessoa humana valor constitucional supremo que se irradia por todo o sistema jurídico. Portanto, a dignidade é aplicada não somente para a decisão de casos concretos, como também como diretriz para a produção, interpretação e aplicação dos dispositivos que compõe a ordem em geral, até mesmo para fins de concretização de certos direitos e políticas sociais.

Outro aspecto relevante do princípio fundamental dignidade da pessoa humana é a sua dupla acepção. Primeiro, “prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos” (MORAES, 2007, p. 46). Em relação ao segundo, “estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário entre semelhantes” (MORAES, 2007, p. 46)

Gomes Canotilho (2002, p. 234) ensina que alocar a dignidade da pessoa humana como base da República significa “o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais”.

Vê-se, manifestamente, que Canotilho incorporou a noção do filósofo alemão Kant sobre dignidade da pessoa humana, tendo em vista que dispõe sobre o homem como finalidade da República e não seu como simples instrumento.

Apesar da Constituição Brasileira de 1988 fazer expressa menção à dignidade da pessoa humana, esta não conceituou o instituto. Constata-se que o “conceito de dignidade humana é polissêmico e aberto, em permanente processo de desenvolvimento e construção” (RAMOS, 2015, p. 78).

A dignidade da pessoa humana, dada a sua complexidade, possui várias conceituações, no qual a desenvolvida por Ingo Sarlet vem ganhando maior destaque:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade em sentido formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (SARLET, 2009, p. 77).

Daniel Sarmento (2002, p. 59) entende a dignidade da pessoa humana como epicentro axiológico da Constituição, porque confere a obrigação de sua observância no momento da criação, interpretação e aplicação do Direito. Para o autor, ainda, o instituto traz unidade de sentido e de valor ao sistema constitucional, pelo qual é veiculada a ideia de respeito absoluto ao indivíduo como fim último do Estado e do direito.

Por fim, diante o exposto, verifica-se que para parte da doutrina alguns parâmetros mínimos de aferição (vetores ou dimensões) devem ser sempre defendidos para a consecução normativa adequada da dignidade da pessoa humana, veja-se: não instrumentalização (concepção de que o ser humano não pode ser instrumentalizado); autonomia existencial (o direito dos indivíduos de fazer as escolhas essenciais da vida e agir de acordo com suas escolhas); direito ao reconhecimento (as injustiças podem se dar não apenas nas redistribuições de bens, como também na esfera do reconhecimento); direito ao mínimo existencial (direito a que existam condições materiais básicas para a vida (FERNANDES, 2019, p. 339). Cabe, aqui, destacar que o mínimo existencial é tido como núcleo intangível da dignidade humana, devendo ser garantido de forma efetiva.

O núcleo essencial da dignidade humana deve ser efetivamente concretizado pelo Estado, mediante os seus três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), bem como também pela atuação dos órgãos essenciais à Justiça - a exemplo do Ministério Público e da Defensoria Pública -, e ainda pelos particulares.

2.3 MÍNIMO EXISTENCIAL

A teoria do mínimo existencial, no Estado Social, ostenta a qualidade de direito subjetivo dos que dele necessitam em face do Poder Público, “obrigando-o a

prestar determinados serviços de bem-estar social, que devem ser implementados de modo progressivo” (NOGAMI, 2013, p. 84).

O mínimo existencial possui muitas funções essenciais, servindo de orientação para a concretização das políticas sociais e para as ações governamentais, atuando como princípio interpretativo e como diretriz para os Poderes Estatais, configura foco de dispersão para a defesa da dignidade humana, ou seja, constitui o centro axiológico das práticas públicas, legislativas e jurídicas (ALMEIDA FILHO; MELGARÉ, 2010, p. 253).

Vale ressaltar ainda que o instituto em comento possui uma dupla acepção, sendo que uma das facetas é garantística e a outra prestacional. De modo que a primeira impossibilita a agressão do direito, já a segunda pretende garantir os meios necessários que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna dos indivíduos, vinculando o Estado e o particular (EMERIQUE; GUERRA, 2006, p. 387).

A teoria do mínimo existencial é, com base no exposto, um subsistema da teoria dos direitos fundamentais e busca respaldar, sob o viés jurídico, as lutas sociais contra a exclusão social e a miséria, bem como “fornecer teorização suficiente para amparar os pleitos processuais em face do poder público e elementos para fundamentação das decisões judiciais e das escolhas políticas” (OLIVEIRA, 2012, p. 14).

Apesar da sua utilização em larga escala, o instituto do mínimo existencial não possui definição e alcance entendidos de forma unânime pela doutrina e pela jurisprudência.

2.3.1 Conceito

A ideia de mínimo existencial é trabalhada com duas dimensões para seu real exercício: dimensão negativa, operando como um “limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as condições materiais indispensáveis a uma vida digna” (FERNANDES, 2019, p. 822); dimensão positiva, em que diz respeito a “um conjunto essencial de direitos prestacionais a serem implementados e concretizados que possibilitam aos indivíduos uma vida digna” (FERNANDES, 2019, p. 822).

Segundo Jonh Rawls (*apud* CORDEIRO, 2012, p. 98), a estrutura da Estado deve ser norteada por dois princípios, sendo eles: o princípio da liberdade e

o princípio da justiça. O primeiro corresponde às liberdades básicas iguais, integrando, desse modo, os fundamentos constitucionais. Já o princípio da justiça, ligado à ideia de justiça distributiva, é constituído pelo princípio da igualdade equitativa de oportunidades e pelo princípio da diferença, dirigido ao legislador.

Dessa maneira, para se atingir a uma sociedade bem ordenada, carece ser realizado o mínimo social, eis que, conforme John Rawls (*apud* CORDEIRO, 2012, p. 99), “abaixo de certo nível de bem-estar material e social, de formação e de educação, as pessoas simplesmente não podem participar da vida política e social como cidadãos, menos ainda como cidadãos iguais”.

Logo, constata-se que para John Rawls, a entrega de condições materiais para a vida humana vai além das necessidades básicas para a sua existência, seja sob a ótica da justiça distributiva ou do princípio da diferença.

Já a concepção de mínimo existencial embasada nos estudos de Jürgen Habermas, surge quando o autor desenvolve um modelo de sistema no qual constam os direitos que os cidadãos devem admitir e reconhecer como forma de possibilitar a regulamentação da vida em conjunto por meio do direito positivo. Karine da Silva Cordeiro (2012, p. 100) postula que esse sistema, desenvolvido pelo filósofo alemão, “delineia as condições gerais necessárias para a institucionalização de processos democráticos do discurso no direito e na política” e, igualmente, procura efetivar a participação dos indivíduos no discurso de fundamentação dos direitos em sociedade.

Jürgen Habermas, ainda, correlaciona os direitos fundamentais ligados às garantias das condições de vida à defesa dos pressupostos da democracia, porque as deliberações tomadas pelos indivíduos dependem direta e exclusivamente de que sejam eles bem informados, de que tenham capacidade de refletir e considerar as consequências das deliberações políticas, além de que possam formular e fazer valer seus interesses considerando o interesse geral e das gerações futuras (*apud* CORDEIRO, 2012, p. 101).

No entanto, foi o Tribunal Constitucional alemão que formulou a concepção jurídica do mínimo existencial. A concepção alemã entendeu que o mínimo existencial seria o núcleo essencial da dignidade humana, segue:

Intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e indissociável dos problemas relacionados à concretização dos direitos sociais, o mínimo existencial vem ganhando espaço cada vez mais

destacado na pauta das discussões doutrinárias e jurisprudenciais do constitucionalismo contemporâneo. Do ponto de vista moral, é bastante difundida a compreensão de que a comunidade política deve garantir aos seus membros, pelo menos, um padrão de vida minimamente decente. Entretanto, por que isso também é um dever legal e o que exatamente esse dever significa são assuntos de intensa controvérsia (CORDEIRO, 2012, p. 97).

Apesar de Constituição alemã de 1949 não fazer menção expressa dos direitos sociais de cunho prestacional, o direito subjetivo ao acesso a recursos mínimos para uma existência digna foi extraído, pelo Tribunal Constitucional alemão, de outros institutos, tal como o princípio da dignidade da pessoa humana (CORDEIRO, 2012, p. 103).

A Constituição Federal de 1988 não traz, ao longo de seu texto, a previsão expressa do mínimo existencial. (FLORES, 2007, p. 75). Porém, a doutrina mais abalizada vem sustentando que esse direito provém de inúmeros dispositivos constitucionais positivados, notadamente da dignidade da pessoa humana. Além disso, o mínimo existencial também deriva dos objetivos e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, tal como a erradicação da pobreza, a liberdade, a igualdade, os direitos sociais em espécie e a proteção à vida.

Há duas teorias a respeito de como delimitar o conteúdo essencial do mínimo existencial, sendo elas: a teoria do conteúdo essencial absoluto e a teoria do conteúdo essencial relativo. A primeira defende que o conteúdo essencial de um direito é determinado através da análise, em abstrato, de sua redação, o que seria suficiente para identificar e separar seus elementos essenciais dos não essenciais; ao passo que a segunda sustenta que o núcleo essencial não é preestabelecido e fixo, mas determinável conforme o cenário de cada caso concreto, após a realização de um juízo de proporcionalidade com outros direitos ocasionalmente em colisão (RAMOS, 2015, p. 135).

No âmbito teórico, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 35) considera que o mínimo existencial está relacionado “às condições mínimas de existência humana digna, que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que ainda exige prestações estatais positivas”.

No mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos (2011, p. 247) declara que o mínimo existencial equivale a um grupo de prestações materiais imprescindível a uma existência humana digna, abarcando, nesta concepção, o estado espiritual, físico e intelectual.

Luís Roberto Barroso (s.d., p. 371), com grande destaque na temática, sustenta que o mínimo existencial, que está intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, consiste na garantia de condições mínimas pelo Estado aos indivíduos, a fim de que eles possam atingir sua autonomia (s.d., p. 371).

É importante destacar o entendimento da Corte Constitucional brasileira, no Agravo Regimental do Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337/SP, em que sedimentou a concepção alemã de mínimo existencial, e adotou importante posicionamento em relação ao alcance do mínimo existencial, veja-se:

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.

Sendo assim, baseado no julgado referido, constata-se que o STF vem utilizando a concepção alemã do mínimo existencial. Além disso, também vem utilizando, por força de seu ativismo judicial conferido pela nova ordem constitucional, a doutrina do mínimo existencial com a finalidade de concretização da vida digna de todos os indivíduos da sociedade.

Na falta do mínimo existencial, “uma considerável parcela da população seria tolhida de sua potencial capacidade de eleger e dirigir a própria vida” (CORDEIRO, 2012, p. 109), porque não teria alcançado a autonomia e a liberdade pretendidas pela norma constitucional. Em razão disso, é que a jurisprudência brasileira e a doutrina defendem que, caso o indivíduo não consiga, por força própria, garantir suas necessidades básicas, terá ele direito a um conjunto de prestações materiais mínimas do Estado, com o intuito de ter garantida e respeitada a sua dignidade.

O mínimo existencial não se limita à concessão de prestações materiais mínimas visando a garantir somente o desenvolvimento físico do ser humano, ou seja, sua mera existência, mas busca também assegurar o seu pleno desenvolvimento, seja mental, seja espiritual, de forma a lhe garantir uma vida digna (SARLET, 2012, p. 322).

Diante o exposto, pode-se afirmar que o mínimo existencial consiste no núcleo intangível da dignidade da pessoa humana. A proteção do conteúdo essencial, segundo André Carvalho Ramos (2015, p. 133) “consiste no reconhecimento da existência de núcleo permanente, que não pode ser afetado de forma alguma, em todo direito fundamental”.

Mais uma característica do instituto em comento é a sua configuração como direito público subjetivo. O mínimo existencial deve ser compreendido como direito subjetivo definitivo, visto que gera um dever exigível de garantir a prestação material básica por parte do Poder Público (SARLET, 2012, p. 321).

Vale destacar, ainda, que o mínimo existencial tem validade *erga omnes* e é universal, uma vez que abarca todos os indivíduos, independentemente de sua classe social ou origem, assim como não carece de complementação legislativa, tendo eficácia imediata (TORRES, 2009, p. 39).

À luz da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, será abordada a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais-sociais.

2.4 OS DIREITOS SOCIAIS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E SUA APLICABILIDADE E EFICÁCIA

Os direitos fundamentais, na atual Constituição brasileira, são divididos em cinco espécies: direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos; partidos políticos. Dessa forma, até mesmo para teoria constitucional clássica, que adota uma leitura semântica (textual)¹³ e, por isso mesmo, literal dos direitos fundamentais, os direitos sociais são considerados direitos fundamentais (FERNANDES, 2019, p. 350). Apesar disso, deve se atentar que há outros direitos sociais esparsos pelo texto constitucional, ou seja, o sistema de direitos fundamentais não se limita ao Título II explicitado no diploma constitucional.

Bernardo Gonçalves Fernandes (2019, p. 348), seguindo a tradição de matriz alemã, trabalha os direitos fundamentais em uma dupla acepção, quais sejam: em direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional

¹³ Importante salientar que essa classificação merece críticas, já que tal classificação é por demais míope para perceber a existência de direitos fundamentais consagrados em outras partes do texto constitucional.

objetiva: Na primeira, quer dizer que eles outorgam a seus titulares possibilidade jurídicas de impor interesses pessoais perante aos órgãos estatais obrigado, isto é, importa na faculdade de impor uma atuação negativa ou positiva aos titulares do Poder Público. Na segunda acepção, os direitos fundamentais constituem a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, sendo os direitos fundamentais um verdadeiro “norte” de eficácia irradiante.

No Brasil, para além da atual Constituição vigente, houve outra Constituição em que p Estado Social estava previsto: a Constituição de 1934. Contudo, nesta constituição passada, não havia direitos fundamentais-sociais expressos ao longo de seus dispositivos, de maneira que as normas sociais tinham pouca ou nenhuma eficácia, ou seja, a Constituição Cidadã inaugurou os direitos sociais no rol dos direitos fundamentais.

Foi nos Estados Unidos da América, com Thomas Cooley (1903, p. 30), o surgimento de uma teoria sistematizada acerca da aplicabilidade das normas constitucionais. Nesse estudo, o autor afirma que em uma Constituição existiriam dois tipos de normas: (i) normas constitucionais autoexecutáveis (*self-executing*); (ii) normas constitucionais não autoexecutáveis (*not self-executing*). Assim, algumas normas constitucionais seriam dotadas de autoexecutoriedade e outras não teriam tal virtude, ainda que presente no texto constitucional. Em suma, “as normas autoaplicáveis seriam dotadas de aptidão para gerar, desde logo, efeitos jurídicos independentemente do legislador ordinário, tendo em vista sua completude. Já as normas não autoaplicáveis necessitariam do legislador, pois não teriam meios necessários para a viabilização dos direitos nelas previstos. (FERNANDES, 2019, p. 108).

Posteriormente, no Brasil, José Afonso da Silva desenvolveu uma teoria sobre a aplicabilidade das normas constitucionais que gerou novos ares à temática (2008, p. 12). A partir desta nova perspectiva não haveria normas não autoaplicáveis e, portanto, sem aplicabilidade. A grande novidade em relação às teorias antecessoras é que todas as normas constitucionais são dotadas de aplicabilidade, pois todas as normas constitucionais teriam eficácia jurídica. Com isso, extrai-se que todas as normas constitucionais vão conter: (i) efeitos positivos, pelo simples fato de surgir uma nova Constituição, ela revoga (não recepciona) tudo do ordenamento jurídico anterior que for contrário a ela. (ii) efeitos negativos, pelo simples fato de existir uma Constituição, esta vai negar ao legislador ordinário a possibilidade de

produzir normas infraconstitucionais contrárias a ela; e, se o legislador fizer e o judiciário entender que o legislador o fez, pelo controle de constitucionalidade, ele, judiciário, retira a referida norma do Ordenamento jurídico (SILVA, 2008, p. 12).

A teoria de José Afonso da Silva sobre as normas constitucionais (2008, p. 12), no que diz respeito à sua eficácia jurídica, seria dividida em três grupos. Sendo o primeiro chamado de normas constitucionais de eficácia plena: as quais detêm todos os elementos necessários à produção de seus efeitos, independente de norma integrativa infraconstitucional. Já o segundo grupo, trata-se das normas constitucionais de eficácia contida, as quais têm aplicabilidade direta e imediata, mas podem ser restringidas pelo legislador ordinário. O terceiro grupo é nominado de normas constitucionais de eficácia limitada, sendo que suas normas constitucionais não estão aptas de produzir todos os seus efeitos jurídicos, necessitando de norma regulamentadora infraconstitucional a ser editada, assim, essas normas só vão ter aplicabilidade direta e imediata se forem reguladas.

Apesar da teoria de José Afonso da Silva trazer grandes avanços no âmbito da aplicabilidade das normas constitucionais, para Bernardo Gonçalves Fernandes (2019, p. 113) merece algumas ressalvas a sua utilização, pois apesar de seu uso corriqueiro, ela se torna insustentável à luz de perspectivas hermenêuticas mais sofisticadas. Tal teoria acaba por fazer uma subversão do ordenamento jurídico, pois ela passa a dar mais importância e sobretudo peso à legislação infraconstitucional do que à própria Constituição. Isto é, não obstante a norma estar presente na constituição, ela não pode ser aplicada devido à falta de regulamentação legal. Por óbvio que é necessária a regulamentação e esmiuçamento das normas constitucionais, todavia essa necessidade não pode sobrepor à força normativa da Constituição. Esta situação é bastante temerária, fazendo que os Poderes Públicos, vez por outra, utilizem-se de um verdadeiro “álibi” para a não viabilização de direitos definidos e assegurados na Constituição.

Nessa perspectiva, vale dizer mencionar que a Constituição de 1988 conferiu um tratamento especial na aplicação dos direitos fundamentais, dada a relevância de seus bens jurídicos tutelados. Assim, o constituinte positivou em seu art. 5º § 1º que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. O tema não é de entendimento pacífico na doutrina, isso vai

depender do marco teórico adotado e trabalhado. De um lado, há os que defendem¹⁴ a aplicação imediata dos direitos fundamentais, mesmo se a norma que o prescreve é de cunho programático. Dessa forma, esses direitos devem ser imediatamente consubstanciados, mesmo não havendo a interposição legislativa. Por outro lado, há os que sustentam¹⁵ que existem situações em que não há como dispensar uma concretização pelo legislador. Segundo essa corrente de pensamento, a norma do art. 5º § 1º da CRFB/88 determina um mandado de otimização, que impõe aos órgãos estatais a obrigação de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, gerando uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas que definem direitos (FERNANDES, 2019, p. 372).

Nesse cenário, apesar dos inúmeros direitos sociais em espécie, no presente trabalho serão analisados os direitos à saúde e educação.

2.5 DIREITOS SOCIAIS EM ESPÉCIE

O reconhecimento de direitos sociais, tal como o direito a saúde e à educação, ambos centrados na noção de solidariedade social, “somente começou a se generalizar nas primeiras Constituições do século XX, do que são exemplos a Constituição mexicana de 1917, a soviética de 1918 e a alemã de 1919” (GARCIA, s.d., p. 65).

Os direitos sociais devem ser “moldados consoante critérios de subsidiariedade, somente se justificando a prestação estatal no caso de as circunstâncias inviabilizarem a sua obtenção direta pelo beneficiário em potencial” (GARCIA, s.d., p. 66).

Assim, é evidente que o constituinte originário quis dar maior proteção aos direitos sociais, colocando-os como direitos fundamentais, devendo estes direitos ser protegidos e concretizados pelos diferentes atores do ordenamento pátrio¹⁶.

A origem dos direitos sociais está na crise da tradição do Estado Liberal e na consagração do paradigma do Estado Social de Direito (FERNANDES, 2019, p. 817).

¹⁴ Flávia Piovesam, Luís Alberto Barroso, Eros Graus, etc.

¹⁵ Gilmar Mendes, José Afonso, Ingo Sarlet

¹⁶ “O movimento da Reforma Sanitária teve papel decisivo, tanto para que a saúde se tornasse um direito fundamental explícito no texto constitucional, quanto para a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) como forma institucional de concretização desse direito” (FLEURY *apud* FIGUEIREDO, 2014, p. 14).

Gomes Canotilho na década de 1990 (*apud* FERNANDES, 2019, p. 819) defendeu que a realização dos direitos sociais apresentaria as seguintes características: gradatividade¹⁷; dependência financeira¹⁸; tendencial liberdade de conformação¹⁹; insuscetibilidade de controle jurisdicional²⁰.

Destarte, o protagonismo judicial é condição indispensável para a “efetiva proteção dos direitos sociais e, mais do que isso, para a própria estabilidade da democracia” (CORDEIRO, 2012, p. 150).

No tocante ao presente trabalho, importante citar o que dispõe a Constituição Cidadã de 1988 acerca dos direitos sociais²¹. Destaca-se o art.6º, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais 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, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Além deste importante dispositivo constitucional, ressaltou-se que outros direitos sociais estão elencados na Constituição Cidadã de forma esparsa. Para os fins deste trabalho, serão descritos os direitos à saúde e à educação.

2.5.1 Direito à saúde

O direito à saúde, expressamente previsto entre os direitos sociais do artigo supracitado, é direito fundamental em sentido formal e material (FIGUEIREDO, 2014, p. 29).

De acordo com Bernardo Gonçalves Fernandes (2019, p. 1932), o direito à saúde “constitui direito de todos e dever do Estado, a partir de um acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Portanto, é um direito público subjetivo capaz de ser exigido do

¹⁷ Chamada também de gradualidade para a realização.

¹⁸ Necessidade de orçamento público do Estado.

¹⁹ Definição pelo legislador em relação às políticas públicas a serem assumidas.

²⁰ Os programas político-legislativos não podem sofrer controle jurisdicional, a não ser quando estes se mostram em clara contradição com as normas constitucionais ou quando manifestamente desarrazoadas.

²¹ Os direitos fundamentais sociais são tradicionalmente assim designados por “se caracterizarem como pretensões que buscam o reequilíbrio entre as distintas condições materiais de vida das pessoas, quer sejam consideradas individualmente, quer o sejam como grupo” (FIGUEIREDO, 2014, p. 28).

Estado. Nesse sentido, veja-se o entendimento do STF, no AI 759.543/RJ, acerca da temática:

E M E N T A: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO À POPULAÇÃO NO HOSPITAL MUNICIPAL SOUZA AGUIAR – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS MUNICÍPIOS (CF, ART. 30, VII) – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO : ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOCTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

José Afonso da Silva (2005, p. 309) afirma que é a uma relação direta entre o direito à saúde e o direito à vida. Fundamentalmente, o direito à saúde, assegura a promoção do bem-estar físico, mental e social de um indivíduo (RAMOS, 2015, p. 648). Cabe salientar que o direito à saúde, além de possuir sua faceta

individual, apresenta sua faceta difusa, uma vez que existe o direito difuso de todas as pessoas de viver em um ambiente sadio, sem o risco de epidemias ou outros malefícios à saúde (RAMOS, 2015, p. 648).

Dada à sua relevância, o regime jurídico geral aplicável aos direitos sociais determina, uma nova atitude estatal, especialmente o fomento de condições concretas de fruição de tais direitos, sempre com vistas à efetivação da proteção efetiva da dignidade humana e do princípio da igualdade material, que compõe seus verdadeiros fundamentos (NOGAMI, 2013, p. 62).

Indubitavelmente, a efetivação de tais direitos tem como finalidade: a proteção das mais variadas esferas pelas quais se manifesta e se desenvolve o ser humano, não restando dúvida da relevância de bens jurídicos como saúde (FIGUEIREDO, 2014, p. 27).

Consoante Emerson Garcia (s.d., p. 69), o direito à saúde apresenta duas facetas em sua estrutura, sendo elas: um direito de defesa, a qual consagra um dever estatal *erga omnes*, em que assegura a proteção da integridade físico-psíquica da pessoa contra agressões cometida por terceiros, garantido pela Constituição Federal e passível de ser tutelado pelo Poder Judiciário; e um direito a prestação, que necessita uma prévia determinação do Poder Legislativo acerca dos instrumentos, do tempo e modo em que efetivará a devida prestação.

Assim, a saúde é vital à vida digna de todos os indivíduos em um Estado Democrático de Direito, e, sem dúvidas, é um dos mais ricos direitos sociais da Constituição Federal brasileira.

2.5.2 Direito à educação

No quesito educação, trouxe a atual Constituição do Brasil algumas inovações. Primeiramente, estabeleceu a educação como um direito social (artigo 6º). Depois, em uma seção própria, entre os artigos 205 e 214, o legislador constituinte apresentou os contornos desse direito. Como tal, evidencia um direito de segunda dimensão (ou geração), que busca a concretização da chamada justiça material, “por meio de uma liberdade e igualdade não meramente formais, bem como pela extensão da proteção da liberdade pessoal em relação ao exercício do poder social e econômico” (SARLET, 2007, p.7).

O artigo 205 da Constituição Cidadã, inaugurando a seção que versa sobre educação²², estabeleceu o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho como finalidades do direito à educação, a saber:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Com efeito, é possível visualizar que o direito à educação compreende não apenas o conhecimento em si, mas também a relação do ser humano com o ambiente social, de sorte que “o indivíduo não poderia adquirir suas estruturas mentais mais essenciais sem uma contribuição exterior” (MALISKA, 2001, p. 157)²³.

A família, nessa lógica, detém papel fundamental, na medida em que os pais têm o dever de educar os filhos e de determinar o gênero da educação a ser dado a eles. Não se cuida de uma mera faculdade, mas sim de uma obrigatoriedade determinada, inclusive, pela Constituição de forma reiterada.

O Estado, da mesma forma, está incumbido de efetivar o direito à educação. Para tanto, deve garantir a realização dos seguintes direitos:

- I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)
- II – progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)
- III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)
- V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

²² O termo ‘educação’, etimologicamente, decorre dos vocábulos latinos *educare* e *educere*. O primeiro consiste no desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral do educando, buscando sua melhor integração individual e moral. Já o segundo, diferentemente, compreende o processo em que se dá maior importância à capacidade interior do indivíduo, cujo desenvolvimento depende de dinamismo interno.

²³ É por esse motivo que a educação não pode ser confundida com a mera instrução técnica, mas deve englobar também tudo quanto necessário para a completa formação ética do indivíduo.

Fica claro, portanto, que todas as condutas praticadas pela família, pela sociedade e pelo Estado, no que tange à educação, visam à formação completa do indivíduo, incluindo-se nesse conceito o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho, a fim de que possa atingir a própria autonomia.

Sob esse prisma, Jean Piaget (*apud* MALIKSA, 2001, p. 161) ensina que o pleno desenvolvimento da pessoa será efetivado quando houver a formação de “indivíduos capazes de autonomia intelectual e moral e respeitadores dessa autonomia em outrem, em decorrência precisamente da regra de reciprocidade que a torna legítima para eles mesmos”.

É com base nessas finalidades que Carlos Eduardo Souza Viena (2006, p. 136), conclui:

Desta forma, a educação, como elemento indissociável do ser humano, é o grande alimento para que o homem possa obter o pleno desenvolvimento de suas faculdades físicas, mentais e intelectuais. Ela assegura ao indivíduo liberdade e autonomia, dando-lhe ferramentas indispensáveis para a realização de seus objetivos, a fim de que possa prosperar na vida.

Tem-se, assim, que a educação serve como alicerce para a completa formação do indivíduo, além de fornecer a ele ferramentas para aquisição de sua autonomia e emancipação (CORDEIRO, 2012, p. 197).

Assim, a educação representa um instrumento de transformação e inclusão social e, conseqüentemente, pressuposto para o exercício dos demais direitos fundamentais. Nesse ponto, Emerson Garcia (2007, p. 103) sustenta que, “consagrada a prioridade, é praticamente suprimido o âmbito de discricionariedade política do administrador público, já que eliminada a possibilidade de sopesar quaisquer outros direitos com aqueles das crianças e dos adolescentes”.

Não é demais lembrar que, uma vez considerada a norma constitucional como direito público subjetivo, possui-la-á eficácia plena e aplicabilidade imediata, de sorte que não se faz necessária a sua integração pela legislação infraconstitucional. Nesse sentido, colaciona-se ensinamento de Emerson Garcia (2007, p. 100):

As normas constitucionais que dispõem sobre a educação fundamental, na medida em que asseguram a imediata fruição desse direito, já que, consoante o art. 208, § 1º, foi ele tratado como direito subjetivo público, têm eficácia plena e aplicabilidade imediata, prescindindo de integração pela legislação infraconstitucional. Não bastasse isso, essa conclusão é reforçada por integrarem o rol mínimo de direitos imprescindíveis a uma existência digna, o que afasta qualquer tentativa de postergar a sua efetivação.

É, diante dessas características, que se chega à conclusão de que a educação básica obrigatória decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, por ser inerente e essencial à personalidade humana, além de ter evidente importância para a concretização de outros direitos necessários a uma existência digna.

Ingo Sarlet (2009, p. 335), nessa linha, registra que “é justamente com apoio nesta constelação normativa que houve, na doutrina, quem se posicionou favoravelmente ao reconhecimento de um direito subjetivo individual a uma vaga em estabelecimento oficial, no âmbito do ensino obrigatório e gratuito”. Incluiu-se nesse rol o próprio autor.

Diante disso, o direito à educação não pode ser tido como uma norma meramente programática²⁴, mas sim uma obrigação possível de ser oposta ao Estado, já que prevista como direito público subjetivo, bem como manifestação do mínimo existencial. Nesse sentido, destaca-se a lição de Emerson Garcia (2007, p. 101):

Como se constata, o constituinte dispensou um tratamento nitidamente diferenciado ao ensino obrigatório, realçando que, além do dever do Estado, o que poderia soar como mera enunciação de uma norma programática, configura, independentemente de qualquer requisito étario, direito subjetivo da pessoa humana. Com isso, torna-se exigível a sua ampla e irrestrita efetividade. Essa norma indica, de modo insofismável, que, dentre as opções políticas estruturantes contempladas na Carta de 1988, o direito à educação fundamental foi considerado uma parcela indissociável de uma existência digna de tantos quantos vivam em território brasileiro, integrando o que se convencionou chamar de mínimo existencial.

Não é difícil perceber, assim, que o direito à educação, para ser concretizado, exige do Estado uma prestação positiva, ou seja, um *facere*, com a finalidade de propiciar melhores condições de vida ao indivíduo e de diminuir as desigualdades sociais, na medida em que o Estado dela só se desincumbirá criando

²⁴ Norma programática é aquela que se restringe a “estabelecer programas, finalidades, tarefas mais ou menos concretas a serem implementadas pelos órgãos estatais e que reclamam uma mediação legislativa” (SARLET, 2009, p. 266).

condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional. Para tanto, deve o Poder Público editar normas adequadas ao exercício desse direito, bem como criar condições reais para sua efetivação, com a disponibilização de estruturas, instituições e recursos humanos (TAVARES, s.d., p. 11-12).

Não obstante a clareza da Carta Magna ao prever o direito à educação básica obrigatória como direito público subjetivo, não raras vezes a omissão estatal fica caracterizada, originando o ajuizamento de ações para o cumprimento do mandamento constitucional²⁵.

Considerando o fato de que o direito à educação obrigatória configura manifestação do mínimo existencial, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente decidido a favor da possibilidade de sua concretização pelo Poder Judiciário frente à omissão estatal, sob pena de gerar grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípuo destinatário. Observa-se, dessa forma, que o Poder Judiciário, ao impor a realização de uma prestação positiva pelo Poder Público, atua como instrumento concretizador da força normativa da Constituição, uma vez que o texto constitucional não tem o condão de, por si só, realizar as tarefas ali previstas pelo legislador constituinte. Nas palavras de Konrad Hesse (1991, p. 19):

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Assim, nada adianta a Constituição prever diversos direitos sociais, muitos deles verdadeiras projeções do mínimo existencial, como o direito à educação, sem que haja alguma maneira de concretizá-los. Por essa razão, Emerson Garcia (2007, p. 108-109) defende a possibilidade de utilização do poder

²⁵ De lembrar que na seara dos direitos sociais, para além dos direitos contemplados em normas-regras, a Carta de 1988 também excluiu da zona de disponibilidade política o mínimo existencial àqueles que não disponham de meios para, por si, alcançá-lo.

de coerção estatal para assegurar a efetiva implantação desses direitos, dentre os quais se inclui a educação básica obrigatória, no plano fático. Alerta, contudo, que essa medida coercitiva abarca somente os direitos componentes do mínimo existencial, haja vista serem os recursos estatais reconhecidamente limitados.

O desenvolvimento dos estudos da dignidade da pessoa humana, bem como do mínimo existencial, notadamente como fundamento para a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição vigente, é imprescindível para o adequado entendimento do alcance e do limite destas doutrinas jusfilosóficas.

2.6 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Inicialmente, como já visto alhures, o Poder Judiciário, a partir do Estado Democrático exerce importante papel na manutenção da harmonia funcional do Estado Democrático de Direito. Pedro Lenza (2011, p. 629) declara que o Poder Judiciário tem como função típica principal a jurisdicional e, também, funções atípicas de natureza executivo-administrativa, bem como de natureza legislativa. Bernardo Gonçalves Fernandes (2019, p. 1393) elucida:

No que tange ao Poder Judiciário, também, temos o exercício de funções típicas e atípicas. Sem dúvida, a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional (prestação jurisdicional), que se traduz justamente na interpretação e aplicação das normas para a resolução de casos concretos solvendo lides com caráter de definitividade e, com isso, realizando a pacificação social.

Não se pode duvidar que o Poder Judiciário possui papel destacado no tocante ao equilíbrio institucional do Estado, cumprindo suas funções, seja típica ou atípica, e exercendo o controle nos demais Poderes, com base na doutrina da separação dos Poderes. Hodiernamente, a “atuação do Poder Judiciário sobre os demais poderes tem papel preponderante para a manutenção do equilíbrio no Estado Democrático de Direito” (BIELSCHOWSKY, 2012, p. 284).

A doutrina destaca alguns princípios estruturantes do Poder Judiciário, essenciais para que o órgão possa realizar suas árduas tarefas de forma eficiente. Sobre os princípios estruturantes do Poder Judiciário, sabe-se:

Diante disso, é possível estabelecer como princípios estruturantes do Poder Judiciário, de modo que todos guardem íntima relação com o modelo de

separação dos poderes: o princípio da independência (o qual pode ser desmembrado em outros princípios); o princípio da exclusividade da função de julgar; o princípio da imparcialidade; o princípio da irresponsabilidade dos magistrados; o princípio da autoadministração; e o princípio da fundamentação das decisões judiciais (BIELSCHOWSKY, 2012, p. 281).

A partir desses princípios supracitados, o Poder Judiciário conquista independência e autonomia que são reconhecidos e, vale ressaltar, prestigiados na Carta Magna de 1988.

No tocante aos direitos sociais, notadamente direito à saúde e à educação, a “objeção democrática à atuação dos juízes adquire particular intensidade” (CORDEIRO, 2012, p. 144). Quanto à atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, percebe-se:

No Brasil, o eixo da balança, responsável último por manter o equilíbrio entre a vontade da maioria e os direitos fundamentais, é o Poder Judiciário. Com efeito, seguiu-se caminho semelhante ao do direito norte-americano. E, como a primeira Constituição republicana foi confessadamente inspirada na Carta dos Estados Unidos, sequer foi necessária a abertura, pela via jurisprudencial, da possibilidade do controle judiciário da constitucionalidade das leis e demais atos do poder público (CORDEIRO, 2012, p. 148).

A razão da exigência do cumprimento de uma prestação positiva por parte da Administração “se encontra nos próprios comandos constitucionais e legais, que externam o plano de ação para o Poder Público” (NOGAMI, 2013, p. 62). É evidente que a força normativa do texto constitucional não pode ser considerada apenas uma conjectura desprovida de conteúdo axiológico vinculante (HESSE, 1991, p. 21).

Não se pode olvidar que na realidade brasileira, em que a democracia é recente, “o processo político majoritário passa ao largo dos anseios da sociedade, valores como virtude republicana não são comuns e a desigualdade na distribuição da riqueza ainda é gritante” (CORDEIRO, 2012, p. 150).

Diante de uma interpretação atual da Carta Magna, a Constituição jurídica “não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle”, do mesmo modo não se configura “impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder”, assim como ditava Georg Jellinek (HESSE, 1991, p. 25).

2.6.1 Poder Judiciário concretizador

O novo comportamento exercido pelo Poder Judiciário visa não apenas a aplicação das leis, mas, mais do que isso, almeja concretizar os direitos constitucionais, e garantir a harmonização dos sistemas político-jurídico-administrativo. Com isso, segundo Karine da Silva Cordeiro (2012, p. 142), é papel atribuído ao Poder Judiciário o de edificar o elo entre o enunciado normativo e a realidade e, principalmente, resguardar a Constituição e a democracia”.

Dessa forma, vale dizer que, em outrora, a atuação do Poder Judiciário era quase nula e limitada a ser meramente a boca que pronuncia as palavras da lei (MONTESQUIEU, 2007, p. 172), hodiernamente tem, “para além de qualquer outro, o papel de fazer efetiva a ordem constitucional. Isso porque qualquer lei só pode existir conforme a Constituição, e qualquer omissão que funcione como empecilho para a efetivação da norma constitucional deverá também ser contornada” (BIELSCHOWSKY, 2012, p. 288).

Resumidamente, segundo Leonardo Scofano Damasceno Peixoto (2013, p. 189) o meio de concretização baseia na abertura dos textos normativos com base em problemas concretos (PEIXOTO, 2013, p. 189). Nessa perspectiva, leciona Karine da Silva Cordeiro (2012, p. 141), em que postula que a Constituição Cidadã decidiu por um Estado Democrático e Social de Direito, inclusive com a consagração expressa do princípio da dignidade da pessoa humana como valor máximo do ordenamento jurídico e pela consagração dos direitos fundamentais sociais. Dessa forma, “assumiu o firme compromisso de garantir a todos um mínimo existencial fundado na dignidade humana, no direito à liberdade e na democracia. Não se trata, pois, de uma obrigação unicamente moral, mas de uma imposição legal traduzida em um comando cogente e coercitivamente assegurável. Numa frase: o alicerce jurídico está construído” (CORDEIRO, 2012, p. 141).

O Conselho Nacional de Justiça definiu como missão, mediante o documento Estratégia Judiciário 2020, “fortalecer o Estado Democrático e fomentar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, por meio de uma efetiva prestação jurisdicional”, além de “ser reconhecido pela sociedade como instrumento efetivo de justiça, equidade e paz social”. Como macrodesafios designou: a efetividade na prestação jurisdicional; a garantia dos direitos de cidadania.

A ideia do Poder Judiciário como distribuidor dos direitos fundamentais e, portanto, como ‘fiador da democracia’ exige uma interpretação constitucional diferenciada no sentido de superação do paradigma de simples reprodução do conteúdo da norma, “escancarando as portas do mundo inautêntico do direito” (STRECK, 2011, p. 334).

Na contemporaneidade, o Poder Judiciário conta como aliado o Estado Democrático e Social de Direito, dado que elevam a “efetivar, os direitos fundamentais, e os princípios esculpidos nas Modernas Cartas Políticas, legitimando-se por esses argumentos” (BALESTRIN, 2011, p. 469). Um evento que decorreu desta mudança de paradigma foi que os países democráticos acabaram por criarem Tribunais Constitucionais, em razão da sociedade democrática ter o dinamismo como característica importante.

Sobre a importância do Poder Judiciário no Brasil, tem-se:

O atual momento histórico brasileiro representa o processo de consolidação democrática, no qual a sociedade tenta efetivar os direitos adquiridos na Constituição de forma substantiva, realmente exercendo a cidadania. Nesse contexto, o Poder Judiciário adquire uma concepção política de proteção ao ideal democrático, não só de representação via procedimentos eleitorais, mas de efetiva participação, em uma espécie de “ativismo judicial”. Esse pode ser analisado de diversas formas (XIMENES, s.d., n.p.).

Além disso, considerando caber ao Poder Judiciário a guarda da Constituição (artigo 102 da CF/88) e, conseqüentemente, a palavra final sobre suas disposições, tem ele legitimidade para garantir o respeito aos direitos fundamentais, sem que se possa, no assunto, falar-se em afronta à reserva do possível.

2.6.2 Princípio da reserva do possível

É sabido por muito tempo que para a efetivação e proteção de todo direito positivado pela ordem constitucional haverá um custo financeiro (HOLMES; SUNSTEIN, 1999). Se tratando de direitos sociais fica mais visível tal dispêndio de recursos, se comparado, por exemplo, aos direitos de liberdade (direitos de 1ª dimensão).

Conforme Bernardo Gonçalves Fernandes (2019, p. 824), a afamada cláusula da reserva do possível nasceu na década de 70 do século XX, devido a um

juízo do Tribunal Constitucional alemão, em que se julgava a possibilidade material para a prestação dos direitos sociais por parte do Estado.

Contudo, desde o caso *numerus clausus*, julgado pelo Tribunal Federal alemão, esse entendimento passou a ser revisto, entendendo-se que o direito de ingresso às instituições de ensino superior não poderia ficar a cargo exclusivo das definições estatais, cabendo ao sujeito requerer o cumprimento daquilo que minimamente seria razoável exigir-se do Estado (FERNANDES, 2019, p. 825).

Segundo Daniel Sarmento (2010, p. 199-201), a definição constitucional da reserva do possível apresenta um conteúdo jurídico e um conteúdo fático. O primeiro versa acerca da existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos; o segundo diz respeito a real e efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional. No que diz respeito ao conteúdo fático, o autor defende que ele deve ser trabalhado como uma espécie da razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos existentes, ou seja, há necessidade do julgador realizar a seguinte questão: todos que estiverem em iguais condições do requerente poderão receber o mesmo benefício? Sob o conteúdo jurídico, Daniel Sarmento, não admite que a eficácia dos direitos fundamentais-sociais seja de forma absoluta condicionada pelos imperativos orçamentários. Isso seria submeter a força normativa da Constituição à vontade do legislador (SARMENTO, 2010, p. 199-201).

Há autores, como Robert Alexy (1997, p. 422), que defendem a discricionariedade do legislador democrático na escolha das áreas nas quais serão investidos os recursos públicos - a seleção deve ser feita de modo coerente. Contudo, o autor sustenta que a Corte Constitucional (Tribunal Constitucional Federal Alemão) tem a possibilidade de avaliar se a escolha foi realizada de modo mais eficaz para a proteção da vida humana, sendo utilizada a técnica instrumental da proporcionalidade como critério de avaliação (ALEXY, 1997, p. 448).

Há, ainda, os que sustentam a impossibilidade de o Poder Judiciário concretizar os direitos sociais previstos na CF/88, em virtude da cláusula da reserva do possível, seja pelo processo de escolha institucional do ordenamento jurídico, seja pela teoria dos custos dos direitos (MARQUES, 2012, p. 122). Conclui o autor:

A experimentação institucional que o Poder Judiciário que vem imprimindo à experiência jurídica brasileira nos últimos anos é algo que não encontra precedentes na nossa história. Diante disso, como não há uma evidência de

que o Poder Judiciário poderia fazer melhor esse trabalho que o já imperfeito processo político, constata-se que tal mudança institucional, conforme referencial utilizado (...) vem, na verdade, trazendo muito mais prejuízos do que benefícios à sociedade (MARQUES, 2012, p. 147).

É imprescindível que não se perca de vista que o Brasil se constituiu Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, deve-se ter a compreensão de que o Estado possui obrigações primárias essenciais, as quais implicam o reconhecimento da obrigatoriedade permanente de políticas de Estado, sendo certo que não podem passar por quebra de continuidade, delegação a terceiros, dentre outras limitações (NOGAMI, 2013, p. 61).

É justa a crítica que a doutrina pátria vem defendendo a utilização de institutos alienígenas, introduzindo-os sem o menor cuidado de adaptação dos mesmos ao nosso contexto histórico-hermenêutico. (CUNHA JÚNIOR, 2008, p 715). Nesse sentido, veja-se:

No estudo da reserva do possível, fica claro, portanto, que o uso de argumento de racionalidade econômica (escassez) desvia o curso e obscurece os argumentos jurídicos por que ainda se pautam numa concepção de liberdade (conveniência) do Administrador Público de aplicação dos recursos financeiros públicos. A ausência de um espaço capaz de institucionalizar procedimentos de formação da vontade coletiva - à luz de um princípio democrático - acaba por legitimar posturas paternalistas e autoritárias por parte do judiciário brasileiro, que assume o papel taumaturgo de decisão - a semelhança de um Poder Moderador, ou de um Poder Constituinte permanente -, confundindo fiscalização com usurpação do espaço e espectro de decisões dos demais Poderes constituídos (FERNANDES, 2019, p. 830-831).

Segundo Andréas J. Krell (2002, p. 53), o discurso de parte dos doutrinadores brasileiros é falacioso, pois, se os recursos são incontestavelmente reconhecidos como escassos, devem retirá-los de esferas de menor importância da perspectiva do interesse público, assim como o asfaltamento de vias públicas, dentre outros, com a finalidade de aplicação em outras esferas mais primordiais, como a moradia, educação, saúde, dentre outros.

O STF, na ADPF 45 MC/DF, discutindo sobre a disponibilidade orçamentária e da implementação de direitos sociais e econômicos fundamentais, no voto relator do Ministro Celso de Mello, afirmou:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE

IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

(...) Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEINS, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômica-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Mediante a nova leitura da matéria pelo STF e pela doutrina mais abalizada, a "liberdade de conformação do administrador e do legislador aos assuntos orçamentários encontra limite no mínimo indispensável para garantir existência digna para todos os cidadãos" (NOGAMI, 2013, p. 68).

Assim, como declara Ana Paula de Barcellos (2005, p. 93), determinada política pública, "ainda que aprovada pelo órgão representativo, não deverá ser implementada até que as metas prioritárias estabelecidas pelo constituinte originário tenham sido atingidas".

Outrossim, as normas orçamentárias servem para “evitar o desperdício de dinheiro público, não para impedir gastos legítimos na finalidade precípua do Estado” (NOGAMI, 2013, p. 68).

Por fim, com base no exposto, constata-se o dever do Poder Judiciário em buscar a concretização nos dispositivos da Constituição Federal de 1988, notadamente quando referente aos Direitos Fundamentais-Sociais.

2.6.3 A dificuldade contramajoritária

A incumbência ao Poder Judiciário da competência para controlar a constitucionalidade de leis aprovadas pela maioria dos representantes do povo exige uma justificação complexa, haja vista o ideário democrático, que postula o poder do povo de se autogovernar (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 35).

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido questionada em razão da apontada ‘dificuldade contramajoritária’ do Poder Judiciário, que decorre do fato: “de os juízes, apesar de não serem eleitos, poderem invalidar as decisões adotadas pelo legislador escolhido pelo povo, invocando, muitas vezes, normas constitucionais de caráter aberto, que são objeto de leituras divergentes na sociedade”(SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 35).

O tema da dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade vem sendo desenvolvido principalmente nos Estados Unidos da América, com o crescente ativismo judicial da Suprema Corte, e, no campo doutrinário, com as contribuições de Peter Häberle, Habermas, etc. Sobre à realidade brasileira, Lenio Luiz Streck (2018, p. 24) sustenta que a jurisprudência e doutrina predominantes apenas estabelecem o horizonte de sentido do jurista, a partir do qual ele compreenderá o Direito. Dessa forma, o Poder Judiciário não deve se distanciar da premissa de que a CF/88, ao estabelecer o paradigma do Estado Democrático de Direito, consagrou o princípio da democracia econômica, social e cultural, através de seus pressupostos deontológicos.

Luís Roberto Barroso (2008, p. 5) faz uma advertência ao Poder Judiciário, o qual considera o seu maior intérprete da Constituição, que não pode suprimir de suas decisões: o governo da maioria, a política, nem o papel do Poder Legislativo. No entanto, o autor pondera que Poder Judiciário tem o dever de atuar nas causas para proteger o que seja “essencial para preservar a democracia e os

direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição”.

Jürgen Habermas (*apud* CUNHA, 2017, p. 201), ao fazer a ruptura entre a legalidade e moralidade, constata que as constituições modernas já manifestaram sua preocupação com a obrigação de justificação prática das normas jurídicas, visto que fortalecem em seus textos os direitos fundamentais e o princípio da soberania popular.

Assim, se há uma inefetividade da Constituição e se os operadores jurídicos, imbuídos na crise paradigmática, continuam a opor o alto grau de autonomia obtido pelo direito, vê-se a ruína do princípio democrático, porque este “implica a construção de possibilidades para a sua interpretação” (STRECK, 2018, p. 25).

Vale destacar que, segundo Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza, Neto (2016, p. 38) existe aqueles que desprezam a existência da dificuldade contramajoritária, utilizando argumentos teóricos e empíricos. Em relação ao aspecto empírico, nega-se a premissa de que o Poder Judiciário, ao operar o ativismo judicial, atue contrariamente a vontade do povo. No que se refere ao aspecto teórico, acreditam que a democratização da jurisdição constitucional teria ultrapassado a dificuldade contramajoritária.

Ainda na esfera teórica, há quem sustente que a Constituição teria tornado a jurisdição constitucional uma instância de representação argumentativa da sociedade, aparentemente superior à própria representação dos eleitos (ALEXY, 2007, p. 53-54).

Estas alegações são parcialmente procedentes, visto que a relação entre jurisdição constitucional e democracia contém uma tensão sinérgica. Há sinergia, pois o exercício correto do ativismo judicial pode preservar pressupostos indispensáveis ao bom funcionamento da democracia, como as regras equitativas dos Direitos Fundamentais-Sociais, ou ainda, dos Direitos Fundamentais de Liberdade. Por outro lado, de acordo com Daniel Sarmiento e Cláudio Souza Pereira Neto (2016, p. 39), há uma tensão potencial entre a jurisdição constitucional e a democracia, especialmente quando “a jurisdição constitucional passa a ser

concebida como o fórum central para o equacionamento dos conflitos políticos, sociais e morais mais relevantes da sociedade, ou como a detentora do poder da ‘última palavra’ sobre o sentido da Constituição. Em outras palavras, a dificuldade democrática pode não vir do remédio - o controle judicial de constitucionalidade - mas de sua dosagem”.

Por fim, vale dizer que a dificuldade contramajoritária não pode ser obstáculo a concretização dos direitos sociais, espécie de direitos fundamentais, que, na conjuntura paradigmática atual, encontra-se no núcleo substancial da democracia.

2.6.4 Cláusula da vedação do retrocesso

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada para propiciar cidadãos dignos, com o mínimo indispensável para uma vida satisfatória.

Inicialmente, cabe ressaltar que a proibição ao retrocesso social constitui grande vitória da sociedade, de maneira a impedir ações políticas de enfraquecimento de direitos fundamentais e fomentando o plano assistencial social do Estado e das organizações envolvidas neste processo (NOGAMI, 2013, p. 87).

O princípio da vedação do retrocesso tem suas raízes na Alemanha e em Portugal, como consequência do próprio Estado Democrático de Direito, com incumbência de garantir as conquistas logradas no âmbito dos direitos fundamentais (NOGAMI, 2013, p. 87).

Ensina Ingo Sarlet (2007, n.p.) ser possível extrair a proibição do retrocesso da noção paradigmática do Estado Democrático de Direito estabelecido na Constituição Cidadã, do mesmo modo que do princípio da dignidade da pessoa humana. A cláusula implícita decorre, também, dos princípios da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais.

Constata-se, ainda, que o princípio sob análise possui “natureza bivetorial, já que ostenta comando limitador ou proibitivo (vedar ações retrocessivas) e determinativo ou dirigente (impor condutas positivas e impedir omissões estatais que contribuam para o retrocesso social)” (NOGAMI, 2013, p. 88). Desse modo, arremata-se:

Destarte, forçoso concluir que a conduta indevida do Poder Público (por ação ou omissão) na implementação de política pública que implique no retrocesso social está em desconformidade com o dever de progresso

exigido pela CRFB, além de atentar contra o princípio da proibição ao retrocesso social em sua faceta determinativa, o que exige a atuação ministerial reparadora (NOGAMI, 2013, p. 88).

Portanto, além da exigência de concretizar os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal, com interesse de não a transformar em uma legislação simbólica, não há chance de o legislador elidir os direitos consagrados constitucionalmente, especialmente quando relativos aos direitos fundamentais-sociais e econômicos. Aqui, relevante princípio norteador é o da proibição da insuficiência das políticas públicas.

2.6.5 Cláusula da proibição da insuficiência das políticas públicas

O Estado possui o dever de assegurar proteção suficiente para todos os indivíduos contra possíveis violações de direitos fundamentais, originadas por terceiros e da própria Administração Pública. O dever de proteção, segundo Gustavo Nogami (2013, p. 89), é chamado de imperativo de tutela.

A necessidade de suficiência das medidas garantidoras do imperativo de tutela, de acordo com Claus-Wilhelm Canaris (2003, p. 58), é chamada de “proibição da insuficiência das políticas públicas”. O princípio em exame pode ser então sintetizado:

A proibição da insuficiência das políticas públicas implica, desta forma, no dever do Estado de efetivar prestações materiais idôneas para a implementação dos direitos fundamentais exigidos pela Constituição. O desvio de finalidade das políticas públicas, nesta perspectiva, revela-se plenamente controlável pelo Estado - e todos os seus órgãos de controle (dentre os quais o Ministério Público) - sob o prisma do atendimento aos direitos fundamentais (NOGAMI, 2013, p. 89).

A proibição da insuficiência das políticas públicas não está imune da aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Com efeito, a insuficiência que permite correção é apenas aquela que desrespeita a razoabilidade e desconsidera a proteção ao mínimo existencial ou, ainda, anui com o retrocesso social (NOGAMI, 2013, p. 89).

Sobre o papel do Judiciário na proteção insuficiente das políticas:

Além do papel já esposado do legislador nessa proteção da deficiência ou omissão, que seja incluído os outros poderes, como o Judiciário, possuindo

o poder de controle seja através da fiscalização de constitucionalidade por ação ou omissão e do Executivo, adotando, criando, gerindo e executando programas, recursos e estratégias, como meios de cumprimentos em todo esse contexto de proteção e efetivação de direitos sociais, principalmente quando não se garanta um mínimo que faça oferecer uma correta consumação dessas garantias jusfundamentais (LEO, 2017, n.p.).

Por fim, fica clara aplicação da proibição insuficiência das políticas públicas no ordenamento jurídico brasileiro, que apesar de não ter sido consagrada expressamente na Constituição brasileira, decorre indubitavelmente do Princípio do Estado de Direito Democrático, e pode se apresentar como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, cuja aplicação pode vislumbra-se quando um ato do Estado vulnera algum direito fundamental de proteção, seja por omissão, defeito ou insuficiência (LEO, 2017).

3 ATIVISMO JUDICIAL

Neste ponto do trabalho será objeto de estudo o fenômeno do ativismo judicial, analisando sua natureza e conceito, bem como sua aplicação no direito comparado e no Brasil. Também será explorada toda a discussão que envolve o princípio da separação dos Poderes, teoricamente, para alguns, agônico ao ativismo judicial. Com a finalidade de averiguar melhor a temática, será utilizada a doutrina, legislação e jurisprudência.

A evolução contextual e histórica do Estado de Direito para Estado Democrático de Direito, a complexidade das relações jurídico-sociais, a ruptura de paradigmas constitucionais clássicos a partir da filosofia pós-positivista e da força normativa da Constituição, a feita contínua dos direitos fundamentais, retratam alguns fatores que conduziram a ampliação do ativismo judicial, tornando uma realidade da sociedade pós-moderna (MACHADO, s.d., n.p.).

O ativismo judicial, sob a ótica de uma concepção simplista, seria a ingerência do Poder Judiciário sob os outros Poderes com o objetivo de fortalecer os valores e os objetivos constitucionais (MENEZES, 2013, p. 17).

As normas constitucionais, após a valorização da Constituição Federal de 1988 e de sua efetividade, alcançaram status pleno de normas jurídicas e serviram de base para as demais normas. Na observação de Barroso (2008, p.p.6), tal situação impulsionou esta fase de “efervescente criatividade na dogmática jurídica e de sua aproximação com a ética e com a realização dos direitos fundamentais”.

Quanto à atuação do Poder Judiciário frente aos demais Poderes, tem-se:

Com o envolver do Estado Social de Direito, o Poder Judiciário passa por modificações que em muito o distanciam do modelo teórico inicialmente idealizado para a separação dos poderes: zela pela adstrição das funções executiva e legislativa à lei e ao Direito, inclusive com o salvaguarda da supremacia da Constituição em alguns sistemas; é potencializada sua função institucional de apreciar as lesões ou ameaças de lesão aos direitos das pessoas, adotando as providências pertinentes ao caso; e assegura a proteção dos direitos fundamentais, que ultrapassam a vertente essencialmente abstencionista, característica das liberdades individuais, e alcançam os direitos econômicos, sociais e culturais, que pressupõem um atuar positivo por parte do Estado (GARCIA, s.d., p. 59).

A possibilidade de o Judiciário atuar em funções exercidas pelos outros Poderes, além de contemplar a teoria da separação dos poderes, encontra guarida

na teoria da sociedade aberta dos intérpretes de Peter Häberle. Em relação a ideia central da teoria, sabe-se:

A ideia central da teoria de Häberle, como se pode depreender, é abrir o tanto quanto possível o processo de decisão da jurisdição constitucional para o diálogo com as potências públicas pluralistas enquanto intérpretes sem sentido amplo da Constituição, fortalecendo-se, assim, a legitimidade das decisões (HÄBERLE apud CORDEIRO, 2012, p. 153).

Assim, não persiste função exclusiva dos Poderes Executivo e Legislativo a elaboração das políticas públicas, ampliando-se a atribuição também para o Judiciário.

Em brevíssimo resumo, percebe-se que o ativismo judicial se divide em duas vertentes doutrinárias, sendo uma procedimentalista e outra substancialista.

No que tange ao ativismo judicial procedimentalista, tal visão defende a “invasão do direito no campo político, pois este só vem a gerar problemas, sendo assim, estabelece-se o direito dos preceitos de justiça, liberdade e igualdade” (BALESTRIN, 2011, p. 474).

Já quanto ao eixo substancialista, entende-se que o Poder Judiciário pode inovar por meio de suas decisões, utilizando de uma interpretação construtiva (BALESTRIN, 2011, p. 475). Deste modo, tanto o Legislativo quanto o Judiciário detém natureza substancial, em que ambos são legitimados para a construção do direito.

Parte da doutrina, ainda, difere o ativismo judicial e a judicialização, no sentido de que o “ativismo pressupõe opções, escolhas dos magistrados quando da interpretação das regras constitucionais; já a judicialização representa a adoção de determinado paradigma constitucional em vez da ação de vontade política individual” (MENEZES, 2013, p. 19). Em síntese, “na judicialização, os Poderes Executivo e Legislativo transferem algumas de suas decisões de cunho político, para o Judiciário, o qual atua no sentido de definir normas de comportamento a serem adotadas pelos outros Poderes e dirimir conflitos” (MENEZES, 2013, p. 19).

De outra forma, Clarissa Tassinari (2012, p. 26), sustenta que o ativismo judicial (gênero) não se trata de judicialização da política e, tampouco, da criação judicial do Direito (espécies). Em um apanhado geral, verifica-se que tal entendimento é defendido pela doutrina majoritária.

Sobre o tema, vale ressaltar que há diversos estudiosos que sustentam a ilegitimidade do ativismo judicial fundamentando no princípio da separação dos Poderes e no princípio da democracia. Endossando este viés, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 149) esclarece que “decisão ativista é sinônimo de decisão arbitrária; juízes ativistas, os caras maus”.

Em que pese referida crítica, considerando a existência do constitucionalismo fraternal, em que o ser humano ocupa o âmago do sistema jurídico, surgem percepções voltadas ao mínimo existencial, isto é, direito às condições mínimas de existência digna e que “exige prestações estatais positivas, e a necessidade de realização da justiça social e distributiva, em que se lida com a distribuição de bens comuns para a coletividade” (MACHADO, s.d., n.p.).

Destarte, para que no plano ontológico, os direitos previstos na Constituição sejam assegurados, torna-se inevitável sua efetivação, porém de forma a obedecer ao princípio da separação dos Poderes.

3.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES

A compreensão do princípio da separação dos Poderes é extrema relevância. De acordo com Maurílio Maldonado (s.d., n.p) “a história da separação dos Poderes é a história da evolução da limitação do poder político, objetivo fundamental da doutrina da separação dos poderes”.

Podemos constatar as primeiras bases de uma teoria da separação dos poderes estudos de Aristóteles, que almejava a necessidade de fracionar as funções administrativas da *pólis*, especialmente a separação entre administração estatal e resolução dos litígios (FERNANDES, 2019, p. 328).

O grande obstáculo da teoria de Aristóteles era que ela retratava a acúmulo da realização das funções na figura de uma única pessoa, o soberano, que possuía um poder incontestável de mando (LENZA, 2011. p. 433).

Vale recordar que na antiguidade, Cícero também frisou as principais funções exercidas pelo Estado (BIELSCHOWSKY, 2012, p. 271), porém de modo distinto do que fora sustentado por Aristóteles.

Raoni Bielschowsky (2012, p. 271) narra que o gérmen da separação dos Poderes se deu na sociedade inglesa, especialmente nos séculos XVI e XVII, sobretudo na *Glorious Revolution* e no *Bill of Rights* de 1688.

Na Inglaterra, John Locke alargou os poucos estudos existentes da separação dos Poderes na Era Clássica, distinguindo naquela situação quatro funções/poderes do Estado (legislativa, executiva, federativa e a prerrogativa), e sugeriu uma separação de poder entre duas instituições (BIELSCHOWSKY, 2012, p. 271). Assim, fica comprovado a importância do estudo de John Locke para o avanço da teoria da separação de Poderes.

Bernardo Gonçalves Fernandes (2019, p. 328), sustenta que Montesquieu, sob inspiração de Locke, constatou a necessidade de interconectar as funções do Estado, com o propósito de preservar a autonomia e independência, originando-se, assim, a conhecida *teoria dos freios e contrapesos* (“*check and balances*”).

Destaca-se que a tripartição dos poderes ocorreu em um momento posterior ao contratualismo, porém não de superação e sim de complementação momentânea (CONSELVAN, 2010, p. 134).

Segundo José Luiz Quadros de Magalhães (2004, n.p.), os Poderes são autônomos e não soberanos ou independentes. Por consequência, resta desacertada a ideia de que os poderes não podem, de modo algum, interferir no funcionamento do outro. Pois bem, esta possibilidade de intervenção, limitada, na forma de controle, é o cerne da ideia de freios e contrapesos, como já mencionado.

Essas teorias acabaram por influenciar o constitucionalismo no Estado Unidos da América, assim como a criação do seu projeto constituinte e, de acordo com Dirley da Cunha Júnior (2008, p.504), a ideia fundamental da doutrina da separação de poderes é evitar a acúmulo e o exercício desmedido do poder e, ainda, relata que as consequências da concentração do poder são desastrosas. E conclui sustentando que “o princípio da separação de Poderes é, senão de todas, uma das principais garantias das liberdades públicas. Sem a contenção do poder, o seu exercício ilimitado desborda para práticas iníquas e arbitrarias, pondo em risco a liberdade. Ao revés, poder limitado é liberdade garantida. Daí a importância de um equilibrado sistema de freios e contrapesos, em virtude do qual o poder possa controlar o poder”.

A luz da teoria de Montesquieu, pode-se afirmar que o princípio da separação dos Poderes apresenta uma dupla dimensão, ora traçando a ordenação e organização dos Poderes constituídos - dimensão positiva, ora fixando limites e

controlando em sua dinâmica com os demais - dimensão negativa. (CANOTILHO, 2002. p. 244).

Sobre adoção da teoria da tripartição de Poderes, defendida por Montesquieu, pelos Estados Modernos, destaca-se que ela teve grande adesão, mas de maneira abrandada. Isso porque, diante das realidades sociais e históricas, passou-se a consentir maior interpenetração entre os Poderes, minorando a teoria que pregava a separação pura e absoluta dos mesmos” (LENZA, 2011, p. 534-535)

Há numerosas críticas à utilização pura da teoria de Montesquieu, devendo esta, conseqüentemente, ser interpretada segundo o sistema atual vigente. Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho (2009, p. 57) explica, *ipsis literis*:

As críticas dirigidas à concepção racionalista e liberal da tripartição dos poderes, cuja aplicação restou ainda mais difícil com as mudanças na configuração política e econômica da organização estatal com o advento do Estado Social “como fruto da superação ideológica do antigo liberalismo”, levaram o constitucionalismo contemporâneo a realizar uma releitura da doutrina da separação de poderes. Não se trata, entretanto, de resgatar a idéia formulada na antiguidade clássica por Aristóteles, mas de compreender que a proposta de Montesquieu abarca também um sentido positivo na atuação política em defesa da liberdade e exercício de direitos pelos cidadãos. E é sobre a efetivação desses direitos que o novo constitucionalismo dirige as suas atenções.

Outra crítica presente se dá quanto a efetivação de um direito por um Poder em área designada a atuação de outro Poder, é no sentido de que mudanças significativas na alocação de competências são relevantes, no entanto um ciclo vazio de substituição de agentes decisórios por outros causa destruição de riqueza social. E, “se não encararmos o problema da escolha institucional e os dilemas que ela coloca, nós apenas continuaremos a incorrer em ciclos entre panaceias” (KOMESAR, 2001, p. 176).

O Brasil adotou expressamente o princípio da separação dos Poderes na sua Constituição de 1988, especificamente no art. 2º da Constituição Federal de 1988 postula:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Ademais a Constituição Cidadã elevou à categoria de cláusula pétrea a separação dos Poderes, consoante dispõe o art. 60, §4º, III.

Adotou-se, consoante Raoni Bielschowsky (2012, p. 278), uma “classificação orgânico-formal, em que cada função do Estado se identifica

propriamente com um órgão específico: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário”.

Os três Poderes são órgãos independentes entre si, cada qual atuando dentro de sua porção de competência constitucionalmente estabelecida e garantida quando da manifestação do poder constituinte genuíno. (LENZA, 2011, p. 1152). Destaca-se que cada Poder desempenha tanto funções típicas, ligados à essência, quanto atípicas, sem a sua essência.

A interpretação dada ao princípio deve ser realizada em consonância com a base institucional romano-germânica, historicamente adotada pelo Brasil. Por esta se entende “a edição de comandos jurídicos gerais e abstratos por um órgão encarregado de elaborá-las, seguido, ou não, por eventual sanção do Presidente da República” (MARQUES, 2012, p. 129).

Sob uma visão paradigmática contemporânea, vê-se:

No contemporâneo desenho estatal brasileiro, cada vez fica mais evidente o compartilhamento de funções entre as estruturas estatais (Executivo, Legislativo, Judiciário e Controle) e, acima de tudo, a necessidade de observância das disposições constitucionais, em especial relacionadas aos fundamentos, objetivos e princípios da República do Brasil (NOGAMI, 2013, p. 77).

Assim, resta evidenciado que a separação dos Poderes faz jus aos estudos com suporte nos ensinamentos contemporâneos, renovado segundo a realidade social, e não amarrada à concepção liberal de Montesquieu, isto é, devem os três Poderes respeitarem suas funções constitucionalmente determinadas, efetivando-as, e tendo nos órgãos de controle, à exemplo do Ministério Público, a busca pela concretização dos direitos consagrados na Constituição, acima de tudo no que se refere aos direitos e garantias fundamentais.

José Luiz Quadros de Magalhães (2004, n.p.) disserta sobre o assunto:

Superando a clássica divisão de poderes (funções) do Estado, entre legislativo, judiciário e executivo, podemos dizer que o Estado hoje necessita de um sistema mais sofisticado de exercício de funções que permita a garantia dos processos democráticos. A Constituição brasileira de 1988 reconheceu a necessidade de uma nova função de fiscalização, e embora o constituinte não tenha tido a iniciativa de mencionar um quarto poder, efetivamente criou esta quarta função autônoma essencial para a democracia e a garantia da lei e da constituição que é a função de fiscalização. O Ministério Público encarregado desta função, para exercê-la de maneira adequada necessita de efetiva autonomia em relação às outras funções (poderes) não pertencendo nem ao executivo, nem ao legislativo,

nem ao judiciário. O mesmo ocorre com os Tribunais de Contas, que embora necessitem nova forma de escolha de seus membros para que assumam este novo status, não podem pertencer a nenhum dos poderes tradicionais para exercer com eficiência sua função fiscalizadora.

Devido a isso que o constitucionalismo contemporâneo se concentra no equilíbrio entre os possuidores das funções estatais essenciais à colaboração ou coordenação entre os órgãos, e não à separação dos Poderes.

Ao Poder Judiciário, o constituinte originário incumbiu a função jurisdicional do Estado exercida pelos tribunais e juízes singulares. Deste modo, sua atividade, muito mais que política, tem caráter essencialmente técnico. No mesmo sentido, Gomes Canotilho chega a expor que “organizatória e funcionalmente, o poder judicial é, portanto, ‘separado’ dos outros poderes” (CANOTILHO, 2002, p. 657).

Por isso, Eduardo Meira Zauli, ressalta que, diante das divergências das relações entre o Poder Judiciário e os demais poderes, deve prevalecer o princípio da supremacia da Constituição, veja-se:

Portanto, com relação à problemática das relações entre o poder Judiciário, por um lado, e os demais poderes de Estado, por outro, o aspecto central a ressaltar é o do princípio da supremacia da Constituição que está na origem da noção de rigidez constitucional e que se constitui em condição fundamental para o exercício, pelo poder Judiciário, de todo e qualquer controle de constitucionalidade de atos emanados dos poderes Executivo e Legislativo (ZAULI, 2009, p. 58)

O Judiciário, nesse contexto, tem grande importância no enfrentamento à inércia do Poderes Executivo e Legislativo, agindo, em inúmeras oportunidades, de maneira ativa, sem que a teoria da separação dos Poderes seja empecilho. Dessa forma, o ativismo judicial é fruto dessa nova realidade, evento previsto em diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo contemporâneo.

3.2 ATIVISMO JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O pilar da discussão sobre a função dos juízes e cortes no sistema político em que operam são os Estados Unidos da América, país em que se pode atribuir a origem do termo ‘ativismo judicial’. Laurence Tribe (2008, p. 45) explica que as dificuldades sobre o papel da Suprema Corte norte-americana na interpretação da Constituição e na ingerência sobre as ações dos outros poderes “é tão velha

quanto à própria nação”. Em outras palavras, o assunto é tão velho quanto à história do constitucionalismo americano.

Felix Frankfurter (*apud* MENDELSON, 1972, p. 26) sustenta que os juízes devem decidir casos e conflitos e não criar um mundo novo, cabendo esse encargo somente aos Poderes Executivo e Legislativo. Logo, a função judicial estaria sujeita às limitações próprias das sociedades democráticas: interpretar leis além dos “significados das palavras utilizadas pelo legislador” corresponde a “usurpar poder que nossa democracia depositou nos legisladores eleitos”. Neste caso, é que não deve o juiz “reescrever a lei, nem alargar contraí-la”.

Fundamentalmente, nos Estados Unidos da América, existem duas grandes correntes jurídicas quanto ao tema: em certos períodos da história, predominou um posicionamento de autorrestrrição judicial, isto é, uma orientação contrária ao ativismo judicial; em outros, uma compreensão ativista do papel da Suprema Corte no sistema de governo norte-americano (MENDELSON, 1972, p. 42).

O precedente mais importante de ativismo judicial pela Suprema Corte norte-americana é o caso *Willian Marbury v. James Madison*, por meio da famosa ‘lógica de Marshall’: a Constituição é a lei suprema, inalterável mediante vias ordinárias, e pensamento oposto subverteria o próprio fundamento de todas as Constituições escritas; ato legislativo contrário à Constituição é ato nulo e compete a Corte declarar a nulidade.

Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 54) finaliza postulando que o ativismo judicial pode ser fruto de estratégias ambivalentes de preservação institucional e simultâneo progresso de poder político-normativo.

3.3 NO BRASIL

O Poder Judiciário, como sabido, é um órgão que possui função de zelar e concretizar a Carta Magna, o que resulta no ativismo judicial, cujo fenômeno se trata de conseqüência dos objetivos fundamentais constitucionais, como se observa:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;

- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Conclui-se, deste modo, que este órgão, além de ter o dever de decidir os casos conforme a lei, necessita buscar sempre pela efetividade da norma constitucional, assegurando a concretização dos objetivos previstos na Constituição Federal.

Em razão disso, algumas circunstâncias influíram no surgimento do ativismo judicial no Brasil:

Voltando os olhares para o ordenamento jurídico pátrio, a redemocratização do país, a força normativa da Constituição seguida da constitucionalização abrangente e a expansão da jurisdição constitucional, através do sistema de controle de constitucionalidade difuso e concentrado, foram causas seminais para a judicialização (MACHADO, s.d., n.p.).

Consoante o reconhecimento do aumento dos Poderes judiciais nas democracias contemporâneas, “tornou-se corrente entre os cientistas políticos o uso da expressão judicialização da política para referir-se à interferência de decisões judiciais e à introdução de procedimentos de natureza judicial em diversas arenas políticas” (ZAULI, 2009, p. 195).

Nesse raciocínio, verifica-se que, em vários ramos, pode-se identificar essa influência do Poder Judiciário na atuação dos demais Poderes, sendo esse fenômeno interpretado como uma “Judicialização da Política” (BIELSCHOWSKY, 2012, p. 285). Tal situação ocorre pois:

A própria Constituição ter forte carga política, e desse modo, o controle de constitucionalidade de atos praticados pelos Poderes do Estado, inevitavelmente, terá alguma carga semelhantemente política. Ainda que os Poderes Executivo e Legislativo sejam peculiares em virtude de sua legitimidade fundamentada na representatividade, os tribunais têm sua legitimidade argumentativamente abalizada (GARCIA, 2015, p. 979).

Vale ressaltar que o ativismo judicial não abarca apenas as áreas de programação política, e sim qualquer exercício judicializado e previsto na Carta Magna.

É de destacar que a *ratio* do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os demais Poderes está longe de buscar a sedimentação de uma superioridade

hierárquica no plano institucional, mas sim a de zelar para que o exercício do poder mantenha uma relação de adequação com a ordem jurídica (GARCIA, s.d., p. 62).

Minudenciando este entendimento, tem-se:

Outros fatores também contribuíram para a ocorrência de uma maior ascendência do Poder Judiciário sobre o sistema político brasileiro: (i) em primeiro lugar, a promulgação de uma Constituição cujo caráter principiológico e programático, acompanhado de uma nova hermenêutica que confere normatividade aos valores e princípios constitucionais permitiu um processo de constitucionalização do Direito, no sentido da irradiação dos princípios e valores constitucionais por todo o sistema jurídico; abrindo espaço para uma releitura do Direito infraconstitucional e das decisões dos poderes Legislativo e Executivo à luz da Constituição (...);(ii) a ampliação do elenco de intérpretes da Constituição por meio da abertura do sistema de controle de constitucionalidade a um leque mais amplo de atores legitimados para propor ações de constitucionalidade; (iii) as novas garantias de independência do poder Judiciário e do Ministério Público¹; (iv) os novos mecanismos de acesso ao poder Judiciário²; (v) para além das condições mencionadas, observa-se no Brasil também certo descompasso entre os valores e orientações predominantes no âmbito das instituições majoritárias, por um lado, e os valores e orientações predominantes no âmbito das instituições judiciais, por outro (ZAULI, 2009, p. 196).

Diante disso, é incontestável que o ativismo judicial originou com o advento da Constituição Cidadã de 1988, que foi revestida de características emancipadoras, isto é, o “contexto sociopolítico do Brasil, coordenado por uma Constituição Dirigente, repleta de valores, permite o redimensionamento do papel do Judiciário” (MACHADO, s.d., n.p.), com a resultante judicialização da política, impactando diretamente os trabalhos do Executivo e Legislativo, em favor da proteção dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, há autores que criticam o ativismo judicial, em virtude de entendê-lo como uma anomalia transgressora do princípio da separação dos Poderes, que, em um entendimento clássico, impede a concretização de certas normas programáticas pelo Poder Judiciário, dado que a tarefa caberia, via de regra, ao Poder Executivo, na atuação no campo de seus programas de governo (MENEZES, 2013, p. 20).

Corroborando com as críticas existentes, Gisele Cittadino (2000, p. 23-31) expõe:

Ainda que o ativismo judicial transforme em questão problemática os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, inaugure um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas, isso não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as

instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos.

Assim, apesar do princípio da separação dos Poderes estar em pleno vigor no ordenamento constitucional brasileiro, ele não pode ser um empecilho à concretização das normas constitucionais, especialmente, os direitos sociais. Na hipótese de os Poderes Executivo e Legislativo não cumprirem com seus deveres constitucionais de forma eficiente, tem o Poder Judiciário o dever de realizá-los, porque não o fazendo, estaria a Constituição fadada a mera função de carta política, como se fosse apenas uma folha de papel, como dizia Ferdinand Lassalle.

CONCLUSÃO

Conforme observado, levou vários anos até que surgisse o Estado Constitucional, e mais ainda, para que ele progredisse e, enfim, atingisse ao paradigma do chamado Estado Democrático de Direito, marcado pela interpretação jurídica conforme a Constituição, instante em que a ciência da hermenêutica deu grande avanço, elevando a Constituição como centro normativo-axiológico de todo o sistema jurídico.

A partir do segundo pós-guerra mundial, surgiram teorias do Direito que procuraram religar as esferas do Direito e a Moral, período este que convencionou-se chamar de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo. A partir das premissas deste novo modelo jusfilosófico, alguns institutos clássicos tiveram que ser mais uma vez interpretados, a exemplo da democracia.

A democracia, deste momento em diante, deve ser interpretada de forma a garantir não só as predileções populares, mas também o respeito aos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, dando causa à força normativa da Constituição, como ensinou Konrad Hesse, quando porventura houver eventuais omissões no exercício de cumprimento dos deveres constitucionais pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Assim, com base nesta nova interpretação, surge ao Poder Judiciário o papel de concretizador de direitos fundamentais, distanciando-se do papel de simples aplicador de normas, passando a ser o órgão encarregado de fiscalizar e concretizar os direitos constitucionais não efetivados pelos demais Poderes, sob o fundamento, especialmente, da dignidade da pessoa humana.

Nesse cenário, raia para a sociedade civil a chamada judicialização das políticas públicas, isto é, o Poder Judiciário, sob os pilares dispostos na Constituição Cidadã de 1988, concretiza as políticas públicas previstas e não efetivadas pelos Poderes Públicos.

Parte dos autores desaprovam a ocorrência do ativismo judicial, especialmente quando realizado sem quaisquer critérios, sobrecarregando o Poder Público, transgredindo a democracia e separação de Poderes, atuando o Poder Judiciário como administrador público ou legislador ordinário, em ambas excedendo os poderes que o próprio constituinte originário autorizou.

Em virtude das brutalidades realizadas durante a Segunda Guerra Mundial, notadamente as praticadas pelo governo nazista, vários ordenamentos jurídicos alienígenas e documentos internacionais trouxeram inovações jurídicas protetivas, tendo maior destaque a dignidade da pessoa humana.

Embora haja complexidade em conceituar a dignidade da pessoa humana, concordância há na doutrina de que ela defende o indivíduo contra abusos (Estado ou de outros indivíduos), de maneira que o ser humano não pode ser tratado como meio, mas sim, como fim em si mesmo. Senão ocorresse, estar-se-ia legitimando a coisificação do ser humano.

Vale dizer ressaltar, ainda, que a dignidade da pessoa humana possui um núcleo essencial absoluto, denominado mínimo existencial. Tal instituto, de origem alemã, relaciona-se à concessão de condições materiais mínimas para o desenvolvimento físico, mental e psicológico dos indivíduos, ou seja, somente preconiza a igualdade material e, por isso, a efetivação dos objetivos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

A partir dos estudos e desenvolvimento das doutrinas da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial inicia-se o fenômeno da efetiva concretização dos direitos fundamentais, sejam eles explícitos ou implícitos, tal como os direitos sociais, tradicionalmente direitos de 2ª dimensão, cuja gênese remonta o chamado *welfare state* (Estado de bem-estar social). O entendimento acompanha a orientação teórica de Luís Roberto Barroso e a doutrina da efetividade da Constituição.

No decorrer dos estudos da concretização das normas constitucionais foi dado destaque ao constitucionalismo simbólico desenvolvido por Marcelo Neves, que se relaciona a função de legislação-álibi de algumas normas jurídicas, na qual

por muitas vezes não possuem efetividade alguma, tornando-se simples declarações vagas de direito, tal como uma mera folha de papel, como expunha Ferdinand Lassalle.

A nova ordem constitucional mundial foi o estímulo essencial para a concepção de valorosos dogmas jurídicos, tal como o princípio da vedação ao retrocesso social, que procura satisfazer cada vez mais um número maior de direitos fundamentais, concretizando-os, além do princípio da proibição da insuficiência das políticas públicas e a dificuldade contramajoritária, que garante a proteção dos direitos fundamentais, sem que se afronte o paradigma democrático.

Os direitos sociais foram incluídos expressamente na Constituição Cidadã como espécie de direito fundamental. Outrora, sob influência da classificação de José Afonso da Silva, os direitos sociais eram tidos como normas programáticas, necessitando de norma infraconstitucional para sua real efetividade. Ocorre que a partir da nova ordem jurídica mundial, este entendimento restou superado, sendo arguido que todos os direitos relacionados ao mínimo existencial possuem aplicabilidade imediata, isto é, em caso de omissão na concretização destes direitos pelos Poderes Públicos, deve o Poder Judiciário sanar a prestação diminuta ou a inércia.

Repreendendo esse novo comportamento ativo do Judiciário, parte da doutrina entende que é dever do Estado zelar pela reserva orçamentária, sob o fundamento da cláusula da reserva do possível, assim como a rigidez do princípio da separação dos Poderes. Além disso, com fundamento na teoria do custo dos direitos, de origem alienígena, deve o Judiciário atuar com autocontenção, deixando as atividades de políticas públicas aos Poderes com atribuição e especialização para tal, no caso o Legislativo e o Executivo.

Apesar de destacar a relevância dos estudos supracitados, não pode o povo ficar sujeitando-se à discricionariedade do administrador público e do legislador, devendo, sob ação de urgência, serem concretizados os direitos fundados no mínimo existencial, principalmente na esfera da concessão de direitos sociais, em virtude de seu caráter prioritário.

À derradeira, pelo que pôde ser verificado no presente trabalho, ainda há posicionamento doutrinário no sentido de que os direitos sociais não poderiam ser concedidos pelo Judiciário, sob pena de violar o princípio democrático, pois os juízes não são eleitos, e as políticas públicas deveriam ser feitas por agentes políticos

democraticamente escolhidos para tal. No entanto, doutrina majoritária vem aplicando o entendimento no qual não é possível que os indivíduos fiquem sem a devida assistência aos direitos sociais, sob pena de transformar o rol de direitos sociais em rol de utopias fundamentais. Assim, é dever do Poder Judiciário concretizar os direitos sociais, em razão da sua ligação com o mínimo existencial, sem que isso signifique o sacrifício da democracia, pois esta proteção é garantia de um Estado Democrático e Social de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoría de lós derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA FILHO, Agassi; MELGARÉ, Plínio. **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

BALESTRIN, Thelleen Aparecida. Ativismo Judicial. **Revista da ESMESC**. v. 18. n. 24. ano 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 240, ano 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 30 ago. 2019.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. In: **A constitucionalização do direito**, 2007.

_____. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In: **Temas de direito constitucional**. v. III. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.

BIELSCHOWSKY, Raoni. **O Poder Judiciário na doutrina da separação dos Poderes: um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496610/000966864.pdf?sequence=1>>. Acesso em 3 ago. 2019.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Paulo Mota Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. **Montesquieu e a releitura da separação de poderes no Estado contemporâneo: elementos para uma abordagem crítica**. Lex Humana, 2009.

CATTONI de OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. **Tutela jurisdicional e estado democrático de direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Ministério Público e políticas públicas. Temas atuais do Ministério Público**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COOLEY, Thomas M., **A treatise on the constitutional limitations which rest upon the power of the States of the American Union**, Boston, 1903.

CONSELVAN, Victor de Almeida. **O papel político do Poder Judiciário brasileiro no século XXI**. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 13. n. 1. ano 2010.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais**: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

CUNHA, Alexandre Sanches. **Manual de filosofia do direito**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GUERRA, Sidney. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. n. 9. ano 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

FLORES, Gisele Maria Dal Zot. Mínimo existencial: uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais. In: **Revista Justiça do Direito**. v. 21. n. 1. ano. 2007.

GARCIA, Emerson. **O direito à educação e suas perspectivas de efetividade**. Justitia, São Paulo, v. 64, n.197, p.89-119, jul./dez. 2007.

_____. Princípio da separação dos Poderes: Os órgãos jurisdicionais e a concretização dos direitos sociais. De Jure: **Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/175/principio%20da%20separa%C3%A7ao%20poderes_Garcia.pdf?sequence=1>. Acesso em: 9 out. 2019.

GARCIA, Leonardo de Medeiros; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Direitos difusos e coletivos**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição - Die Normative Kraft Der Verfassung**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Co, 1999.

KOMESAR, Neil K. **Law's limits: the rule of law and the supply and demand of rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LEO, Pedro. A proibição da proteção deficiente enquanto vertente do princípio da proporcionalidade e sua influência na proteção dos direitos sociais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 4967, 5 fev. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55320>. Acesso em: 01 nov. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Clara Cardoso. **Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno.** Disponível em: <http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf>. Acesso em: 2 out. 2019.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria da separação de poderes. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 489, 8 nov. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5896>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos Poderes e sistema de freios e contrapesos:** desenvolvimento no Estado brasileiro. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/503_arquivo.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2019.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição.** Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MARQUES, Leonardo Albuquerque. **Poder Judiciário X processo legislativo: como decidir quem vai decidir que ações e serviços de saúde o Estado deve fornecer?** Temas aprofundados AGU. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

MENDELSON, Wallace. **The orthodox, or anti-activism, view:** Mr. Justice Frankfurter. In: FORTE, David F. (Ed.). *The Supreme Court in American Politics.* Judicial activism v. Judicial restraint. Lexington: D.C. HeathandCo., 1972.

MENEZES, Bruno Paiva. **Ativismo Judicial: O Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos.** Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br>>. Acesso em: 12. set. 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis.** Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOGAMI, Gustavo. **Breves considerações acerca do controle ministerial sobre as políticas públicas.** Temas aprofundados do Ministério Público Federal. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

OLIVEIRA, Caio Ramon Guimarães de. Teoria do mínimo existencial como fundamento do Estado Democrático de Direito: um diálogo na busca de uma existência digna. In: **Revista Direito e Liberdade (RDL)** - ESMARN. v. 14. n. 2. ano. 2012.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. O Poder Judiciário no Estado de Direito. In: **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro. v. 16. n. 61. ano 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. rev. atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2019.

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

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista da Faculdade de Direito**, n. 17, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Por um Constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SEGADO, Francisco Fernández. **La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamento jurídico**, 2000. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5924>>. Acesso em: 7 set. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo. rev. e atual**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Comentário contextual à constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. tir. São Paulo: Malheiros, v. 42, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **A Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Para além da retórica, uma Hermenêutica jurídica não relativista**. In: LEITE, George Salomão, STRECK, Lenio Luiz (Cord.). **Interpretação, Retórica e Linguagem**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação (mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo: 2012.

TAVARES, André Ramos. **Direito fundamental à educação**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Andre_Ramos_Tavares_direito_fund.pdf>. acesso em: 20 ago. 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRIBE, Laurence. **The invisible Constitution**. Oxford: University Press, 2008. Trop v. Dulles, 356 U. S. 86, 128 (1958).

VIANNA, Carlos Eduardo Souza. Evolução histórica do conceito de educação e os objetivos constitucionais da educação brasileira. **Revista Janus. Lorena**, v. 3, n. 4, p. 130, 2006. Disponível em: <<http://www.fatea.br/seer/index.php/janus/article/viewFile/41/44>>. em: 9 out. 2019.

XIMENES, Julia Maurmann. **Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://www.acsmce.com.br/wp-content/uploads/2012/10/ESTADO-DE-DIREITO-E-ESTADO-DEMOCR%C3%81TICO-DE-DIREIT.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2019.

ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. In: **Revista Sociológica Política**, Curitiba. v.19. n. 40. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v19n40/14.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2019.