



## **A ATIVIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.**

Andremara Batista dos Santos<sup>1</sup>

### **RESUMO**

Não por acaso, o Supremo Tribunal Federal, proeminentemente, tem alavancado as opiniões públicas sobre vários âmbitos em especial na concreção dos direitos sociais. Este trabalho tem por escopo analisarmos esse fenômeno decorrente da ascensão do judiciário, da constitucionalização do direito entre outros fatores à luz do texto constitucional, das teorias da reserva do possível, do mínimo existencial, da proteção e proibição da proteção insuficiente. Utilizando o método dedutivo de pesquisa através de revisão bibliográfica, assentemos nosso entendimento no fato de que a expansão da autoridade do Supremo concernente a efetivação dos direitos sociais, está intrinsecamente relacionada com o arranjo institucional arquitetado pelo constituinte de 1988.

**Palavras-chaves:** Arranjo institucional Ascensão do judiciário. Concreção dos direitos sociais

### **ABSTRACT**

Not surprisingly, the Federal Supreme Court has prominently leveraged public opinion on a number of issues, especially in the realization of social rights. This work aims to analyze this phenomenon arising from the rise of the judiciary, the constitutionalization of law among other factors in the light of the constitutional text, theories of the reserve of the possible, the existential minimum, protection and prohibition of insufficient protection. Using the deductive method of research through bibliographic review, let us base our understanding on the fact that the expansion of Supreme authority concerning the realization of social rights is intrinsically related to the institutional arrangement constructed by the 1988 constituent.

---

<sup>1</sup>Graduanda em Direito do 7º semestre da Faculdade Regional de Alagoinhas – FARAL/UNIRB, na Bahia. Email: [andremarasantos.d@hotmail.com](mailto:andremarasantos.d@hotmail.com).

**Keywords:** Institutional arrangement Rise of the judiciary. Concrete social rights

## INTRODUÇÃO

Ultimamente o Supremo Tribunal Federal tem ocupado as manchetes dos jornais e telejornais ocupando posição de vanguarda em face dos outros Poderes da Republica, vinculado decisões que provocam celeumas jurídicas Em relação aos direitos sociais o Egrégio Tribunal vem proferindo decisões elogiosas para a sua concretização.

Ao longo desse trabalho discutiremos a atividade do Supremo na efetivação dos direitos sociais e suas implicações práticas no plano jurídico-político.

No primeiro capítulo, decorremos sobre a correlação entre os direitos sociais e os direitos fundamentais, dentro de uma evolução histórica imbricada de descontinuidades, até desaguarmos na nossa Constituição de 1988 e sua disciplina do catálogo dos direitos sociais, já no segundo capítulo e sua sistematização dentro do texto constitucional. No terceiro capítulo cuidaremos das teorias da reserva do possível e do mínimo existencial no tocante ao direito brasileiro e o dever de proteção e proibição da proteção ineficiente, comumente associadas aos direitos sociais. Ademais, no quarto capítulo elencaremos os fenômenos condicionantes que permitem ao Supremo atuar de tal forma; ascensão do judiciário, constitucionalização do direito e *supremocracia*. Ao final apontaremos onde, em quais situações o Supremo, mediante uma atuação proativa realmente efetivou direitos sociais judicializados.

Vale frisar, que nesse contexto efetivar “significa o desempenho concreto da função social do direito, representa a materialização no mundo dos fatos dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o *dever-ser* normativo, e o *ser* da realidade social” (KRELL, 2012, p.39. *grifo do autor*), o Supremo através de decisões proativas está colmatando ingerências, voluntarias ou não, dos poderes constituídos pela vontade popular e impedido o esvaziamento aniquilante das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais, em outras palavras o Supremo está promovendo justiça social.

## 1. DIREITOS SOCIAIS E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1.1 Contextualização histórica

As opressões sociais e políticas surgem quando, num determinado momento histórico, o homem resolve assenhorar-se de um determinado bem, (terra) e tomá-lo para si exercendo sobre ela seu domínio e subordinado a todos que com ela se relacione. Nesse ínterim surge o Estado, uma ficção jurídica criada pela sociedade de então para regulamentar as relações sociais advinda da aquisição da propriedade e todas as conseqüências a ela inerentes, política e juridicamente. Ocorre que a força do Estado, por vezes (e comumente) se mostrou despótica e arbitrária, invadindo a esfera das liberdades e a vida privada de seus súditos corroborando para o surgimento de inúmeros documentos que objetivavam a limitação do poder estatal e a consagração dos direitos e garantias individuais. Nasce, nesse diapasão, o conjunto de direitos fundamentais da primeira dimensão, com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, comumente chamados de direitos civis e políticos, que na esteira do raciocínio de Carlos Henrique Bezerra Leite “são também chamados de direitos individuais, direitos subjetivos ou direitos de liberdade e têm por titulares os indivíduos isoladamente considerados” (LEITE, 2014, p.86) e continua “[...] têm por fundamento a liberdade, a segurança, a integridade física e psíquica da pessoa, assegurando-lhe, ainda, a participação na vida política e no governo” (LEITE, 2014, p.87), em outro sentido os direitos fundamentais de primeira dimensão repousam nas liberdades públicas do indivíduo consubstanciando em sua autodeterminação enquanto partícipes do grupo social garantindo-lhe autonomia e independência com relação aos demais membros do grupo e participação na sociedade política e no Estado. Note-se, portanto, que os direitos de primeira dimensão têm por fundamento um posicionamento negativo do Estado, um não fazer. Nesse cenário o Estado abstém-se de intervir na vida privada de seus súditos, a fim de garantir-lhe *liberdade*.

Não obstante, o liberalismo estatal de onde emergiu os direitos fundamentais de primeira dimensão que reclamava um absteísmo do Estado face à liberdade privada fez surgir enormes desigualdades sociais conclamando novos direitos que modificaram a relação do homem com o Estado. Marcam os direitos sociais, direitos fundamentais de segunda dimensão, as lutas operárias e populares dos séculos XIX e XX, os movimentos socialistas do século XX, e a Revolução Mexicana de 1915-1917. Como assinala Giuseppe Tosi “com as lutas do movimento operário e popular, os direitos sociais, sobretudo após a 2ª. Guerra Mundial começaram a ser colocados nas Cartas Constitucionais e postos em prática criando-se, assim, o chamado

‘Estado de Bem-Estar Social’” (TOSI, 2002, p.31). A segunda dimensão dos direitos fundamentais rompe com o individualismo marcante dos direitos de primeira dimensão e alterando, sobremaneira, a relação indivíduo-Estado, agora se exige do ente estatal prestações positivas no tocante a ofertar serviços mínimos com o fito de diminuir as desigualdades sociais e econômicas e promover o bem-estar social. Convém colacionar a lição de Carlos Henrique Bezerra Leite:

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

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

Concernente aos direitos fundamentais de segunda dimensão, eles se subdividem entre: (a) direitos econômicos “são aqueles que relacionados à produção e consumo de riqueza” (LEITE, 2014, p.89), (b) direitos culturais, “aqueles que conferem à pessoa o direito de gozar de criatividade artística dos povos, o direito aos benefícios da ciência e dos avanços tecnológicos, o direito à própria língua e à própria cultura” (LEITE, 2014, p.89) e (c) os direitos sociais, objetos do nosso estudo, “são aqueles que propiciam à pessoa um padrão digno de vida, destacando-se a proteção contra a fome e a miséria, bem como os direitos à alimentação, vestuário, moradia, saúde, repouso, lazer e educação” (LEITE, 2014, p.89), note-se que os direitos sociais estão voltados para promoção de um núcleo mínimo de direitos propulsores de uma existência digna do indivíduo.

## **2. OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Os direitos sociais surgem na tentativa de suplantar as desigualdades sociais que fulminava o mundo, principalmente no período pós Segunda Guerra Mundial, assim, assevera Dirley da Cunha Junior; quando se reporta aos direitos sociais que;

são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a *exigir* do Estado uma *postura proativa*, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a *igualização de condições sociais desiguais*, proporcionando melhores

condições de vida aos desprovidos de recursos materiais. (JÚNIOR, 2015, p.603. *grifo do autor*)

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

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

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

Consoante entendimento de Alexandre de Mores:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (MORAES, 2016, p.348)

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

Desta feita, passamos para uma análise pontual, ainda que despretensiosa, acerca dos direitos sociais abarcados pela Constituição de 1988, para tanto utilizaremos a sistematização de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco.

## **2.1 Os direitos sociais na constituição de 1988 em espécie**

### 2.1.1 Dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais

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

As normas relativas aos trabalhadores na Constituição estabelecem um regramento mínimo de observância cogente em face dos empregadores dada sua hipossuficiência, concernente a relação de trabalho destes. Estão disciplinados entre os artigos 7º a 11 da Constituição Federal, e ora regulamentam os direitos dos trabalhadores em âmbito individual, *ex vi*, a licença-paternidade, nos termos da lei (art. 7º, XIX) e o direito à aposentadoria (art. 7º, XXIV), e ora estabelecem a disciplina normativa atinente aos direitos dos trabalhadores coletivamente considerados, assegurando-lhes, por exemplo, a liberdade de associação sindical (art. 8º) bem como o direito a greve (arts. 9º e 37, VII).

Observe-se, com tudo que grande parte da disciplina normativa que trata dos direitos dos trabalhadores estão voltados para a atividade de conformação e criação legislativa para a qual se reportam e vincula o legislador infraconstitucional a edição de normas de organização e procedimentos para a sua completa e efetiva proteção. Sobre esse assunto, normas definidoras dos direitos sociais, voltaremos a tratar ainda neste capítulo.

### 2.1.2 O direito à saúde na Constituição Federal de 1988

Reza o artigo 196 da Constituição que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Não obstante, o Constituinte de 1988 estabeleceu as diretrizes básicas que estruturam a organização desse direito fundamental, a saber, nos termos do texto constitucional (art. 198), as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de forma descentralizada, com direção em cada esfera de governo, voltado ao atendimento integral, com prioridade para

atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços essenciais, assegurando-se a participação da comunidade. A Constituição faz alusão ao Sistema Único de Saúde, instituído pela Lei Federal 8.080/90, de caráter interestatal, sua forma de financiamento (art. 198, §1º ss) bem como, normatiza a prestação de assistência à saúde pela iniciativa privada (art. 199).

De outro modo, o direito a saúde enquanto direito fundamental social deve ser concebido à luz da dignidade da pessoa humana, mas além de tudo devem ser observadas as peculiaridades de nossa realidade fática, nesse sentido, aduz Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, que:

A Constituição de 1988 adotou a sistemática preconizada pelo federalismo cooperativo, em que o Estado, permeado pelos compromissos de bem-estar social, deve buscar a isonomia material e atuação conjunta para erradicação das grandes desigualdades sociais e econômicas. (MENDES; BRANCO, 2014, p.593)

### 2.1.3 A assistência social na Constituição de 1988

A assistência social, tal como prevê o texto constitucional, é endereçada àqueles que, provisória ou permanentemente, não podem prover seu sustento, nem tê-lo provido pela sua família ou responsáveis, desta feita prescinde de contribuição a seguridade social, sendo destinatários todos a quem necessitar. Nesse contexto explicitam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Necessitados são, nesse contexto, todos aqueles que, de acordo com o dispositivo legal, não possuam condições de garantir seu mínimo existencial. Não se trata de conceder boas condições de vida aos seus destinatários, mas o suficiente para manutenção de sua dignidade. (MENDES; BRANCO, 2014, p.605)

Observe-se que o artigo 203, da Lei Fundamental, capitula os objetivos dessa assistência social desdobrando em seus incisos, que são: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (I); o amparo às crianças e adolescentes carentes (II); a promoção da integração ao mercado de trabalho (III); a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (IV); a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (V).

A organização da assistência social dá-se mediante descentralização político-administrativa, cujo financiamento é operacionalizado com recursos da seguridade social.

No âmbito da assistência social, a prestação de maior visibilidade é o Benefício de prestação continuada (BPC), instituído pela Lei Orgânica de Assistência Social, Lei nº 8.742/93 (LOAS). Segundo o artigo 20, caput,

O benefício de prestação continuada é a garantia de *um salário-mínimo* mensal à *pessoa com deficiência* e ao *idoso com 65* (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família (BRASIL, 1993, *grifo nosso*).

Observada as questões práticas e as controvérsias atinentes ao caso concreto, o BPC destina-se a assegurar um mínimo indispensável para a concretização do núcleo consubstanciador da dignidade da pessoa humana.

#### 2.1.4 O direito à educação na Constituição de 1988

Não por acaso, o artigo 205 da Constituição da República enaltece o direito a educação extensível a todos visando, seu preparo para o exercício da cidadania, ocorre, contudo, que a deficiência na prestação desse direito social compromete, igualmente, o exercício de outros direitos fundamentais, quiçá na participação da organização político-administrativa do Estado. Historicamente, o descaso com a educação corroborou para a insulação de vários setores da sociedade e a acentuação das desigualdades sociais, não obstante o Constituinte de 1988, tal como assevera Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco,

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

Passadas essas notas introdutórias nos debruçaremos sobre o conteúdo das normas disciplinadoras dos direitos sociais e suas implicações no ordenamento jurídico e na atuação dos órgãos públicos.



## 2.2 Normas constitucionais definidoras dos direitos sociais (Classificação de José Afonso da Silva)

As normas constitucionais, de acordo com a doutrina de José Afonso da Silva, gozam de aplicabilidade distinguindo-se, no entanto, no que concerne a eficácia de seus efeitos no plano jurídico. O autor distingue as normas constitucionais em três espécies: (i) normas constitucionais de eficácia plena; (ii) normas constitucionais de eficácia contida<sup>2</sup> e (iii) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. Conforme disciplina José Afonso da Silva, as normas de eficácia plena são “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os feitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular” (SILVA, 2007, p. 101). As normas de eficácia contida por sua vez “são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados” (SILVA, 2007, p. 116), são exemplos dessa espécie de norma os incisos VIII e XIII ambos do artigo 5º da Constituição, por último e o que nos interessa, existem, na classificação de José Afonso da Silva, as normas de eficácia limitada ou reduzida que são aquelas que “dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte” (SILVA, 2007, p. 118). Dentro dessas últimas normas comporta ainda uma subclassificação, a saber; normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo e as normas constitucionais de princípio programático; as primeiras são aquelas que criam entidades e organismos estatais, assim, segundo José Afonso da Silva, (2007, p. 126) “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”, são exemplos dessas normas o artigo 18,§2º, o artigo 113 entre outros; as segundas, normas constitucionais de princípio programático são aquelas que, segundo o magistério de José Afonso da Silva (SILVA, 2007, p. 138):

---

<sup>2</sup> Segundo Virgílio Afonso há um equívoco terminológico quanto a essa classificação, segundo ele as normas seriam de eficácia *restringível*.

através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Complementando, disciplina Paulo Bonavides:

A norma programática vincula comportamentos públicos futuros. Mediante disposições desse teor, o constituinte estabelece premissas destinadas, formalmente, a vincular o desdobramento da ação legislativa dos órgãos estatais e, materialmente, a regulamentar uma certa ordem de relações. (BONAVIDES, 2012, p.255)

Destarte, as normas constitucionais que disciplinam normativamente os direitos sociais repousam, em sua maioria, sobre as normas de princípio programático, no sentido em que vinculam a atividade do legislador e o poder público na implementação de políticas públicas e programas de governo para a persecução dos fins enunciados e compromissos assumidos pelo Constituinte de 88. Entre tantos casos espalhados pelo texto constitucional, citemos como exemplo clássico desse tipo de norma o disposto no art. 7º, XX da Carta Constitucional “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, *na forma da lei*”. Ademais, os direitos sociais enquanto programas prestacionais exigíveis em face do Estado demandam uma atividade legiferante, bem como a destinação de recursos públicos específicos mediante critérios distributivos e escolhas alocativas, tais escolhas, segundo o ensinamento de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco “seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem ‘escolhas trágicas’ pautadas por critérios de justiça social (macrojustiça)” (MENDES; BRANCO, 2014, p.577).

Ressalte-se, todavia, que no tocante a formulação de políticas públicas destinadas a concretizar materialmente, os comandos constitucionais concernentes aos direitos fundamentais sociais, a Constituição faz menção a mecanismos de que dispõe o particular com vistas a sanar as omissões legislativas, quais sejam, o mandando de injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, possibilitando, desse modo a efetivação dos direitos fundamentais sociais pela via judicial. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal no AgR-RE nº. 271.286-8/RS, relatado pelo ministro Celso de Mello que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional incosequente” legitimando a intervenção do judiciário em casos de inércia,

voluntaria ou não, no que tange as normas de caráter programático. Desta feita, estas normas além de vincular o legislador e o Poder Público, vinculam também o interprete/aplicador do direito às situações concretas uma vez que o próprio texto preceitua que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.<sup>3</sup>

### **3. TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO BRASILEIRO: O DEVER DE PROTEÇÃO E A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE**

Os direitos fundamentais sociais comportam um núcleo mínimo essencial para que o indivíduo tenha condições básicas pra uma vida digna (saúde, educação, assistência social, moradia digna, etc.), intrinsecamente relacionados à dignidade da pessoa humana. Ademais, a efetivação dos direitos que garantam o mínimo existencial não deve ter como óbice as reservas orçamentárias tal como preconiza a teoria da reserva do possível transposta do direito alemão. Ensina Dirley da Cunha Junior, citando José J. Gomes Canotilho, que “chama esse limite de reserva do possível para significar que a efetivação dos direitos sociais depende da disponibilidade de recursos econômicos” (JÚNIOR, 2015, p.620). De outra face, convém ressaltar, que a teoria da reserva do possível foi concebida na Alemanha num contexto cultural e socioeconômico diametralmente oposto à realidade fática brasileira, o que requer cautela ao transpô-la pra a jurisprudência pátria.

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

No mesmo sentido, converge a decisão monocrática do Ministro Celso de Melo na ADPF 45. Na ocasião, o ministro do Egrégio Tribunal fez importantes observações a respeito da cláusula da reserva do possível e do mínimo existencial. Para ele, a formulação de políticas públicas com vista à efetivação dos direitos sociais depende de opções políticas dos poderes constituídos pela vontade popular - Legislativo e Executivo - Reconhece o ministro que a concretização desses direitos depende das reservas orçamentárias do Estado constatadas objetivamente, mas,

---

<sup>3</sup> Art. 5, §1º Constituição Federal, 1988.

que a cláusula de reserva do possível não deve ser invocada pelo Estado, de modo desarrazoado, com a finalidade de eximir-se de sua responsabilidade constitucional quando dessa conduta governamental negativa resulte em aniquilação ou nulificação de direitos fundamentais, sob a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário com o intuito de viabilizar o acesso aos bens, cuja fruição lhes tenha sido recusado injustamente pelo Estado. De tal modo, com o advento Estado Social e Democrático de Direito, o papel do Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada com o fim de fiscalizar e velar pelos objetivos da Carta Política, quais sejam; a justiça social e a redução das desigualdades.

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

Anotese, entretanto, que o Estado estruturado pela Constituição de 1988 foi constituído para assegurar materialmente as condições mínimas da vida em sociedade de modo que os direitos fundamentais, no que concerne aos direitos sociais, expressam não apenas uma proibição do excesso como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente, com o qual o Poder Público tem relativo poder de conformação, visto que se trata de suas funções institucionais; proteger os direitos fundamentais com observância dos critérios mínimos de proteção, em face da vedação da proteção insuficiente.

## **4. ATIVISMO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

### **4.1 Ascensão do Judiciário**

Nas últimas décadas, o Poder Judiciário tem ocupado as pautas de discussões em variados âmbitos que não o estritamente jurídico, alavancando celeumas em campos como a política, a moral e a economia. Esse fenômeno de ascensão do judiciário decorre de inúmeros fatores que direcionam à conjuntura

institucional do Estado brasileiro, embora não seja um fenômeno isoladamente brasileiro. Observe-se que a Constituição de 1988 rompe com a ordem jurídica anterior, maculada pelos arbítrios institucionalizados pelo regime militar, inaugurando uma estrutura de Estado pautada na democracia representativa e na consolidação dos direitos fundamentais. De outro modo o texto constitucional de 1988 conferiu aos magistrados um amplo leque de garantias e vedações<sup>4</sup> que garantem sua independência ao proferir suas decisões com isenção, dissociadas de partidarismos ideológicos. Nesse contexto, o Poder Judiciário viu-se fortalecido na medida em que aumentaram as demandas por acesso à justiça. Ato contínuo, também corrobora para a popularidade do judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, o descrédito e a crise de representatividade dos poderes constituídos pela vontade popular.

Vale ressaltar a forma peculiar com que se julga no Brasil, às claras, note-se que é mandamento constitucional a ampla publicidade conferida aos julgamentos<sup>5</sup>, o que corrobora para a fiscalização e controle social.

Nada obstante, a ascensão do Poder Judiciário, especialmente a proeminência da jurisdição constitucional, e o reforço de seu papel político é um reflexo do arranjo institucional arquitetado pelo Constituinte Originário e paulatinamente ratificado pelo poder derivado reformador, a exemplo das Emendas Constitucionais nº 3 e 45, e pelo legislador ordinário, através das leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99. Não podemos olvidar, entretanto, a dimensão significativa que o Novo Código de Processo Civil conferiu aos precedentes judiciais, um exemplo prático é as possibilidades em que o juiz pode julgar de plano improcedente liminarmente o pedido<sup>6</sup> corroborando, em última análise, para a uniformização da jurisprudência, celeridade processual, segurança jurídica, entre outras garantias corolárias do devido processo legal.

Nas próximas linhas veremos em que medida a ascensão do Poder Judiciário, especialmente a jurisdição constitucional, contribui para a efetivação dos direitos sociais no cenário político brasileiro.

## **4.2 Constitucionalização do Direito**

---

<sup>4</sup> Art. 95, Constituição Federal, 1988.

<sup>5</sup> Art. 93, IX, Constituição Federal, 1988.

<sup>6</sup> Art. 332, CPC 2015

“A Constituição brasileira de 1988 tem indubitosa propensão dirigente”, ensinam Gilmar F. Mendes e Paulo G. Branco, no sentido de que “não se bastam com dispor sobre o estatuto do poder. Elas também traçam metas, programas de ação e objetivos para as atividades do Estado nos domínios social, cultural e econômico.” (MENDES; BRANCO, 2014, p.73) Em que pese a nossa constituição ter essas feições, seu texto é extremamente analítico e minucioso e nesse sentido assinala Oscar Vilhena Vieira que “muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo a função da implementação da vontade constituinte enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição” (VIEIRA, 2008, p.443). Com efeito, constitucionalizar uma matéria significa, no magistério de Luis Roberto Barroso, “transformar Política em Direito” (BARROSO, 2008, p.04) outorgando ao indivíduo a possibilidade de reclamar ao judiciário, através de ação judicial, sua satisfação. No âmbito dos direitos sociais isso ganha especial relevo, pois o debate sobre políticas públicas em situações concretas estão sendo empreendidas por magistrados. Perceba que a ideia de ativismo judicial na concepção de Luís Roberto Barroso “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2008, p.06) em razão da retração dos outros dois Poderes.

Desta feita, duas das formas de atuação ativista do Supremo Tribunal Federal são, segundo Luís R. Barroso:

a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário [...] e a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2008, p.06)

Desse modo, enquanto guardião da Constituição<sup>7</sup>, o Supremo garante que os compromissos assumidos pelo Constituinte não se tornem promessas vazias.

### **4.3 Supremocracia (Oscar Vilhena Vieira)**

A proeminência do STF, alimentada pelo arranjo institucional idealizado pela Carta Política, apresenta singularidades específicas dentro do contexto político-

---

<sup>7</sup> Art. 102, Constituição Federal, 1988.

jurídico brasileiro. A esse fenômeno Oscar Vilhena Vieira denomina *Supremocracia*. O autor desdobra esse conceito em duas acepções: (i) “*supremocracia* diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil” (VIEIRA, 2008, p.445 *grifo do autor*), para tanto, a súmula vinculante<sup>8</sup> introduzida pela Emenda Constitucional nº 45 é um exemplo de afirmação da autoridade do Supremo, em face dos órgãos do Poder Judiciário e da administração pública; (ii) “em segundo sentido, o termo, *supremocracia* refere à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes” (VIEIRA, 2008, p.445. *grifo do autor*). E continua o autor “essa posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa Constituição.” (VIEIRA, 2008, p.445). Nesse ínterim, não é por acaso que a jurisdição constitucional, exercida por onze ministros, indicados pelo Presidente da República, sabatinados e aprovada a indicação por maioria absoluta do Senado Federal<sup>9</sup>, têm emitido a última palavra sobre questões de natureza política, moral e econômica, “ora validando e legitimando decisões dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias” (VIEIRA, 2008, p.445), assim quis o Lei Fundamental, consciente ou inconscientemente. Não olvide, entretanto, que “todo o *poder* emana do povo, *que o exerce por meio de representantes eleitos* ou diretamente, nos termos desta Constituição.”<sup>10</sup> (BRASIL, 1988).

## 5. EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Sabendo que o ativismo judicial está associado ao fenômeno de ascensão do judiciário e tendo em vista as peculiaridades no caso brasileiro de proeminência do STF enquanto guardião dos valores constitucionais, pontuaremos os casos específicos em que este, proativamente, decidiu em prol dos direitos sociais, efetivando-os e em detrimento dos órgãos de representação majoritária.

### 5.1 Direito de greve - Mandados de Injunção 670, 708 e 712

A Constituição Federal assegura, no seu artigo 37, VII, que o direito de greve dos servidores públicos “será exercido nos termos e nos limites definidos em lei

---

<sup>8</sup> Art. 103-A, Constituição Federal de 1988.

<sup>9</sup> Art. 101, Parágrafo Único.

<sup>10</sup> Art. 1º, Parágrafo Único.

específica” (BRASIL, 1988), ou seja, é um exemplo de norma constitucional limitada que reclama do Poder Legislativo uma regulamentação específica pra o seu completo aperfeiçoamento. Não obstante, o legislador se mantém inerte durante anos impedindo que o direito fundamental social fosse exercido. Diante desse quadro, o Supremo foi instado a sanar a omissão legislativa, por ocasião do julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará (Sinjep). Na ocasião, em face da mora do legislativo, obstativa de um direito social constitucionalmente protegido, o Supremo, proativamente, decidiu que ao direito de greve no setor público fosse aplicado, no que coubesse, a lei que regulamenta a greve na iniciativa privada (Lei 7.783/89).

## **5.2 Direito à saúde – Recurso Extraordinário 195.192-3/RS**

No que tange à saúde, explicam Gilmar F. Mendes e Paulo Gonet Branco:

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

Decisões que esbarram em temas como reserva do possível e mínimo existencial, que o Supremo, diante da pretensão judicializada, é instado a se manifestar sobre escolhas alocativas de recursos públicos e nesse aspecto tem se manifestado no sentido de reconhecer a responsabilidade solidária dos entes federativos em ações e serviços de saúde, a esse respeito, decidiu a segunda turma do STF no julgamento do recurso extraordinário RE 195.192-3/RS, assim ementado:

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

## **5.3 Assistência social - Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963**



A Constituição, em seu art. 203, V, prevê a concessão de um salário mínimo para as pessoas portadoras de deficiência e ao idoso que comprovem não ter meios de prover sua própria subsistência nem tê-la provida por sua família. Em regulamentação a essa disposição constitucional, prevê o §3º do artigo 20 da Lei Orgânica de Assistência Social que se considera incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. Ocorre que, no julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963 decidiu, em sede de controle difuso de constitucionalidade, pela inconstitucionalidade desse dispositivo, que restou defasado para aferição de miserabilidade em situações concretas e que a Constituição buscou tutelar e expandindo o critério pra caracterizar a incapacidade financeira a renda per capita inferior a 1/2 (um meio) de salário mínimo por família, como previsto para outros benefícios assistenciais do governo. Houve no âmago dessa decisão a proibição de proteção insuficiente quando o legislador atuou de forma insuficiente desconsiderando fatores concretos de aferição da miserabilidade.

#### **5.4 Educação – ADI 3.030 e ADPF 186**

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

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Texto da Carta Constitucional de 1988 além de ser um instrumento de transição da ordem jurídica de cunho redemocratizador, tem o escopo de capitanear uma mudança social, relegada historicamente, trazendo em seu bojo um catálogo extenso de direitos sociais a ser reclamado em face dos poderes públicos a quem incumbem criar mecanismos e políticas públicas para concretizá-los. Entretanto, essa incumbência de concretização dos direitos fundamentais sociais tem sido perpetrada pelo Poder Judiciário, através de seus órgãos, em ascensão institucional e em detrimento dos demais poderes.

Desse modo, a atividade do STF na concretização dos direitos sociais revela as fragilidades que acometem as instâncias representativas que por falta de vontade política e organização administrativa fulminam, inconsequentemente, o exercício de inúmeros direitos fundamentais, circunstância esta, que faculta ao indivíduo a judicialização de determinadas matérias, que avolumam as pautas de julgamento do STF.

Essa peculiaridade que circunda nossa Corte Constitucional denota, outrossim, a ascensão do Supremo alçado ao centro do poder político, o que Oscar Vilhena denominou de *supremocracia*. Assim, a efetivação dos direitos sociais comporta uma margem de liberdade para escolhas alocativas do poder público, vez que são introduzidos, em sua maioria, por normas constitucionais de eficácia limitada, carentes de densidade jurídica e dependentes de complementaridade pelo legislador. Quando este não o faz ou o faz de maneira ineficiente ou incompleta o indivíduo adquire legitimidade para provocar o judiciário a sanar essa mácula obstativa de aferição dos direitos fundamentais sociais – veja que o texto constitucional aduz que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Art. 5º, XXV Constituição Federal, 1988.

Por fim, esse desarranjo entre os Poderes da República não é um atentado à democracia, construída a duras penas, mas antes, evidencia a crise e retração dos outros poderes, essa sim golpeia a democracia.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso para Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em 30 de abril de 2017.

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

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil, 1998**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 30 de abril de 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993**.Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm)>.Acesso em 30 de abril de 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 30 de abril de 2017.

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

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

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

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

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

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

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

TOSI, Giuseppe. **História e Atualidade dos Direitos Humanos**. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/historia\\_atualidad.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/historia_atualidad.htm) . Acesso em 30 de abril de 2017.

VIEIRA, Oscar Vieira. **Supremocracia**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>> . Acesso em 30 de abril de 2017.