



**UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO TRABALHO DE  
CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO  
JUDICIAL NO SÉCULO XXI: DA INEFICÁCIA AO ATIVISMO JUDICIAL  
EXCESSIVO**

Aluna: Joyce Gleyciane Pereira Nascimento  
Professor-orientador: Carlos Augusto Alcântara Machado

**Aracaju  
2015**

**JOYCE GLEYCIANE PEREIRA NASCIMENTO**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO  
JUDICIAL NO SÉCULO XXI: DA INEFICÁCIA AO ATIVISMO JUDICIAL  
EXCESSIVO**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo –  
apresentado ao Curso de Direito da  
Universidade Tiradentes – UNIT, como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
bacharel em Direito.

**Aprovado em 02 / 06 / 2015.**

**Banca Examinadora**

---

**Carlos Augusto Alcântara Machado**  
**Universidade Tiradentes**

---

**Célio Rodriguez da Cruz**  
**Universidade Tiradentes**

---

**Liziane Paixão Silva de Oliveira**  
**Universidade Tiradentes**

# **DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL NO SÉCULO XXI: DA INEFICÁCIA AO ATIVISMO JUDICIAL EXCESSIVO**

Joyce Gleyciane Pereira Nascimento<sup>1</sup>

## **RESUMO**

O objetivo do presente estudo é analisar a polêmica enfrentada pela atual doutrina e jurisprudência acerca da aferição da aplicabilidade e da eficácia dos direitos fundamentais sociais e a atuação do Poder Judiciário na respectiva concretização, partindo dos aspectos gerais dos direitos sociais, passando pelas regras de interpretação do neoconstitucionalismo, inclusive buscando esclarecer conceitos, alcance, limites e proteção jurídica, com o intuito de contribuir para o amadurecimento da questão. Nesta pesquisa, enfrentaremos tal conflito através da utilização dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, com o objetivo de harmonizar os direitos contrapostos. Desse modo, a efetividade das decisões judiciais e a ponderação de interesses serão as linhas condutoras deste trabalho.

Palavras- chave: Ativismo judicial. Direitos Sociais. Proporcionalidade. Efetividade.

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem como objetivo inicial abordar os principais aspectos teóricos marcantes acerca da concretização dos direitos fundamentais sociais no século XXI e a necessidade da intervenção do Poder Judiciário como meio de garantir sua efetividade, uma vez que é recorrente na doutrina e jurisprudência a discussão quanto a aferição da aplicabilidade dos direitos sociais enquanto normas constitucionais desprovidas de eficácia plena e autoexecutoriedade.

Conforme Piosevan (apud SOARES, 2010, p.31) “o esfacelamento dos direitos sociais simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional que inclui dentre suas cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais”. Dessa forma, para o referido autor os direitos sociais também devem ser considerados cláusulas pétreas, de modo que qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los é manifestamente inconstitucional.

Em consonância com esse entendimento, Soares (2010) afirma que os direitos fundamentais sociais “passaram por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza, pois são direitos que exigem determinadas

---

<sup>1</sup> Graduanda em direito pela Universidade Tiradentes –UNIT. E-mail: joycegleyciane@hotmail.com

prestações materiais do Estado”, no entanto, seja por insuficiência orçamentária ou falta de interesse, nem sempre são prestados pela Administração Pública, o que os colocam em situação de direitos subalternos em relação aos direitos de primeira geração (individuais).

Nesta perspectiva, o Poder Judiciário tem atuado assegurando os direitos fundamentais sociais, o que tem provocado críticas e elogios. Segundo Moraes, as questões referentes ao ativismo judicial, tornou-se, no Brasil, “de extrema relevância, não só quanto à sua possibilidade, mas, principalmente, em relação aos seus limites, pois há muita polêmica sobre a prática do ativismo judicial, inclusive no tocante à sua conceituação” (2011, p.39).

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo analisar a (in)aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais sociais, bem como suas possíveis soluções, em especial, a atuação do Poder Judiciário em face da inércia dos demais poderes.

Diante disso, o estudo está dividido da seguinte forma: no primeiro tópico será feita uma abordagem acerca dos aspectos gerais dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição de 1988, bem como sua evolução. O segundo tópico abordará a aplicabilidade das normas constitucionais e suas principais classificações quanto ao critério da eficácia. Seguindo a ordem, no terceiro tópico discorrer-se-á sobre a influência do (neo) constitucionalismo para a eficácia dos direitos sociais, assim como, os conflitos entre as normas constitucionais e suas possíveis soluções. Por fim, será analisada desde a ineficácia das normas constitucionais (direitos sociais) até o ativismo judicial excessivo, bem como alguns entendimentos jurisprudenciais acerca dos direitos fundamentais sociais.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, ou seja, a obtenção de dados por meio de pesquisa documental (relacionadas às fontes primárias), utilizando, principalmente, revistas jurídicas, livros, periódicos, jurisprudências, legislação, artigos científicos, bem como outros meios que se coadunem com a pesquisa.

## **2 ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA EVOLUÇÃO**

Os direitos fundamentais sociais são classificados pela doutrina majoritária como direitos de prestação positiva, vez que exigem uma atuação proativa do Estado, com o escopo de reduzir as desigualdades sociais. Tais direitos surgiram com as mudanças ocorridas na transição do Estado Liberal para o Estado Social no final da 1ª Grande Guerra Mundial e da

Revolução Industrial, período denominado pela doutrina como Constitucionalismo Moderno ou Social.

Cunha Júnior (2012, p.37) ensina que:

No Constitucionalismo Moderno, a Constituição deixa de ser concebida como simples aspiração política da liberdade, para ser compreendida como um texto escrito e fundamental, elaborado para exercer dupla função: Organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, o pacto celebrado entre o Rei João Sem Terra, os Bispos e os Barões Ingleses para assegurar o direito à liberdade e a propriedade da população nobre constitui documento histórico que influenciou significativamente a consagração do Constitucionalismo Moderno, tendo em vista que inaugurou a base para a democracia moderna com a instituição da limitação do Poder Estatal, o que, frisa-se, serviu de referência para a conquista de algumas liberdades clássicas, como o direito à propriedade, a liberdade de locomoção, entre outros (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Assim, pode-se citar que as principais constituições no constitucionalismo moderno são: a Mexicana em 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, tendo em vista que ambas visavam promover o desenvolvimento econômico e o bem-estar social (NOVELINO,2014).

A Constituição brasileira de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar de 1919, determinava uma atuação intervencionista do Estado e promovia o desenvolvimento econômico e social, entretanto, essa constituição não perdurou muito tempo, vez que em 1937 foi instituída a ditadura no Brasil (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Insta salientar que o período ditatorial surgiu com a outorga da Carta de 1937. Felizmente em 1946, com o fim da Segunda Guerra Mundial e o fim do Estado Novo, foi elaborada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, que voltou a promover os interesses sociais e econômicos, assim como previa a Constituição de 1934.

Em tese, a partir da Constituição de 1934, o regime constitucional brasileiro esteve relacionado com o estado liberal e social. Todavia, somente em 1988, com a promulgação da Constituição cidadã é que é possível vislumbrar uma maior concretização tanto em relação aos direitos já consagrados no constitucionalismo medieval, como exemplo, os direitos da liberdade, bem como os direitos consagrados no socialismo, que são os direitos de igualdade.

Conforme defende Cunha Júnior (2012), a Constituição é um documento social, dirigente, promissor, compromissário, que organiza o Estado definindo suas competências, bem como dispendo as metas, fins e programas a serem executados. Assim, as normas constitucionais atuais asseguram, em especial, os direitos de liberdade e igualdade. Frisa-se,

entretanto, que os direitos de segunda dimensão possuem eficácia duvidosa, uma vez que necessitam de recursos financeiros e atuação proativa do Estado.

Neste contexto, importante transcrever o que preconiza Cunha Júnior, sobre os direitos fundamentais sociais, *in verbis*:

Embora reconhecidos e positivados em normas constitucionais, os direitos de segunda dimensão tiveram inicialmente eficácia duvidosa, em face de sua função de exigir do Estado certas prestações materiais, nem sempre realizáveis, por falta de vontade política ou até mesmo de meios de recursos. Assim, o grande problema que aflige os direitos fundamentais sociais não está em sua declaração ou no reconhecimento formal de suas garantias, mas sim na sua efetivação, que consiste na realização concreta das prestações que compõem seus respectivos objetos, quais sejam: acesso à saúde, educação, assistência e previdência sociais ao trabalho, etc. (2012, p.626).

Desse modo, devido ao desenvolvimento social somado aos inúmeros acontecimentos históricos, os direitos sociais foram reconhecidos e positivados na norma constitucional. Contudo, percebe-se que a necessidade de uma atuação eficaz do Estado prejudica significativamente sua efetivação, uma vez que o Estado não está exercendo sua função devidamente por insuficiência de recursos ou interesse, provocando a ineficácia da norma constitucional.

### **3 DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

#### **3.1 Considerações Preliminares**

Neste contexto é de suma importância para o tema tratado, analisar os critérios para a aferição da aplicabilidade e da eficácia das normas constitucionais, sobretudo, no que se refere aos direitos fundamentais sociais, a atuação do Estado e a execução de programas de políticas públicas.

Inicialmente, necessário se faz distinguir vigência, validade, eficácia da norma constitucional. Nesse passo, impende destacar as palavras de Reale (2001) ao explicar que, não é suficiente somente a estrutura de uma norma positivada, vez que é necessário que este preceito preencha as condições de validade, para que se torne indispensável, logo, a norma para ser obrigatória deve ser válida.

Para que a norma seja válida é imprescindível que satisfaça os seguintes requisitos: que seja observado o disposto na Carta Magna a respeito da competência dos órgãos, bem como o

processo de elaboração e promulgação da lei. Por outro lado, a eficácia corresponde a concretização do direito positivado pela sociedade. Para Reale (2001), trata-se de reconhecimento “Anerkennung” do Direito pela comunidade, no plano social.

Segundo Reale (2001, p. 107), são requisitos essenciais para a validade do direito, ou seja, para que a regra jurídica seja obrigatória: o fundamento, a vigência, e a eficácia, o que decerto trata-se da estrutura tridimensional do Direito, já que “a vigência se refere à norma; a eficácia se reporta ao fato, e o fundamento expressa sempre a exigência de um valor”.

Nessa conjectura, cumpre destacar a distinção entre vigência e eficácia defendida por Kelsen. Senão vejamos:

Como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verifica na ordem dos fatos. Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia pode existir uma certa conexão (KELSEN, 1998, p. 11-12).

De acordo com o ilustre jurista, a vigência consiste em um dever-ser, logo, deve ser aplicada e respeitada, caso contrário, não será uma norma vigente, uma vez que “um mínimo de eficácia é condição de vigência”. Já a eficácia consiste no ser, existir (KELSEN, 1998, p. 11-12).

Desta feita, a regulamentação dos fatos efetivamente existentes constitui requisito para a vigência da norma, e sua vigência está ligada a pretensão de ser concretizada em seu meio social. Assim, a eficácia da norma pode ser, social (efetividade) ou jurídica.

“A eficácia social consiste no fato de que a norma é efetivamente obedecida e aplicada”, enquanto, eficácia jurídica “é aquela que consiste na capacidade de atingir os objetivos previstos na norma” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p.163-164).

Neste mesmo sentido preconiza Novelino:

A efetividade (eficácia social) está ligada a produção concreta dos efeitos. O fato de uma norma existir, ser válida, vigente e eficaz não garante, por si só, que os efeitos por ela pretendidos serão efetivamente alcançados. Para ter efetividade é necessário que a norma cumpra sua finalidade, a tenda à função social para que foi criada. Algumas normas constitucionais, em especial as que tratam de direitos fundamentais sociais, apresentam sérios problemas de efetividade em razão de limitações orçamentárias ou de omissões inconstitucionais em sua regulamentação (2012, p. 140).

A eficácia no sentido técnico-jurídico (vigência), consiste na “possibilidade de estar a norma apta para ser aplicada por reunir todos os elementos e meios necessários para sua operatividade” (MACHADO, 2005, p.76). Assim, a aptidão da norma em produzir seus efeitos e de ser aplicada constitui a eficácia jurídica da norma.

### **3.2 Principais Classificações das Normas Constitucionais**

Como visto anteriormente, toda norma constitucional é dotada de eficácia jurídica, variando apenas a amplitude da eficácia. A Constituição Federal de 1988, dispôs que as normas definidoras de direitos e garantias têm aplicação imediata (Art.5º da CF/88), o que conduz ao entendimento de que toda norma constitucional é dotada de eficácia plena, independentemente de qualquer intervenção do legislador para obterem eficácia social (CUNHA JÚNIOR,2012).

Contudo, alguns doutrinadores afirmam que os direitos fundamentais sociais não possuem aplicabilidade imediata definida no art. 5º da Constituição Federal de 1988, uma vez que necessitam de uma atuação do Estado para que possam ser concretizadas. Ocorre que a questão é bastante controvertida, já que todas as normas constitucionais são passíveis de concretização na via jurisdicional.

É cediço que as normas definidoras de direitos fundamentais não possuem a mesma carga valorativa de eficácia, inclusive, a quem declare que a norma contida no art. 5º, §1º, CF, é inviável, descartando a real vontade do constituinte (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Diante das divergências supracitadas, a doutrina majoritária propôs algumas classificações quanto amplitude da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais. Assim, necessário se faz analisar as principais classificações das normas constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro.

#### **3.2.1 Classificação Proposta por José Afonso da Silva**

José Afonso da Silva (2007) propôs a classificação das normas constitucionais que é a mais adotada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência pátria. O autor afirma que nenhuma norma é destituída de eficácia jurídica; porém cada norma tem sua carga valorativa de eficácia. Assim, entende que a norma jurídica pode ser de eficácia plena, limitada ou contida.

As normas de eficácia plena são aquelas que estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de regulamentação. Silva (2007, p. 101-102) afirma que são normas autoaplicáveis, já que “são dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua

executividade”, desse modo, possuem aplicabilidade imediata, direta e integral. Como exemplo de normas de eficácia plena, são as que definem direitos e garantias (Art. 5º, §1º, CF/88).

Em contrapartida, as normas de “eficácia contida são normas de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, pois apesar de ter “eficácia independente da interferência do legislador ordinário”, dependem dos limites que serão impostos posteriormente mediante lei, ou as circunstâncias restritivas constitucionalmente admitidas, como a atuação do poder público (SILVA, 2007, p. 116).

Assim, tratando-se de normas de eficácia contida, mesmo que todos os elementos necessários a aplicação imediata estejam presentes, estas estarão sujeitas a restrições em seu campo de incidência. Por exemplo, cita-se a norma contida no Art.5º, XIII, CF, *in verbis*: “É livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

O autor definiu as normas de eficácia limitada ou reduzida, como “aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte” (SILVA, 2007, p.118). Em sendo assim, essas normas possuem aplicabilidade mediata, indireta e reduzida.

Impende ressaltar que essas normas são subdivididas em: normas de princípio institutivo e normas de princípio programático. As primeiras, estruturam organismo e entidades, ou seja, são normas que preveem a criação de órgãos, enquanto as segundas, veiculam programas a serem implementados pelo Estado (SILVA, 2007).

Silva (2007) defende, ainda, que a norma de eficácia limitada para atingir a sua aplicabilidade plena depende de lei regulamentadora posterior, em que o legislador ordinário, integra a sua eficácia mediante lei ordinária.

Todavia a lei ordinária proporcionará capacidade de execução, nos termos da regulamentação, às normas de eficácia limitada. “Muitas, contudo, podem ser aplicadas independentemente de lei, mas por meio de outras providências, como aquela que visa ao amparo da cultura pelo Estado” (SILVA, 2007, p.164).

Entretanto, apesar do autor defender que as normas de eficácia limitada possuem aplicabilidade mediata, direta e reduzida, entende que as normas programáticas podem ter eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, nas hipóteses em que:

- a) estabelecem um dever para o legislador ordinário, b) condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; c)informam a concepção do estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica , mediante a atribuição de fins sociais,

proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; d)constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicional a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; f)criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem (SILVA, 2007,p.164).

### **3.2.2 Classificação Proposta por J. H. Meirelles Teixeira**

Um dos pioneiros na elaboração das classificações das normas constitucionais quanto à eficácia foi Meirelles Teixeira. O autor defendia que nenhuma norma constitucional é despida de eficácia, com o intuito de atender a essa eficácia e os seus imediatos efeitos jurídicos propôs a seguinte classificação: Normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada ou reduzida.

As normas de eficácia plena são aquelas que produzem seus efeitos, independente de regulamentação posterior, ou seja, produz todos os seus efeitos desde a sua promulgação, incidindo, desse modo, direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. Porém as normas de eficácia limitada ou contida são aquelas que não produzem seus efeitos de imediato, ou seja, desde a sua promulgação, pois necessitam de uma regulamentação posterior, seja parcial ou total.

Em suma, as normas de eficácia plena incidem de forma imediata, direta e plena sobre a matéria, enquanto, as normas de eficácia limitada incidem de forma mediata e indireta. Frisa-se que Cunha (2012), invocando o magistério de Meirelles, ainda subdivide as normas de eficácia limitada em: normas programáticas e normas de legislação.

Nesse passo, as normas programáticas tratam de matérias ético-sociais e constituem programas sociais conferido ao legislador ordinário, enquanto as normas de legislação tratam das matérias organização ou de liberdade e apenas deixam de produzir de imediato seus efeitos por questões ligadas à sua natureza técnica ou instrumental (CUNHA JÚNIOR,2012).

### **3.2.3 Classificação Proposta por Maria Helena Diniz**

Maria Helena Diniz (2014, p.415-416) propôs sua classificação tomando por base a intangibilidade e a produção de efeitos concretos das normas constitucionais. Para a ilustríssima autora, as normas devem ser divididas da seguinte forma:

- a) **Normas com eficácia absoluta** - também denominadas normas supereficazes, estas são normas intangíveis, não havendo contra elas nem mesmo o poder de emenda.

Vale dizer, que são as normas previstas no art.60, §4º da Constituição Federal, que são insuscetíveis de alteração, ou seja, as cláusulas pétreas.

- b) **Normas com Eficácia Plena** - são aquelas que apesar da possibilidade de serem emendadas, independem de regulamentação para surtirem seus efeitos. Podem ser aplicadas de forma direta e imediata. Distinguem-se das normas de eficácia absoluta por permitirem modificação. (Mesma classificação de José Afonso da Silva.
- c) **Normas com Eficácia Relativa Restringível** - correspondem às normas de eficácia contida, ou seja, possuem aplicabilidade imediata e plena, ainda que sejam passíveis de sofrerem restrição em sua eficácia.
- d) **Normas com Eficácia Completável ou dependentes de Complementação** – são normas de aplicação mediata, e por isso, dependem de regulamentação futura para produzirem efeitos. Assim, como José Afonso da Silva, a autora subdividiu essas normas em:
  - i. *Normas de Princípios Institutivos* – são as normas que preveem a criação dos órgãos.
  - ii. *Normas Programáticas* - são normas que veiculam programas a serem implementados pelo Estado.

#### **3.2.4 Classificação Proposta por Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Britto**

Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Britto classificaram as normas constitucionais quanto a incidência, em dois grupos, são eles, normas de aplicação e normas de Integração. As primeiras são aquelas que possuem a capacidade de produzirem seus efeitos independentemente de regulamentação infraconstitucional. Já as últimas são aquelas que necessitam de regulamentação legislativa para poderem incidir sobre os fatos regulados (BASTOS, 1999).

As normas de aplicação são subdivididas em: normas irregulamentáveis e normas regulamentáveis. Esta primeira embora esteja apta para incidir imediatamente, admite regulamentação infraconstitucional, enquanto aquelas incidem diretamente sobre a norma, entretanto, admitem regulamentação infraconstitucional. Frisa-se que, neste caso, a norma infraconstitucional não poderá alterar o sentido, conteúdo ou alcance das normas regulamentáveis.

O autor define ainda que as normas de Integração são subdivididas em: normas complementáveis e normas restringíveis. As primeiras são aquelas em que prescindem efetivamente de complementação, já as últimas são normas plenas que admitem restrição legislativa (BASTOS, 1999).

### **3.3 Algumas Divergências Doutrinárias**

Em relação a classificação proposta por Silva (2007), atenta-se que apesar da evidente aceitação da doutrina e da jurisprudência pátria, surgiram alguns posicionamentos contrários, apresentando algumas falhas nesta classificação.

Soares (2010), na obra direitos fundamentais em construção: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Brito, afirma que a classificação proposta por José Afonso da Silva pode ser criticada, à luz do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, uma vez que todas as normas constitucionais podem ser pleiteadas através do Poder Judiciário.

Neste sentido, Cunha defende que “todas as normas constitucionais [...] são aplicáveis na medida em que podem ser integradas pela via legislativa, administrativa e também judicial” (2012, p.181). Assim, para o autor tanto as normas de eficácia plena, como as de eficácia contida ou limitada são passíveis de aplicabilidade imediata.

No que tange as normas programáticas, estas sempre foram palco de disputas doutrinárias, constituindo o maior desafio do Direito Constitucional contemporâneo. Nesse sentido, salienta-se que:

Se a constituição é, toda ela, norma jurídica, todos os direitos nela contemplados têm aplicabilidade direta, vinculando tanto o Judiciário, quanto o Executivo e o Legislativo. Assim, as normas programáticas, sobretudo as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes de os órgãos do Poder (CUNHA JÚNIOR, 2012, p.182-183).

Portanto, destaca-se que as normas programáticas têm aplicabilidade direta, imediata e vinculante, uma vez que vincula os órgãos do Poder, seja o Legislativo, Executivo ou Judiciário, devendo este último sanar as eventuais inércias do Poderes estatais, Executivo e Legislativo (SOARES, 2010).

## **4 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A PONDERAÇÃO COMO SOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS**

O Neoconstitucionalismo surgiu no século XX, a partir do final da II Guerra Mundial, ou seja, no período de transição do Estado Liberal para Estado Social, sendo também denominado pela doutrina como novo constitucionalismo, uma vez que nesse período o direito constitucional adquiriu nova roupagem, que além de limitar o poder Estatal (Estado Legislativo

de Direito), reconheceu a Supremacia da Constituição (defendida por Hans Kelsen) e a força normativa dos princípios (CUNHA JÚNIOR, 2012).

A doutrina majoritária defende que o Neoconstitucionalismo surgiu como reação ao massacre ocorrido durante a II Guerra Mundial na Alemanha, no qual, o governo nacional socialista alemão, através do holocausto, exterminou milhões de judeus nos países ocupados pelas tropas do Reich hitlerista (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Desta feita, o constitucionalismo moderno com o intuito de dirimir qualquer tratamento humano degradante, introduziu novos mecanismos de soberania popular, entre eles, a Supremacia da Constituição, a busca pela efetividade dos direitos fundamentais e a ampliação do conceito de democracia (CUNHA JÚNIOR, 2012).

É cediço que no Estado Liberal, defendia-se o estrito cumprimento da lei, vigorando a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. Portanto, o neoconstitucionalismo, ao se contrapor a esta ideia, impõe a imperatividade da norma constitucional, ressaltando-se que é a partir desse momento que o texto constitucional não só apenas disciplina a forma de elaboração das leis, como também determina limites para o seu conteúdo e a intervenção Estatal (BARROSO, 2012).

Todavia, no pós positivismo a validade da lei está condicionada a compatibilização com a Constituição e seus respectivos princípios, de forma que, tudo que se contrapor ao texto constitucional é inconstitucional, ou seja, considerado inválido.

Nesse trilhar, Cunha Jr, afirma que:

[...] com implantação do Estado Constitucional de Direito opera-se a subordinação da própria legalidade à constituição, de modo que as condições de validade das leis e demais normas jurídicas dependem não só da forma de sua produção como também da compatibilidade de seus conteúdos com os princípios e regras constitucionais (2012, p.39-40).

Portanto, as normas que não sejam compatíveis com a Constituição, tanto na forma, como no conteúdo, não possuem validade jurídica, tendo em vista que as normas constitucionais possuem a denominada “supremacia da constituição”, na qual, a imperatividade, assume uma feição peculiar, qual seja, a da sua supremacia em face das demais normas do sistema jurídico (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Em síntese Cunha Júnior defende que para ser mantida a força normativa e “[...] realizar a sua pretensão de eficácia, a constituição deve ser concebida como um sistema aberto de normas”, e como tal, afirma-se que “devem efetivamente interagir com a realidade social (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 109).

Outro ponto que não se deve olvidar é em relação ao reconhecimento da força normativa dos princípios, vez que a preservação e a promoção dos direitos fundamentais sociais são efetivados, ambos à luz do princípio democrático, coibindo desse modo qualquer forma de iniquidade em nome da lei (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Salienta-se que eventualmente pode ocorrer colisão entre as normas constitucionais, ou seja, entre dois direitos fundamentais, ou ainda, entre um direito fundamental e outra norma. De acordo com Alexy (2011) o conceito de conflitos entre as normas pode ser estrito ou amplo, pois quando os conflitos se tratarem de direitos fundamentais é estrito, entretanto, na hipótese de choque entre um direito fundamental e outra norma jurídica ele será amplo.

Entretanto, há quem defenda que a colisão entre as normas pode ser de três tipos: colisão entre os princípios constitucionais, colisão entre os direitos fundamentais e colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses (BARROSO, 2009).

Para facilitar a compreensão do tema, é necessário distinguir as regras dos princípios. Doutrinalmente, os critérios mais utilizados são a abstratividade (ou generalidade) e o grau de determinação. No primeiro os princípios possuem alto grau de generalidade, já que expressam valores fundamentais que se espalham por todo sistema jurídico enquanto as regras possuem uma reduzida generalidade, já que descrevem com precisão as situações em que a norma será aplicada (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Conforme o critério da abstratividade, a distinção entre os princípios e as regras estão na efetiva aplicação da norma. Vale dizer que, nos princípios inexistente qualquer regra predeterminada, enquanto, a regra já traz as hipóteses de incidência e as suas possíveis consequências (CUNHA JÚNIOR, 2012).

No que se refere ao grau da determinação, as regras são aplicadas direta e imediatamente aos casos previstos em seu preceito, enquanto, os princípios são indeterminados, necessitando de medidas concretas para sua aplicação ao caso concreto. Segundo Mendes (2015, p.72), no grau de determinabilidade, “os princípios corresponderiam às normas que carecem de mediações concretizadoras por parte do legislador, do juiz ou da administração, entretanto, as regras seriam as normas suscetíveis de aplicação imediata”.

Importante frisar que, alguns doutrinadores defendem que a distinção entre regras e princípios estaria apenas do grau de aplicação, entretanto, os estudiosos Dworkin e Alexy, defendem que a diferença entre as regras e os princípios não é somente o grau de aplicação, mas também é a natureza da norma (BARROSO, 2009).

Segundo Cunha Júnior (2012), nos termos da doutrina de Alexy, os princípios e as regras jurídicas podem ser distinguidos através da sua aplicação. Para o estudioso, ou as regras são aplicáveis por inteiro ou não são aplicadas – a lógica do tudo ou nada, entretanto, defende que os princípios possuem uma dimensão de peso, valor ou importância são inexistentes nas regras.

Do mesmo modo, Alexy (2011, p. 64) registra que os “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas” e as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não cumpridas. As regras são obrigatórias e, por isso, não admitem a ponderação.

Cunha Júnior, preconiza que:

Em suma, os princípios jurídicos, sejam explícitos ou implícitos, são normas jurídicas dotadas de normatividade, que, por via de consequência, obrigam e vinculam, distinguindo-se das regras na medida em que eles são normas providas de intensa carga axiológica (referem-se diretamente a valores), enquanto as regras jurídicas são normas descritivas de situações fáticas hipotéticas, dispostas a concretizar os valores normatizados pelos princípios (2012, p.160).

Pode-se concluir de acordo com as afirmações supracitadas, que as regras são preceitos definidos na norma que são inflexíveis, não admitem ponderação, ou são válidas ou não, entretanto, os princípios são amplos, devendo ser aplicados de acordo com o caso concreto, assim, serão aplicados conforme o valor de cada princípio naquele determinado caso, como exemplo, cita-se a colisão entre o direito à saúde (mínimo existencial) e a insuficiência do orçamento público (Reserva do possível).

Nesse sentido, destaca-se que os princípios e as regras também podem ser distinguidos através da forma de solução dos seus conflitos. Mendes assevera que:

[...] num eventual confronto de princípios incidentes sobre uma situação concreta, a solução não haverá de ser aquela que acode aos casos de conflito entre regras. No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro (2015, p. 183).

Portanto, na hipótese de colisão entre as regras, o operador do direito, utilizará o critério da validade, e conforme o ensinamento Cunha Júnior (2012, p.159), enquanto as regras quando conflitantes, “não podem coexistir, por isso, excluem-se, no caso de conflito entre princípios (direitos fundamentais), estes “revelam-se como normas jurídicas impositivas de otimização”

Isto posto, cumpre consignar que os princípios ainda que colidentes coexistem, uma vez que admite juízo de ponderação de acordo com o caso o concreto, pois a ponderação funciona

como permissivo para que os princípios colidentes possam coexistir, sendo que a restrição da força do princípio deve ser a menor possível.

O juízo de ponderação é feito à luz do princípio da proporcionalidade, que congrega três juízos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Este princípio é um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais, pois permite o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público, e também funciona como medida de moderação para aplicação de uma norma no caso concreto (BARROSO, 2009).

Acrescenta Barroso (2009, p.375) que “o princípio pode operar também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto.”

Ainda o autor afirma que:

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes (BARROSO, 2005, p.45).

Desse modo, o neoconstitucionalismo, além de proporcionar a supremacia da constituição e o reconhecimento da força normativa dos princípios, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário, que possui um papel de suma importância para a concretização dos direitos fundamentais sociais e do controle judicial das políticas públicas (CUNHA JÚNIOR, 2012).

## **5 DA INEFICÁCIA AO ATIVISMO JUDICIAL EXCESSIVO**

Com a ascensão do Estado Social iniciou-se a “socialização dos direitos”, e assim cresceu a necessidade de uma maior intervenção estatal, principalmente, no que se refere aos direitos fundamentais sociais. Entretanto, por escassez de recursos financeiros ou de interesse, o Estado nunca atuou de forma satisfatória.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário possui um papel fundamental para a concretização dos direitos sociais, tendo em vista que atua mediante a aplicação da técnica da ponderação, aplicando os princípios constitucionais a situações concretas, bem como balanceando-os, em caso de eventual conflito.

Importante mencionar que o Judiciário pode atuar através de duas formas, a saber: ativismo judicial ou judicialização, termos que são frequentemente confundidos, razão pela qual se faz necessário, inicialmente, distingui-los.

Barroso defende que a judicialização é um fato, enquanto o ativismo é um ato. A judicialização é a transferência do poder político para o Poder Judiciário, já o ativismo é a atuação proativa do Poder Judiciário em face da inércia (déficit) dos outros poderes Executivo e Legislativo, através do método de interpretação das normas constitucionais (BARROSO, 2012).

O ativismo judicial é uma “ideia 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 demais Poderes” (BARROSO, 2011, p.283).

Desta maneira, o ativismo procura “extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente, construindo regras específicas de condutas a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)” (BARROSO, 2012, p.372). Logo, considera-se o ativismo como um dos principais meios para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Outro termo relacionado ao tema, que não devemos olvidar, é a “autocontenção judicial”, esta ao contrário do ativismo, visa reduzir a interferência do Poder Judiciário nas relações de competência dos outros poderes (BARROSO, 2012).

Assim, “a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos” (BARROSO, 2012, p.372).

Neste contexto, invoca-se os ensinamentos de Diniz, para com ela afirmar que “ao Poder Judiciário está reservada a grande responsabilidade de adequar o direito, quando da sua vigência social apresenta sintomas de inadaptabilidade em relação à realidade social, mantendo-o vivo”. Entretanto, a liberdade proporcionado ao Juiz, não é ilimitada (2014, p.520).

Tendo em vista a afirmação antes explicitada, Luís Roberto Barroso, acrescenta:

O grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: é proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da constituição dar-se-á a favor e não contra a democracia (BARROSO, 2012, p. 377).

Ademais, a LINDB dispõe que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657,

1942, art.4º). Dessa forma, compete ao magistrado aplicar à norma que julgar adequada ao caso concreto, como também solucionar antinomias (conflitos entre regras) e preencher as possíveis lacunas com base nos princípios e nos costumes.

Dessa forma, defende-se que é plenamente possível e, na verdade, acertada a atuação do Poder Judiciário como forma de assegurar a concretização dos direitos sociais. Porém, a intervenção judicial não deve ser desarrazoada, evitando, dessa forma, a insegurança jurídica. Veja-se:

a suposta concretização imediata dos direitos fundamentais tem levado o Judiciário, em determinados casos, a extrapolar os limites do controle, adentrando, totalmente, na discricionariedade do administrador público, e criando casuísmo particularizados que, muitas vezes, acarreta insegurança jurídica, além de obstar determinados planejamentos idealizados pelo Poder Executivo (SOUZA, 2011, p.34).

Assim, o Poder Judiciário deve adotar determinados critérios com a finalidade de concretizar os direitos sociais, sem provocar instabilidade jurídica. Defende-se, no atual trabalho, a técnica da ponderação como parâmetro para a atuação judicial, uma vez que esta técnica está ligada ao “balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas” (BARROSO,2009, p.360).

A ponderação é uma técnica de decisão aplicável à casos com níveis difíceis, pois consiste em um procedimento com três etapas: a primeira etapa consiste na identificação dos eventuais conflitos entre as normas, já na segunda etapa, examina-se os fatos, as circunstâncias concretas do caso e a sua relação com os elementos normativos, por fim, na terceira etapa, passa-se a ponderação, ou seja, a atribuição geral de pesos e sua conclusão (BARROSO,2009).

Nesta fase, a situação fática e a norma serão analisadas em conjunto, a fim de balancear os valores em conflito, selecionado a norma que deve preponderar no caso concreto. Frisa-se que todo o processo de ponderação deve ser aplicado à luz do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

O princípio da proporcionalidade não vem expresso na Constituição de 1988, porém, representa um importante instrumento na concretização da proteção dos direitos sociais e do interesse público, uma vez que visa alcançar o equilíbrio entre os fins (finalidade) e os meios (a forma de concretização do direitos socais) (BARROSO, 2009).

Também denominado de mandamento da proibição do excesso, é utilizado como um guia para a atividade interpretativa, que desdobra-se em três aspectos, a saber: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito (BASTOS, 1999).

A necessidade ou exigibilidade impõe que o Poder Público adote, dentre as alternativas em questão, a medida menos gravosa para alcançar o resultado pretendido. De outra banda, a adequação, também chamada de utilidade, analisa se as medidas adotadas pelo Poder Público são aptas para atingir o objetivo pretendido (BARROSO, 2009).

Por seu turno, a proporcionalidade em sentido estrito busca “um equilíbrio entre o motivo que ensejou a atuação do poder público e a providência por ele tomada na consecução dos fins visados” (CUNHA, 2012, p.234-235). Por fim, é importante frisar que ausentes qualquer desses requisitos (adequação, necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito) o ato não será razoável, nem proporcional.

Com isso, conclui-se que a inércia, tanto do Poder Legislativo, quanto do Poder Executivo, na execução dos direitos fundamentais sociais, pode ser suprida pela atuação do Poder Judiciário, o qual, mediante a utilização do critério da ponderação, assegura a concretização dos direitos sociais, bem como evita o excesso, ou seja, decisões desarrazoadas.

## **6 OS DIREITOS SOCIAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ**

Feita essas considerações, passa-se a analisar recentes julgados, tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça, acerca da concretização dos direitos fundamentais sociais e do limite de atuação do Poder Judiciária.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, em outubro de 2013, determinou que a Administração Pública adotasse medidas que viabilizasse o acesso de deficientes especiais nos prédios públicos, *in verbis*:

**PRÉDIO PÚBLICO – PORTADOR DE NECESSIDADE ESPECIAL – ACESSO.** É dever do Estado-membro remover toda e qualquer barreira física, bem como proceder a reformas e adaptações necessárias, de modo a permitir o acesso de pessoas com restrição locomotora à escola pública. Com base nessa orientação, a 1ª Turma deu provimento a recurso extraordinário em que discutido: a) se o ato de se determinar à Administração Pública a realização de obras significaria olvidar o princípio da separação dos Poderes, porquanto se trataria de ato discricionário; b) se necessário o exame de disponibilidade orçamentária do ente estatal. Consignou-se que a Constituição (artigos 227, § 2º, e 244), a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, a Lei 7.853/1989; e as Leis paulistas 5.500/1986 e 9.086/1995 asseguram o direito das pessoas com deficiência ao acesso a prédios públicos. Frisou-se o dever de a Administração adotar providências que viabilizassem

essa acessibilidade. Pontuou-se presente o controle jurisdicional de políticas públicas. Asseverou-se a existência de todos os requisitos a viabilizar a incursão judicial nesse campo, a saber: a natureza constitucional da política pública reclamada; a existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais; a prova de que haveria omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para esse comportamento. [...]1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a: a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho”]. (RE 440028, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 29/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 25-11-2013 PUBLIC 26-11-2013) (INFORMATIVO DO STF Nº 726, 28 de outubro a 1º de novembro de 2013).

No caso em tela, o STF entendeu que é possível que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, determine que a Administração Pública promova medidas que possibilitem a acessibilidade dos portadores de necessidades especiais, sem configurar violação ao princípio da separação de poderes (CAVALCANTE, 2014).

Sobre os direitos sociais, o STF já posicionou-se acerca do tema, no julgamento sobre o aditamento dos contratos do FIES formalizados em momento anterior à portaria 21/2014, nestes termos:

Ementa: Direito administrativo. ADPF. Novas regras referentes ao Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior. Impossibilidade de aplicação retroativa. 1. O art. 3º da Portaria Normativa MEC nº 21/2014 alterou a redação do art. 19 da Portaria Normativa MEC nº 10/2010, passando a exigir média superior a 450 pontos e nota superior a zero nas redações do ENEM, como condição para a obtenção de financiamento de curso superior junto ao Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior - FIES. [...] Além disso, é inegável que a exigência de média superior a 450 pontos e de nota superior a zero na redação do ENEM é absolutamente razoável como critério de seleção dos estudantes que perceberão financiamento público para custeio de seu acesso ao ensino superior. Afinal, os recursos públicos – limitados e escassos – devem se prestar a financiar aqueles que têm melhores condições de aproveitamento. Trata-se, portanto, de exigência que atende aos imperativos de moralidade, impessoalidade e eficiência a que se submete a Administração Pública (art. 37, CF). [...]23. Defiro parcialmente a liminar postulada, ad referendum do Plenário, exclusivamente para determinar a não aplicação do art. 19 da Portaria Normativa nº 10/2010, em sua nova redação, aos estudantes que postulam a renovação de seus contratos, em respeito ao princípio da segurança jurídica, prorrogado o prazo para obtenção da

renovação até 29 de maio de 2015. [...]. Publique-se. Comunique-se. Brasília, 28 de abril de 2015. Ministro Luís Roberto Barroso Relator Documento assinado digitalmente [...] (ADPF 341 MC, Relator(a): Min. LUIS ROBERTO BARROSO, julgado em 28/04/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 30/04/2015 PUBLIC 04/05/2015)

Insta salientar que, segundo Barroso, a exigência de nota mínima no ENEM é medida absolutamente razoável como critério de seleção, uma vez que, diante da insuficiência de recursos, deve-se financiar os cursos daqueles que demonstrem ter melhores condições de aproveitamento. Não obstante esse entendimento, em respeito, ao princípio da segurança jurídica, tais exigências somente podem ser aplicadas aos novos contratos de financiamento (FIES).

Outra importante decisão do Superior Tribunal de Justiça é a que determinou que o plano de saúde pode ser condenado a custear tratamento experimental em caso de ineficácia dos tratamentos convencionais. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. SECURITÁRIO. PLANO DE SAÚDE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 10, I, E 12 DA LEI 9.656/98. TRATAMENTO EXPERIMENTAL. EXCLUSÃO DE COBERTURA. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE TRATAMENTO CONVENCIONAL. INDICAÇÃO MÉDICA. INSTITUIÇÃO DE SAÚDE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. 1. A Lei 9.656/98 garante aos segurados e beneficiários de seguros e planos de saúde a fruição, no mínimo, de exames, medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição médica. [...] Por outro lado, nas situações em que os tratamentos convencionais não forem suficientes ou eficientes, fato atestado pelos médicos que acompanham o caso, existindo, no País, tratamento experimental, em instituição de reputação científica reconhecida, com indicação para a doença, a seguradora ou operadora deve arcar com os custos do tratamento, na medida em que este passa a ser o único de real interesse para o contratante, configurando o tratamento mínimo garantido pelo art. 12 da Lei. 3. Assim, a restrição contida no art. 10, I, da Lei 9.656/98 somente deve ter aplicação quando houver tratamento convencional eficaz para o segurado. 4. Divergência de fundamentação na formação da maioria. 5. Recurso especial provido. (REsp 1279241/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 07/11/2014)

Por fim, o STJ, em sede de ação civil pública, determinou a construção de novo presídio, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADO A INÚMERAS IRREGULARIDADES ESTRUTURAIS E SANITÁRIAS EM CADEIA PÚBLICA. Constatando-se inúmeras irregularidades em cadeia

pública – superlotação, celas sem condições mínimas de salubridade para a permanência de presos, notadamente em razão de defeitos estruturais, de ausência de ventilação, de iluminação e de instalações sanitárias adequadas, desrespeito à integridade física e moral dos detentos, havendo, inclusive, relato de que as visitas íntimas seriam realizadas dentro das próprias celas e em grupos, e que existiriam de tentas acomodadas improvisadamente –, a alegação de ausência de previsão orçamentária não impede que seja julgada procedente ação civil pública que, entre outras medidas, objetive obrigar o Estado a adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária para reformar a referida cadeia pública ou construir nova unidade, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. (STJ. 2ª Turma. REsp 1.389.952-MT, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 3/6/2014) (INFORMATIVO DO STJ 543)

Em outra oportunidade, o STJ – Superior Tribunal de Justiça decidiu que não compete ao Poder Judiciário estabelecer limite etário para a efetivação de matrícula de crianças no ensino fundamental, quando o ato não configure ilegalidade, abusividade ou ilegitimidade. Nesse trilhar:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDUCAÇÃO. INGRESSO NO PRIMEIRO ANO DO ENSINO FUNDAMENTAL. CORTE ETÁRIO. RESOLUÇÕES Nº 01/2010 E Nº 06/2010 - CNE/CEB. LEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREJUDICADO. 1. As Resoluções nº 01/2010 e nº 06/2010, ambas emanadas da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação (CNE/CEB), ao estabelecerem corte etário para ingresso de crianças na primeira série do ensino fundamental (6 anos completos até 31 de março do correspondente ano letivo), não incorreram em contexto de ilegalidade, encontrando, ao invés, respaldo na conjugada exegese dos arts. 29 e 32 da Lei nº 9.394/96 (LDB). 2. Não é dado ao Judiciário, como pretendido na ação civil pública movida pelo Parquet, substituir-se às autoridades públicas de educação para fixar ou suprimir requisitos para o ingresso de crianças no ensino fundamental, quando os atos normativos de regência não revelem traços de ilegalidade, abusividade ou ilegitimidade. 3. Recurso especial da União provido, restando prejudicado aquele interposto pelo Ministério Público Federal. (STJ. 1ª Turma. REsp 1.412.704/PE, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 16/12/2014.)

Desse modo, conclui-se que, o poder Judiciário, diante da diversidade das situações concretas e da impossibilidade de o texto normativo prever todas as soluções cabíveis, especialmente em virtude do dinamismo da sociedade, tem um papel fundamental na concretização dos direitos fundamentais sociais, desde que atue pautado no princípio da proporcionalidade.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, verifica-se que os direitos fundamentais sociais, embora estejam devidamente positivados na Constituição Federal, necessitam de uma atuação posterior dos poderes públicos para sua concretização.

Nesse sentido, pode-se concluir que a problemática do tema não está na positivação dos direitos fundamentais, mas sim na sua operacionalização, que demanda uma atuação positiva do Estado, mediante a promoção de programas de política pública, o que nem sempre ocorre, seja por insuficiência de recursos, ou mesmo, por falta de interesse da Administração Pública, como já ressaltado neste trabalho.

Neste ponto, ou seja, em virtude da inércia estatal, é que a atuação do Poder judiciário, de forma proporcional e razoável, mostra-se imprescindível para assegurar a concretização dos direitos fundamentais sociais da forma menos onerosa possível para a Administração.

Noutras palavras, percebe-se que o ativismo judicial é um instrumento legítimo e não representa ofensa aos princípios constitucionais e legais aplicáveis, especialmente porque, em verdade, consagra a dignidade da pessoa humana, e, por consequência, reduz as desigualdades sociais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Org. e trad. Por Luis Afonso Heck. 3 ed. ver. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1279241/SP. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, Brasília, 02 de outubro de 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=40885321&num\\_registro=201101610994&data=20141107&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=40885321&num_registro=201101610994&data=20141107&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 15 maio 2015.

\_\_\_\_\_. **Informativo do STJ nº 543**. Direito Constitucional E Administrativo. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas relacionado a inúmeras irregularidades estruturais e sanitárias em cadeia pública. Brasília, 13 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 14 maio 2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Informativo do STF nº 726**. Brasília, 28 de outubro a 1º de novembro de 2013. Entes públicos e acessibilidade. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo726.htm>>. Acesso em: 15 maio 2015.

\_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 341 MC**. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 28 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+341%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/py6b6aj>>. Acesso em: 14 maio 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais Julgados do STF e do STJ comentados**. Manaus: Dizer o direito, 2014.

\_\_\_\_\_. **Crianças só podem ser matriculadas no Ensino Fundamental se tiverem no mínimo 6 anos, completados até 31/03**. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/02/criancas-so-podem-ser-matriculadas-no.html>>. Acesso em: 12 maio 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed.rev. amp. Salvador: Juspodivm, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio a introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. De João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: IELF, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25 ed.; 22ª tiragem, 2001. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

SOARES, Maurício Freire Soares. A releitura da teoria jusfundamental no sistema constitucional brasileiro: em busca de novos direitos. In: Org: BERTOLDI, Marcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de. Belo Horizonte: Fórum, 2010. **Direitos Fundamentais em Construção: Estudos em homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto**.

SOUZA, Guilherme Carvalho e. A razoabilidade como critério de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: **Revista do Tribunal Regional da 1ª Região**. Nº 05. Mai.2011.p.34-39.

FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS AND PARAMETERS FOR THE JUDICIAL  
ACTIVITY IN THE 21ST CENTURY: FROM THE INEFFICIENCY TO THE EXCESS OF  
JUDICIAL ACTIVISM

ABSTRACT

The aim of this study is to analyse the controversy faced by the current legal doctrine and case law concerning the applicability and effectiveness of Fundamental Social Rights and the actions of the Judiciary in making them a reality, starting off from general aspects of social rights to the interpretation rules of neoconstitutionalism, seeking ways to clarify legal concepts, achievements, limitations and protection. All this in order to contribute to the development of the matters. With this research we have solved the conflicts using the principles of proportionality and reasonableness, aiming to provide the harmonization between rights. Thus, the effectiveness of judgements and the balancing of interests are the drivers of this work.

Keywords: Judicial Activism. Social Rights, Proportionality, Effectiveness.