

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA
ASCES- UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

**POR QUE NÃO UMA CONSTITUIÇÃO PRA VALER? O PAPEL DO
JUDICIÁRIO EM FACE DO SIMBOLISMO DOS DIREITOS SOCIAIS**

VÍVIAN NATÁLIA ARRUDA DE LUNA

**CARUARU
2017**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA
ASCES- UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

**POR QUE NÃO UMA CONSTITUIÇÃO PRA VALER? O PAPEL DO
JUDICIÁRIO EM FACE DO SIMBOLISMO DOS DIREITOS SOCIAIS**

VÍVIAN NATÁLIA ARRUDA DE LUNA

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Prof. Msc. Darci de Farias Cintra Filho.

**CARUARU
2017**

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ___/___/___.

Orientador: Mestre Darci de Farias Cintra Filho

Primeiro Avaliador

Segundo Avaliador

Nota final (____).

DEDICATÓRIA

À minha família, principalmente à minha querida mãe, que tanto me orientou ao longo da minha jornada acadêmica;

Ao meu pai, que me auxiliou e acompanhou todas as minhas conquistas e derrotas na vida;

À minha irmã, que descobri desde o seu nascimento o significado da verdadeira amizade;

Aos amigos que fiz nessa caminhada, e estiveram comigo contribuindo essencialmente para a minha formação acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus, por ter me proporcionado o discernimento e conhecimento necessário ao longo da construção deste trabalho, “porque dele e por ele, e para ele, são todas as coisas” (Romanos 11:36);

A Cynira Lima Arruda de Luna, minha mãe, cujo sem o seu apoio e dedicação não seria possível alcançar todos os meus objetivos;

A minha irmã de sangue Lyllian Maria, e a minha irmã de alma Jordana Paula, por sempre estarem comigo no meu dia-a-dia.

A toda a minha família, meus avós, meus tios e meus primos, em especial à Antônio Eduardo pelo apoio dado;

Ao meu orientador e professor, Darci Cintra, por toda confiança depositada em mim, e pela enorme ajuda para que esse trabalho fosse realizado;

As minhas queridas amigas da Faculdade, Alany Gomes, Flávia Gabrielle, Lorena Lins, Maria Clara, Natália Torres e Raquel Lira por tornarem o caminho mais leve e bem humorado dividindo as nossas angustias e vitórias;

Aos meus amigos da Defensoria Pública da União, Débora Freitas, Clyvia Patriota, Rafaela Alves, Leonice Alves, Dona Izanete Melo, Deyvid Sobral e em especial a Diego Henrique por ter contribuído com seus conhecimentos para o êxito do meu trabalho;

Aos Membros e Servidores da Defensoria Pública da União, em especial a Dona Izanete Melo, pelo conhecimento que adquiri no âmbito jurídico e humano e por terem me acolhido tão bem na realização do estágio;

E a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram e torceram pelas minhas vitórias. Meu profundo agradecimento!

RESUMO

O presente estudo acadêmico possui o intuito de analisar uma visão contextualizada dos direitos resguardados na Carta Magna de 1988 e sua concretização a nível social através de pesquisas bibliográficas. A concretização constitucional é imprescindível para constatar uma maior segurança no ordenamento jurídico, servindo inclusive de escopo para a propulsão de uma mudança positiva da sociedade. Portanto, esta visão é abrangida pela importância máxima que uma constituição traz para uma sociedade e para a análise das leis infraconstitucionais, sendo a sua efetividade ponto primordial para a construção de uma segurança aos anseios sociais. Sendo conhecida como uma Constituição democrática e cidadã, também é notável a sua grande preocupação no âmbito dos direitos sociais, constituindo um Estado Social de Direito ao Brasil. Em diversos artigos, foi atribuída a preocupação do Poder Constituinte Originário em instituir direitos que versem sobre a busca de uma igualdade material na sociedade. Por este motivo, que a análise dos direitos sociais e a sua concretização real é atribuída um alto grau de importância, visando o bem da coletividade e também a igualdade de direitos. A importância dos direitos sociais de 2ª geração é indiscutível, constituindo o principal meio de garantir a igualdade social e proteger o indivíduo da perduração de valores retrógrados que não podem ser admitidos na atualidade. Sendo esses valores os principais meios de exclusão social, contribuindo para a promulgação da desigualdade brasileira, a qual, segundo a ordem vigente constitucional, deve ser abolida.

Palavras-chave: Constituição Federal. Concretização social. Direitos Sociais. Igualdade. Estado Social de Direito.

ABSTRACT

The actual academic study aims to analyze a contextualized vision of enshrined rights at Magna Letter of 1988 and its accomplishment on a social level. This constitutional achievement is vital to certify higher security on juridical order, also serving as scope of supply of a positive change in our society. That vision is embraced by the utmost importance that the constitution brings to a society and to the analysis of infra-constitutional legislation, being its effectiveness a crucial point to the construction of security to the socials expectations. Acknowledge as a democratic and citizen constitution, also is remarkable the big concern about social rights, training the Social State of Law in Brazil. Into various articles, it was assigned the concern about the Primary Constitutive Power to establish rights that it was highlighted the search of material equality in society. In this instance, the analysis of the social rights and its real accomplishment is assigned into a high degree of relevance, searching the common well being as well as rights equality. The importance of 2nd generation of socials rights is undeniable, training the principal mean to guarantee the social equality and protect the individual of perdurability of retrograde values that can't be accepted nowadays. Being this values the principal cause of social exclusion, contributing to the enactment of Brazilian inequality, which one, according the current constitutional order, must be abolished.

Keywords: Federal Constitution. Social accomplishment. Social Rights. Equality. Social State of Law.

SUMÁRIO

Introdução	8
Capítulo I: a constituição e sua eficácia normativa no âmbito jurídico e social na modernidade	10
1.1 - Constituição; Constitucionalismo e Direito Constitucional	10
1.2 - A Constituição Federal de 1988 e o processo de redemocratização brasileiro	13
1.3 - O Simbolismo da lei e a sua tripartição	16
1.4 – O conceito de Constitucionalização simbólica por Marcelo Neves	18
Capítulo II: os conflitos sociais decorrentes da não concretude da constituição nos direitos sociais	22
2.1 - Os direitos sociais resguardados na Constituinte de 1988 com fundamento na igualdade material	22
2.2 - Mínimo Existencial x Reserva do Possível: A atuação Estatal como forma de concretização dos direitos sociais	24
2.3 - A Proposta de Emenda Constitucional 241 e seus efeitos ao mínimo existencial dos direitos sociais	27
2.4 - A eficácia e aplicabilidade das normas prestacionais constitucionais	31
Capítulo III: o judiciário e sua função concretizadora dos direitos sociais em face da omissão estatal	35
3.1 – A omissão Estatal como agente simbólico nos direitos Sociais	35
3.2 – O papel do tribunal constitucional brasileiro como agente ativo na concretização da lei	37
3.3 – A judicialização dos direitos sociais como forma de implementar o direito à saúde no país	41
3.4 – A judicialização dos direitos sociais como forma de implementar o direito à educação no país.....	46
Considerações Finais	49
Referências	51

INTRODUÇÃO

A constituição brasileira de 1988 sem dúvidas foi um marco democrático e social para o país. Sua função na sociedade apresenta-se como elo social a fim de implementar uma sociedade mais justa e livre de regimes ditatoriais. Sendo assim, todos os direitos presentes na Carta Maior pátria são de suma importância para proporcionar não apenas o equilíbrio jurídico, mas também social da nação.

Dentre as análises do Direito Constitucional na atualidade, pode-se concluir que a Constituição brasileira introduziu um marco histórico ao desvincular o país de anos vividos por um sistema ditatorial reduzindo o ser humano a práticas que desrespeitam os direitos humanos internacionais, como a tortura e a limitação da liberdade de expressão. Também pode ser vista como um marco teórico, já que através dos seus conceitos e direitos previstos pode-se adentrar em novas teorias sociais não vistas anteriormente em outras constituições, incluindo também uma chamada teoria da efetividade de suma importância no presente trabalho.

Assim, o valor de uma norma constitucional não define apenas o fator social de um país, mas sim de um Estado unitário e soberano, entretanto a desvalorização da eficácia destas normas na sociedade é tratada sem importância pelos seus elaboradores. O prevalecimento do interesse político sobre o jurídico constrói uma lei ou até uma constituição falha, sem interesse no bem comum individual ou coletivo. Construindo um certo simbolismo na Constituição brasileira, que trata as normas constitucionais sem o seu devido efeito na sociedade.

A definição de constituição simbólica encontra-se ligada ao conceito trazido pelo jurista Marcelo Neves (1994), o qual inovou ao tratar não apenas da falta de concretização das normas sociais nas constituições brasileiras, mas também dos seus efeitos e repercussão na sociedade.

Na Constituição Federal brasileira de 1988, existem vários exemplos de normas constitucionais programáticas, e é esta problemática que necessita ser alvo do poder constituinte no momento de sua elaboração. Há quase 28 anos a Constituição brasileira se apresenta como guardiã dos direitos democráticos do cidadão, entretanto, poucas das suas metas foram concretizadas na realidade da

nação, aumentando a sensação de normas abstratas que não condizem com a realidade atual.

Nesse contexto, pretende-se avaliar não apenas a eficácia da Constituição e sua força normativa juridicamente, mas avaliar os efeitos que a Lei Maior introduz na sociedade de forma concreta e efetiva, com enfoque nos direitos sociais e na sua forma complexa de se inserir na coletividade. A constituição pré-menciona um Estado Social de Direito ao fundamentar uma justiça fundamental, em análise sabe que essa justiça social advém de uma igualdade não apenas formal, mas também material que engloba uma possibilidade de afirmar acesso igualitário a todos efetivamente, adentrando na ideia de que igualdade é possibilitar “mais” acesso para quem mais precisa e “menos” para quem menos precisa, buscando assim a real concretização deste processo na realidade brasileira.

Logo, o trabalho exposto divide-se em três capítulos.

O primeiro, de caráter introdutório, aborda a evolução da interpretação Constitucional e os seus direitos ao longo do tempo, demonstrando a importância de uma Constituição na sociedade. Também é abordada a nova hermenêutica constitucional e a importância da concretização de direitos de uma Constituição. Logo, sem essa concretização formará um simbolismo na Carta Maior dentro da sociedade.

O segundo capítulo, por sua vez, insere a análise de eficácia e concretização de direitos através dos direitos básicos e sociais para a coletividade. É trazido a questão da igualdade material como forma de implantar uma justiça social na nação e uma visão doutrinária a respeito do tema. Também é abordado sobre a forma de prestação dos direitos sociais e o seu caráter complexo que envolve uma emblemática discussão atual a respeito do Mínimo Existencial e a Reserva do Possível.

Por fim, o terceiro capítulo trata de forma específica de um processo atual chamado “judicialização dos direitos sociais”, que tem o condão de concretizar estes direitos através do Poder Judiciário. É analisado também a sua possibilidade e constitucionalidade diante à Lei Maior como exemplos voltados para o direito à educação e o direito à saúde no Tribunal Constitucional brasileiro.

CAPÍTULO I

1. A CONSTITUIÇÃO E SUA EFICÁCIA NORMATIVA NO ÂMBITO JURÍDICO E SOCIAL NA MODERNIDADE

1.1 Constituição, Constitucionalismo e Direito Constitucional

A Constituição, conceituada juridicamente como ato normativo máximo do ordenamento jurídico reguladora do Estado e de todas as normas infraconstitucionais, sendo o principal meio garantidor de direitos ao cidadão, surgiu primordialmente como forma de limitar a atuação estatal. Seu significado exato no dicionário da língua portuguesa sedimenta essa posição quando transcrita: “[...] 3. Lei Fundamental num Estado, que contém normas sobre a formação dos poderes públicos, direitos e deveres do cidadão, etc.; carta constitucional” (FERREIRA. 2002,p.179)

Em virtude do intuito de limitar as tiranias absolutistas cometidas na Idade Moderna, as revoluções liberais consagraram uma nova forma de impedir que estes abusos fossem cometidos, criando assim as primeiras Constituições escritas como a Constituição Francesa de 1791 a qual teve como preambulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sendo de grande importância, pois caracterizou a soberania popular em contraposição ao absolutismo exacerbado.

Diante do Constitucionalismo liberal e sua limitação que se dá através mediante a separação de poderes com distinção de funções legislativas, administrativa e judiciária trazida por Montesquieu, torna característica essencial das Constituições supervenientes. De acordo com Paulo Bonavides (2004, p. 37):

O liberalismo fez, assim, o conceito de Constituição aquilo que já fizera com o conceito de soberania nacional: um expediente retórico e abstrato de universalização, nascida de seus princípios e dominada da historicidade de seus interesses concretos. De sorte que, exteriormente, a doutrina liberal não buscava inculcar a *sua* Constituição, mas o artefato racional e lógico, aquele que a vontade constituinte legislativa como conceito absolutamente válido de Constituição, aplicável a todo gênero humano, porquanto iluminado pelas luzes da razão universal.

Nesse contexto, em que prevalecem preceitos de valorização da propriedade privada e individualismo ocorre a centralização do Código Civil e o Direito Privado como exemplo do Código Civil francês de Napoleão em 1804 e o Código Civil Alemão de 1900. Este fato contribuirá conseqüentemente para a percussão da crise liberal ao longo dos anos em virtude da concentração de renda e exclusão social de certos grupos.

Vale ressaltar que, mesmo o Constitucionalismo liberal sendo um grande avanço não apenas ao Direito Constitucional, mas também à história da humanidade, este também necessitava de limitações, sendo assim, criado os direitos prestacionais de 2º geração e os fundamentos neoliberais. Esses direitos surgem como forma de proteger o indivíduo da concentração de renda fundiária e oferece através do Estado um mínimo existencial, com o fim de garantir a dignidade da pessoa humana a todos os cidadãos, independente da sua classe social.

Diante do exposto, cria-se um Estado Social Direito, e a Constituição passa de apenas possuir o condão de limitar a atuação estatal, mas também precipuamente de garantir direitos. Assim, ocorre a centralização da Constituição ao final do século XX, servindo como patamar de vigência para toda ordem jurídica inferior.

Portanto, a Constituição se apresenta no ápice do ordenamento jurídico, servindo como base e fundamento para todas as normas infraconstitucionais e também para regulamentação de toda a sociedade, sendo de suma importância a concretização dos seus direitos para a construção de um Estado Democrático de Direito. Como cita Canotilho, “se o constitucionalismo nem sempre compreendeu o sentido do valor normativo da Constituição, não deixou nunca de considerar que a lei constitucional criava, coordenava e separava, de forma direta e imediata, um sistema de poderes e órgãos constitucionais”. (*apud* BARROSO; 2014; p. 84)

Este entendimento é de suma importância para a compreensão do Direito Constitucional instituído na atualidade, servindo de base para esta análise acadêmica. Vale salientar que o direito Constitucional ganhou força ao longo das transformações sociais ocorridas durante o tempo, como supracitado. Porém, do mesmo modo que necessitou de uma mudança social para a manifestação do direito Constitucional, necessita-se de uma mudança também na sua interpretação para adequar-se as transformações advindas. É necessário apresentar assim os três grandes marcos que propulsionaram inovações no Direito Constitucional,

consolidando o entendimento que tem-se atualmente para o seu estudo, sendo alguns voltados para a humanidade em geral e outros voltados para a nação brasileira em si.

O primeiro grande marco é o histórico, o qual refere-se as mutações constitucionais advindas após a Segunda Guerra Mundial, sendo importante para a titulação dos direitos humanos e o princípio da dignidade humana. Já no Brasil, o marco histórico refere-se a própria Constituição Cidadã de 1988 e o processo de redemocratização da nação. Segundo Luís Roberto Barroso (2014, p.30) “Sob a Constituição de 1988, o direito Constitucional passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração.”.

O outro marco que transformou a ordem constitucional ao longo dos anos foi o filosófico, pois desde a dominação da *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, o positivismo encontrava-se como centro do direito em contraposição a teoria jusnaturalista. Assim, o direito foi equiparado à lei e não mais a razão, nas palavras de Marcelo Neves (1994, p.31)

A concepção instrumental do Direito Positivo, no sentido de que as leis constituem meios insuperáveis para se alcançar determinados fins’ desejados’ pelo legislador, especialmente a mudança social, implica um modelo funcional simplista e ilusório.

Em virtude disso, o marco filosófico trouxe uma nova ordem para contestar os modelos dominantes, sendo imprescindível seu conhecimento para a abordagem dos assuntos constitucionais relevantes. Através dessa nova formação hermenêutica o direito deixa de ser equiparado apenas a lei, trazendo normatividade aos princípios e valores, formando uma nova hermenêutica constitucional intitulada de pós-positivista.

Por último, o marco teórico envolve uma contextualização das transformações advindas que influenciaram as novas Constituições supervenientes e a ordem constitucional. A conquista da força normativa da constituição sedimenta este contexto, reconhecendo imperatividade a norma Constitucional e seus princípios. Segundo Luís Roberto Barroso (2014, p.28), no Brasil essa força normativa da constituição é conhecida como *doutrina brasileira da efetividade* e em suas palavras “A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa”. Em

virtude disto, a Constituição brasileira possui normatividade plena, garantindo direitos ao cidadão de imediato independentemente de normas infraconstitucionais.

A expansão da jurisdição Constitucional também afetou teoricamente o novo direito Constitucional, tendo em vista a constitucionalização dos direitos fundamentais cria-se a partir daí tribunais constitucionais próprios, havendo assim uma ruptura total da interferência do legislador e leis ordinárias da Lei Maior. No ordenamento pátrio, esta teoria influenciou em particular a possibilidade de propositura de ações constitucionais que podem ser levadas ao Supremo Tribunal Federal através de um controle de constitucionalidade próprio.

Em seguida, atribui-se a nova interpretação Constitucional o fundamento do marco teórico principal, sendo resultado de todas essas mudanças provenientes. Ocorrendo assim a mudança do simples método de subsunção do fato à norma e incorporando os princípios normativos. Segundo Barroso (2014, p.36) “A nova interpretação constitucional surge para atender as demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural”.

Em suma, a abordagem desses conceitos é de imprescindível importância para a abordagem da Constituição atual e seu impacto na sociedade brasileira, tendo em vista que esta é fruto proveniente de diversas transformações sociais. Sendo assim, para entender a Constituição e o direito Constitucional brasileiro é necessário entender o processo que resultou até os dias atuais.

1.2 A Constituição Federal de 1988 e o processo de redemocratização brasileiro

A Constituição Federal brasileira, como citado anteriormente, representou o apogeu de uma nação, sendo um grande marco histórico para todos os brasileiros. Tendo em vista o Brasil ter enfrentado 20 duros anos de autoritarismo militar regidos por uma Constituição tramada por um golpe, onde os direitos individuais fundamentais de uma nação foram notadamente desrespeitados.

Segundo Guillermo O’ Donnell, um dos instituidores do regime autoritário, esse sistema é definido como “sistemas despolitizantes, ou seja, pretendem reduzir as questões sociais a questões técnicas” (*apud* LOUREIRO. 2005, p. 9) tornando assim um sistema de exclusão política com fulcro na repressão da liberdade e democracia de uma nação. No Brasil, o ápice dessa repressão foi representado pelo

AI-5 (ato institucional n.5) de 13 de dezembro de 1968, o qual suspendeu o direito do indivíduo impetrar *habeas corpus* ao se tratar de crimes políticos contra a ordem econômica e social, a segurança nacional, entre outros, juntamente com a exclusão da possibilidade da apreciação do Poder Judiciário por estes crimes que envolvem o ato institucional citado. Ainda com fulcro neste ato, foi decretado o ato complementar que instituiu o recesso por prazo indeterminado do Congresso Nacional.

Ao vivenciar uma sociedade onde os direitos e liberdades de uma maioria foram suprimidos duramente em meio a um regime militar, surgiu dentre a nação brasileira um sentimento coletivo de clamor pela democracia e a consequente elaboração de uma Constituição democrática, regidas por princípios que prezem a dignidade da pessoa humana e os direitos individuais de cada cidadão. A revolução popularmente conhecida como “diretas-já” consolidou o anseio da nação brasileira pelo término da supressão das liberdades individuais e coletivas.

O processo de abertura político tão almejado pela população aconteceu gradualmente como Silvia Maria da Silveira Loureiro defende “de ambos os lados ocorreram vitórias e derrotas parciais. Do mesmo modo, para se evitar retrocessos bruscos ou avanços excessivos, foram necessárias concessões recíprocas” (2005, p. 15) até finalmente restabelecer o processo eleitoral direto no Brasil em 1982 para eleger os governadores de Estado e em 1984 para eleger o presidente da República. Por fim, surgiu concomitantemente ao restabelecimento das eleições presidenciais populares a “ré-consolidação” da soberania popular e o início de propostas para a elaboração de uma nova Carta Constitucional brasileira que justificasse os direitos e deveres da nação.

De acordo com o autor J. J. Gomes Canotilho este processo de transição constitucional vivenciado no início da década de 1980 concentrou a análise *de decisões de uma natureza pré-constituente* onde podem ser formais que “contêm a vontade política de criar uma nova constituição e de regular o procedimento constituinte” e materiais, que “transportam os momentos procedimentais- iniciativa, discussão, votação, promulgação, ratificação, promulgação, publicação-, conducentes à adoção de uma nova constituição” (apud SILVEIRO. 2005,p. 17)

Assim, como forma de por fim a todo esse terror sofrido pela nação por duas décadas surge a intitulada “Constituição Cidadã”, legitimando o poder originário da Assembleia Nacional Constituinte, tendo como principal característica o seu caráter democrático, resguardando o maior número de direitos vistos até então na história

do país. A Constituição brasileira de 1988 sedimenta a vitória de constantes lutas sociais ao longo dos anos, não apenas em relação à ditadura militar, mas dos quilombolas, Canudos, sertanejos, trabalhadores e todo o tipo de luta em busca do direito à liberdade e democracia no Brasil.

Vale ressaltar que, a partir do dia 5 de outubro de 1988 o sistema federativo brasileiro passa a ser regido por uma das constituições mais completas e bem elaborado do mundo. Dotada de um processo legislativo específico e super-rígido em virtude das chamadas cláusulas pétreas (segundo a classificação de alguns doutrinadores); promulgada por uma Assembleia Constituinte, fruto da soberania popular; possui como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e, também, um sistema de controle de Constitucionalidade bem estabilizado, adotando tanto a forma difusa, quanto a forma concentrada.

Em virtude destes fatores, há também três características preponderantes na Constituição de 1988 que podem ser visionadas criticamente pela doutrina: o caráter analítico da Constituição, a qual apresenta um denso texto normativo que trata de muitos direitos e deveres, segundo Ingo Sarlet “o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes Constituídos”(2015, p. 66); o pluralismo ideológico, consequência das pressões políticas ocorridas na época de sua elaboração; e seu caráter programático que nas palavras do mesmo autor “resulta do grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, tarefas, incluindo diversas ordens (imposições) ao legislador, a serem perseguidos e assegurados pelos poderes públicos”.

Diante disso, pode-se questionar sobre as consequências dos avanços trazidos pela Lei Maior na realidade do indivíduo. Ocorre que a Constituição anterior a 1988 também continha direitos que no papel garantia a integridade e convivência da sociedade. Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (apud BARROSO 2014, p. 63).

se um extraterreno, dotado de inteligência , aportasse no Brasil e decidisse desvendar os usos e costumes nativos à luz da Constituição de 1969, especialmente do título ‘Da Ordem Econômica e Social’, ficaria surpreso e embevecido com o padrão de civilização que logramos erigir.

Então, trazer todos os direitos possíveis em uma Carta não pode-se levar diretamente a concepção que estes direitos estão sendo concretizados da melhor forma possível na vida do indivíduo. Sendo assim, apesar de toda elaboração estrondosa da Constituição Federal de 1988, deve-se determinar se há um mero simbolismo em seu texto ou se este é eficaz na sociedade brasileira.

1.3 O Simbolismo da lei e a sua tripartição

O simbolismo abrangente no ordenamento jurídico foi primariamente conceituado por Marcelo Neves, em sua obra *Constitucionalização Simbólica*, onde é abordado sobre a ineficácia e falta de concretização das normas constitucionais e os seus efeitos preponderantes na sociedade. O símbolo que resulta da lei significa que mesmo ela sendo perfeitamente elaborada, válida, existente, e até eficaz juridicamente, a mesma não atende aos anseios da sociedade.

Uma sociedade que conviva cotidianamente com uma legislação simbólica convive respectivamente com diversos conflitos sociais que podem levar a insegurança jurídica e a “morte da lei”. A garantia de direitos na Carta Magna é essencial para a sedimentação de um Estado Social de Direito, porém de nada vale sem a concretização desses para uma boa convivência social.

Segundo Paulo Bonavides (2004, p. 373) “o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está, a nosso ver, em como juridicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efeitos”. Em relação aos direitos sociais especificamente será tratado esse tema mais aprofundado em capítulo específico, já na problematização pode-se fazer um liame ao simbolismo da lei a partir do momento em que um direito está constituído juridicamente porém o mesmo não produz seus efeitos devidos na sociedade.

Ao abordar a legislação simbólica, Marcelo Neves ressaltou que não se deve apenas a ineficácia da lei para a construção do simbolismo, mas também a fatores legiferantes provenientes de uma estrutura marcadamente desigual. Assim, “o conceito de legislação simbólica deve referir-se abrangentemente ao significado específico e do ato de produção e do texto produzido” (NEVES. 1994, p.32).

Ao tipificar o conteúdo da legislação simbólica, Marcelo Neves consolidou uma nova forma de conceituação em relação às causas provenientes da lei simbólica na sociedade, o qual conduz o indivíduo a análise do tema com um olhar diferenciado em virtude dos efeitos sociais constatados.

A confirmação dos valores sociais pode ser vista como causa preponderante para a atuação simbólica da lei, no sentido de que inserindo-se na complexa relação social do país e neste procura valorizar um determinado comportamento em detrimento de outro através da atividade legiferante. Nas palavras do autor:

Procuram influenciar a atividade legiferante, no sentido de que sejam formalmente proibidas aquelas condutas que não se coadunam com os seus valores assim como permitidos ou obrigatórios os comportamentos que se conformar aos seus padrões valorativos, satisfazendo-se as suas expectativas basicamente com a expedição do ato legislativo. (NEVES. 1994, p.34)

Sabe-se que o processo legislativo brasileiro é fruto da soberania popular, devendo este se basear na melhor deliberação a respeito da convivência social. Portanto, quando há a interferência neste respeito pra valorizar uma posição a respeito de certa conduta também há a nítida interferência de um simbolismo normativo, prejudicando a concretização da lei, enrijecendo todo o complexo normativo.

Outra forma característica da lei simbólica vista pelo autor é a legislação criada como meio de escudo ao legislador e satisfação compulsória do cidadão intitulada por Neves de *legislação-álibi*. Segundo ele, o legislador passa a elaborar textos normativos condizentes com a expectativa do cidadão, porém sem as mínimas condições de concretização.

Este pode ser visto como um dos principais motivos da lei simbólica que interfere cotidianamente o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a crítica situação atual do país em que a política confunde-se com o direito, consolidando uma cultura eleitoral precária. Como transcrita o autor: "é secundário aqui se a lei surtiu os efeitos socialmente desejados, principalmente porque o período de legislatura é muito curto para que se comprove o sucesso das leis então aprovadas" (NEVES. 1994, p. 37). Sem grandes aprofundamentos, o sistema eleitoral e político do Brasil encontra-se em crise justamente pelo oportunismo encontrado nos representantes constitucionais e a falsa satisfação do eleitor, não sendo apenas um

problema atual, mas histórico.

Como exemplo pôde-se citar a fática situação da segurança no Brasil, onde constantemente é denegrida a dignidade da pessoa humana através do aumento exponencial do índice de violência. Segundo informações trazidas pelo site da UNESCO, 116 pessoas morrem diariamente por meio de disparos à arma de fogo no Brasil, constatando uma grande falha no direito a segurança do cidadão, o qual necessita de amparo estatal com emergência (UNESCO, 2015).

Este anseio da sociedade por providências instantâneas provocou o debate sobre a redução da maioria penal, onde foi elaborada a PEC 33/2012 que se aprovada ensejaria grandes impactos no sistema carcerário brasileiro, porém como demonstra Luís Flavio Gomes ao elencar o tema “Não há dúvida que as leis possuem o efeito mágico (simbólico) de aplacar a indignação da população irada, que já não suporta mais tanta insegurança. Mas as leis não mudam a realidade, em pouco tempo a população volta com carga redobrada de ira”. (2015)

O outro e último tipo de lei simbólica abarcada por Neves é a sua atuação para adiar a solução de compromissos dilatórios. Segundo o mesmo “as divergências entre grupos políticos não são resolvidas através do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei”. (NEVES. 1994, p. 41)

Este fato legislativo transpõe o simbolismo da lei, visto que ela já é aprovada sedimentando a sua ineficácia social em favorecimento dos próprios representantes populares. Sendo assim, trata-se de uma grande afronta a soberania popular do país e da própria Constituição que explana estes princípios na Carta Maior.

1.4 A Constitucionalização simbólica

A constitucionalização é defendida por Neves, dentre outras posições, como um resultado da diferenciação entre os sistemas políticos e jurídicos, fundamentando-se que historicamente estes dois sistemas possuíam uma correlação de poder vertical, onde a política prevaleceria sobre o poder jurídico, sendo vislumbrada atualmente como uma relação horizontal, de igualdade de

poderes. Sob a égide desta ótica a definição de Constituição reflete este entendimento quando o mesmo autor conceitua:

Nesta perspectiva, a Constituição em sentido especificamente moderno apresenta-se como uma via de prestações recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração (ou mesmo de interferência) entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o Direito, na medida em que ela possibilita uma solução *jurídica* do problema de auto-referência do sistema *político*, e ao mesmo tempo uma solução *política* do problema de auto-referência do sistema *jurídico*. (NEVES. 1994, p. 62)

Como preceituado, apesar de existir uma profunda relação entre Política e Direito, esses não se confundem nem existe preponderância de um sobre outro. Em virtude disso, a Constituição do Estado deve concretizar-se com base em princípios jurídicos norteadores diversos dos princípios estritamente políticos, pois, é por meio deste processo que formula-se a Constitucionalização e o Direito Constitucional Moderno.

Este processo, de grande relevância pra o Direito *lato senso*, constrói uma Constituição que não apenas limita o Estado, mas que fixa direitos e parâmetros legislativos como supracitado. Em virtude deste fator, o individuo necessita de uma constituição concreta na sociedade, que seja reflexo dos seus valores e fundamentos no seu cotidiano. Não basta pensar apenas em institutos constitucionais democráticos se estes não se fazem presentes na conjuntura real do cidadão.

Assim, a concretização das normas constitucionais deve ser analisada com maior cautela, não só pela atividade legiferante que faz “nascer” a lei, mas também pelo administrador e magistrado que as aplicam e são também responsáveis pela sua concretização na sociedade. Nesta ótica, Marcelo Neves fomenta o conceito abordando a normatividade constitucional com o seu nível de concretização, também possuindo estrita relação com o texto normativo e sua realidade Constitucional. Em acordo com a posição de Muller, o autor explica que “a norma jurídica compõe-se do programa normativo (dados linguísticos) e do âmbito normativo (dados reais)” (NEVES. 1994, p. 77) sendo a concretização advinda de ambos dados, devendo constituir uma estrutura harmônica entre si.

Vale também ressaltar que ao caracterizar uma constituição simbólica e constatar que de fato a proveniência de suas normas foram criadas não para atender os anseios da sociedade, mas como mero símbolo de avanço pela atividade

legiferante, pode-se encontrar um sentido positivo ao adentrar na superação desta constatação. Pois, a partir que uma lei simbólica serve de parâmetro para a sociedade e esta começa a surtir o seu real efeito, cumpre-se assim o seu objetivo social, mesmo que não tenha nascido com esta intenção.

Ao buscar compreender o simbolismo na concretização da Lei Maior, pode-se encontrar falhas na estrutura desses sistemas citados. Como exemplo ao constatar as características semânticas da lei, a qual pode apresentar um grau de ambiguidade e vagueza, dificultando a sua concretização. Como explica o autor:

Os aspectos semânticos e pragmáticos relacionam-se, porém, mutuamente: a ambiguidade e vagueza da linguagem constitucional levam ao surgimento de expectativas normativas diferentes e contraditórias perante os textos normativos, por outro lado, as contradições de interesses e de opiniões entre expectantes e agentes constitucionais fortificam a variabilidade da significação do texto constitucional (NEVES. 1994 p.80).

Diante da ambiguidade e vagueza do texto constitucional, a simples subsunção do fato à norma justificada pelo positivismo não oferece mecanismos suficientes para abranger toda a complexidade social humana, sendo necessário mais do que uma mera aplicação da norma e sim um processo elaborado de concretização como defendido por Muller. Resta-se a necessidade de concretizar o Direito Constitucional por novos métodos filosóficos como o pós-positivismo, não mais tratando os problemas constitucionais unicamente através da subsunção e passando a ser interpretado precipuamente através das suas intenções como atividade concretizadora.

Vale também ressaltar que o Positivismo trata o direito de forma singular, mesmo quando se trata da prevalência dos direitos fundamentais, o qual necessita da máxima abrangência possível a todos os cidadãos. Como preceitua Neves (1994, p. 70)

Na hipótese de 'Constituição' identificada com concepções totalizadoras por serem excluídos ou deturpados os direitos fundamentais, não se consideram a pluralidade e contingência das expectativas, produzindo-se, portanto, uma indiferenciação inadequada à complexidade da sociedade contemporânea.

Sendo assim inviável para o objetivo dos direitos fundamentais do homem, o qual tem como característica a sua universalidade, sendo necessária apenas a

condição humana para possuir direitos. Resta-se a possibilidade de ampliar estes conceitos através de princípios norteadores do direito Constitucional, como o precípua da dignidade da pessoa humana.

Quando se propõe a análise dos direitos fundamentais em si, percebe-se que os direitos de 1ª geração, que dispõem da liberdade humana, e os direitos de 2ª geração, que dispõem da igualdade e do Estado de bem-estar social, se correlacionam, formando assim uma dependência da atuação estatal para a perfeita concretização dos direitos fundamentais do homem. Nas palavras do autor: “para acentuar um mínimo de realidade dos direitos fundamentais clássicos (liberal-democráticos) depende da institucionalização dos “direitos fundamentais sociais”. (NEVES. 1994, p. 71)

Em decorrência deste fator, pode-se constatar uma problemática na concretização dos direitos fundamentais, pois, sempre que um direito depender da prestação estatal ou de ente diverso que se diz competente e o mesmo não o fazem de forma eficiente, constata-se um simbolismo em sua concretização, gerando assim uma possível falta de normatividade a Carta Magna.

Quando uma lei não corresponde objetivamente a uma expectativa concreta na sociedade, esta não possui normatividade, mesmo que esteja em perfeita vigência, e até mesmo eficácia jurídica. Quando esta falta de normatividade esta presente em uma constituição pode-se afirmar que há uma Constituição simbólica e que esta não concretiza seus direitos e preceitos na vida prática do indivíduo. Segundo Neves “no caso da constitucionalização simbólica ocorre o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos e por determinações do ‘mundo da vida’”. (1994, p. 85)

Em suma, os conceitos trazidos são indispensáveis para a interpretação da Constituição atual e a possível identificação do seu simbolismo na sociedade concreta. Ao identificar que os inúmeros direitos trazidos pela Carta Maior de 1988 estão ou não sendo concretizados.

CAPÍTULO II

2. OS CONFLITOS SOCIAIS DECORRENTES DA NÃO CONCRETITUDE DA CONSTITUIÇÃO NOS DIREITOS SOCIAIS

2.1 Os direitos sociais resguardados na Constituinte de 1988 com fundamento na igualdade material

Mesmo o poder constituinte originário não fundamentando explicitamente, a Constituição pode ser considerada uma precursora de um Estado Social de Direito. Isto deve-se aos inúmeros princípios e direitos que justificam esta ideia. Como exemplo o art. 3º do texto constitucional que traz como objetivo fundamental reduzir as desigualdades sociais e regionais. Neste sentido, Paulo Bonavides que defende a Constituição de 1988 como uma constituição social, transcrita:

A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais, uma Constituição do Estado Social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. (2004. p.371).

Sendo assim, através do sistema ideológico fundamentado do Direito Constitucional, a prevalência de um Estado Social de Direito não encontra-se distante dos princípios consolidados na Carta de 1988. Pois, se os valores axiológico e pós-positivista fomentam o caráter normativo dos princípios e o princípio da igualdade está amplamente consolidado na Carta Magna, logo a Constituição brasileira pode ser considerada uma Constituição Social justificando no valor normativo de seus princípios.

Os direitos sociais, como supracitado, constroem a vitória do conjunto das classes sociais, das ideias liberalistas e individualistas vivenciadas. Sendo assim, estes direitos podem ser caracterizados como essenciais para os hipossuficientes. Ao conceituar os direitos sociais, Uadi Lammego Bulos traz esta ideia ao transcrever que “são as liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-

lhes condições de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade real". (2015, p. 809)

Vale ressaltar que, com a derrocada do sistema liberal que apresentava fortes indícios no século XVII os conceitos de igualdade foram mais abrangidos na ideia de bem-comum, fugindo da ideia individualista da época. Como afirma José Afonso da Silva, ao defender que após a Revolução Francesa o conceito de liberdade se sobrepôs ao de igualdade: o direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade.

As discussões, os debates doutrinários e até as lutas em torno desta obnubilaram aquela. É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica do seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que se assenta a democracia liberal burguesa (2003, p.211)

Ao abordar este pensamento doutrinário, houve a ascensão da burguesia através destes ideais, provocando a exclusão social dos menores favorecidos como consequência. Sendo assim, surgiu a necessidade de proteger os indivíduos da desigualdade, provocando uma ponderação entre a liberdade e igualdade.

Neste sentido, fez-se necessário a diferenciação da igualdade formal da igualdade material como forma de proteção. A igualdade formal é justamente a consagração do sistema liberalista, com o contínuo privilégio de um grupo classicista que defende a liberdade estatal inerente a sociedade. Em contrapartida, os direitos sociais encontram-se prejudicados em virtude da não intervenção estatal e da consequente concentração fundiária.

Justamente em crítica a esta formalidade da igualdade nas relações sociais econômicas, Karl Marx elaborou um conceito vislumbrando a construção de uma igualdade material. De acordo com este filósofo, o trabalho em prol da sociedade fomenta uma construção ao Estado Socialista na medida em que o trabalho só é possível dentro da sociedade e através dela, pertencendo a sociedade o fruto do trabalho também. (p.3, s.d) Ele também defende uma futura abolição das classes sociais como forma de diferenciação, porém justifica que isto só ocorrerá em um Estado Comunista. No entanto, para Marx os direitos sociais não são uma forma de

constituir um Estado Socialista, mas uma solução provisória para a coletividade que não irá contribuir para a ascensão do Socialismo.

Logo, a necessidade da efetiva construção de uma igualdade material na modernidade fundava-se na insuficiência do englobamento dos direitos sociais ao menos favorecidos. Como forma de por fim a este movimento social, foram sedimentadas a materialidade do princípio da igualdade no Direito Internacional e nos Direitos Humanos, buscando tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais, surgindo assim diversas ações afirmativas aos fragilizados socialmente.

Em decorrência ao afloramento da igualdade material, surge a atuação positiva do Estado como forma de concretização dos direitos sociais humanos visando à qualidade de vida, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, o lazer, a moradia, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados. (BULOS. 2015, p. 809)

O Estado deixa de ser inerte para servir como base para a concretização dos direitos sociais, a fim de constituir uma justiça social determinante para os oprimidos e hipossuficientes e garantir o mínimo existencial a todos sem distinção. Como mínimo existencial, entende-se por “condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais a sobrevivência do indivíduo” (Adilson Ferreira apud Min. Celso de Mello, 2015, p. 18).

Por fim, o princípio da igualdade material e a constituição dos direitos sociais encontram-se intrinsecamente ligados e repercutem diretamente na característica de uma Constituição e em um Estado Social. Portanto, já que em relação a estes conceitos, a Constituição apresenta-se também com o diferencial das cartas anteriores em relação a quantidade de direitos sociais sem precedentes, formulando um Estado Social de Direito que garante o mínimo existencial através das prestações positivas do Estado.

2.2 O Mínimo Existencial x Reserva do Possível: A atuação Estatal como forma de concretização dos direitos sociais

O debate a cerca dos direitos sociais na atualidade é composto das amplas consequências que seus conceitos envolvem na sociedade. Basta analisar que geralmente são esses direitos que vinculam o desenvolvimento de um país e a má

prestação ou até não prestação desses direitos permitem uma atrofia em determinado grupo social. Em decorrência deste debate, o mínimo existencial surge como forma de garantia ao cidadão das condições básicas dos que tem diversos direitos sociais expostos na Carta Constitucional.

Sabe-se que a Constituição cidadã de 1988 fixou entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, fazendo deste um supra princípio que possibilita a existência de uma vida digna para todos. Em virtude desse fato, o mínimo existencial pode ser considerado correlato a tal princípio visto que seus direitos básicos são imprescindíveis para obtenção da dignidade universal. Como transcrita Adilson Ferreira:

É latente que certos direitos como direito à educação, à saúde, à moradia, etc. representam o mínimo necessário para possibilitar aos cidadãos o direito a uma existência digna. Ora, tais condições materiais mínimas de existência digna, outra coisa não são senão o denominado 'mínimo existencial' (2015, p. 18).

Logo, assim como o princípio da dignidade humana encontra-se como fundamento da Constituição, o mínimo existencial também servirá para uma garantia de um Estado Social concreto.

Assim sendo, é formada uma interdependência entre uma gama de direitos para ser possível a sua atuação social, sendo como ponto basilar a prestação do Estado como suporte para esta efetiva concretização. Pois, ao ser assumida a responsabilidade estatal pelo próprio texto constitucional para atuar e garantir os direitos prestacionais de 2ª geração sedimenta uma “entrega de eficácia” que não mais pertence à norma constitucional em si, mas na sua efetiva prestação.

A inercia do poder público neste sentido não pode ser justificada apenas através de uma mera discricionariedade, pois não é apenas um direito qualquer que encontra-se em sua tutela, mas direitos que sustentam a sociedade em si que formam meios para o desenvolvimento do país. A importância dos direitos basilares sociais é tanta que põe em “jogo” a própria democracia e liberdade, como cita Paulo Bonavides:

O Estado social no Brasil ai está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação as prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade (2012, p. 378).

Diante o exposto, vale considerar assim os mecanismos estatais que podem prejudicar a efetivação das prestações dos direitos sociais, pois todos os direitos básicos que envolvem o mínimo existencial, como educação, segurança, saúde, assistência social, demandam gastos públicos. Mesmo com o dever de priorizar esses direitos na sociedade, nem sempre o governo encontra-se apto para estruturar todas as condições necessárias para a concretização social, o que acarreta grandes consequências negativas para uma nação.

O custo público dos direitos sociais para sua efetiva disposição na sociedade a fim de implementar uma igualdade material através da ideia de justiça social surge como capacidade jurídica do Estado, formando uma dupla faceta dos direitos sociais denominada pelos doutrinadores de “Reserva do Possível”. Pela peculiaridade desse instituto jurídico-social, Ingo Sarlet sustenta uma dimensão tríplice da Reserva do Possível abrangendo a:

- a) Efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
- b) A disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo;
- c) Já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sócias, a reserva do possível envolve a proporcionalidade da prestação, em especial no tocante a sua exigibilidade, e nesta quadra, também da sua razoabilidade (2015, p. 296).

No tocante a limitação da distribuição orçamentária no Brasil, deve-se sustentar o seu subdesenvolvimento, sendo típico de países periféricos esta limitação. Não se pode desconsiderar que atualmente o país encontra-se em Estado de alerta após de inúmeros escândalos políticos de corrupção que afetam diretamente a disponibilidade de recursos para a concretização dos direitos sociais, como exemplo a recente criação da PEC 241 que será melhor analisada no próximo tópico do referente estudo.

Vale ressaltar também que a proporcionalidade citada surge intrinsecamente conexas com o princípio da igualdade material já explanado, pois deve-se prestar mais gastos para os menos favorecidos do que os que tem uma posição econômica mais favorável, preservando a razoabilidade e a exigibilidade de direitos.

Diante de todo o exposto, forma-se um debate doutrinário a cerca da afirmação do princípio da reserva do possível como parte integrante dos direitos fundamentais. Há doutrinadores que defendem o pertencimento desse instituto como forma de limites imanescentes, em contrapartida há doutrinadores que execram esta ideia, como Paulo Bonavides e Ingo Sarlet, este último defende que a reserva do possível constitui espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais precipuamente na análise do princípio do mínimo existencial e a justificativa do critério da proporcionalidade deste (2015, p. 296).

Pois, cumpre analisar que a contraposição do mínimo existencial a uma vida digna com base nos direitos sociais básicos e a reserva do possível defendida pela escassez de recursos públicos para a implementação destes direitos básicos prejudica a efetivação dos direitos sociais. Enquanto o mínimo existencial garante o desenvolvimento social, a reserva do possível garante o desenvolvimento econômico, não sendo possível a concretização do Estado Social com prevalectimento deste último sobre o primeiro.

A referida escassez econômica ocasiona assim um complexo problema na competência constitucional dos direitos sociais que ocasiona justamente a “entrega de eficácia” supramencionada, que deixa de pertencer somente ao texto Constitucional, deixando a cargo do Poder Público e sua vertente econômica sedimentar estes direitos basilares na sociedade. Neste sentido Canotilho:

É justamente por esta razão que a realização dos direitos sociais prestacionais – de acordo com a oportuna lição de Gomes Canotilho – costuma ser encarada como autentico problema de competência constitucional: ‘ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais’ (*apud* SARLET. 2015, p. 297).

Por fim, pode-se tomar como conclusão liminarmente que mesmo com o denso texto normativo constitucional a respeito dos direitos sociais – ressalta-se o maior entre todas as Constituições brasileiras- nota-se que a complexa problemática na prestação destes direitos impõe certa forma de delegação da Constituição para o Poder Público e sua peculiaridade econômica como meio de eficácia social. A eficácia jurídica da Carta Magna de 1988 e seus direitos expostos não se mostram controvertida, no entanto, a não concretização social destes ocasiona uma hipertrofia simbólica na norma constitucional, caracterizando assim uma *Constituição Simbólica*.

2.3 A Proposta de Emenda Constitucional 241 e seus efeitos ao mínimo existencial dos direitos sociais

A presente proposta pelo Poder Constituinte derivado reformador tem como objetivo frear os gastos públicos brasileiros em virtude da busca de uma possível estabilização econômica.

Tendo em vista o momento de crise não apenas financeira, mas acima de tudo de uma crise política brasileira, o governo propôs uma Emenda à Constituição que limita os gastos públicos direcionais à saúde e educação influenciando até decisões do judiciário e legislativo.

Ao analisar esta PEC proposta pelo Governo atual, introduz conjuntamente um amplo debate acerca dos possíveis benefícios e dos possíveis retrocessos que esta emenda à constituição poderá trazer para a sociedade brasileira, bem como a interferência na efetivação do princípio do mínimo existencial dos direitos sociais básicos poderão ser prejudicados com esta medida já que a saúde e educação estão inseridos no rol de direitos básicos sociais que propulsionam a vida digna do indivíduo.

Segundo a PEC 241 e as intenções legiferantes ao implementar este congelamento de despesas por 20 anos dos gastos públicos e suas consequências na sociedade brasileira, somente poderá haver uma correção deste plano de limites após 10 anos de vigência dessa Emenda Constitucional. Por se tratar de um tema bastante polêmico e atual, a questão discursiva ao seu respeito carece de posicionamento jurídico doutrinário em documentos específicos, porém devido a extrema importância deste tema muitos juristas já discutiram os efeitos desta norma na sociedade.

Ao analisar a situação atual do país, percebe-se que não apenas a economia brasileira vive tempos difíceis, mas também toda a conjuntura social, se atribuindo o motivo, dentre muitos, a instabilidade política devido aos inúmeros casos de corrupção que assola o Brasil. Sendo assim, não resta dúvidas que é necessário medidas que solucionem ou amenizem essa situação, porém o fator de tamanho debate encontra-se em se limitar os direitos básicos aos indivíduos irá resolver eficazmente ou apenas beneficiará o lado econômico.

De acordo com o art. 102 dos Atos e disposições Constitucionais transitórias que resta modificado pela presente Emenda Constitucional, transcrita que:

§ 3º Cada um dos limites a que se refere o caput equivalerá:

I - para o exercício de 2017, à despesa primária realizada no exercício de 2016, conforme disposto no § 8º, corrigida pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de janeiro a dezembro de 2016; e

II - nos exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do IPCA, publicado pelo IBGE, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de janeiro a dezembro do exercício imediatamente anterior.

Nesta diapasão, pode-se verificar que apesar de não haver cortes de gastos nos setores estipulados, as aplicações mínimas de 15% da receita corrente líquida em saúde e de 18% da receita de impostos para educação passam a acabar, sendo corrigida apenas o índice monetário de acordo com o IPCA, sem nenhum outro investimento acordado para estes direitos sociais.

Em virtude deste fator, o debate encontra-se na possibilidade desta inercia de investimentos em direitos essenciais para a dignificação da pessoa humana, interferindo também um princípio que apesar de não explícito na Carta Magna de 1988 é pauta de justificações em diversos julgados no STF que se intitula pelo Princípio da não vedação ao Retrocesso Social.

De acordo com esse princípio, também conhecido como “efeito cliquet”, os direitos conquistados não podem retroceder na sociedade criando assim uma tutela e segurança a estes direitos, sendo também mais uma forma de garantir o mínimo existencial ao cidadão, já que estes abrangem os direitos de existência mínima. Neste sentido Ingo Sarlet que entende “o princípio da proibição ao retrocesso social como base dos princípios do Estado Democrático e Social de Direito, da dignidade da pessoa humana, da máxima efetividade das normas constitucionais (art. 5º, §1º, da CRFB) – que também é princípio hermenêutico –, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé” (apud SILVA JUNIOR, 2013).

Um dos deputados em votação no decurso da Emenda Constitucional em sua respectiva casa fundamentou a inadmissibilidade desta proposta também pelo exposto deste princípio, afirmando que:

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa- a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica- então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a proteção direta da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. Quer isto dizer que, a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social. (Dep. Luiz Albuquerque Couto).

Embora a demanda financeira para o custeamento dos direitos básicos não ser diminuída, também não será aumentada por 20 duros anos de limitação estrutural, levando em consideração o aumento populacional, as mudanças sociais nestes anos de vigência da Emenda, poderá ser constatado um retrocesso social significativo que provocará grandes consequências na sociedade brasileira, principalmente aos hipossuficientes que dependem intrinsecamente da educação e saúde pública no Brasil.

Outro ponto bastante crítico da Emenda Constitucional proposta pelo atual Presidente da República, Michel Temer, reduz aos principais prejudicados com estas medidas bruscas, constituindo ponto controverso à própria Constituição Federal de 1988 e seus princípios já que em seu art. 3º objetiva erradicar as desigualdades sociais no país, não sendo possível com a aprovação desta PEC e sua entrada em vigor no ordenamento jurídico.

Pois, ao limitar os gastos com a educação e a saúde também haverá uma limitação em seu acesso e qualidade indubitavelmente, visto que já há uma certa precariedade na concretização destes direitos básicos com os recursos atuais (que serão melhor analisados em capítulos próprios).

Outro ponto de análise crítica da Proposta de Emenda Constitucional nº 241/2016 se volta para a ofensa ao princípio da tripartição de poderes. Visto que restringe a autonomia do poder legislativo e judiciário, bem como órgão independentes como Ministério Público e a Defensoria Pública da União. Como transcrita a mudança do art. 102, § 2º:

Art. 102. Será fixado, para cada exercício, limite individualizado para a despesa primária total do Poder Executivo, do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, inclusive o Tribunal de Contas da União, do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União.

§ 2º Os limites estabelecidos na forma do art. 51, caput, inciso IV, do art. 52, caput, inciso XIII, do art. 99, § 1º, do art. 127, § 3º, e do art. 134, § 3º, da Constituição, não poderão ser superiores aos fixados nos termos previstos neste artigo.

Logo, a autonomia de todos esses poderes, estipulada na Carta Cidadã de 1988, restariam prejudicadas como também a separação de poderes constituída como cláusula pétrea da mesma norma constitucional. Em virtude dessa decisão do Executivo, que influencia diretamente os outros poderes, decorrente precipuamente de fatores políticos pode-se constatar um dos fatores já citados no capítulo anterior sobre Constituição Simbólica, visto que uma constituição que sobrepõe a política sobre o direito incumbe esta veemência.

Assim, com a preponderância de decisões por parte do executivo puramente políticas que afligem imediatamente a coletividade brasileira com a restrição dos direitos sociais e do mínimo existencial da dignidade humana, esta proposta não pode ser vista como forma de viabilizar apenas o desenvolvimento econômico, visto que concomitantemente esta praticamente execra o desenvolvimento social.

2.4 A eficácia e aplicabilidade das normas prestacionais constitucionais

Utilizando os conhecimentos já dimensionados no presente trabalho, percebe-se que o atrofiamiento jurídico não condiz com sua eficácia jurídica, podendo perfeitamente a norma constitucional em vigor atender simbolicamente todos os anseios jurídicos em uma análise intrinsecamente positivista. Acontece que, quando se trata da aplicabilidade das normas constitucionais, muitos doutrinadores também diferem quando é trabalhada a complexa natureza dos direitos sociais prestacionais de 2ª geração.

A eficácia social trabalhada anteriormente pode ser refletida também em relação a sua aplicabilidade constitucional, que teve como classificação doutrinária trazida por José Afonso da Silva primeiramente. Este autor preceitua a classificação da aplicabilidade das normas em eficácia plena, contida e limitada.

A eficácia plena da norma constitucional corresponde a sua auto aplicação por si só, em outras palavras, as normas de eficácia plena não sujeitam a sua

eficácia a nenhum outro fator subsequente “produzem ou têm possibilidade de produzir, todos os seus efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente quis regular” (SILVA apud MORAES. 2013, p. 11). Entre a abertura desses efeitos referidos pode-se encontrar também o social, não apresentando nenhum problema assim em relação ao simbolismo da Constituição, já que esta é auto-aplicável.

Já as normas de eficácia contida e limitada, possuem uma certa limitação em sua aplicabilidade em diferentes graus. A primeira pode ser considerada plena até que surja outra norma para restringir a sua atuação, sendo consequência de uma “margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público” (SILVA apud MORAES. 2013, p.11). Por conseguinte, o segundo tipo de norma citada não possui nenhuma auto-aplicabilidade, dependendo totalmente de norma terceira para a sua total aplicabilidade.

Diante destes conceitos, pode-se afirmar que os direitos sociais diferem dos direitos de defesa de 1ª geração também em relação a sua aplicabilidade. Pois, enquanto os direitos de defesa possuem por sua maior parte a característica de serem de eficácia plena e aplicabilidade imediata, os direitos sociais prestacionais são condicionados geralmente a uma aplicabilidade mediata e eficácia limitada. Como leciona Ingo Sarlet, “os direitos sociais prestacionais, por sua vez, necessitam de concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza socioeconômica, razão pela qual tendem a ser positivada de forma vaga a indispensável liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora” (2015, p. 297).

Como já referido no tocante ao princípio da Reserva do Possível e das possíveis consequências da limitação dos recursos públicos que congelam o desenvolvimento social precipuamente em países periféricos, como o Brasil e efeitos retrógrados ocasionados pela sobreposição política no Direito, ocasionando assim a hipertrofia social da Constituição atual e seus direitos prestacionais, vale salientar que a dificuldade da concretização dos direitos sociais se torna bem mais complexa em decorrência destes fatores.

Pois, como é delegada a cargo do legislador a concretização dos direitos sociais, e com impreterível constância as ações desenvolvidas na prestação destes direitos implicam ações futuras, torna-se muito mais difícil controlar a sua eficácia, já que os órgãos públicos podem instituir leis ou ações para implementação das

normas constitucionais sem o devido compromisso de introduzir as efetivas consequências na sociedade. Diante de tamanha complexidade, a burocratização e vagueza das normas pode tornar inviável o estabelecimento de certos direitos na Carta Cidadã, sendo considerados estes direitos por diversos doutrinadores como direitos relativos. Assim, de nada adianta a relativização de direitos em uma sociedade que necessita da efetiva consequência jurídica para concomitantemente ocorra a efetiva sedimentação do Estado Social Brasileiro.

No que tange as formas de aplicabilidade e eficácia das normas, também vale a atribuição das normas programáticas como forma de diferenciação. Conceituadas como normas de aplicação diferida e mediata, estas se caracterizam por emanarem a interposição do legislador através de programas para a gerarem a plenitude de seus efeitos.

Seguindo esta linha de entendimento cognitivo, vislumbra-se a ideia do caráter de cunho programático também nos direitos sociais, como afirma Ingo Sarlet ao transcrever que “dentre as diversas formas de positivação dos direitos sociais prestacionais nos textos constitucionais, a opção do Constituinte costuma - e não apenas no caso brasileiro - de recair sobre as modalidades ora referidas” de normas de cunho programático (2015, p. 301).

Esta característica de necessidade de subsídio de programas e da implementação de políticas públicas na ala social do direito estabelecido em norma constitucional pode justificar a identificação destas como normas de cunho programático através da necessidade de interposição legislativa. No entanto, não conduz doutrinariamente a exclusão destes direitos e suas expectativas sociais, variando na doutrina o enquadramento da subjetividade desses direitos. Na definição de Jorge Miranda das normas programáticas, o mesmo aborda que “os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de direitos subjectivos; aparecem, muitas vezes acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados” (2013, p. 13).

Pois, se tratando da subjetividade dos direitos individuais de aplicação imediata não resta-se questionado, visto que a sua dimensão concreta não necessita de qualquer intervenção do legislador. Porém, quando se relaciona o posicionamento da subjetividade dos direitos sociais há uma certa contradição doutrinária, como aparece na citação anterior em que o autor Jorge Miranda não abrange os direitos sociais como propriamente subjetivos e sim direito de

expectativas. Isto se justifica, pois, o seu posicionamento jurídico se encontra na possibilidade de concretização social destes direitos, fazendo surgir apenas uma mera expectativa de direito que fica a cargo do legislador e de provenientes políticas públicas para sua realização social. Esta justificativa não é a única que prevalece na doutrina pátria, visto que José Afonso da Silva defende que apesar da dependência da concretização dos direitos sociais e do estabelecimento de instituições que propiciem a efetiva justiça social, existe nesta prestação que vincula todos os órgãos estatais uma dimensão subjetiva e outra objetiva como transcrita o autor:

Como as prestações têm, igualmente uma dimensão subjectiva e uma dimensão objectiva, considera-se que, em geral, esta prestação é o objecto da pretensão dos particulares e do dever concretamente imposto ao legislador através das imposições constitucionais. Todavia, como a pretensão não pode ser judicialmente exigida, não se enquadrando, pois, no modelo clássico de direito subjectivo, a doutrina tende a salientar apenas o dever objetivo da prestação pelos entes públicos e a minimizar o seu conteúdo subjectivo. Ainda aqui a caracterização material de um direito fundamental não tolera esta inversão de planos: os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjectivos pelo facto de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias a fruição desses direitos. (SILVA. 2012, p. 149).

Distanciando da emblemática discussão a respeito da subjetividade das prestações das normas de cunho programático, versa sobre a complexa instauração dos direitos sociais na atualidade diante das políticas públicas. Visto que é imprescindível a efetiva concretização dos direitos sociais para a instauração da igualdade material e a consequente justiça social em uma nação.

CAPÍTULO III

3. O JUDICIÁRIO E SUA FUNÇÃO CONCRETIZADORA DOS DIREITOS SOCIAIS EM FACE DA OMISSÃO ESTATAL

3.1 A omissão Estatal como agente simbólico nos direitos Sociais

Sabe-se que a atribuição do Poder Público como meio de fomentar os direitos sociais à realidade da coletividade é tarefa atribuída pelo texto constitucional. Porém, com bem informado, a limitação de recursos públicos em escala nacional e os inúmeros percalços já supracitados em capítulo próprio mitigam a concretização dos direitos sociais básicos de forma ativa na sociedade.

No âmbito envolto a sociedade brasileira, podem-se atribuir a desigualdade social não apenas a insuficiência de recursos como causa, visto que em meio ao sistema tributário nacional e a sua alta carga envolta na sociedade- sendo inclusive outro fator espelho e motor da brutal desigualdade da sociedade brasileira, principalmente entre os hipossuficientes (Freitas Jr; Cintra, 2010) -, a direção destes mesmos recursos insurge ao menos a garantia dos direitos básicos de uma forma melhor distribuída entre todos.

Nessa diapasão, a estrutura Constitucional dos direitos sociais e sua complexidade abrange como meio de atenuar sua eficácia também o sistema corruptivo político no Brasil. Como ressalta Adriano Souza de Almeida em seu estudo:

A relação entre corrupção e debilidade do Estado é clara, fato que sendo óbvio, impõe aos responsáveis a implementação de mecanismos sólidos, eficazes e efetivos para a proteção do aparelho estatal de práticas nefastas fundadas única e exclusivamente na satisfação de interesses individuais em detrimento do interesse coletivo.

Ao abordar esta causalidade como meio de interrupção da eficácia dos direitos sociais básicos e sua concretização pelo Poder Público, vislumbra um ponto de alto debate atual para a compreensão da profunda necessidade de se elaborar

medidas que possam abolir este efeito, já que também pode ser visto como uma casuística do simbolismo da lei Constitucional.

Sedimentando a ideia de correlação entre a corrupção e o a eficácia dos direitos sociais, a usurpação de investimentos públicos direcionados aos direitos básicos intensifica a falta de força normativa consolidados na Carta Constitucional. Como bem salienta Vitória Etges Becker Trindade, ao analisar a diminuição dos gastos de recursos que beneficiam a coletividade para integrar o patrimônio privado.

Os cidadãos brasileiros são afetados diretamente em seu bem-estar quando a corrupção diminui os investimentos públicos na saúde, na educação, segurança, habitação, direitos essenciais à vida, ferindo a Constituição Federal ao ampliar a exclusão social e a desigualdade econômica.

A estrutura da própria norma programática já analisada intensifica a ocorrência deste fato gerador de desigualdade, atribuindo o simbolismo da lei em relação aos direitos sociais, levando o cidadão a descrença e insegurança jurídica. Logo, todos os avanços e direitos resguardados pelo texto constitucional de 1988 tornam-se ineficazes socialmente quando analisados a frente da sua concretização a realidade.

O papel do Poder Estatal em frente à concretização é inerente à estrutura dos direitos sociais, porém como pôde-se analisar na sua estrutura apenas o seu caráter não resta suficiente para viabilizar ao cidadão de maneira eficaz e qualitativa o mínimo de dignidade a todos. Os inúmeros problemas sociais existentes no país, incluindo a citada corrupção que aflige a sociedade atenua consideravelmente o poder da constituição de fixar esses direitos.

Logo, como os direitos fundamentais possuem uma estrutura de extrema importância na sociedade, sendo assim invioláveis, não podem ser jamais desrespeitados pelas autoridades que sobrepõem a necessidade de se dimensionar políticas públicas a fim de implementar estes direitos (Trindade, 2016).

A omissão estatal provocou consequências na estrutura do poder público, dentre elas a judicialização dos direitos sociais, como forma atípica do poder judiciário em conceder os direitos resguardados na Lei Maior em detrimento da não estruturação do Poder Público.

Tendo em vista esses fatores abordados, o judiciário passa a interferir em demandas referentes aos direitos sociais a fim de exigir do poder pública a efetiva

universalidade dos Direitos Sociais, contribuindo assim para uma maior igualdade social.

Também é válido ressaltar que esta função atípica do judiciário é apenas uma forma de dirimir compromissos dilatatórios para propulsionar um maior acesso ao cidadão, porém trata-se apenas um mecanismo de “tapar” as falhas introduzidas pelo Poder Público. Tendo em vista que é dever do Estado criar políticas públicas que viabilizem a igualdade social, provocando o acesso de todas as classes sociais ao menos ao mínimo existencial.

Por conseguinte, enquanto não for disponibilizados maiores meios de combater certas atitudes corruptivas e desvios de recursos públicos, bem como administrar estes da melhor forma que beneficie o bem comum, o simbolismo diante dos direitos sociais estará consolidado. Sendo necessário mecanismos secundários, como a “delegação” ao poder judiciário para resolver e dirimir conflitos referentes a estes direitos não concretizados.

As decisões atuais dos magistrados assumem a ineficácia das normas em situações discrepantes que surgem no meio social, diante da norma constitucional não há a possibilidade do silêncio das medidas protetivas. Direitos como saúde, que infligem urgência para a proteção da dignidade da pessoa humana, são diariamente resolvidas nos tribunais, como analisados posteriormente, substituindo as políticas públicas próprias que restam-se ineficazes para esta garantia. Em suma, pretende-se analisar a estrutura das decisões judiciais frente à omissão estatal como forma de garantia subsidiária dos direitos sociais básicos.

3.2 O papel do tribunal constitucional brasileiro como agente ativo na concretização da lei

A expansão jurisdicional constitucional é considerada um marco teórico do novo Direito Constitucional, logo, tem uma importante função no ato de concretizar as inúmeras leis Constitucionais e também adequar as leis infraconstitucionais à lei Maior. Como conceitua Luís Roberto Barroso “Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário” (2014, p. 39), vislumbrando que a Constituição possui todas essas

funções na sociedade moderna e que as decisões advindas deste tribunal sedimentam uma estrutura que falta à própria lei decorrente do seu símbolo social.

Como abordado anteriormente, a Constituição brasileira possui uma característica analítica, visto que esta trata de vários temas em seu corpo normativo de forma detalhada, este fato ocasiona no âmbito do cenário jurídico uma maior responsabilidade dos Tribunais Constitucionais em regularizar e garantir a aplicabilidade de todas essas normas.

Não obstante, a diversidade de temas abordados na própria Constituição Federal e concomitantemente nas decisões atuais do STF fomentam a ascensão do Judiciário como também uma possível qualidade de ativismo judicial que são objetos de diversas teses doutrinárias sobre o assunto. No entanto, o principal ponto a ser abordado neste tópico condiz ao papel ativo destes tribunais constitucionais em concretizar a lei constitucional, precipuamente os direitos básicos, quando na verdade falta alcance da lei na concretização e até uma eficácia social dos direitos estabelecidos no texto constitucional.

Em virtude da complexa natureza dos direitos sociais e também de seu caráter programático, o alcance da norma à realidade social resta-se pormenorizada em virtude da imprescindibilidade da atuação Estatal. Quando assim as políticas públicas criadas não forem suficientes para atender o direito básico e o mínimo existencial do cidadão, buscar a concretização destes direitos pela via judicial pode ser considerada o último meio para a garantia destes direitos na atualidade.

Do ponto de vista de juristas clássicos a Judicialização dos direitos sociais não pode ser alcançada sem a intervenção do legislador para instituir meios que realizem a subjetividade dos direitos sociais no meio social. Entretanto, como se têm demonstrado nas jurisprudências advindas da última década, a Judicialização dos direitos sociais básicos não só é possível, como também meio consequente do direito fundamental de acesso à justiça na atualidade.

Com o avanço dos julgados em garantir a efetividade dos direitos sociais, o judiciário passou a ter um papel de maior destaque na sociedade, pois, mesmo que o poder Legislativo e o Executivo não propulsione meios que sedimentam a concretização dos direitos expostos na Carta Cidadã de 1988, há a possibilidade deste outro fazer através de sua competência e legitimidade. Como Flávia Piovesan transcrita “é fundamental adotar medidas para assegurar maior justiciabilidade e exigibilidade aos direitos econômicos, sociais e culturais” e que a necessidade de

efetivação desses direitos “não é apenas uma obrigação moral dos Estados, mas uma obrigação jurídica, que tem por fundamento os tratados internacionais de proteção” (*apud* Strapazzon; Quadros), como exemplo o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas que possibilitou o reconhecimento jurídico através do poder judiciário.

Nesse contexto, a atribuição dos tribunais constitucionais em judicializar um direito viável ao cidadão pode possibilitar a aplicação direta e imediata desses direitos mesmo que na teoria a própria Constituição já teria a força normativa para a viabilização dos seus direitos, tendo em vista seu caráter máximo no ordenamento jurídico. Neste sentido, Barroso afirma que “o Judiciário não apenas ocupou mais espaço como, além disso, sua atuação se tornou mais discricionária. Em muitas situações, em lugar de se limitar a aplicar a lei já existente, o juiz se vê na necessidade de agir em substituição ao legislador” (2014, p. 41).

A mencionada substituição ao legislador pelo órgão judiciário contribui para a formação da crise de legitimidade do poder legislativo, já que suas decisões políticas podem se tornar menos intensas em diapasão com a atuação judicial. Logo, o crescimento da jurisdição constitucional age concomitantemente a diminuição da atuação legislativa.

É válido ressaltar que, este processo de substituição ao legislador pelo judiciário se dá, em grande parte, pela maximização da força normativa da Constituição e seus princípios. Tendo em vista que os princípios tendem a possuir a mesma força que a lei através do pós-positivismo, o papel do judiciário em analisar e aplicar os princípios constitucionais agem além do papel legislativo em elaborar leis meramente positivas.

No entanto, outro ponto a ser analisado seria o próprio sistema Constitucional resguardado em seu texto, que facilita a Judicialização através de certos remédios (mandado de segurança como exemplo) que agem sobre os direitos fundamentais individuais. Por este motivo, esse processo atual que engloba também os direitos sociais age sobre a sua característica de direito coletivo, pois, quando há uma demanda individual sobre um direito coletivo pode haver uma “certa desvirtuação” de sua natureza jurídica. Esse argumento não se encontra em ascensão na doutrina atual, como preceitua José Ledur *apud* Ingo Sarlet,

A dimensão individual e coletiva (assim como difusa) coexistem, de tal sorte que a titularidade individual não afasta pelo fato do exercício do direito ocorrer na esfera coletiva, como ocorre, além dos casos já referidos, dentre outros que poderiam ser colacionados, no caso do mandado de segurança coletivo (2015, p. 222).

De acordo com Ingo Sarlet, o posicionamento de negar a titularidade individual dos direitos sociais na margem judicial pode ser considerada uma forma de impedir ou limitar a judicialização das políticas públicas e dos direitos sociais “restringindo o controle e intervenção judicial a demandas coletivas ou o controle estrito (concentrado e abstrato) de normas que veiculam políticas públicas ou concretizam deveres em matéria social” (2015, p. 223).

Tendo em vista a difícil tarefa de concretizar os direitos sociais analisando a sua própria natureza prestacional já supracitada; a carência de recursos públicos direcionáveis a impor uma igualdade material na sociedade; e a própria força normativa da Constituição, que se encontra limitada por todos esses fatores acima e sua difícil aplicação na sociedade por sua matéria extensa, a judicialização dos direitos sociais na atualidade pode ser vista de forma imprescindível para a conquista concreta destes direitos, já que a forma puramente imaginável na lei não possui o condão de atender a todos de forma concreta.

Outra crítica voltada para esse procedimento seria a quebra da separação de poderes resguardada como cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988 em seu art. 60, §4º. Tendo em vista que compete a Administração Pública implementar e desenvolver as políticas públicas necessárias a efetivar os direitos sociais como pode ser visto no art. 23 da Carta Magna brasileira:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I – **zelar pela guarda da Constituição**, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II – **cuidar da saúde e assistência pública**, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

...

V – proporcionar os meios de **acesso** à cultura, **à educação**, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; (grifo nosso. BRASIL, 1988).

Portando, nesses casos em que compete a união necessariamente o desenvolvimento dos direitos sociais básicos na sociedade, normalmente o judiciário não teria a competência de se posicionar quanto à discricionariedade do Poder público. No entanto, em se tratando de direitos impreterivelmente essenciais para a

constituição de uma vida digna ao cidadão não pode ser analisada apenas sobre um ponto de vista de discricionariedade dos poderes competentes para resguardar esses direitos na sociedade, justificando assim a visível expansão do Poder Judiciário sobre esses poderes. Não sendo um processo que ocorre isoladamente no Brasil, mas até países de “primeiro mundo” como defende Andreas J. Krell:

Segundo os defensores do "judicial activism" nos EUA, o juiz deve assumir a nova missão de ser interventor e criador autônomo das soluções exigidas pelos fins e interesses sociais, tornando-se responsável "pela conservação e promoção de interesses finalizados por objetivos socioeconômicos". Isto significa uma mutação fundamental que transforma progressivamente o juiz em administrador e o convoca a "operar como agente de mudança social". Essa nova função do Judiciário não levaria necessariamente a decisões judiciais orientadas apenas por um "programa de fins", ou por um "finalismo justificado de uma estratégia aferida unicamente pelos efeitos" (s.d.).

Por conseguinte, é importante salientar que diante das críticas e comentários à análise da judicialização dos direitos sociais, apesar de haver uma desnaturação da separação de poderes, a mesma pode encontrar-se justificada nas atividades típicas e atípicas de atuação de cada Poder do Estado, justificando-se também pelo motivo de maior importância na Constituição Brasileira atual, que é validar socialmente os seus direitos diante dos inúmeros problemas sociais, políticos e financeiros que assola o país.

3.3 A judicialização dos direitos sociais como forma de implementar o direito à saúde no país

O direito à saúde, consolidado como direito fundamental social na Lei Maior pátria em seu art. 6º, vincula o Estado para a implementação de políticas que concretizem este supra- direito na Constituição. O art. 196, também da Lei Maior brasileira sedimenta que:

Art. 196. 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. (grifo nosso. BRASIL, 1988).

Logo, em análise do texto constitucional, o direito à saúde encontra-se caracterizado pelos conceitos já trazidos em capítulo anterior de caráter prestacional e programático. É válido verificar que, assim como a característica de todos os direitos sociais, o direito à saúde dimensiona direitos que buscam uma justiça social a fim de garantir uma vida digna a todos os cidadãos, sem distinções financeiras e econômicas. Segundo Gilmar Mendes essas prestações estatais não gera um direito absoluto sobre todas as proteções e medidas relativas à saúde, mas um direito subjetivo.

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde (2012, p. 902).

Por contribuir generalizadamente para o desenvolvimento social, o direito à saúde ganhou seção própria no capítulo sobre a seguridade social na Constituição Federal de 1988 devido à suma importância deste direito na sociedade. Como a saúde do cidadão esta ligada intrinsecamente a outro direito fundamental individual, o direito à vida, e este se posiciona como um direito que justifica todos os outros direitos, a importância dada pelo Constituinte originário justifica esta ideia.

Também foi prevista na Carta Magna brasileira, o escopo do Sistema Único de Saúde (SUS) em seu art. 200, instituindo detalhadamente inúmeras atribuições. Esse sistema também é estipulado em lei federal (lei 8.142/90 e 8.080).

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV- participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V- incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico e inovação;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Logo, se percebe que a estrutura do direito à saúde em si foi bem delineada na Constituição brasileira. Ao ler os dispositivos constitucionais sobre o tema, se conclui que a sua elaboração teve o objetivo de atender perfeitamente toda a coletividade da nação, não tendo o que se questionar da sua eficácia jurídica nem tão pouco da sua validade normativa, onde o Constituinte obteve a “melhor intenção” ao elaborar suas leis.

A problemática em questão constitui-se nas condições favoráveis de concretização destes dispositivos no âmbito social. Visto que a “melhor intenção” na elaboração das leis não se resta suficiente para a efetividade destas leis, dependendo de inúmeros fatores que demandam complexidade, como visto nos direitos sociais em geral e aplicável diretamente a este tema.

Portanto, a judicialização do direito à saúde, assim como dos direitos sociais em geral, tornou-se frequente no mundo jurídico e também no contexto pátrio. Esse procedimento, que está em ascensão na atualidade, contribui para uma concretização do direito à saúde diante das omissões e também erros estatais, porém de acordo com a separação de poderes consagrada não haverá uma delegação de poderes, como afirma Gilmar Mendes “É certo que, se não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário” (2012, p. 924).

É necessário salientar que, prática comum relacionada a esse procedimento referido se tratando do direito à saúde se mostra nas decisões judiciais que obrigam o fornecimento de medicamentos pelo Estado, inclusive de alto custo, para resguardar o direito à vida digna ao cidadão. Já existem variadas decisões no mesmo sentido, buscando pela efetividade real do direito à saúde através do Poder Judiciário.

A determinação de medicamentos gratuitos financiados pelo Poder Público à particulares que necessitam deste, possibilitam uma real concretização do direito à saúde na sociedade, visto que mesmo impulsionados pelo Judiciário, há um cumprimento da ordem constitucional resguardada. Diante dos inúmeros exemplos vivenciados na via judicial, frisa-se como exemplo o RE 953711 AgR, que teve como relator o Min. Roberto Barroso colacionado abaixo:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA. ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que **o fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos**, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (Tema 793). 2. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (grifo nossos).

E, em igual sentido o RE 892590 AgR-segundo:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA. ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (Tema 793). 2. Agravo a que se nega provimento.

Logo pode se extrair que mesmo com a obrigação imposta de financiamento por parte da União e de todos os entes federativos de propiciar a adequação do direito à saúde, não só através de fornecimento de medicamentos e hospitais, mas da garantia de eficiência destes, é necessário em certas circunstâncias a judicialização deste direito. Tendo em vista a dialética da Reserva do Possível e do mínimo existencial, o magistrado pode favorecer o mínimo existencial a uma vida digna ao cidadão.

Demandas como esta estão a cada dia se tornando mais comum ao judiciário, pois, além de tratar-se de um direito inerente à vida, geralmente necessita de certa urgência para a apreciação, não sendo suficientes as políticas públicas ineficazes em um momento de extrema importância a manutenção da dignidade da pessoa humana ao indivíduo. Nota-se também que mesmo a saúde ser disponibilizada no texto constitucional como um direito coletivo, não impede de ser apreciado através de um caso individual, como as decisões colacionadas abaixo, que tornaram-se frequentes na jurisprudência brasileira em razão da consolidação da responsabilidade solidária dos entes:

EMEN: ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. SÚMULA 83/STF. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1. É assente o entendimento de que a Saúde Pública consubstancia direito fundamental do homem e dever do Poder Público, expressão que abarca a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, todos em conjunto. 2. O legislador pátrio instituiu um regime de responsabilidade solidária entre as pessoas políticas, para o desempenho de atividades voltadas a assegurar o direito fundamental à saúde, que inclui o fornecimento gratuito de medicamentos e congêneres a pessoas desprovidas de recursos financeiros para o tratamento de enfermidades. 3. O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem decidido que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a medicamentos. 4. Das razões acima expendidas, verifica-se que o Tribunal a quo decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, de modo que se aplica à espécie o enunciado da Súmula 568/STJ. Agravo interno improvido. (AINTA RESP 201600260470, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 28/06/2016 ..DTPB:.)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. AVASTIN 100MG (4ML). RETINOPLASTIA DIABÉTICA OCULAR. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL E DO MUNICÍPIO DE AQUIDAUANA/MS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO ÂMBITO DO STJ. ESSENCIALIDADE DO MEDICAMENTO PLEITEADO. DIREITO À SAÚDE INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DEVER DO ESTADO. 1. Há de se enfocar o presente recurso sob o ângulo da necessidade de prover a apelada com medicamento imprescindível à preservação de sua vida. Assim, a demanda em questão versa sobre o direito fundamental à vida e, pois, à saúde, cuja proteção é pressuposto do direito à vida. O direito à vida está assegurado, como inalienável, logo no caput, do art. 5º, da Lex Major. Portanto, como direito a ser primeiramente garantido pelo Estado brasileiro, isto é, pela República Federativa do Brasil, tal como se define o estatuto político-jurídico desta Nação. 2. Sendo o Estado brasileiro o titular da obrigação de promover os meios assecuratórios da vida e da saúde de seus súditos, e constituindo-se este pelo conjunto das pessoas políticas, quais sejam, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, emerge o entendimento de que todas essas pessoas de direito público interno são responsáveis, nos termos da Constituição, pela vida e pela saúde dos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, mormente no que tange ao seu financiamento, tendo todas legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de ação que visa à garantia do acesso a medicamentos para pessoas que não possuem recursos financeiros. 3. No presente caso, restou comprovada a essencialidade do medicamento pleiteado, sendo que o próprio Estado deixou de contestar o mérito, ante o parecer favorável da Câmara Técnica de Saúde. 4. Apelação improvida. (AC 00289877520154039999, JUIZ CONVOCADO MIGUEL DI PIERRO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/11/2015)

Mostra-se incontestável a judicialização do direito a saúde nos tribunais constitucionais pátrios, garantindo de forma subsidiária frente a omissão estatal os

direitos estabelecidos na Carta Cidadã de 1988, agindo ativamente contra o simbolismo da lei.

3.4 A judicialização dos direitos sociais como forma de implementar o direito à educação no país

Assim como o direito à saúde, o direito à educação também pode ser passível do fenômeno da judicialização dos direitos sociais como forma de concretização. Em primeira análise, vislumbra-se que o direito à educação, também considerado um direito básico, sedimenta um acesso não só para a dignidade da pessoa humana, mas também justifica todo o desenvolvimento social.

A Constituição preceitua em seu art. 205 que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988), sendo assim, é dever estatal propiciar um acesso à educação de qualidade para todos, mesmo para os hipossuficientes.

Há uma inovação em relação a esse direito mencionado na atual Constituição, visto que esta menciona também o dever da família para a efetiva promoção da educação da sociedade. Logo, pode extrair que a combinação estado e família é essencial para a implementação da educação, porém de nada adianta o estado não implementar políticas públicas de acesso à educação para toda a família para haver uma concretização na sociedade em geral. Também há a participação de entidades privadas que podem financiar a educação na sociedade, porém geralmente esta suplementação do privado sobre o público que contribui essencialmente para a desigualdade social.

Pois, há que diante da omissão estatal em propulsionar o direito básico à educação de forma eficaz e com qualidade a todos, sem distinção de classes sociais, geralmente as entidades privadas assumem esta omissão de forma onerosa, onde logicamente os menos favorecidos não possuem acesso a esta estrutura educativa, dependendo integralmente da atuação estatal.

No entanto, o espaço garantido à educação na Carta Magna brasileira também é digno de avanços, assim como toda a Constituição, este direito é analiticamente contextualizado, preceituando diversas responsabilidades e

obrigações não apenas para o Estado, mas também para a sociedade, como pode ser analisado no art. 208 da CF/88:

Art. 208. O dever do Estado para com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequada às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (BRASIL, 1988).

Podendo analisar que, a Constituição priorizou o bem-estar da coletividade através do favorecimento da educação brasileira, usando-a como “chave” para o combate dos males sociais. Não obstante, ficou a cargo do Estado efetivar este direito através de políticas públicas próprias e o devido acesso à educação pública de qualidade, e como a limitação dos gastos públicos atenua estes avanços trazidos na Lei Constitucional, nem sempre a força normativa será suficiente para a garantia deste direito.

Mensurando o ponto de partida deste tópico, a judicialização do direito à educação se faz presente no Brasil há um certo tempo, como em 1992 no caso de uma cidade no interior de SP, em que uma Escola Estadual de primeiro grau carecia de condições favoráveis para atender a demanda escolar, diante disto o promotor da cidade iniciou uma ação para a construção de salas para a escola, no entanto em decisão magistral foi acolhida a tese da defesa que alegava que tal decisão feriria a separação de poderes (OLIVEIRA), hoje este entendimento já resta-se superado, como é possível analisar no ARE 761127 AgR, que teve como relator o Min. Roberto Barroso:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. DETERIORAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DE INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO. CONSTRUÇÃO DE NOVA ESCOLA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA. PRECEDENTES. As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal possuem

entendimento de que **é possível ao Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica**, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifo nosso)

Nesta decisão, foi firmado o entendimento pelo pretório excelso de que o poder judiciário pode exigir dos outros poderes uma maior efetividade na implementação do direito à educação na sociedade, sem esta decisão afetar a separação de poderes. Tendo em vista a dinâmica do poder executivo em relação à educação no Brasil e a escassez da sua qualidade, surge a necessidade de interferência do judiciário para assegurar uma ampla concretização deste direito, e a partir dele incorporar uma sociedade mais democrática.

Pode-se concluir que a estrutura judiciária ganhou força através das inovações e sistemas atuais, englobando a atuação discricionária como ponto de partida para a garantia de direitos fundamentais a coletividade. A preocupação do magistrado em implementar o direito à educação diante das falhas e crises legislativas sedimenta uma maior proximidade do indivíduo aos benefícios resguardados na Carta Magna brasileira.

Também pode ser analisada como a aplicação da doutrina da efetividade brasileira já explicitada “que objetivou a aplicação das normas constitucionais direta e indiretamente na maior extensão de sua densidade normativa” (PONTES; TEIXEIRA s.d.) sendo voltada para aplicação das decisões jurisprudenciais no acesso à educação de forma mais igualitária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constituição cidadã é considerada uma grande conquista brasileira em detrimento de suas inúmeras conquistas sociais. Por este motivo, analisar a sua eficácia e nível de concretização social é uma tarefa complexa, principalmente pela grande extensão de direitos trazidos em seu texto constitucional. Logo, abordar este fenômeno adentra conjuntamente com as diversas finalidades que a Constituição possui, dentre elas: jurídica, social, política, teórica e etc.

Em uma análise prática social, muitos dos que assistem a incorporação do direito à realidade podem afirmar que: mesmo a Constituição brasileira de 1988 consolidando que o salário mínimo vigente atenderá todas as necessidades do cidadão, com bônus ao direito de lazer, transporte e outras regalias propulsionando uma vida digna ao cidadão, este mesmo salário não permite a concretização destes direitos na sociedade, o qual atribui ao cidadão que depende do mínimo uma certa dependência com as atividades sociais fornecidas pelo Estado, como a saúde e educação. Como também mesmo a Constituição vetando qualquer forma de preconceito, precipuamente o racial, o mesmo ainda está presente na sociedade brasileira.

Nesse contexto, pode-se constatar certo simbolismo dentre os direitos elencados na Constituição Federal de 1988 no sentido de sua concretização efetiva, mesmo que juridicamente sua eficácia não resta-se controvertida. Atrelando a este efeito social, um problema de grande importância na atualidade, principalmente por envolver uma gama de direitos imprescindíveis para a construção de uma vida digna ao cidadão.

Dentre os inúmeros direitos resguardados na Carta Cidadã brasileira, o presente trabalho atentou-se a uma análise da natureza prestacional dos direitos sociais, conhecidos como direitos de 2ª geração e que obtiveram a finalidade de reduzir as intensas desigualdades sociais advindas da história.

Os direitos sociais apesarem de serem apresentados como direitos de aplicação imediata no texto constitucional para possuir uma aplicabilidade prática necessitam quase sempre da atuação estatal para sua concretização. Sendo assim considerados como direitos prestacionais, dependendo da “vontade constitucional”

não apenas do legislador, mas também do Executivo, que detém uma limitação de gastos para aplicar à realidade a norma social.

Como as necessidades sociais são consideradas infinitas, já que o âmbito brasileiro atual pode ser considerado um país periférico em que existem diversos problemas nesse contexto, e os recursos públicos são finitos, surge na doutrina o chamado princípio da Reserva do Possível como forma de justificar esta limitação, sendo uma forma de atrelar os descasos públicos no campo do direito social.

No entanto, o Mínimo Existencial age em contraposição a Reserva do Possível, sendo uma garantia de que ao menos o mínimo essencial para a vida digna do cidadão terá que ser fornecido pelo Estado, servindo como uma base para a concretização de direitos sociais básicos na sociedade.

Outro instituto avaliado atualmente em relação à concretização dos direitos sociais encontra-se na atuação do Poder Judiciário em determinar ativamente a supressão de direitos institucionalizados na Carta Magna em face da omissão estatal. Dentre as críticas que regem este instituto, o mesmo se mostra como forma necessária de atribuir ao cidadão “o que é seu por direito”, como também regulamentar as inúmeras dissuasões relacionadas aos direitos sociais básicos. Casos exemplificativos de direito à saúde e educação são constantes na jurisprudência atual, sendo também reflexo da democratização do acesso à justiça no Brasil.

Sendo assim, o ativismo judicial, relacionado à institucionalização dos direitos sociais básicos, constrói certa quebra do simbolismo existente na concretização destes direitos. Mesmo não constituindo um procedimento simples e ágil, a judicialização dos direitos sociais introduz ao ordenamento jurídico uma garantia mais próxima ao cidadão do que a lei programática.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Adriano Souza. Efetivação dos direitos sociais e corrupção- Elementos para discussão. Publicado em XXI ERED/ ERAJU. Disponível em: < http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD3_files/Adriano_ALMEIDA.pdf > Acesso em 16 de fevereiro de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. In: Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 953711 AgR. Recorrente: União. Recorrido: Leomar Gabriel Nunes Marques Representado por Gizelia Nunes Pereira. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 16 de setembro de 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1> > Acesso em 16 de fevereiro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 892590 AgR.. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 16 de setembro de 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1> > Acesso em 16 de fevereiro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 761127 AgR. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 24 de junho de 2014. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1> > Acesso em 16 de fevereiro de 2017.

_____. Proposta de Emenda Constitucional nº 241. Senado, 2016. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1468431&filename=PEC241/2016 > Acesso em 15 de setembro de 2016.

_____. Tribunal Federal Regional da 3ª Região. AC 00289877520154039999. Relator: Juiz Miguel Di Pietro. 19 de novembro de 2015. Disponível em: < <http://web.trf3.jus.br> > Acesso dia 16 de fevereiro de 2017.

_____. Supremo Tribunal de Justiça- Segunda Turma. Recurso Especial 201600260470. Relator: Min Humberto Martins. 28 de junho de 2016. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2016%2F0026047-0+ou+201600260470&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> > Acesso em 16 de fevereiro de 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Dicionário Aurélio*. 4ª Edição especial para o FNDE/ PNLD. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2002.

FERREIRA, Adilson. *O mínimo Existencial e os Direitos Sociais e o desafio do orçamento público*. In: Estudos de Direito Constitucional. Recife: EDUPE. 2011.

FREITAS JR, Gerson; CINTRA, Luiz Antônio. Carga tributária: mais injusta que excessiva. In: Carta Capital. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/economia/mais-injusta-que-excessiva> > Acesso em 16 de fevereiro de 2017.

GOMES, Luís Flávio. *A Redução da Maioridade Penal*. 2014. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/178865734/reducao-da-maioridade-penal>. Acesso em 26 de setembro de 2016.

KRELL, Andreas J. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. In: Revista de Informação Legislativa. S.d.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira Loureiro. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

MARX, Karl. *Crítica ao programa de Gotha*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24857-24859-1-PB.pdf>. Acesso em 21 de novembro de 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Bruna Mello de. *Supremo Tribunal Federal, os direitos sociais e o orçamento público: uma quebra-de-braço em busca da eficácia*. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13667 > Acesso em 21 de novembro de 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2013.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PONTES, Juliana de Brito Giovanetti; TEIXEIRA, João Paulo Allain. A crise do Direito Legislado e o ativismo judicial com o modelo de efetividade constitucional: entre promessas e riscos. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=52f4691a4de70b3c>> Acesso em 16 de fevereiro.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8ª Edição. Malheiros Editores, 2012.

SILVA, Josivaldo Bezerra da. *Concretização Constitucional dos Direitos Sociais: Reserva do Possível, Mínimo Existencial e as limitações de ordem financeira e orçamentária*. In: Estudos de Direito Constitucional. Recife: EDUPE, 2011.

SILVA, Nícolas Trindade da. Da Igualdade Formal a Material. Revista Conteúdo Jurídico, 14 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-igualdade-formal-a-igualdade-material,40530.html>> Acesso em 21 de novembro de 2016.

SILVA JUNIOR, Luiz Carlos da. *Vedação ao retrocesso social: uma análise pragmática*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3651, 30 jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24832>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

SOARES, Maria Socorro Almeida. *Reserva do Possível: Direito Individual à vida x Direito Coletivo à saúde*. In: Estudos de Direito Constitucional. Recife: EDUPE, 2011.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; QUADROS, Francielly Glovacki. *A Exigibilidade dos Direitos Sociais: Uma Primeira análise da teoria de Christian Courtis*. Disponível em:

< <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=1fcd4d0ad75c6f5c> >. Acesso em: 21 nov. 2016.

TRINDADE, Vitória Etges Becker. *A corrupção como fator inibidor da concretização dos direitos sociais e possíveis formas de prevenção e combate através da ativa participação popular e exercício da cidadania*. Publicado em XII seminário nacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/download/14679/3104> > Acesso em 9 de janeiro de 2017.

UNESCO. Mapa da violência revela que 116 brasileiros morrem todos os dias por arma de fogo. Publicado em 14 de maio de 2015. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/unesco-mapa-da-violencia-revela-que-116-brasileiros-morrem-todos-os-dias-por-arma-de-fogo> > Acesso em 18 de agosto de 2015.