

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: DIREITO E JURISDIÇÃO

A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DO DIREITO SOCIAL À MORADIA

ELSON ROBERTO DE SOUZA JUNIOR

Itajaí-SC, agosto de 2019.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: DIREITO E JURISDIÇÃO

A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DO DIREITO SOCIAL À MORADIA

ELSON ROBERTO DE SOUZA JUNIOR

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador (a): Professor Doutor Clovis Demarchi

Itajaí-SC, agosto de 2019.

AGRADECIMENTOS

Registro meus agradecimentos à Coordenação de Apoio de Pessoal de Ensino Superior (CAPES), pela decisiva importância do patrocínio às pesquisas cujos resultados restam aqui consubstanciados.

Ao Orientador, Professor Doutor Clovis Demarchi, genuíno mestre que transforma o complexo em algo possível de se compreender, pelo criterioso direcionamento e incessante estímulo, circunstâncias que foram imprescindíveis à finalização deste trabalho.

Aos professores e colegas do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí, em especial ao Professor Dr. José Carlos Machado e Professor Dr. Paulo Márcio Cruz.

Ao meu sócio e amigo Rafael Pierozan, pelo apoio, incentivo e compreensão, tendo muitas vezes se sobrecarregado para que eu pudesse escrever este trabalho.

Ao meu amigo Carlos Roberto da Silva, exemplo de competência profissional e acadêmica, pelas contribuições teóricas, encorajamento e conselhos.

À minha avó, Terezinha, pelas eternas demonstrações de ternura e imensurável amor, combustíveis de inspiração.

Aos meus pais, Elson e Rosete, e à minha irmã, Isabela, pela formação e base familiar, moral e ética e, bem como, incansável estímulo educacional.

À minha esposa Débora e, claro, à minha filha Laura, elementos de amor substanciais que estampam as razões de fundo desta dissertação, pela compreensão nos períodos de ausência, apoio e alento nos não raros momentos de inquietação.

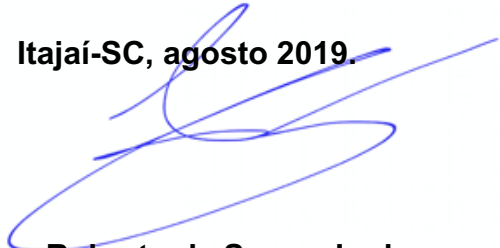
DEDICATÓRIA

À minha amada filha, Laura.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

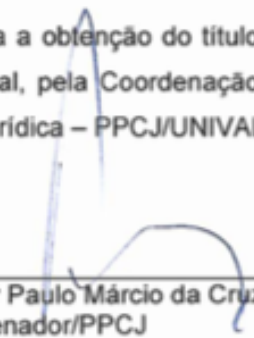
Itajaí-SC, agosto 2019.



Elson Roberto de Souza Junior
Mestrando

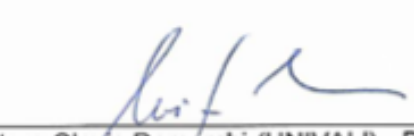
PÁGINA DE APROVAÇÃO

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutora Clovis Demarchi (UNIVALI) - Presidente



Doutor Levi Hülse (UNIARP-CAÇADOR) – Membro



Doutora Carla Piffer (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 31 de outubro de 2019

ROL DE CATEGORIAS

Ativismo Judicial

“[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”.¹

Direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais

“[...] os termos **direitos humanos** e **direitos do homem** se utilizam quando fazemos referência àqueles direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, e o termo **direitos fundamentais** para aqueles direitos que aparecem positivados e garantidos no ordenamento jurídico de um Estado².

Judicialização

“[...] algum legitimado bate às portas do Judiciário, reclamando a interveniência do Poder Judiciário a respeito de dado aspecto, fala-se na judicialização deste”.³

Judicialização da Política

“[...] deve normalmente significar: 1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes a expensas dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de direitos de tomada de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública para os tribunais, ou, pelo menos; 2) a propagação dos métodos de decisão judiciais fora da jurisdição propriamente dita. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em processo judicial”.⁴

Princípio da proibição de proteção insuficiente

¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.

² GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: Notas a partir da visão integral do conceito Segundo Gregorio Paces-Barba. In VALLE, Juliano Keller; MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. (Organizadores). **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 191.

³ VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil**: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 12.

⁴ TATE. C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University Press, 1995. p. 13.

Princípio que veda condutas do Estado que buscam não atender integralmente direitos fundamentais.

Princípio da proibição do retrocesso

“[...] vedação à extinção de direitos sociais já implementados, evitando-se o retrocesso ou limitação tamanha que atinja substancialmente o direito”⁵.

Princípio da Reserva do possível

“Consiste na limitação econômica encontrada pelo Estado na efetivação de direitos fundamentais sociais, sendo justo ressaltar a escassez de recursos só exonera o Poder Público de responsabilidade quando da ocorrência de justo motivo objetivamente aferível”⁶.

Princípio do mínimo existencial

“[...] compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança”⁷.

Moradia

“O direito à moradia significa ocupar um lugar como residência [...] para nele habitar. No “morar” encontramos a ideia básica de habitualidade no permanecer ocupando uma edificação”⁸.

⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 583.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45-9 – Distrito Federal Relator: Min. Celso de Mello Dj data-04/05/2004. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Acesso em 20 mar. 2019.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2a Turma, j. 23-8-2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em 20 abr. 2019.

⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 928

SUMÁRIO

RESUMO.....	XII
RESUMEN	XIII
INTRODUÇÃO	14
Capítulo 1	18
CONSIDERAÇÕES SOBRE JUDICIALIZAÇÃO, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL	18
1.1 JUDICIALIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	18
1.1.1 Aspectos gerais e conceituais.....	18
1.1.2 Condições para o surgimento do fenômeno da Judicialização:	25
1.1.2.1 <i>O Estado Moderno: Do Estado Liberal ao Estado Constitucional Moderno</i> .	27
1.1.2.2 <i>A Constitucionalização abrangente e a eficácia normativa da Constituição</i>	35
1.1.2.3 <i>O controle de constitucionalidade</i>	<i>Erro! Indicador não definido.</i>
1.2 ATIVISMO JUDICIAL	39
1.3 DIFERENÇAS ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO	42
Capítulo 2	46
DIREITOS SOCIAIS E REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	46
2.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS .	46
2.1.1 Origens Históricas	46
2.1.2 Direitos humanos, Direitos do homem e Direitos fundamentais.....	49
2.1.3 Dimensões/Gerações dos Direitos	53
2.1.4 Da eficácia dos Direitos Fundamentais	58
2.1.5 Das funções dos Direitos Fundamentais.....	65
2.2 DIREITOS SOCIAIS.....	68
2.2.1 Caracterização dos Direitos Sociais e Desenvolvimento Histórico	69
2.2.2 Princípios norteadores da proteção aos direitos sociais.	76
2.2.2.1 <i>Princípio do mínimo existencial</i>	76
2.2.2.2 <i>Da Reserva do possível</i>	78
2.2.2.3 <i>Princípio da proibição de proteção insuficiente</i>	82
2.2.2.4 <i>Da proibição do retrocesso</i>	83
Capítulo 3	86
A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA A GARANTIA DO DIREITO À MORADIA	86

3.1 DO DIREITO À MORADIA.....	86
3.2 DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA.....	90
3.2.1 Entendimento dos tribunais estaduais	90
3.2.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal	103
CONSIDERAÇÕES FINAIS	109
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	113

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa Direito e Jurisdição, com área de concentração em Fundamentos do Direito Positivo. É notório na sociedade brasileira que, atualmente e de maneira crescente, o Poder Judiciário tem interferido em medidas de Políticas Públicas, cuja competência primária e ordinária é essencialmente de outros poderes, em especial do Poder Executivo. O seu objetivo científico é investigar as causas históricas e jurídicas pelas quais a Judicialização se encontra cada vez mais incisiva no Brasil, direcionando o estudo à possibilidade e constitucionalidade para preservar a garantia e eficácia do Direito Social à Moradia, que foi elevado à categoria de Direito Fundamental em decorrência da edição da Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, analisando precedentes judiciais, tanto dos Tribunais de Justiça, quanto do Supremo Tribunal Federal, acerca do tema, a fim de verificar se os entendimentos adotados pelo Poder Judiciário brasileiro se coaduna com os preceitos constitucionais. A dissertação está dividida em três capítulos. No Capítulo 1, faz-se uma análise sobre a judicialização, a judicialização da política e o ativismo. O Capítulo 3 dedica-se a fazer uma análise histórica do Direito Social à Moradia no ordenamento jurídico brasileiro, seguindo-se do estudo de alguns precedentes judiciais que tratam da matéria aqui proposta, tanto dos tribunais quanto do Supremo Tribunal Federal, a fim de verificar a forma que o Poder Judiciário tem abordado o tema, notadamente no que diz respeito à implementação de políticas públicas para garantir, seja no campo individual ou coletivo, o Direito Social à Moradia. Adotou-se o método indutivo com a pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Judicialização. Direitos Fundamentais. Direito à Moradia. Dignidade da Pessoa Humana. Ativismo Judicial.

RESUMEN

La presente disertación se inserta en la Línea de Investigación de Derecho y Jurisdicción, centrando en Fundamentos de Derecho Positivo. En la sociedad brasileña, actualmente y cada vez más, el poder judicial ha interferido en las medidas de política pública, cuya competencia primaria y ordinaria es esencialmente la de otros poderes, especialmente el poder ejecutivo. Su objetivo científico es investigar las causas históricas y legales por las cuales la judicialización es cada vez más fuerte en Brasil, dirigiendo el estudio a la posibilidad y constitucionalidad para preservar la garantía y efectividad del Derecho Social a la vivienda, que fue elevado a la categoría de derechos fundamentales debido a la edición de la Enmienda Constitucional n. 26, del 14 de febrero de 2000, analizando los antecedentes judiciales, tanto de los Tribunales de Justicia como de la Corte Suprema Federal, sobre el tema, para verificar si los entendimientos adoptados por el Poder Judicial brasileño son consistentes con los preceptos constitucionales. La disertación se divide en tres capítulos. El Capítulo 1 analiza la judicialización, la judicialización de la política y el activismo. El Capítulo 3 se dedica a hacer un análisis histórico del Derecho Social a la vivienda en el sistema legal brasileño, seguido del estudio de algunos precedentes judiciales con el asunto propuesto aquí, tanto por los tribunales como por el Tribunal Supremo Federal, así se verifica la forma en que el poder judicial ha abordado el tema, en particular con respecto a la implementación de políticas públicas para garantizar el individual o colectivo, el derecho social a la vivienda. El método inductivo se adoptó con la investigación bibliográfica y documental.

Palabras clave: Judicialización. Derechos fundamentales. Derecho a la vivienda. Dignidad de la persona humana. Activismo judicial.

INTRODUÇÃO

O fenômeno da Judicialização da Política, como a própria terminologia sugere e em linhas sucintas, remete à atuação de Poder Judiciário em matérias eminentemente políticas, cuja legitimidade, para a devida deliberação, foi constitucionalmente conferida pelo povo por meio do sufrágio universal aos integrantes do Legislativo e Executivo, razão pela qual não é incomum a confusão havida entre Judicialização da Política e Ativismo Judicial.

Essa intervenção de Poder Judiciário, é verdade, é causada em razão de alguns fatos históricos e legais, mas tem como estopim a corriqueira omissão dos poderes responsáveis pela implementação de Políticas Públicas no cumprimento dos direitos básicos conferidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, aliás, concedeu aplicabilidade imediata a uma série de direitos fundamentais e sociais.

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é investigar as causas históricas e jurídicas pelas quais a Judicialização se encontra cada vez mais incisiva no Brasil, direcionando o estudo à possibilidade e constitucionalidade para preservar a garantia e eficácia do Direito Social à Moradia, que foi elevado à categoria de Direito Fundamental em decorrência da edição da Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, analisando precedentes judiciais, tanto dos Tribunais de Justiça, quanto do Supremo Tribunal Federal, acerca do tema, a fim de verificar se os entendimentos adotados pelo Poder Judiciário brasileiro se coaduna com os preceitos constitucionais.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) A determinação de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário ofende o princípio da Separação de Poderes;

b) O Poder Judiciário estaria legitimado a interferir em políticas públicas para garantir a eficácia do Direito à Moradia, notadamente quando tal direito se apresentar ameaçado diante da inércia do Poder Executivo na formulação de políticas públicas voltadas à sua concretização;

c) A Judicialização da Política se confunde com o ativismo judicial, de modo que se trata de fenômeno incompatível com os preceitos constitucionais.

Para verificar a possibilidade das hipóteses levantadas a dissertação foi dividida em três capítulos a saber:

No Capítulo 1 faz-se uma análise histórica acerca da Judicialização, concentrando-se o estudo nas condições para o surgimento desse fenômeno no Brasil, compreendido como sendo a evolução do próprio conceito de Estado, a Constitucionalização abrangente e eficácia normativa da Constituição e, ainda, o sistema de controle de constitucionalidade.

Aborda-se a importância da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - resultado concreto da própria evolução do Estado – para a pujança da Judicialização da Política, com o estudo da Constitucionalização abrangente e da eficácia normativa da Constituição, para fins de compreender a razão pela qual os princípios e preceitos constitucionais devem ser utilizados na interpretação e aplicação da norma infra-constitucional, com destaque para a Dignidade da Pessoa Humana.

O Capítulo 2 trata do regime jurídico dos Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito, abordando-se o desenvolvimento histórico dos direitos humanos e fundamentais e ressaltando as suas dimensões, funções, bem como sua eficácia no plano prático, a fim de demonstrar a importância dos Direitos Fundamentais para garantia dos Direitos Sociais, de natureza prestacional.

Faz-se um panorama geral especificamente quanto aos Direitos Sociais no ordenamento constitucional, sua caracterização e desenvolvimento histórico, buscando constatar sua natureza fundamental, relação com o princípio da dignidade da pessoa humana e, ainda, como isso resultou na superação do

entendimento de que a norma constitucional detém natureza meramente pragmática.

O Capítulo 3 dedica-se a fazer uma análise histórica do Direito Social à Moradia no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando-se sua elevação à condição de direito humano e, portanto, universal, com força jurídica obrigatória e vinculante.

Realiza-se a análise de precedentes judiciais que tratam da matéria aqui proposta, tanto dos tribunais quanto do Supremo Tribunal Federal, a fim de verificar a forma que o Poder Judiciário tem abordado o tema, notadamente no que diz respeito à implementação de políticas públicas para garantir, seja no campo individual ou coletivo, o Direito Social à Moradia, a fim de verificar se entendimentos adotados pelo Poder Judiciário brasileiro se coaduna com os preceitos constitucionais.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas que busquem garantir e conferir efetividade à direitos de natureza fundamental estatuídos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação⁹ foi utilizado o Método Indutivo¹⁰, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano¹¹, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica indutiva.

⁹ “(...) momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.

¹⁰ “(...) pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 114.

¹¹ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente¹², da Categoria¹³, do Conceito Operacional¹⁴ e da Pesquisa Bibliográfica¹⁵.

¹² “(...) explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 69.

¹³ “(...) palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 41.

¹⁴ “(...) uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 58.

¹⁵ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 217.

Capítulo 1

CONSIDERAÇÕES SOBRE JUDICIALIZAÇÃO, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

Neste primeiro capítulo apresentar-se-á alguns elementos sobre a questão da judicialização e do ativismo judicial visando sedimentar a discussão sobre o tema.

1.1 JUDICIALIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

1.1.1 Aspectos gerais e conceituais

Atualmente a sociedade brasileira tem presenciado, e isso de uma maneira crescente, a atuação onipotente do Poder Judiciário que, não poucas vezes, ultrapassa – ao menos aparentemente – o limite da competência que lhe é constitucionalmente assegurada, interferindo inclusive diretamente em matérias que, na essência, deveriam ser alvo de deliberação por parte do Poder Executivo ou Poder Legislativo.

Importante observar, inicialmente, que a Judicialização da Política não detém um conceito fechado e unívoco, mas deve ser compreendida, para fins do presente trabalho, como a circunstância por meio da qual o Poder Judiciário decide acerca de algum fato político ou social que deveria, essencialmente, ser alvo de deliberação pelo Poder Executivo e Legislativo, a fim de garantir direito constitucional.

O fenômeno da Judicialização da Política, pois, trata-se do processo por meio do qual algumas questões que, de modo ordinário, deveriam ser abordadas pelas instâncias políticas, acabam sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário.

O termo “Judicialização da Política” foi utilizado pela primeira vez num seminário realizado na Itália, em 1992, no Centro de Estudos do Poder Judiciário

da Bolonha, tendo por base vários *papers* sobre o tema. A conjugação desses estudos foi publicada em 1994 na Revista Internacional de Ciência Política, por meio do artigo denominado “A Judicialização da política: um fenômeno mundial”, de autoria de Tobjorn Vallinder¹⁶.

Posteriormente, em 1995, houve a publicação da obra *The Global Expansion of Judicial Power*, de Tate & Vallinder, oportunidade na qual o fenômeno passou a ser estudado nas ciências sociais e jurídicas, tendo efetivamente integrado a literatura¹⁷.

Segundo Tate e Vallinder¹⁸, a Judicialização da Política se trata de uma expansão global do poder judicial nos sistemas políticos nas democracias, e está relacionada à queda dos regimes totalitários, podendo ser compreendido como o processo através do qual o Poder Judiciário passa a dominar cada vez mais políticas públicas que, ordinariamente, deveriam ser elaboradas e implementadas pelo Poder Legislativo.

A Judicialização não é exclusividade brasileira; ele acompanha tendência estrangeira, inspirada na Jurisprudência norte-americana, alemã e italiana “[...] como se o Judiciário tivesse se tornado o grande depositário das esperanças e fideducia da população” através da qual, em países com “[...] instituições políticas fragilizadas como a Itália, a magistratura ganha musculatura e desempenha ativo papel político-legislativo”¹⁹.

A constitucionalização do direito no Brasil trouxe a ideia de que o Poder Judiciário sempre será o local ideal para se “[...] dar sustentação ao texto

¹⁶ NUNES, Amandino Teixeira Junior. **A Judicialização da política no Brasil**: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. P. 21.

¹⁷ NUNES, Amandino Teixeira Junior. **A Judicialização da política no Brasil**: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. p. 21.

¹⁸ “[...] The process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other government agencies, especially legislatures and executives [...]”. TATE. C. Neal; VALLINDER, Tobjörn. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University Press, 1995, p. 28.

¹⁹ VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil**: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo. p. 24.

constitucional [...] exigindo a intervenção judicial para aquilo que [...] deveria ocorrer naturalmente”²⁰.

Barroso²¹ diz que o fenômeno da Judicialização teve como causas a redemocratização do país, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988²²; a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição matérias que antes competiam ao processo político majoritário e à legislação ordinária; a existência do sistema brasileiro de constitucionalidade, um dos mais amplos do mundo.

Sob o viés da Constituição Federal de 1988, houve a redescoberta da cidadania e a conscientização dos direitos individuais, a criação de novos direitos, com a ampliação da legitimidade ativa para tutela de interesses e a ascensão do Poder Judiciário como instituição; todos esses fatores também contribuíram para o aumento da Judicialização²³.

Os atuais meios de acesso à Justiça também decorrem dos mesmos eventos, através do qual a jurisdição tem como objetivo realizar os fins do Estado; o acesso à Justiça busca a superação das desigualdades; o processo desenvolve-se com a participação dos envolvidos, na gestão do bem comum²⁴.

Desta forma, Judicialização “[...] significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”²⁵ e não pelas instâncias políticas tradicionais, como o Congresso

²⁰ SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão: A contribuição do Poder Judiciário no desmonte da democracia no Brasil**. Florianópolis: EMais Editora, 2018. p. 130.

²¹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista (SYN)THESIS** v. 5, n. 1, 2012. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 10 abr. 2019.

²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2018.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 428.

²⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 338.

²⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 443.

Nacional e o Poder Executivo. A Judicialização ocorre sempre que uma questão é posta judicialmente. Para Victor²⁶, “a partir do momento em que algum legitimado bate às portas do Judiciário, reclamando a interveniência do Poder Judiciário a respeito de dado aspecto, fala-se na judicialização deste”.

A Judicialização da Política é a possibilidade do Poder Judiciário agir como mediador de conflitos políticos, pois as decisões que deveriam ser tomadas pelos outros poderes passam a ser exaradas com a prestação jurisdicional, havendo clara transferência no processo decisório²⁷.

Abreu²⁸ entende a Judicialização da Política como a substituição e a delegação de atribuições políticas referentes a decisões importantes para o sistema jurídico, como se o Judiciário assumisse o papel de revalidador das decisões políticas.

Atualmente, em especial a partir da redemocratização do Brasil desenvolvida após a ditadura civil-militar de 1964 a 1985, consumada pela Carta Política de 1988, o Poder Judiciário passou a ter sob sua guarda os Direitos Fundamentais, do que depende a legitimidade das leis, atribuindo à Justiça um caráter independente em relação à política. Isto justifica a expansão da Judicialização, pois as decisões judiciais se sobrepõem às decisões dos demais poderes, colocando o Poder Judiciário em evidência na vida da Sociedade²⁹.

Destaca-se, porém, que não compete ao Poder Judiciário fazer as vezes do Poder Executivo; cada qual deve trabalhar dentro dos limites de suas

²⁶ VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil**: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo. p. 12.

²⁷ SILVA, Diogo Bacha e. **Ativismo no controle de constitucionalidade**: A transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação no discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 138.

²⁸ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia** – O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito, p. 283-284.

²⁹ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia** – O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito, p. 266.

competências. Entretanto, a finalidade maior do Estado é a garantia da Justiça social³⁰.

Barroso³¹ afirma que, se por um lado a Constituição “[...] protege os direitos fundamentais e determina adoção de políticas públicas aptas a realiza-los [...]”, por outro lado, atribuiu a competência das decisões sobre os recursos financeiros e as opções políticas aos Poderes Legislativo e Executivo. Considerando que o Poder Judiciário é quem zela pela Constituição, os direitos nela contidos por ele podem ser observados.

Nesse aspecto, a Judicialização demanda a observância aos limites de atuação do Judiciário, a fim de se evitar a supressão de instâncias políticas e a concentração de poder numa só instituição, o que poderia caracterizar certo totalitarismo, diante das “[...] falibilidades humanas que envolvem a detenção de poderes”³².

Conforme explica Maria Luiza Quaresma Tonelli³³:

A tese central do livro *The Global Expansion of Judicial Power* (A expansão global do poder judicial) é a ocorrência de uma expansão global do poder judicial nos sistemas políticos nas democracias. Tal expansão é definida como Judicialização. Vale salientar que os autores dos vários capítulos da referida obra abordam a presença da Judicialização em vários lugares e que tal processo também ocorre em países que não possuem uma constituição escrita como, por exemplo, a Inglaterra. (p. 14).

Observam Tate e Vallinder³⁴, também, que:

[...] a judicialização da política deve normalmente significar: 1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes a expensas dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de direitos

³⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor/UFSC, 1994.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 431.

³² SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão: A contribuição do Poder Judiciário no desmonte da democracia no Brasil**. p. 132.

³³ TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **Judicialização da Política**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016. p. 13.

³⁴ TATE. C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University Press, 1995. p. 13.

de tomada de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública para os tribunais, ou, pelo menos; 2) a propagação dos métodos de decisão judiciais fora da jurisdição propriamente dita. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em processo judicial.

Note-se que a Judicialização da Política pode ser compreendida, portanto, em pelo menos dois aspectos. O primeiro como sendo a própria tomada de decisão pelo Poder Judiciário acerca de matérias que originalmente deveriam ser debatidas pelo executivo (campo administrativa) ou legislativo (campo política). E, o segundo, como a expansão do procedimento judicial para outras áreas que não a da jurisdição propriamente dita.

Diante destes dois contextos é possível extrair que:

o primeiro contexto resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseada na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de staff judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das comissões parlamentares de inquérito). Essas duas formas de judicialização da política são chamadas, respectivamente, de *from without* e *from within*³⁵.

Entende-se, assim, que os principais componentes do conceito de Judicialização da Política se traduzem, de um lado, pela existência de novas questões de natureza administrativa e política passam a ser decididas pelo Poder Judiciário e, de outro, pelo interesse dos políticos e administradores em se valer de métodos judiciais para deliberações de questões afetas ao executivo e legislativo³⁶.

Há que se trazer ainda a questão da politização da Justiça que, embora não se confunda com a Judicialização da Política, pode uma ser remetida à outra. Segundo Urbano³⁷, politização da Justiça:

³⁵ MACIEL, Débora; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política**: duas análises. Lua Nova, 2002. p. 114.

³⁶ NUNES, Amandino Teixeira Junior. **A Judicialização da política no Brasil**: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária. p. 24.

³⁷ URBANO, Maria Benedito. Deambulações teóricas em torno da justiça política. In: CORREIA, Fernando Alves et al. (org.). **Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 649.

[...] consiste na assunção, por parte dos juízes, em particular dos juízes constitucionais, da função política, fundamentalmente a de legislar. De certa forma, eles vão substituir-se, ainda que pontualmente, ao legislador ordinário. Eles usam a Justiça para fazer política (para interferir na governação) ou, se se preferir, para criar novas posições de poder, que se autoatribuem, no seio do sistema político. Em síntese, eles substituem a vontade dos órgãos que tradicionalmente exercem poder político pela sua própria vontade. Esse fenômeno da politização da Justiça assume várias facetas, como sejam a criação de direito ex nihilo e ex novo pelo juiz e o ativismo corretivo.

A politização da Justiça se trata, portanto, da utilização de decisões judiciais como armas políticas, substituindo o juiz constitucional a vontade do legislador, acarretando a perda da função de legislar e da capacidade de se autogovernar³⁸.

É certo que, em geral, entende-se não ser possível a interferência do Poder Judiciário em matérias políticas, já que se deve levar em conta, para implementação de políticas públicas, questões de ordem econômica e orçamentária que estão distante da análise do Judiciário³⁹, além do que poderia causar ferimento ao princípio da Separação dos Poderes e, mais especificamente, à independência constitucionalmente assegurada a eles.

Por outro lado, não se pode olvidar, conforme observado por Oswaldo Canela JR.:

[...] assiste-se a um completo desrespeito dos entes públicos em relação aos direitos constitucionais dos cidadãos, fator que tem causado extrema miséria e incontida violência na sociedade. A abissal desigualdade existente entre os diversos setores da sociedade gera ódio e o desespero, componentes altamente favoráveis à formação de governos totalitários, segundo nos relata a História. A democracia, valor tão caro à humanidade, encontra-se seriamente em risco quando o direito de votar é objeto de barganha por um pedaço de pão⁴⁰.

³⁸ NUNES, Amandino Teixeira Junior. **A Judicialização da política no Brasil**: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária. p. 37.

³⁹ CANELA JÚNIOR., Oswaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

⁴⁰ CANELA JÚNIOR., Oswaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. p. 19.

Assim sendo, em que pese o Poder Judiciário deva, em regra, ficar afastado da ingerência de matérias políticas e afetas exclusivamente à administração pública e ao próprio legislativo, notadamente quando diante de uma forma de governo com raízes democráticas, sistema que substancialmente deve se pautar pela vontade da maioria – por sua vez exteriorizada pela manifestação dos respectivos representantes eleitos pelo sufrágio, leia-se: executivo e legislativo) –, não se pode afastar da jurisdição entraves para a consecução de direitos fundamentais conferidos pelo próprio constituinte.

A Judicialização da Política, pois, “guarda relação com a transformação de questões políticas em jurídicas, sobretudo diante dos direitos e garantia fundamentais, cuja integridade compete ao juiz manter”⁴¹.

Trata-se, na verdade, de um fenômeno jurídico que está ligado à deficiência ou funcionamento inadequado das instituições, conforme observa Lenio Luiz Streck⁴².

1.1.2 Condições para o surgimento do fenômeno da Judicialização:

O processo de Judicialização da política pode ser compreendido com um fenômeno decorrente de três momentos históricos, quais sejam, sua origem nos Estados Unidos, com os federalistas (século XVIII), sua revitalização na Europa do pós-guerra, especialmente através de Hans Kelsen, e na sua incorporação nas Constituições das novas democracias⁴³.

Comentando Tate e Vallinder, Castro sintetiza situações históricas que contribuíram para o desenvolvimento da Judicialização da Política:

⁴¹ SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil e a perda de mandato parlamentar**: as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a infidelidade partidária. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições da Câmara, 2015. p. 19-20.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? Revista **CONJUR**, 07/01/2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em 17ABR. 2019.

⁴³ “[...] o desenvolvimento dos Estados Democráticos e suas políticas de bem-estar social forçaram mudanças na engenharia institucional e a transformação do Judiciário em um poder ativo. SADEK, Maria Tereza. Poder Judiciário: críticas e desafios. In. DORA, Denise Dourado (org.). **Direito e Mudança Social**. Rio de Janeiro: Renovar: Fundação Ford, 2002. p. 413.

[...] a reação democrática em favor da proteção de direitos e contra as práticas populistas e totalitárias da II Guerra Mundial na Europa, que deu origem, por exemplo, à adoção de uma ampla carta de direitos na Grundgesetz alemã; a preocupação das esquerdas com a defesa de “direitos” contra “oligopolistas e oligarcas”, como no caso do trabalhismo inglês (anos 50) ou sueco (anos 70); o resgate intelectual e acadêmico de teorias de “direitos liberais”, presente em autores como Kant, Locke, Rawls e Dworkin e o concomitante desprestígio de autores como Hume e Bentham; a influência da atuação da Suprema Corte americana (especialmente a chamada Warren Court, nos anos 50-60); a tradição europeia (kelseniana) de controle da constitucionalidade das leis; os esforços de organizações internacionais de proteção de direitos humanos, sobretudo a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 - todos esses fatores, segundo Vallinder (1995), contribuíram para o desenvolvimento da Judicialização da Política⁴⁴.

Com efeito, foi uma conjuntura de fatores que remeteram ao surgimento do fenômeno hoje denominado como Judicialização da Política, uns de tendência mundial e outros relacionados ao modelo institucional brasileiro, sendo que os mais relevantes para este trabalho podem ser identificados como a redemocratização do país e a constitucionalização abrangente⁴⁵.

Analisa-se, a seguir algumas condições históricas que possibilitaram o surgimento do fenômeno da Judicialização da Política, a iniciar pela transformação do Estado Liberal para o Estado Constitucional Moderno, porquanto, conforme se verá, o fenômeno da Judicialização está intimamente ligado ao Estado Constitucional Democrático. Posteriormente, se fará pequena incursão acerca especificamente do Brasil, visando demonstrar que a Judicialização decorre, no nosso país, basicamente do modelo de constitucionalização abrangente⁴⁶.

⁴⁴ CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 34, 1997, p. 148.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 433.

1.1.2.1 O Estado Moderno: Do Estado Liberal ao Estado Constitucional Moderno

A Judicialização da Política está intimamente relacionada ao Estado Constitucional Moderno, de modo que se mostra imperativo, para a devida compreensão do surgimento do fenômeno, conhecer, ainda que em cognição não exauriente, a transição do Estado Liberal até o Estado Constitucional Democrático, sobejando a importância do Poder Judiciário em cada momento histórico.

Isso porque foi com a evolução histórica da concepção de Estado e, mais precisamente, com o Estado Contemporâneo Democrático que, conforme explica Paulo Cruz, “a ideia de intervenção estatal no âmbito social se consolidou e, mais importante, ganhou positividade nos ordenamentos jurídicos sociais”⁴⁷.

O Estado Moderno significa, em verdade, uma nova representação de poder muito distinta daquela que até então prevalecia⁴⁸, e se desenvolve após o Estado Medieval.

Surge, então, a necessidade da criação da figura do território, onde deveria estar delimitada uma determinada soberania, sendo que “os tratados de paz de Westfália tiveram o caráter de documentação da existência de um novo tipo de Estado, com a característica básica de uma unidade territorial dotada de um poder soberano. Era já o Estado Moderno [...]”⁴⁹. O Estado Moderno nasce absolutista, estando o poder unicamente na pessoa do monarca em decorrência da influência divina.

O principal fundamento do Estado Moderno, portanto, é a própria soberania, atrelada, por sua vez, na pessoa do governante, monarca, no rei absoluto, a quem pertencia todas as competências e atribuições do governo⁵⁰:

⁴⁷ CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. (coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. Curitiba: Juruá Editora, 2005. v. 1. p. 13.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 40.

⁴⁹ DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 78.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. p. 42.

O Estado Moderno, nas lições de Bonavides⁵¹, passa por duas fases consecutivas de teorização da soberania. “Na primeira avulta o regime da Monarquia absoluta de direito divino, [...] aquela que contém a formulação da soberania como instrumento e substância de poder, [...] vian na soberania um poder absoluto, de aparência ilimitado”. E, quanto à segunda fase, “[...] a teoria do Absolutismo se desata dos laços teológicos e metafísicos que eram um freio ao monarca [...]”.

Tem-se, assim, que na primeira fase da soberania no Estado Moderno os poderes do monarca estavam atrelados à vontade divina, sofrendo de certo modo uma limitação teleológica, ao passo que, na segunda, se inicia um procedimento de ruptura dessa interdependência. É nesta segunda fase, que Hobbes introduz a teoria do contratualismo social com a obra *Leviatã*⁵², onde ganharam força as ideias racionalistas diante do afastamento gradual e cada vez mais intenso do teocentrismo, havendo uma ruptura entre a razão e a fé. O homem, portanto, passa a ser o centro das atenções e é visto como ser capaz de solucionar os problemas de uma maneira racional. “[...] a secularização do Absolutismo [...] Hobbes, com o contratualismo social introduz uma nova fundamentação de poder, que já não promana da divindade, mas do Homem e de sua razão prática, dos imperativos racionais”⁵³.

Surgem, então, teorias que justificam a origem da sociedade civil, e, por consequência, do próprio Estado, como sendo este movido por um governo guiado por leis que garantem liberdade e igualdade entre os indivíduos, sendo que a submissão dos cidadãos ao império do Estado se dá em razão da necessidade da união em prol de um bem comum, em especial para fins de garantir a proteção das liberdades individuais e a existência de uma sociedade mais justa.

Para Hobbes, a condição natural dos homens é má, de guerra, encontrando-se nela três principais causas da discórdia: a competição, a

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. p. 44.

⁵² MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã**: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de João Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. p. 44.

desconfiança e a glória, sendo que a primeira leva os homens a atacarem por lucro, a segunda, por segurança e, a terceira, por reputação⁵⁴.

Dessa forma, em sendo a natureza do homem, em seu estado natural, de guerra contra todos, onde cada um pode fazer o que bem entender, sendo governado por sua própria razão, conclui-se que ele tem direito a todas as coisas, de modo que ninguém poderia assim viver em segurança e paz mínimas, na medida em que, prevalecendo o seu egoísmo, o homem sempre buscará a predominação sobre seu semelhante, sendo visto por Hobbes como “lobo do seu semelhante”⁵⁵.

Segundo Reale e Antiseri⁵⁶:

[...] o homem é um deus para o homem como que o homem é o lobo do homem, o primeiro em relação aos concidadãos, o segundo em relação aos Estados. No primeiro caso, chega-se a assemelhar-se a Deus pela justiça e caridade, as virtudes da paz, No segundo caso, por causa da insolência dos maus, também os bons, se quiserem se defender, tem de recorrer à força e ao engano, as virtudes da guerra, isto é, a ferocidade das bestas.

Na medida em que a indispensabilidade da paz mínima é observada, que deriva de um preceito ou regra geral da razão – *Lex Naturalis* -, surge a necessidade, então, de lei que proíba atos de vontade que visam proteger interesse individual. Mas, para isso, diz Thomas Hobbes, é preciso que as leis sejam feitas o que, por consequência, demanda acordo quanto à pessoa que deve fazê-la⁵⁷.

Dessa lei fundamental da natureza, pela qual se tem como preceito a busca dos homens pela paz, é que deriva uma segunda lei: “[...] que um homem concorde, quando outros também o façam, [...] em renunciar a esse direito sobre

⁵⁴ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã**: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. p. 46.

⁵⁵ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã**: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. p. 71.

⁵⁶ REALI, Giovanni. **História da filosofia**: do humanismo a Kant. São Paulo: Paulinas, 1990. p. 947.

⁵⁷ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã**: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. p. 47.

todas as coisas, e se contentar em ter tanta liberdade [...] quanto ele permitiria que outros homens tivessem em relação a ele mesmo”⁵⁸.

Daí que decorre o Estado e a pessoa do soberano – essa é a geração daquele grande Leviatã -, onde a ele são cedidos/transferidos todos os direitos e poderes particulares para a proteção dos egoísmos individuais, sendo que a transferência mútua de direitos é aquilo que os homens chamam de contrato.

Assim o Estado foi instituído quando os homens concordam e pactuam, que a qualquer homem, ou assembleia de homens, a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles autorizarão todos os atos e decisões como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz entre si e serem protegidos de outros homens⁵⁹.

Esse Estado Soberano, pois, passa a concentrar, de forma absoluta, todos os poderes, não em decorrência de alguma intervenção divina, mas sim em razão do contrato outorgado, lhe competindo a proteção do bem comum.

Padovani e Castagnola⁶⁰, assim definem o seu ilimitado poder: “O soberano não tem nenhum dever para com os súditos, pois o pacto não se realiza entre ele e os súditos, mas apenas entre os súditos, que põe o poder nas mãos do soberano. Daí o poder absoluto, ilimitado do soberano”.

O Estado, assim, na visão de Thomas Hobbes, é uma criação racional humana regido por leis naturais, com poder absoluto (Estado Absolutista) e detentor dos direitos dos seus súditos, que decorre da necessidade da busca comum pela paz e liberdades individuais, afastando o egoísmo e o estado de guerra naturais

⁵⁸ MORRIS, Clarence. **Os Grandes Filósofos do Direito**: leituras escolhidas em direito. São Paulo: Martins Forense, 2002. p. 106.

⁵⁹ MORRIS, Clarence. **Os Grandes Filósofos do Direito**: leituras escolhidas em direito. p. 116.

⁶⁰ PADOVANI, Humberto; CASTAGNOLA, Luis. **História da Filosofia**. 7 ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1967. p. 320.

dos homens, que cedem, através de um contrato, seus direitos para esse soberano⁶¹.

Não se olvida a existência de outros relevantes pensadores da teoria contratualista clássica, como Jean Jaques Rousseau e John Locke. Contudo, “o precursor do totalitarismo estatal do século XX, [...] Hobbes é, em verdade, o teorista por excelência do Absolutismo, designadamente daquele Absolutismo que ostenta uma singular legitimidade contratualista”⁶².

Feito esse breve parêntese para discorrer acerca da teoria contratualista, passada essa segunda fase da soberania do Estado Moderno, caracterizada na essência para sua desvinculação do poder divino, o protagonismo do absolutismo extremo pré-1789 começa a se esvaecer com a Revolução Francesa, iniciando-se a era das liberdades do Estado constitucional e, por consequência, da limitação do poder⁶³.

Nasce, pois, a figura do homem povo, cidadão, político, que faz leis, que governa ou deixa governar⁶⁴. Historiando acerca do Estado constitucional, assim explica Bonavides⁶⁵: “[...] primeiro Estado constitucional cristaliza-se ao redor de uma noção fundamental [...] a noção de povo, [...] que ilumina o caminho para a criação de um sistema democrático de poder, e [...] inspira a concretização de direitos fundamentais” [...].”

Denota-se, portanto, uma premissa fundamental do Estado Moderno, que é a transformação do Estado absoluto em Estado Constitucional. O poder já não é mais de pessoas, mas sim de leis: “São as leis, e não as personalidades, que

⁶¹ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã**: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. p. 49.

⁶² BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**., p. 45.

⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. p. 46.

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. p. 46.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. p. 46.

governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições”.⁶⁶

Na qualificação de Bonavides, o Estado constitucional apresenta três modalidades: a primeira é o Estado constitucional da separação de poderes (Estado Liberal), a segunda o Estado constitucional dos direitos fundamentais (Estado Social) e, por fim, o Estado constitucional da Democracia participativa (Estado Democrático Participativo)⁶⁷.

O Estado Liberal surge imediatamente após a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa, ambas ocorridas na segunda metade do século XVIII, fundando-se no positivismo total, no respeito às leis e no princípio da separação dos poderes que, por si só, impunha limites ao arbítrio do governante⁶⁸.

O denominado Estado Liberal (séculos XVIII e XIX) surgiu como contraponto aos regimes absolutistas, nos quais os indivíduos estavam sujeitos unicamente à vontade do soberano de modo que, conforme Ada Pellegrini Grinover, “O modelo do constitucionalismo liberal preocupou-se, com exclusividade, em proteger o indivíduo da ingerência do Estado”⁶⁹.

É nesta etapa da evolução do Estado que ele se compromete com a liberdade dos indivíduos, respeitando os direitos civis e políticos e, ainda, os direitos fundamentais de primeira dimensão⁷⁰:

Estava posto, assim, pela vez primeira no Direito Constitucional, como uma de suas colunas-mestras de sustentação e reconhecimento, o clássico princípio da separação dos Poderes, do qual não se pode prescindir sem correr o risco de recair nos regimes de exceção e arbítrio. A primeira modalidade de Estado

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. p. 49.

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. p. 49.

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. p. 50.

⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 164, a. 33, out. 2008. p. 10.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. p. 50.

constitucional, por seu compromisso inquebrável com a liberdade e, por via de consequência, com os direitos civis e políticos, que formam a grande camada dos direitos fundamentais de primeira dimensão, denominou-se também de Estado Liberal, e com esse nome e significado tem percorrido as distintas fases do Constitucionalismo, não obstante já lhe terem passado mais de uma vez a certidão de óbito⁷¹.

Note-se que o princípio da separação dos Poderes, nascido no Estado de Polícia através de Montesquieu e, especificamente, da obra o Espírito das Leis⁷² (*L'Esprit des lois*, 1748) - inspirada em John Locke e no seu estudo das instituições políticas inglesas -, pretendia descentralizar o poder a fim de evitar sua concentração em uma só pessoa ou órgão - o que, via de consequência, dá maior margem à arbitrariedades -, bem como buscar garantir o respeito às liberdades individuais mínimas:

A teoria da separação dos poderes, que através da obra de Montesquieu se incorporou ao constitucionalismo, foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos. Com efeito, diz o próprio Montesquieu que, quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não há liberdade, pois que se pode esperar que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Proposta essa idéia de maneira sistemática no século XVIII, com o fim exclusivo de proteção da liberdade, mais tarde seria desenvolvida e adaptada a novas concepções, pretendendo-se então que a separação dos poderes tivesse também o objetivo de aumentar a eficiência do Estado, pela distribuição de suas atribuições a órgãos especializados⁷³.

Nas palavras do próprio Montesquieu:

[...] Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. p. 50.

⁷² MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes Editora Ltda, 1993.

⁷³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 214.

unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares⁷⁴.

A tripartição de poderes então acaba por ser a solução que possibilita que o poder seja fiscalizado pelo próprio poder, impedindo sua monopolização em uma só pessoa ou órgão.

O sucessor do Estado Liberal ou de Polícia, o Estado Social ou Estado dos direitos fundamentais, não se preocupa mais com as liberdades individuais que já estão enraizadas no Estado, mas sim com os direitos da justiça⁷⁵.

Os direitos de justiça, em sentido amplo, abrangem os direitos sociais e de desenvolvimento, sendo marcada essa nova etapa do constitucionalismo como uma introdução tanto aos direitos da segunda como da terceira geração, marcando os direitos fundamentais e sociais como base de constituição desse novo Estado.

O Estado Social, também chamado de Estado Contemporâneo Democrático, Estado de Bem-Estar, Estado Social Democrata ou Estado Constitucional Moderno, visou, para além do respeito às liberdades individuais, a garantia dos direitos sociais e de justiça, com o objetivo primeiro de buscar o bem comum e proporcionar igualdade na sociedade, seja na esfera econômica, social ou cultural⁷⁶.

Assim como o Estado Liberal se preocupava com as liberdades e com o respeito às leis e às regras, ou seja, com a legalidade, no Estado Social a nova perspectiva do constitucionalismo consistia na legitimidade como paradigma dos Estatutos fundamentais. Só é legítimo o que respeita valores e princípios; o que

⁷⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. p. 230

⁷⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 33/39.

⁷⁶ CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. (coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. p. 13.

respeita próprio direito fundamental, de modo a poder se considerar a supremacia da legitimidade sobre a legalidade.

Esse breve histórico acerca da evolução do Estado Liberal ao Estado Moderno nos demonstra a importância crescente conferida, após a derrocada do absolutismo, aos direitos sociais e à busca pelo bem comum e igualdade, respeitando-se princípios fundamentais basilares e inerentes ao ser humano.

Essa construção é importante e deu condições basilares para o surgimento do fenômeno da Judicialização, já que a positivação dos direitos fundamentais e sociais nas Constituições, e seu reconhecimento por um Estado não teria a eficácia desenvolvida ao longo dos anos se não pudessem ser devidamente garantidos.

1.1.2.2 A Constitucionalização abrangente e a eficácia normativa da Constituição

A Constituição nem sempre foi vista como uma norma jurídica dotada de eficácia e devidamente oponível, mas sim como um documento político, de modo que ao Poder Judiciário não competia qualquer espécie de intervenção ou mesmo aplicação das normas constitucionais:

Uma das grandes mudanças de paradigmas ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional o status de norma jurídica. [...] A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição⁷⁷.

A constitucionalização, portanto, converge para a possibilidade da Judicialização de políticas públicas já que ela compreende não só a inserção pura e simples de matérias de natureza infraconstitucional na Constituição, mas também expressa o reflexo dos valores constitucionais por todo o sistema jurídico.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. p. 255.

Acerca da Constitucionalização do direito, as lições de Schreiber⁷⁸, são necessárias:

Não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também de se reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares. A rigor, para o direito civil-constitucional não importa tanto se a Constituição é aplicada de modo direto ou indireto (distinção nem sempre fácil). O que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas.

Farrajoli⁷⁹, por sua vez, explica o postulado do positivismo jurídico, para o qual a validade da norma está condicionada puramente à sua legitimidade formal (legalidade), e a evolução para o Constitucionalismo:

O postulado do positivismo jurídico clássico é de fato o princípio de legalidade formal, [...] A juridicidade de uma norma não depende mais, no direito moderno, de sua intrínseca justiça ou racionalidade, mas somente da sua positividade, ou seja, do fato de ser 'posta' pela autoridade competente na forma prevista para a sua produção. O constitucionalismo, [...] corresponde a uma segunda revolução na natureza do direito, que se expressa em uma alteração interna do paradigma positivista clássico. Se a primeira revolução se expressou na afirmação da onipotência do legislador, ou seja, do princípio da mera legalidade (ou da legalidade formal), [...] essa segunda revolução se realizou com a afirmação daquilo que podemos chamar de princípio da estreita legalidade (ou da legalidade substancial): isto é, com a submissão também da lei aos vínculos não somente formais, mas substanciais impostos pelos princípios e pelos direitos fundamentais expressos nas constituições.

A Constitucionalização do Direito é uma evolução do Positivismo Jurídico clássico, fundado na mera legalidade, para o que se pode denominar de legalidade substancial, já que a validade da norma não está interligada apenas e tão somente à sua forma, mas em especial à sua correlação lógica e harmoniosa com as substâncias extraídas dos Direitos Fundamentais.

⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 06.

⁷⁹ FARRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 43-44.

Com efeito, não há norma legítima ou válida se ela não corresponder aos valores justiça e utilidade social, ainda que, formalmente, seja ela perfeita. No Estado Democrático e Social de Direito não há mais espaço para a aplicação isolada do pensamento dogmático jurídico, eximindo-se da necessidade inarredável de construção e interpretação da norma de acordo com a representação extraída da consciência jurídica social, única forma de garantir os valores justiça e utilidade social, próprios da essência do Direito.

Aliando-se o efeito da constitucionalização consistente na própria inserção do direito infraconstitucional no texto Constitucional, com aquele que remeta à interpretação de todo o sistema jurídico de acordo com princípios e os valores constitucionais, certamente, abre-se espaço para a Judicialização da política, posto que:

Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: Se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas⁸⁰.

Outra clássica característica da constitucionalização ou neoconstitucionalismo é a predominância e ascensão do princípio da dignidade da pessoa humana, passando a ter relevante papel na interpretação da lei infraconstitucional:

Sendo o princípio da dignidade da pessoa humana um componente ético-jurídico inafastável ao qual se subordina todo o direito é estreme de dúvidas que, também no âmbito do Direito Civil, impõe-se uma releitura dos institutos com vista a preservar e de promover a dignidade da pessoa humana. As relações entre particulares – inclusive, e sobretudo, naquilo que se refere a exercício de atividade de natureza econômica – subordinam-se ao pressuposto

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.

que é o respeito à pessoa do outro, tomado como sujeito concreto, dotado de dignidade⁸¹.

A interpretação do sistema com base nos princípios e valores constitucionais confere ao Poder Judiciário, na aplicação do direito, uma posição protetora desses direitos, o que necessariamente remete a uma interferência direta nas políticas públicas (leia-se: Judicialização da Política), notadamente quando o próprio direito fundamental social está inserido no texto constitucional.

Importante registrar, ainda, que com a constitucionalização abrangente e eficácia normativa da constituição, sobreveio também o sistema de controle de constitucionalidade, circunstância que, igualmente, favorece e possibilita a Judicialização da Política.

Uma Constituição só tem razão de ser se for integralmente válida e eficaz e, mais que isso, se sua aplicação estiver devidamente garantida no próprio texto constitucional, assegurando mecanismo de reação em caso de descumprimento ou afronta. Quanto às possíveis ameaças a uma Constituição, explica Cruz⁸²:

As ameaças à vigência efetiva da Constituição podem ser de dois tipos. [...] a negação expressa da obediência à Constituição, com a conseguinte pretensão de atingir o ordenamento constitucional. [...] ameaça igualmente perigosa, consistente, não já no desafio expresso das prescrições constitucionais, mas sim, na sua negação prática, através do seu não cumprimento. No primeiro caso, busca-se a destruição da Constituição por vias não jurídicas. No segundo, seu esquecimento e irrelevância.

O controle de constitucionalidade, pois, surge como escudo de validade e eficácia da Constituição. No Brasil, o instituto do controle de constitucionalidade, junto com a constitucionalização abrangente e a própria redemocratização ocorrida com a Constituição de 1988, é um dos grandes responsáveis pela cada vez mais intensa e crescente Judicialização da Política, porquanto ele permite que o Poder Judiciário ateste a validade de leis e atos

⁸¹ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 35, Rio de Janeiro: Padma, jul./set., 2008.

⁸² CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 257.

normativos, podendo inclusive afastar sua aplicação acaso entenda que a norma está em desacordo com o texto Constitucional.

1.2 ATIVISMO JUDICIAL

No Brasil, o fenômeno da Judicialização se desenvolveu, como já apontado anteriormente, em face do modelo de Constituição abrangente e do sistema de controle de constitucionalidade, pelo qual qualquer juiz ou Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma ao caso concreto. Ou seja, a Judicialização não é uma opção política do Judiciário, que tem a obrigação de dizer o direito quando provocado; porém, a maneira como exerce essa competência é que determina a existência ou não de Ativismo Judicial⁸³.

Ramos⁸⁴ conceitua Ativismo Judicial como

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Para Barroso⁸⁵, o ativismo judicial consiste em uma postura proativa do juiz para o fim de contornar o processo político majoritário:

Uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e o alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.

No escólio de Ramos⁸⁶, o ativismo judicial ocorre quando o Poder Judiciário excede seus limites constitucionais:

⁸³ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 446.

⁸⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.

⁸⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. p. 116-117.

[...]o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. [...] da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Dworkin⁸⁷ sustenta que:

[...]os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...], a despeito das razões concorrentes [...]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso.

Deve-se observar que a expressão ativismo judicial tem sua origem nos Estados Unidos e foi empregada, sobretudo, para qualificar a forma de atuação da Corte Suprema americana durante os anos de 1954 e 1969, enquanto presidida por Earl Warren, época protagonizada pela modificação de práticas políticas nos Estados Unidos conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, não tendo essa transformação qualquer aval ou endosso do Congresso⁸⁸.

O termo propriamente dito, contudo, “foi utilizado pela primeira vez por Arthur Schlesinger, em janeiro de 1947, em artigo publicado numa revista popular, no qual ele traçava um perfil dos nove juízes da Corte Suprema nos Estados Unidos⁸⁹”.

Após a Segunda Guerra Mundial a justiça constitucional teve crescente evolução, modificando inclusive o comportamento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, Conforme Dworkin⁹⁰:

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 215.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. p. 434.

⁸⁹ SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil e perda do mandato parlamentar**: as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a infidelidade partidária. Brasília: Câmara dos Deputados 2015. p. 23-24.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 451-452.

Foi a partir do século XX que a Suprema Corte norte-americana revelou uma atuação mais explícita em favor da efetivação dos direitos individuais, por meio do acolhimento de teses nesse sentido, notadamente em sede de revisão judicial (o século XX, na história da Suprema Corte, apenas para citar – e antecipar – alguns exemplos, foi marcado pela Era Lochner e pela lendária Corte Warren). Na verdade, a capacidade de os juízes e de os tribunais estadunidenses influírem no funcionamento das suas instituições é enorme e parece aumentar com o passar do tempo. Todavia, este não é um fenômeno exclusivo ou particular do modelo norte-americano; pelo contrário, o constitucionalismo europeu, notadamente no segundo pós-guerra, também passou a apresentar característica bastante ampliada da atuação dos Tribunais Constitucionais [...].

O fenômeno do ativismo judicial, também conhecido como jurisdição positiva, remete à conduta de um Poder Judiciário revestido de supremacia e assunção de competência que, constitucionalmente, foram atribuídas a outro poder, especificamente o Poder Legislativo.

Observa-se, então, que o ativismo judicial se caracteriza pelo exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário atuar⁹¹.

Extrapolação dos limites da função jurisdicional, instrumento de aplicação do direito objetivo, em detrimento dos outros poderes, cuja descaracterização interfere fortemente no princípio da separação dos poderes⁹².

Ativismo Judicial caracteriza-se pelo exercício de um atípico poder político pelo Poder Judiciário, como forma de garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais e a supremacia da Constituição⁹³.

Para Santos⁹⁴, o problema não está no Ativismo Judicial ou na Judicialização, mas na falta de critérios para a efetivação de Políticas Públicas.

⁹¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. p. 10.

⁹² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. p. 119.

⁹³ SANTOS, Douglas Henrique Maris dos. **Judicialização da política**: Desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2014, p. 46.

⁹⁴ SANTOS, Douglas Henrique Maris dos. **Judicialização da política** – Desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial, p. 50.

A interferência do Poder Judiciário na competência de outros poderes pode ser vista não só sob a ótica da Judicialização da Política, conforme estudado acima, mas também do fenômeno do ativismo judicial, sendo de certa forma tênue a linha que divide os dois institutos.

1.3 DIFERENÇAS ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

Para Streck⁹⁵, a principal diferença entre a Judicialização da política e o ativismo judicial residem no fato de que, no ativismo, há uma vontade do julgador em substituir o debate político e também está relacionada ao funcionamento inadequado das instituições dentro dos limites apresentados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Neste sentido, entende que “Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de Judicialização a ser observado”. Entende também que a Judicialização é contingencial pois depende da atuação das instituições.

O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o judiciário oferece à questão objeto de Judicialização. No caso específico da Judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretensão “avanço” seja para manter o status quo). Assim, de uma questão que sofreu Judicialização pode-se ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável numa perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guarnecedores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista.

O pensamento de Streck coaduna com a ideia que identifica que a principal diferença entre a Judicialização e o ativismo está na postura do julgador:

Apesar de interdependentes, ambos não se confundem, caracterizando-se, a judicialização, antes, como o resultado de um processo que possui múltiplas causas e que conduz a uma ampliação dos espaços de atuação da jurisdição constitucional em termos institucionais, decorrente, entretanto, de fatores em certa medida externos ao Poder Judiciário. Já o ativismo judicial possui

⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? Revista CONJUR.

uma dimensão e um caráter mais interno, podendo ser classificado, antes, como algo vinculado à postura do julgador ou do Tribunal no cumprimento de suas funções. Não se pode desconsiderar, porém, que, apesar dessa distinção, ambos se relacionam, pois o processo de judicialização, em virtude de suas características, favorece o aparecimento de condutas “ativistas” (ainda que, conforme aduzido no texto, os parâmetros do que seja uma decisão ativista não possam ser fixados de forma objetiva, deixando margem a interpretações). O ativismo pode se fazer presente mesmo em um contexto de competências reduzidas ou de restrição da atuação dos Tribunais; assim, uma decisão que em um determinado tempo e lugar poderia ser classificada de ativista pode ser recebida como absolutamente “normal” em outro, uma vez que estes conceitos são, conforme já dissemos, relativos⁹⁶.

Na lição de José Ribamar Ribeiro Soares, não se pode confundir ativismo judicial com Judicialização de políticas públicas, na medida em que, no caso do ativismo, a “própria sociedade estaria requerendo do juiz uma interferência para a solução de problemas”, ao passo que a Judicialização se relaciona “com a transformação de questões políticas em jurídicas, sobretudo diante dos direitos e garantias fundamentais”⁹⁷.

Importante ainda trazer à lume os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, analisando a diferença entre a politização do Judiciário e a política exercida pelos demais poderes:

Diante de um Judiciário neutralizado, aqueles dois poderes produzem normas, mas não criam o direito. O poder político valoriza e desvaloriza direitos, ao alterar-lhes a força de obrigatoriedade. Pode até usar e abusar deles. Os produtos normativos oferecidos pela atividade política do Legislativo e do Executivo não passam, porém, de mercadorias: têm valor de uso e valor de troca, mas não têm valia, isto é, não têm valor em si. A neutralização política do Judiciário é que institucionaliza a prudência como uma espécie de guardião ético dos objetos jurídicos. Ora, com a politização da Justiça tudo passa a ser regido por relações de meio e fim. O direito não perde sua condição de bem público, mas perde o seu sentido de prudência, pois sua legitimidade deixa de repousar na concórdia *potencial* dos homens, para fundar-se numa espécie de coerção: a coerção da eficácia funcional. Ou seja, politizada, a experiência jurisdicional torna-se presa de um jogo de estímulos e respostas que exige mais cálculo

⁹⁶ SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil e a perda de mandato parlamentar**: as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a infidelidade partidária. p. 19-27.

⁹⁷ SOARES, José Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil e perda de mandato parlamentar**: as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre infidelidade partidária. p. 19-27.

do que sabedoria. Segue-se daí uma relação tornada meramente pragmática do juiz com o mundo. Pois, vendo ele o mundo como um problema político, sente e transforma sua ação decisória em pura opção técnica, que deve modificar-se de acordo com os resultados e cuja validade repousa no bom funcionamento⁹⁸.

Utilizando a distinção entre *Poiesis* e *Práxis*, dos filósofos gregos, Carlos Eduardo Araújo de Carvalho faz interessante analogia para demonstrar as diferenças entre ativismo judicial e Judicialização da política:

Acredita-se, entretanto, que a melhor colocação para distinguir um conceito do outro seja utilizar uma distinção que primeiramente foi proposta pelos grandes filósofos gregos, qual seja a distinção entre *Poiesis* e *Práxis*. *Poiesis* é um termo grego que significa produção (fabricação), contraposto ao termo *práxis* usado por Aristóteles, que significa ação, mas seu significado vai além disto. [...] A judicialização ocorre porque há a possibilidade de fazê-lo normativamente (*Poiesis*). [...] manifesta-se, portanto: 1) pela aplicação direta da Constituição a situações expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador; 2) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios de ostensiva violação da Constituição. O Ativismo, por sua vez, foge das amarras legais e normativas (*Práxis*), pois se manifesta: 1) pela imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas; 2) pela aplicação direta da Constituição a situações que não foram expressamente contempladas em seu texto, criando-se uma normatividade concorrente; e 3) pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos de violação da Constituição. A distinção se torna mais perceptível quando analisamos a perspectiva do objeto do agir pela *poiesis* e pela *práxis*, ou seja, no Ativismo visa a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e alguns fins constitucionais (*práxis*); enquanto na Judicialização decorre da própria legislação que impõe esses deveres aos judiciários, sem alternativa (*poiesis*)⁹⁹.

A Judicialização não se confunde com o Ativismo Judicial. A primeira ocorre porque, além das causas anteriormente citadas, o Poder Judiciário passa a decidir de acordo com o que lhe compete fazer. Já o Ativismo Judicial, segundo

⁹⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência ? **Revista USP**, n. 21. São Paulo: 1994, p. 21.

⁹⁹ CARVALHO, Carlos Eduardo Sampaio de. **Judicialização e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17325/judicializacao-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 20 jun 2019.

Barroso¹⁰⁰, representa uma “[...] atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, impondo-se, muitas vezes em “[...] situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

A Judicialização da política, pois, é uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício de uma vontade política do julgador, ao passo que o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha de um modo proativo de interpretar a Constituição. Poder-se-ia dizer que está baseada em um excesso de atuação.

¹⁰⁰ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista (SYN)THESIS**.

Capítulo 2

DIREITOS SOCIAIS E REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Neste segundo capítulo far-se-á incursão teórica acerca dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito.

2.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

2.1.1 Origens Históricas

Historicamente, a sociedade civil foi caracterizada pelo poder ilimitado do Estado, bem como pelo seu domínio e imposição sobre o homem, que não detinha qualquer direito preestabelecido, por mínimo que seja, tampouco garantia para assegurar sua eficácia.

Os direitos do homem, pois, foram surgindo – no decorrer do tempo e gradualmente - com o escopo de conferi-lo um valor intrínseco, inviolável e inalienável, de modo a protegê-lo da arbitrariedade do Estado, mantendo-o incólume e seguro quanto a alguns princípios básicos e essenciais à própria vida, os quais foram sendo reconhecidos e conferidos em proporção exponencial, embora lentamente.

Noberto Bobbio, neste aspecto, esclarece que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas¹⁰¹.

Siqueira e Piccirillo, da mesma forma, asseveram, quanto à evolução histórica dos direitos do homem, que:

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade, por isto é de extrema importância, para entender seu significado atual compreender como eles foram observados em eras passadas para eliminar os erros e aperfeiçoar os acertos¹⁰².

Essa conquista, obviamente, que até hoje se encontra em evolução, não partiu da vontade livre e consciente de quem detinha o poder, mas sim lutas sociais contra o próprio poder absoluto.

Importante estabelecer que a evolução dos direitos humanos se desenvolve em conjunto com os desdobramentos das concepções de Estado, na medida em que, como visto no capítulo anterior, o grande estopim das evoluções históricas do Estado foi, justamente, a gradual conquista dos direitos do homem.

Embora já no século X a.C se tenha registro acerca de manifestação buscando a limitação do poder político, tem-se doutrinariamente como marco histórico relevante para o surgimento dos Direitos Fundamentais o Cristianismo, pois, segundo Jorge Miranda, é com ele que o indivíduo começa a ser visto com um ser dotado de valor por si só, a partir do ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus:

É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem aceção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados a imagem e semelhança de Deus, todos os homens e mulheres são chamados à salvação através de Jesus, que, por eles, verteu o Seu sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir¹⁰³.

Foi com essa concepção e premissa, consistente na atribuição de um valor intrínseco ao homem, que as teorias contratualistas, nos séculos XVII e XVIII, inserem o Estado como uma autoridade política a serviço do homem, conforme explicam Paulo Gustavo Branco e Gilmar Mendes:

¹⁰² SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. p.1.

¹⁰³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000. v. 4. p. 17.

Nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certo número de direitos preexiste ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação — o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos¹⁰⁴.

Ato contínuo, tem-se como ponto fulcral para o desenvolvimento dos direitos inerentes ao homem a metade do século XVIII, através do *Bill of Rights* de Virgínia (1776), porquanto é por meio dessa declaração que se dá a primeira positivação desses direitos, na medida em que o art. 1º da Declaração de Direitos de Virgínia proclama que todos os homens são por natureza livres e têm direitos inatos, de que não se despojam ao passar a viver em sociedade¹⁰⁵.

Posteriormente, o mesmo objetivo de liberdade e igualdade dos seres humanos é reafirmada pela Declaração francesa de 1789 e, ainda mais recentemente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

E, conforme explica Comparato:

As declarações de direitos norte-americanas, juntamente com a Declaração Francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas¹⁰⁶.

A consolidação e universalização dos direitos do homem, por outro lado e conforme ensina Wolkmer, ocorreu no período pós Revolução Francesa:

[...] foi a França pós-revolucionária que reconheceu e consolidou a tese da universalização e da formalização dos direitos naturais do homem. O certo é que se estimulou, sob a égide de um Estado-Nação unificado, o processo de integração dos múltiplos sistemas

¹⁰⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 204.

¹⁰⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. p. 205.

¹⁰⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2 ed. Saraiva, São Paulo: 2001. p. 50.

legais sob o fundamento da igualdade de todos indivíduos perante uma legislação comum¹⁰⁷.

Feitos estes apontamentos acerca da origem e surgimento dos direitos do homem, oportuno conceituar o que vem a ser identificado como direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais

2.1.2 Direitos humanos, Direitos do homem e Direitos fundamentais

Embora seja comum encontrar obras que consideram direitos fundamentais e direitos humanos como sinônimas, os direitos humanos têm relação com um discurso universalista, abrangendo qualquer pessoa numa perspectiva internacional¹⁰⁸, ao passo que os direitos fundamentais passaram por um processo de positivação¹⁰⁹.

Conforme avalia Robert Alexy¹¹⁰, os direitos do homem independe de sua positivação, detendo validade universal:

Os direitos fundamentais rompem, por razões substanciais, o quadro nacional, porque eles, se querem poder satisfazer as exigências a serem postas a eles, devem abarcar os direitos do homem. Os direitos do homem têm, porém, independentemente de sua positivação, validade universal. Eles põem, por conseguinte, exigências a cada ordenamento jurídico. Uma contribuição importante para a sua imposição mundial prestou e presta a declaração dos direitos do homem universal, de 10 de dezembro de 1948. Os direitos do homem tornaram-se vinculativos jurídico-positivamente no plano internacional pelo pacto internacional sobre direitos civis e políticos, de 19 de dezembro de 1966. Uma peça paralela a ele é o pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, do mesmo dia, que, certamente, está dotado com força de imposição muito menor. Ao lado deles e de outros pactos postos mundialmente colocam-se convenções regionais. Tudo isso cria comunidades substanciais.

¹⁰⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antonio Carlos (Coord). **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 2.

¹⁰⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 320.

¹⁰⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. p. 320.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/Organização de Luís Afonso Heck. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 55-56.

O termo Direitos Humanos vem sendo alvo de vários estudos e debates, sendo importante para delimitar seu conceito a análise feita por Garcia¹¹¹, que assim bem delimitou que:

[...] três são expressões as corretas para serem usadas atualmente: direitos humanos, direitos fundamentais e direitos do homem. Respaldamos nossa opinião no consenso geral existente na doutrina especializada no sentido de que os termos direitos humanos e direitos do homem se utilizam quando fazemos referência àqueles direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, e o termo direitos fundamentais para aqueles direitos que aparecem positivados e garantidos no ordenamento jurídico de um Estado.

A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais está, portanto, na positivação, Direitos Humanos e Direitos do Homem para direitos positivados em ordenamentos de eficácia internacional, e direitos fundamentais para os direitos que aparecem consignados no ordenamento interno de determinado Estado, com eficácia nos limites de sua soberania:

[...] a leitura mais recorrente e atual sobre o tema, é aquela que afirma que os “direitos fundamentais” e os “direitos humanos” se separariam apenas pelo plano de sua positivação, portanto, normas jurídicas exigíveis, os primeiro no plano interno do Estado, e os segundos no plano do Direito Internacional, e, por isso, positivados nos instrumentos de normatividade internacionais (como os Tratados e Convenções Internacionais, por exemplo)¹¹².

Os Direitos Fundamentais nada mais são que a positivação dos Direitos Humanos, ou seja, eles se caracterizam a partir do reconhecimento legislativo dos direitos do homem, conforme explica José Joaquim Gomes Canotilho¹¹³:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os

¹¹¹ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: Notas a partir da visão integral do conceito Segundo Gregorio Paces-Barba. In VALLE, Juliano Keller, MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. (Organizadores). **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 191.

¹¹² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. p. 321.

¹¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 259.

tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Complementando, Marcelo Novelino¹¹⁴ esclarece que:

[...] A expressão direitos fundamentais (*droits fondamentaux*) surgiu na França (1790) no movimento político e cultural que deu origem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). [...]

Os direitos humanos se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional), ao passo que os direitos fundamentais são direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo e formação variar de acordo com a ideologia e a mocidade do Estado.

Oportuno destacar que os direitos fundamentais podem ser analisados sob as dimensões subjetiva e objetiva, sendo que a dimensão subjetiva consiste na possibilidade de se impor uma atuação dos titulares do Poder Público. A dimensão objetiva, por sua vez, vai além da perspectiva de garantia do indivíduo em face do Estado, caracterizando-se como uma norma de eficácia irradiante que norteia todo o ordenamento jurídico¹¹⁵:

Nesses termos, os direitos fundamentais seriam vistos não só como direitos de defesa (garantias negativas), ligados a um dever de omissão, (um não fazer ou não interferir do Estado no universo privado dos cidadãos), e direitos de prestações (garantias positivas) para o exercício de liberdades (e aqui, entendidos como obrigações de fazer ou realizar) por parte do Estado, mas, além disso, nos termos objetivos, eles, com base no ordenamento, seriam um vetor a ser seguido (pelos Poderes Públicos e particulares) para interpretação e aplicação de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais. Daí que, a dimensão objetiva (indo além das funções de cunho subjetivo tradicionalmente consagradas aos direitos fundamentais e não sendo apenas um reverso de medalha da dimensão subjetiva) se apresentaria como um verdadeiro reforço de juridicidade das normas de direitos fundamentais, bem como da sistemática de concretização e densificação dessas normas¹¹⁶.

¹¹⁴ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo. Método: 2009, p. 360.

¹¹⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. p. 322.

¹¹⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. p. 323.

Quanto à caracterização dos Direitos Humanos, preleciona Perez Luño¹¹⁷

Os direitos humanos aparecem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, especificam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humana, que devem ser reconhecidas positivamente pelos sistemas jurídicos em nível nacional e internacional.

Fixada a distinção entre direito humanos e direitos fundamentais, necessário agora que se passe à análise dos elementos que caracterizam estes direitos.

Entres as principais características que identificam o núcleo dos direitos fundamentais, ou seja, direito à vida, à liberdade, à segurança, à igualdade, estão as seguintes¹¹⁸: a) relatividade: os direitos fundamentais são relativos porque não são absolutos, ou seja, não sendo possível, por exemplo, se esconder sob um manto de um direito fundamental para a prática de atividade ilícita¹¹⁹; b) complementariedade: são complementares porque não se analisam os direitos fundamentais isoladamente¹²⁰; c) inalienabilidade: consistente na impossibilidade jurídica de um indivíduo alienar um direito fundamental seu, transferindo-o para outro titular¹²¹; d) imprescritibilidade: os direitos fundamentais não se convalidam com o decurso do tempo, estando sempre dotados de exigibilidade¹²²; e) universalidade: reconhece-se como titular dos direitos fundamentais toda a coletividade jurídica, garantindo um sistema de igualdade na sua distribuição¹²³; f) irrenunciabilidade: os direitos fundamentais são irrenunciáveis, devendo-se contudo se observar que, em casos específicos, é possível a renúncia ao exercício

¹¹⁷ LUÑO, Antonio Enrique Pérez Luño. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 48. “Los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

¹¹⁸ BAHIA, Flavia. **Direito constitucional**. 3 ed. Recife: Armador, 2017. p. 106.

¹¹⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. p. 342.

¹²⁰ BAHIA, Flavia. **Direito constitucional**. p. 107.

¹²¹ GONÇALVES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 343.

¹²² GONÇALVES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 343.

¹²³ GONÇALVES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 343.

do direito, mas não ao direito propriamente dito¹²⁴; g) historicidade: o caráter da historicidade explica que os direitos fundamentais podem ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou podem ainda se modificar no tempo¹²⁵; h) aplicabilidade imediata: na forma do art. 5º, § 1º, da CRFB/88, os direitos fundamentais possuiriam aplicação imediata, daí se infere que não podem ser entendidos como meras proclamações retóricas, devendo o intérprete extrair o máximo de efeitos jurídicos que eles podem produzir para a sociedade¹²⁶.

2.1.3 Dimensões/Gerações dos Direitos

Considerando-se que o surgimento de uma nova geração de Direitos não exclui nem substitui a anterior, pelo contrário, é a ala agregada – aí residindo a característica da historicidade –, a doutrina tem preferido o termo dimensão para designar o período de desenvolvimento de determinado Direito:

[...] em vez de “gerações” é melhor se falar em “dimensões de direitos fundamentais”, nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los¹²⁷.

Os Direitos de primeira dimensão surgiram no final do Século XVIII, pós Revolução Francesa, e tiveram como estopim a luta da burguesia para limitar o poder Estatal e a busca pelo reconhecimento da liberdade individual. Como preleciona Marcelo Novelino: “Nesse período surgiram as primeiras Constituições escritas, consagrando direitos fundamentais ligados ao valor liberdade, os chamados direitos civis e políticos”¹²⁸.

¹²⁴ GONÇALVES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 343.

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 134.

¹²⁶ BAHIA, Flavia. **Direito constitucional**. p. 109.

¹²⁷ WILLIS, Santiago Guerra Filho (Coord). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997. p. 13

¹²⁸ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. p. 362.

Esses direitos detêm, conforme explica Sarlet, inspiração jusnaturalista e podem ser caracterizados por direitos de natureza negativa, já que foram originados para impedir condutas invasivas dos poderes públicos, contemplando o direito à vida, à liberdade e à propriedade, bem como à igualdade:

[...] São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, direitos de resistência ou oposição perante o Estado. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um loque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação reunião, associação, etc) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia¹²⁹.

Das lições de Paulo Figueiredo Dantas¹³⁰, extrai-se que Direitos Fundamentais de primeira geração são os direitos individuais e políticos, que impõem ao Estado um conjunto de prestações negativas, devendo ele se abster de práticas que desrespeitem direitos essenciais e vitais de cada indivíduo, tais como direito à vida, à liberdade e propriedade.

Já os Direitos de Segunda Geração surgiram no século XIX e estão relacionados aos direitos econômicos, sociais e culturais, em especial em decorrência do impacto da industrialização, que causou sérios problemas de ordem social e financeira¹³¹.

A Revolução Industrial aumentou sobremaneira a produção, e isso se deu em decorrência do sacrifício da população, em especial da classe trabalhadora,

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 40-41.

¹³⁰ DANTAS, Paulo Roberto Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 307.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 40-41.

que não em raras oportunidades detinha uma jornada de trabalho excessiva, sem qualquer benefício minimamente aceitável¹³².

Conforme observado por Daniel Sarmento¹³³:

As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O Direito do Trabalho, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade.

Os Direitos de segunda geração, ainda, conforme Wolkmer, “são os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundamentados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado, mas ensejam sua garantia e concessão a todos os indivíduos por parte do Poder Público”¹³⁴.

Importante trazer à colação as lições de Novelino, que faz valiosa ponderação acerca da efetividade desses direitos de segunda dimensão, bem como sobre o surgimento das garantias institucionais ocorridas na mesma época, ou seja, aquela proteção conferida a determinadas instituições de direito público e privado e, embora não seja aplicável, a essas garantias institucionais, o regime dos Direitos Fundamentais – por não se tratar de proteção direta ao indivíduo –, mostra-se pertinente a ressalva:

A implementação das prestações materiais e jurídicas exigíveis para a redução das desigualdades no plano fático, por dependerem em grande medida da disponibilidade orçamentária do Estado

¹³² MARMESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 42.

¹³³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2a Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 19.

¹³⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antonio Carlos (Coord). **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas**: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 8.

(reserva do possível), faz com que estes direitos tenham menos efetividade que os direitos de primeira dimensão. Direitos de titularidade coletiva (direitos coletivos) e com caráter positivo fizeram despertar a consciência sobre a importância de proteger as instituições, dando origem ao descobrimento de um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais. [...] As garantias institucionais, embora consagrada nas Constituições, não se configuram como direitos subjetivos atribuídos diretamente ao indivíduo, mas como normas protetivas de instituições enquanto realidades sociais objetivas, tais como a família, a imprensa livre e o funcionalismo público. Por não garantirem aos particulares posições subjetivas autônomas, não lhes é aplicado o regime dos direitos fundamentais¹³⁵.

Os Direitos de segunda dimensão também podem ser denominados de liberdades concretas, positivas ou reais, e se fundamental no princípio da igualdade, impõem ao Estado um dever de agir, visando à obtenção substancial entre os indivíduos através da redução da desigualdade socioeconômica¹³⁶.

Nesta etapa, portanto, superasse aquela preconizada anteriormente e que visava à garantia de direitos frente ao Estado:

Enquanto o individualismo, que se fortaleceu na superação da monarquia absolutista, o Estado era considerado o inimigo contra o qual se deveria proteger a liberdade do indivíduo, com a filosofia social o Estado se converteu em amigo, obrigado que estava, a partir de então, a satisfazer as necessidades coletivas da comunidade. Trata-se, com essa nova dimensão, não de se proteger contra o estado, mas, sobretudo, de elaborar um rol de pretensões exigíveis do próprio estado, que passa a ter que satisfazer tais direitos¹³⁷.

E, quanto aos direitos que englobam os de segunda geração, encontram-se “o direito ao trabalho, à proteção em caso de desemprego, o direito ao salário mínimo, a um número máximo de horas de trabalho, ao repouso remunerado e ao acesso a todos os níveis de ensino”¹³⁸.

No que diz respeito aos Direitos Fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, não estão

¹³⁵ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. p. 363.

¹³⁶ DANTAS, Paulo Roberto Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. p. 307.

¹³⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 253.

¹³⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. p. 253.

eles relacionados ao indivíduo propriamente dito ou a uma determinada classe social, mas sim a uma coletividade: “[...] direitos da terceira geração não se destinam especificamente à proteção de um indivíduo, [...], têm por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”¹³⁹.

Tratam-se de direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), podendo-se fazer destaque para o direito ao meio ambiente, desenvolvimento, bem como o de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade¹⁴⁰. Nas palavras de Celso de Mello, os Direitos Fundamentais de terceira dimensão “materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais”¹⁴¹.

Conforme André Ramos Tavares¹⁴², a terceira dimensão de Direitos supera o individualismo até então protagonista da proteção fundamental:

A consequência mais veemente do reconhecimento dessa categoria ampla de interesses foi a de pôr a descoberto a insuficiência estrutural de uma Administração Pública e de um sistema judicial calcados exclusivamente no ideário liberal, que apenas comporta referência individual, incapaz que é de lidar com fenômenos metaindividuais.

Importante destacar a dificuldade que encontram esses direitos em nível de proteção jurídica porquanto, conforme observação de Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior¹⁴³

O processo de tradição normativo-positivista, instrumentaliza a despolitização dos conflitos a serviços da manutenção das relações sociais estabelecidas [...] não se presta à abordagem do conflito coletivo, eminentemente político, reivindicatório de mudanças sociais.

¹³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008. p. 569.

¹⁴⁰ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. p. 363.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF – MS 22.164/SP. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14703003/mandado-de-seguranca-ms-22164-sp/inteiro-teor-103095299?ref=juris-tabs>. Acesso em 20 mar. 2019.

¹⁴² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. p. 253.

¹⁴³ CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. **Os interesses coletivos e as instituições justiça e democracia**. São Paulo, 1996, p. 221-34.

Por fim, tem-se os Direitos de quarta dimensão estão diretamente interligados à pluralidade e são compostos pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, sendo que seu surgimento, conforme explica Bonavides, está relacionado à globalização política:

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência¹⁴⁴.

Não é outro o entendimento de Novelino, ao discorrer que “A quarta dimensão de direitos pode ser associada à pluralidade. São direitos como a democracia, a informação e o pluralismo, os quais foram introduzidos no âmbito jurídico em razão da globalização política”¹⁴⁵.

Por fim, não se pode passar isento de anotação a corrente doutrinária que defende a existência de uma quinta dimensão dos Direitos Fundamentais:

Acontece que já existem autores defendendo (ou pelo menos explicitando) uma quinta *geração* (dimensão) de direitos, com múltiplas interpretações e concepções. Um deles é o próprio Paulo Bonavides que acaba, nas últimas edições de seu curso *de direito constitucional*, visualizando a “paz” como um direito de quinta geração (*dimensão*). Nesses termos, o direito à “paz” seria alçado de um direito de terceira dimensão para a quinta dimensão, alcançando assim um patamar superior e específico de fundamentalidade no início do século XXI¹⁴⁶.

Superada a questão da dimensão dos direitos, passa-se a discorrer no, item a seguir, sobre a eficácia dos direitos fundamentais.

2.1.4 Da eficácia dos Direitos Fundamentais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada logo após a ditadura militar e caracterizadora da redemocratização,

¹⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 571.

¹⁴⁵ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. p. 364.

¹⁴⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito Constitucional**. 4 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012. p. 322.

bom frisar, consagrou expressamente vários Direitos Fundamentais, bem como sua respectiva garantia:

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos¹⁴⁷.

Como sabido, a Constituição brasileira estabelece, dentre outras questões de igual relevância, Princípios Fundamentais que são vetores para a condução de uma sociedade justa e em harmonia com os Direitos Fundamentais individuais e coletivos conquistados ao longo da história que, primordialmente, detiveram como objetivo singular, como visto nas linhas anteriores, o liberalismo e a diminuição/regulação do poder estatal.

Também por este motivo, ou seja, por esse caráter essencialmente público é que, historicamente, pouca ou quase nenhuma interferência teve o texto constitucional nas relações entre particulares, de cunho eminentemente privado.

Conforme leciona Gustavo Tepedino:

Com o apogeu das codificações, no Século XIX, sabe-se quão diminuto foi o papel das Declarações de Direitos Políticos e dos textos constitucionais nas relações de direito privado. Por um lado, pode-se dizer que a completude do Código Civil, que caracteriza o processo legislativo com pretensão exclusivista, descarta a utilização de fontes de integração heteronômicas, forjando-se um modelo de sistema fechado, auto-suficiente, para o qual as Constituições, ao menos diretamente, não lhe diziam respeito¹⁴⁸.

Mas não é apenas isso. O Direito, tradicionalmente, é separado em dois ramos: público e privado, onde no primeiro se regula e estabelece as relações entre desiguais (Estado e indivíduos) e, no segundo, as relações entre iguais, ou

¹⁴⁷ MORAES Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 31.

¹⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 15-16.

seja, entre os particulares, não havendo tradicionalmente comunicação direta entre esses dois ramos.

Segundo as lições de Norberto Bobbio¹⁴⁹

Sendo o direito um ordenamento de relações sociais, a grande dicotomia público/privado duplica-se primeiramente na distinção de dois tipos de relações sociais: entre iguais e desiguais. O Estado, ou qualquer outra sociedade organizada onde existe uma esfera pública, não importa se total ou parcial, é caracterizado por relações de subordinação entre governantes e governados, ou melhor, entre detentores do poder de comando e destinatários do dever de obediência, que são relações entre desiguais; a sociedade natural tal como descrita pelos jusnaturalistas, ou a sociedade de mercado na idealização dos economistas clássicos, na medida em que são elevadas a modelo de uma esfera privada contraposta à esfera pública, são caracterizadas por relações entre iguais ou de coordenação.

Tereza Negreiros¹⁵⁰ explica que

[...] o paralelismo entre direito civil e direito constitucional fica representado pela existência de duas 'Constituições': ao lado da Constituição dirigida à disciplina da vida pública, o Código Civil era concebido como a 'Constituição da vida privada', baseada na propriedade e no contrato [...]

Essa dicotomia exponencial, contudo, foi se esvaecendo com o decurso do tempo e, em especial a partir do Estado Liberal, tornaram-se esses ramos do direito quase que dependentes entre si e complementares.

Antônio Carlos Efig¹⁵¹, neste aspecto, esclarece que:

[...] não se pode mais conceber a distinção entre direito público e direito privado como sendo este o ramo do direito que regra as situações da sociedade e aquele o que regra a atuação estatal, da mesma forma que não mais se admite pensar que a Constituição Federal é a lei do Estado, e a lei da sociedade corresponde aos códigos e demais diplomas legais.

¹⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 13-14.

¹⁵⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 49.

¹⁵¹ EFING, Antônio Carlos. Direito Constitucional do Consumidor: a dignidade humana como fundamento da proteção legal. In EFING, Antônio Carlos (coord.). **Direito do Consumo**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 15.

Foi a partir da 2ª Guerra Mundial, por outro lado, que este entrelaçamento em Direito Público e Direito Privado, inspirado na necessidade da aplicação simultânea de leis com os valores diversos extraídos da Lei Maior, se mostra ainda mais evidente, porquanto premente a necessidade da solução das controvérsias estarem embasados à luz do ordenamento jurídico como um todo, especialmente no que toca aos Direitos Fundamentais.

Sobre o presente tema, assim se manifesta o autor italiano Pietro Perlingieri¹⁵²:

A questão da aplicabilidade simultânea de leis inspiradas em valores diversos resolve-se somente tendo consciência de que o ordenamento jurídico é unitário. A solução para cada controvérsia não pode ser mais encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados opções de base que o caracterizam.

Veja-se a lição de Luís Roberto Barroso sobre a mudança de paradigma e seu efeito no direito civil:

Ao término da 2ª Guerra Mundial, tem início a reconstrução dos direitos humanos, que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana, referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas, tendo figurado na Carta brasileira de 1988 como um dos fundamentos da República (art. 1.º, III, da CF/1988). A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas, expressando-se em diferentes dimensões. No tema específico aqui versado, o princípio promove uma despatrimonialização e uma repersonalização do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica¹⁵³.

Assim, conforme Pietro Perlingieri¹⁵⁴, no decorrer do século XX, com o advento das Constituições dos Estados democráticos, os princípios fundamentais dos diversos ramos do Direito, e também os princípios fundamentais do direito

¹⁵² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 5.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Administrativo** Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. p. 12.

¹⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. p. 68.

privado, passaram a fazer parte dos textos constitucionais nos países de tradição romano-germânica.

Em decorrência do movimento de ruptura, com o objetivo de atender às aspirações da sociedade de meados do século XXI, promulgou-se a Constituição da República Federativa de 1988, tendo se estabelecido como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana.

Dessa inserção é que deriva o se denominou de responsabilização do direito civil ou despatrimonialização do direito civil, tendo em vista que se coloca no centro do direito civil o ser humano e suas vontades, deixando o patrimônio como preocupações privatistas.

As limitações impostas ao Estado em relação ao indivíduo através dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição também passam a ser aplicados nas relações entre particulares, ou seja, de indivíduo em face de indivíduo.

Acerca da Constitucionalização do direito privado, valiosa são as lições de Anderson Schreiber¹⁵⁵, que inclusive defende uma metodologia civil-constitucional:

O direito civil-constitucional pode ser definido como a corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição. O termo “releitura” não deve, contudo, ser entendido de modo restritivo. Não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também de se reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares. A rigor, para o direito civil-constitucional não importa tanto se a Constituição é aplicada de modo direto ou indireto (distinção nem sempre fácil). O que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas. Como se vê, o direito civil-constitucional não é o “conjunto de normas constitucionais que cuida de direito civil”, nem tampouco de uma tentativa de esvaziar o direito civil, transferindo alguns de seus temas (família, propriedade etc.) para o campo do direito constitucional. Trata-se, muito ao contrário, de superar a segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os

¹⁵⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 06.

seus institutos a partir das diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico¹⁵⁶.

Luigi Farrajioli¹⁵⁷ por sua vez, explica o postulado do positivismo jurídico, para o qual a validade da norma está condicionada puramente à sua legitimidade formal (legalidade), e a evolução para o Constitucionalismo:

O postulado do positivismo jurídico clássico é de fato o princípio de legalidade formal, ou, se se quiser, de mera legalidade, aquela metanorma de reconhecimento das normas vigentes. [...] A sua afirmação, como sabemos, provocou uma inversão de paradigmas no que diz respeito ao direito pré-moderno: a separação entre direito e moral, ou mesmo entre validade e justiça, por força do caráter inteiramente artificial e convencional do direito existente. A juridicidade de uma norma não depende mais, no direito moderno, de sua intrínseca justiça ou racionalidade, mas somente da sua positividade, ou seja, do fato de ser 'posta' pela autoridade competente na forma prevista para a sua produção. O constitucionalismo, aquele que resulta da positivação dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação positiva, corresponde a uma segunda revolução na natureza do direito, que se expressa em uma alteração interna do paradigma positivista clássico. Se a primeira revolução se expressou na afirmação da onipotência do legislador, ou seja, do princípio da mera legalidade (ou da legalidade formal), aquela norma de reconhecimento da existência das normas, essa segunda revolução se realizou com a afirmação daquilo que podemos chamar de princípio da estreita legalidade (ou da legalidade substancial): isto é, com a submissão também da lei aos vínculos não somente formais, mas substanciais impostos pelos princípios e pelos direitos fundamentais expressos nas constituições.

A Constitucionalização do Direito Privado, nesta ótica, se trata de um processo Hermenêutico identificado pela análise do Direito Privado sob o prisma dos Valores e Princípios Constitucionais, notadamente dos Direitos Fundamentais, sendo indispensável à consolidação do Estado Democrático e Social de Direito. O instituto é uma evolução do Positivismo Jurídico clássico, fundado na mera legalidade, para o que se pode denominar de legalidade substancial, já que a validade da norma não está interligada apenas e tão somente à sua forma, mas em

¹⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. p. 06.

¹⁵⁷ FARRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 43-44.

especial à sua correlação lógica e harmoniosa com as substâncias extraídas dos Direitos Fundamentais.

Com efeito, não há norma legítima ou válida se ela não corresponder aos valores justiça e utilidade social, ainda que, formalmente, seja ela perfeita. No Estado Democrático e Social de Direito não há mais espaço para a aplicação isolada do pensamento dogmático jurídico, eximindo-se da necessidade inarredável de construção e interpretação da norma de acordo com a representação extraída da consciência jurídica social, única forma de garantir os valores justiça e utilidade social, próprios da essência do Direito.

Conforme explica Osvaldo Ferreira de Melo¹⁵⁸:

A norma jurídica, para ganhar um mínimo de adesão social que a faça obedecida e portanto materialmente eficaz, deve ser matizada pelo sentimento e idéia do ético, do legítimo, do justo e do útil. Assim, a aceitação da norma vai depender menos de sua validade formal (obediência às regras processuais) que de sua validade material, que é, em nosso acordo semântico, a qualidade da norma em mostrar-se compatível com o socialmente desejado e basicamente necessário ao homem, enquanto indivíduo e enquanto cidadão.

A interpretação da legislação ordinária à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, lei suprema e que corresponde ao ápice da soberania popular, traduzindo, em tese e a partir da constituinte, os anseios e desejos dos cidadãos, é a forma mais clara e precisa de externar a justiça, mormente quando comprovado em anos pretéritos que o positivismo não contempla esta competência.

É da Constitucionalização do direito privado, pois, que decorre, no Brasil, a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, que serve como verdadeiro limitador da autonomia privada, porquanto ela determina a projeção desses direitos nas relações entre particulares.

¹⁵⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor/UFSC, 1994. p. 20.

Nas lições de Marcelo Novelino¹⁵⁹

Não obstante, a constatação de que a opressão e a violência contra os indivíduos são oriundas não apenas do Estado, mas também de múltiplos atores privados, fez com que a incidência desses direitos fosse estendida ao âmbito das relações entre particulares. A projeção dos direitos fundamentais a estas relações, nas quais os particulares se encontram em uma hipotética relação de coordenação (igualdade jurídica), vem sendo denominada de eficácia horizontal ou privada dos direitos fundamentais

No tópico seguinte, serão analisadas as funções dos direitos fundamentais.

2.1.5 Das funções dos Direitos Fundamentais

Os doutrinadores têm se esforçado em buscar uma classificação dos Direitos Fundamentais de acordo com o papel por eles desempenhados, sendo protagonista dessa classificação a denominada teoria dos quatro *status* de Jellinek¹⁶⁰, criada no final do Século XIX, por meio da qual se desenvolveu quatro situações em que o indivíduo pode se encontrar em face do Estado.

Jellinek entende que o indivíduo pode achar-se em posição de subordinação aos Poderes Públicos, caracterizando-se como detentor de deveres para com o Estado. Este tem a competência para vincular o indivíduo, por meio de mandamentos e proibições. Isso caracteriza uma posição passiva. A circunstância de o homem ter personalidade exige que desfrute de um espaço de liberdade com relação a ingerências dos Poderes Públicos. Impõe-se que os homens goze. De algum âmbito de ação desvincilhado do império do Estado; afinal, como o próprio Jellinek assinala, a autoridade do Estado “é exercida sobre homens livres”. Nesse caso, cogita-se do *status* negativo¹⁶¹.

Em algumas situações, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação. O indivíduo se vê com a capacidade de pretender que o Estado aja em seu favor. O seu *status* é, assim,

¹⁵⁹ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. p. 366.

¹⁶⁰ JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1981. p. 306-310.

¹⁶¹ JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1981. p. 306-310.

positivo (*status civitatis*). E Jellinek cogita, ainda, de um quarto status, que denomina de ativo, em que o indivíduo desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado, como, por exemplo, pelo direito de voto. O indivíduo exerce os direitos políticos.

A partir dessa teoria, que se desenvolveu com o decurso do tempo, consolidou-se duas espécies de direitos fundamentais, quais sejam, os direitos de defesa (ou direitos de liberdade) e direitos a prestação (ou direitos cívicos).

Quanto à função de defesa ou de liberdade dos direitos fundamentais, Gomes Canotilho¹⁶² ensina que detém dupla dimensão:

(1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implica, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

O aspecto de defesa dos direitos fundamentais impede interferências estatais no âmbito da liberdade dos indivíduos, constituindo-se norma de competência negativa para os Poderes Públicos, de modo a proteger bens jurídicos contra ações do Estado que os afetem¹⁶³:

Assim, tais direitos visam à garantia de um espaço de liberdade por parte dos cidadãos a partir de uma limitação do poder estatal. Tais direitos são, portanto, direitos subjetivos tanto para se evitar a interferência indevida (função preventiva), quanto para eliminar agressões que esteja sofrendo no plano da autonomia privada (função corretiva)¹⁶⁴.

Se os direitos de defesa oferecem proteção aos indivíduos contra uma ação do Estado entendida como imprópria, que afetem ou extirpem direitos

¹⁶² CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 407.

¹⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 145.

¹⁶⁴ GONÇALVES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 334.

fundamentais, os direitos a prestação parte do pressuposto que o Estado deve agir para suprir necessidades dos indivíduos¹⁶⁵.

Enquanto, pois, os direitos de defesa exigem uma omissão do Estado, um dever de abstenção, o direito à prestação pressupõe um ato comissivo, um agir por parte do Estado, sendo caracterizado por uma postura ativa:

Nesse diapasão, enquanto os direitos de defesa pregam uma posição abstencionista por parte do Estado, os direitos a prestações requerem uma postura ativa, no sentido de demarcar uma obrigação ao Estado de colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (representando o que Jellinek chamava de *status positivus*). Assim, além dos direitos de prestação jurídica, temos os direitos de prestação material que visam reduzir desigualdades fáticas (sociais)¹⁶⁶.

O direito a prestação, ainda, pode ser subdividido em direitos a prestação jurídica e direitos a prestações materiais. Na prestação jurídica, o direito reside no dever do estado na normação do bem jurídico protegido como direito fundamental, ao passo que na prestação material, tidos como direitos sociais por excelência, eles são concebidos com o propósito de atenuar as desigualdades sociais, caracterizado pela distribuição da riqueza na sociedade¹⁶⁷.

Conforme explicam Gilmar Mendes e Paulo Branco¹⁶⁸

Os direitos a prestação notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à reserva do possível. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado

¹⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 145.

¹⁶⁶ GONÇALVES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 335.

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 147

¹⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 148.

Portanto, o direito à prestação material se resume no dever do Estado de garantir a redução das desigualdades sociais através da implementação de políticas públicas que satisfaçam as exigências dos direitos sociais.

Na definição de Ingo Sarlet¹⁶⁹ os direitos a prestação exigem do Estado o dever:

[...] de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também a liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.

Há, por fim, quem identifique uma terceira categoria funcional dos direitos fundamentais, que seria o direito de participação, por meio do qual seria constituído pelos direitos destinados a garantir a participação popular na formação da vontade do País¹⁷⁰.

2.2 DIREITOS SOCIAIS

Com relação aos Direitos Sociais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estipulou no artigo 6º os direitos sociais. Os Direitos Sociais, conforme art. 6º, estão assim delineados:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A seguir algumas considerações sobre a caracterização dos Direitos sociais e princípios a eles atinentes.

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 205.

¹⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 152.

2.2.1 Caracterização dos Direitos Sociais e Desenvolvimento Histórico

Os direitos sociais, universalmente, são concebidos como a segunda dimensão dos direitos fundamentais que, como já visto, surgiu com a crise do Estado Liberal e transição para o Estado Social de Direito:

Sua origem histórica está na crise da tradição do Estado Liberal e na consagração do paradigma do Estado Social de Direito, que, rompendo com os padrões formalistas de igualdade e de liberdade do paradigma anterior, vão buscar mecanismos mais concretos de redução das desigualdades socioeconômicas dentre os membros da sociedade. Destaque, portanto, para as Constituições do México de 1917 e de Weimar (Alemanha) de 1919. É nesse prisma que os direitos sociais serão compreendidos como uma segunda (dimensão) de direitos fundamentais¹⁷¹.

Conforme avalia Flávia Bahia¹⁷²

Classicamente, esses importantes direitos estão incluídos na denominada segunda geração de direitos fundamentais, que, como já vimos, traz proteção aos direitos sociais, econômicos e culturais, onde do Estado não se exige abstenção, mas, ao contrário, impõe sua intervenção, visto que a liberdade do homem sem a sua participação não é protegida integralmente. Essa necessidade de proteção positiva do Estado corresponderia aos chamados direitos sociais dos cidadãos direitos que transcendem a individualidade e alcançam um caráter econômico social visando garantir justiça social.

Na visão de Paulo Cruz¹⁷³, o grande estopim para o desenvolvimento dos direitos sociais foram as crises econômicas dos séculos XIX e XX, com enfoque para a Segunda Revolução Industrial e para a Grande Depressão de 1929, notadamente por ter se percebido que a mera lei da oferta e da procura não seria suficiente para garantir uma vida minimamente digna para todos, sendo que a postura intervencionista do Estado se configurou com mais afinco após a Segunda Guerra Mundial:

A doutrina constitucionalista inicial pretendeu deixar por conta dos cidadãos a satisfação de suas necessidades materiais. Entretanto, não foi possível perceber, principalmente ao longo das crises econômicas dos séculos XIX e XX – com destaque para a Segunda Revolução Industrial e para a Grande Depressão de 1929 – que o

¹⁷¹ GONÇALVES, Bernardo Fernandes. **Curso de Direito Constitucional**. p. 3

¹⁷² BAHIA, Flavia. **Direito constitucional**. p. 217.

¹⁷³ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**.

mero jogo de forças de mercado, balizados pela competitividade e pela lei da oferta e da procura, não podia garantir, inclusive nos países ricos, condições mínimas e estáveis de vida.

A intervenção do Estado na vida econômica e social passou a se configurar como um elemento necessário para impedir crises cíclicas e para garantir um mínimo de bem-estar a grande parte da população. O Estado passou a ser configurado, paulatinamente – principalmente após a Segunda Guerra Mundial – como intervencionista ou, numa fórmula mais ampliada, como um Estado Social e com função social, decidido a promover – ou a impedir – determinadas ações sociais, culturais e econômicas¹⁷⁴.

E prossegue Cruz destacando que os direitos sociais são prestacionais por sua própria natureza, de modo que sua satisfação por meio de políticas públicas está condicionada à viabilidade econômica do Estado:

Deve-se ressaltar que a denominação de “direitos sociais” enseja direitos com características muito peculiares. Como são direitos de prestação, sua existência depende não só da vontade da Constituição mas também e sobretudo da disponibilidade de efetivos recursos econômicos para a materialização dessas prestações. A garantia dos direitos de prestação não pode, de maneira nenhuma, ser estabelecida sem a respectiva disponibilização de recursos econômicos para sua viabilização¹⁷⁵.

Extraí-se daí, portanto, que a principal distinção entre os direitos sociais e os denominados direitos de defesa, está justamente no seu objeto, já que um exige uma prestação material, e o outro um dever de abstenção. Nesse sentido, valiosa a observação de Bruno Gonçalves:

Através desses programas o Estado interfere na esfera dos indivíduos a fim de garantir-lhes o mínimo de condições de existência (digna), notadamente, buscando eliminar, ou pelo menos apaziguar, as desigualdades existentes. Por isso mesmo, o traço distintivo entre os direitos sociais e os chamados direitos de defesa - clássicos do período liberal - está, justamente, no seu objeto. Os direitos sociais impõem ao Estado um “atuar permanente”, ou seja, uma ação oriunda de uma prestação positiva de natureza material ou tática em benefício ao indivíduo.⁶ Essas prestações materiais, portanto, correspondem a bens materiais dotados de valor econômico, de modo que sua viabilização se mostra dependente da condição econômica do próprio Estado - como principal destinatário dessas normas¹⁷⁶.

¹⁷⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 161.

¹⁷⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. p. 162.

¹⁷⁶ GONÇALVES, Bernardo Fernandes. **Curso de Direito Constitucional**. p. 796.

Os direitos sociais, então, são aqueles que exigem do Poder Pública uma atuação positiva, notadamente na implementação de igualdade social dos hipossuficientes, sendo por este motivo conhecidos também como direitos prestacionais ou de prestação¹⁷⁷.

Para José Afonso da Silva¹⁷⁸ os direitos sociais visam possibilitar melhores condições de vida aos mais fracos por meio de prestações positivas do Estado, visando condições de vida mais compatível com o exercício efetivo da liberdade:

São prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade¹⁷⁹.

Pode-se dizer que os direitos sociais, em sentido material, se caracterizam como aqueles direitos de ação positiva que, se o indivíduo tivesse condições financeiras de provê-los, poderia obtê-los de particulares. Todavia, diante da ausência de condições econômicas ou mesmo de oferta, podem esses direitos serem cobrados do Estado por força de disposição Constitucional¹⁸⁰.

Quanto às espécies de direitos sociais, a doutrina tem as agrupado em algumas categorias, tais como os direitos sociais dos trabalhadores, os direitos sociais da seguridade social, os direitos sociais de natureza econômica, os direitos sociais da cultura e os direitos sociais da segurança, sendo que:

¹⁷⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. p. 730.

¹⁷⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁷⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 286-287.

¹⁸⁰ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre Livraria do Advogado, 2006. p. 385.

Os direitos sociais dos trabalhadores podem ser classificados em: 1º) direitos sociais individuais do trabalhador; 2º) direitos sociais coletivos do trabalhador.

Os direitos sociais de seguridade social compreendem: 1º) direito à saúde; 2º) direito à assistência social; 3º) direito à previdência social.

Os direitos sociais de natureza econômica envolvem todas as prestações positivas do Estado voltadas: 1º) à busca do pleno emprego; 2º) à redução das desigualdades sociais e regionais; 3º) à erradicação da pobreza e da marginalização; 4º) à defesa do consumidor e da concorrência. Inserem-se nesse contexto a função social= da propriedade privada e o denominado 'Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza', criado em dezembro de 2000, pela Emenda Constitucional n. 31, cujo objetivo, a ser implementado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, é 'viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para a melhoria da qualidade de vida'(art. 79 do ADCT).

Os direitos sociais da cultura englobam: 1º) direito à educação; 2º) direito à cultura propriamente dita¹⁸¹.

Importante registrar que, tradicionalmente, restou atribuída à natureza das normas constitucionais sobre direitos sociais um *status* de norma programáticas, ou seja, normas de baixa efetivamente e que estavam a depender mais dos planos políticos de ação que o administrador ou legislador deverão se comprometer, do que verdadeiras obrigações jurídicas concretas e exigíveis¹⁸².

Todavia, em que pese esse tradicional caráter programático, a doutrina vem entendendo, conforme explica Andréas Krell que:

As normas programáticas sobre direitos sociais, que hoje encontramos na grande maioria dos textos constitucionais dos países europeus e latino-americanos definem metas e finalidades, as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização. Essas 'normas-programa' prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas¹⁸³.

¹⁸¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. p. 731.

¹⁸² GONÇALVES, Bernardo Fernandes. **Curso de Direito Constitucional**. p. 707.

¹⁸³ KRELL, Andréas. **Diretos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2002. p. 20.

Por isso, as normas programáticas sobre direitos sociais não são meras recomendações ao Poder Público ou mesmo preceitos morais, mas constituem Direito diretamente aplicável¹⁸⁴.

Indo além, outros autores, mesmo com essa nova dimensão quanto às normas programáticas, típicas dos direitos sociais, vão muito mais além, por entenderem que, apesar do reconhecimento da aplicabilidade dessas normas, elas careceriam de uma atuação mais rigorosa no que tange à exigência de prestações positivas¹⁸⁵.

Bernardo Gonçalves explica, citando Daniel Sarmento, que são três as vertentes que buscam delimitar os direitos sociais, quais sejam, tese dos direitos sociais como direitos não subjetivos, tese dos direitos sociais como direitos subjetivos definitivo e, por por fim, tese dos direitos sociais como direitos subjetivos *prima facie*¹⁸⁶:

(1) Tese dos direitos sociais como direitos não subjetivos: Essa, advoga, que os direitos sociais não são dotados de uma dimensão subjetiva e que por isso não ensejam a exigibilidade por seus titulares de prestações positivas pelo Poder Público, mas apesar disso deveria haver um controle judicial que envolveria um exame de razoabilidade das eventuais políticas públicas que são implantadas para a realização dos mesmos. Aqui, pelo menos, teríamos um controle sobre a atuação do Estado na busca pela realização dos direitos sociais, embora, diga-se, fosse negada aos indivíduos a titularidade dos direitos sociais. **(2) Tese dos direitos sociais como direitos subjetivos definitivos** (garantidos de forma definitiva). Essa tese, apesar de ir além da "mera" perspectiva das normas programáticas peca pelo excesso, na medida em que não há como exigir do Estado de forma incondicional a realização e concretização de todos os direitos sociais. Aqui, deve-se levar em consideração, sobretudo em países como o Brasil, a conhecida e recorrentemente citada, escassez de recursos (limitações orçamentárias), bem como as inúmeras maneiras (modos) de concretização de direitos sociais. **(3) Tese dos direitos sociais como direitos subjetivos prima facie.** Essa tese, que também vai além da caracterização dos direitos sociais como meras normas programáticas, é a que apresenta um maior número de adeptos. Para essa tese, os direitos sociais devem ser entendidos, em virtude da natureza principiológica dos mesmos,

¹⁸⁴ KRELL, Andréas. **Diretos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. p. 20.

¹⁸⁵ GONÇALVES, Bernardo Fernandes. **Curso de Direito Constitucional**. p. 708.

¹⁸⁶ GONÇALVES, Bernardo Fernandes. **Curso de Direito Constitucional**. p. 708-709.

como direitos subjetivos *prima facie* e com isso eles se sujeitam a um processo de ponderação à luz de um caso concreto que precede o reconhecimento desses direitos sociais como direitos definitivos. Sem dúvida, a ponderação será instrumentalizada pela regra (princípio, máxima ou postulado) da proporcionalidade e por suas sub-regras. Assim teríamos, um direito social exigível que entraria em uma ponderação com outro ou outros direitos (incluindo aí princípios como o da democracia ou mesmo o da separação de poderes). Sem dúvida, a efetivação e concretização do direito social em comento dependeria desse processo de ponderação. Portanto, esse direito social seria um direito subjetivo exigível sempre *prima facie* que poderia se tornar um direito definitivo no caso concreto¹⁸⁷.

A tese dos direitos sociais como direitos subjetivos *prima facie*, portanto, é a que mais encontra adeptos e correspondência com a realidade brasileira porquanto, embora reconheça a efetividade dos direitos sociais, condiciona sua satisfação à análise das dificuldades, em especial a viabilidade econômica.

Conforme observa Daniel Sarmento:

[...] esta solução é profundamente comprometida com a efetivação dos direitos sociais, mas leva em consideração todas as dificuldades fáticas e jurídicas envolvidas neste processo, bem como a existência de uma ampla margem de liberdade para os poderes neste campo, decorrente não só da legitimidade democrática, como também de sua maior capacidade funcional¹⁸⁸.

Quanto à sua natureza jurídica, os direitos sociais são qualificados como direitos fundamentais do indivíduo, garantidos pelo art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, e tem como objetivo assegurar a todas as pessoas um padrão de vida mínimo, de saúde e bem-estar¹⁸⁹.

No Brasil, foi através da Constituição de 1934 que a ordem constitucional se preocupou com os direitos sociais, tendo aí seu marco inicial. Ato contínuo, a atual Constituição (1988) trouxe importantes avanços, notadamente

¹⁸⁷ GONÇALVES, Bernardo Fernandes. **Curso de Direito Constitucional**. p. 709.

¹⁸⁸ SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 204-205.

¹⁸⁹ BAHIA, Flavia. **Direito constitucional**. p. 217.

porque inseriu os direitos sociais no título II dos direitos fundamentais, colocando termo à discussão acerca da natureza desses direitos prestacionais¹⁹⁰:

A Constituição de 1988 consagra, de forma expressa, amplo catálogo de direitos sociais. Em parte, referida Carta segue a tradição inaugurada pela Constituição de 1934, que pela primeira vez incluiu os direitos sociais em seu texto. Sob forte influência europeia, a Carta de 1934 trazia um capítulo específico intitulado “Ordem Econômica e Social” (arts. 115-147), com especial destaque aos direitos fundamentais que regem as relações trabalhistas.

A tradição de destinar um capítulo específico à ordem econômica e social foi seguida pelas Cartas seguintes – Constituição de 1937 (arts. 135-155), de 1946 (arts. 145-162), de 1967/69 (arts. 157-166) – e apenas rompida pela Constituição de 1988. Esta adotou o mais amplo catálogo de direitos sociais da história do nosso constitucionalismo, incluindo os direitos trabalhistas em capítulo próprio, o dos “Direitos Sociais”¹⁹¹.

É no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que o texto constitucional identifica quais são os direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Por sua vez, os direitos sociais do trabalhador foram elencados nos art. 7º ao art. 11 da CR/88, além de outros direitos sociais previstos e desenvolvidos no decorrer da Constituição, como exemplos, temos: o art. 196 (direitos à saúde); art. 194 (direitos à seguridade social); art. 205 (direitos à educação)¹⁹².

A Constituição de 1988, para além de estender consideravelmente o rol de direitos considerados de natureza prestacional, conferiu singular significado ao direito de acesso à justiça e criou mecanismos para defesa e controle da omissão legislativa (ação direta por omissão e mandado de injunção), destinados,

¹⁹⁰ GONÇALVES, Bernardo Fernandes. **Curso de Direito Constitucional**. p. 706.

¹⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 585.

¹⁹² GONÇALVES, Bernardo Fernandes. **Curso de Direito Constitucional**. p. 707.

justamente, a suprir eventuais lacunas na realização desses direitos, notadamente no que diz respeito à formulação de políticas públicas¹⁹³.

2.2.2 Princípios norteadores da proteção aos direitos sociais.

Alguns princípios norteiam a interpretação e aplicação dos direitos sociais, sendo destinado o tópico seguinte a discorrer acerca de alguns deles.

2.2.2.1 Princípio do mínimo existencial

Ingo Sarlet¹⁹⁴ afirma que o primeiro jurista a sustentar a possibilidade de se reconhecer uma garantia positiva de recursos mínimos necessários para uma vida digna foi o publicista Otto Bachof, que no início do ano de 1950 defendia na Alemanha que a dignidade da pessoa humana restaria sacrificada se um mínimo de segurança social não estivesse garantido¹⁹⁵. No Brasil, considera-se que o primeiro ensaio sobre o tema foi de Ricardo Lobo Torres¹⁹⁶, publicado em 1989¹⁹⁷.

A ideia de um mínimo existencial, conforme explica Bernardo Gonçalves, trata-se de um reconhecimento no sentido de que, para que indivíduos possam usufruir plenamente dos direitos de liberdade/individuais, mostra-se imperiosa a garantia de um piso mínimo de direitos, ressaltando ainda que o princípio pode ser visto sob uma perspectiva absoluta ou relativa:

Em sentido contrário ao disposto pela teoria clássica, muitos autores desenvolveram a chamada teoria do mínimo existencial, segundo a qual, para que se possa usufruir dos direitos de liberdade (direitos individuais), antes se faz necessária a implementação e garantia de um piso mínimo de direitos. Esses direitos protegidos sobre tal rótulo voltam-se para o atendimento e concretização das necessidades básicas de um ser humano. Essas garantias de condições materiais básicas de vida, para alguns doutrinadores, notadamente, seriam diretamente relacionadas à saúde e à autonomia individual (o que reflexamente faz também referência à alimentação, educação, vestuário, moradia, etc). Já

¹⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 585.

¹⁹⁴ SARLET, Ingo e TIMM, Luciano Bennetti. **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁹⁵ BAHIA, Flavia. **Direito constitucional**. p. 219.

¹⁹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo, n. 177, 1989, p. 20-49.

¹⁹⁷ BAHIA, Flavia. **Direito constitucional**. p. 219.

outros, indicam um conteúdo relativo na tese do mínimo existencial, que, portanto, não poderia ser definido a priori sem que fosse levado em conta uma situação concreta específica (contextualizada)¹⁹⁸.

E conclui referido autor, apontando a dimensão negativa e positiva do princípio do mínimo existencial:

Independentemente da perspectiva absoluta ou relativa adotada, certo é que, o direito ao mínimo existencial, nos lembra Daniel Sarmento, trabalha com duas dimensões para seu real exercício: (1) dimensão negativa: o mínimo existencial, opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as condições materiais indispensáveis a uma vida digna; (2) dimensão positiva: essa diz respeito a um conjunto essencial (mínimo) de direitos prestacionais a serem implementados e concretizados que possibilitam aos indivíduos uma vida digna¹⁹⁹.

Ainda quanto à dimensão negativa e positiva, esclarece Ricardo Torres Lôbo:

O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de status negativus e de status positivus, sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se co-implicam mutuamente a proteção constitucional positiva e a negativa²⁰⁰.

Sobre o tema, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal já consignou que o princípio do mínimo existencial é postulado essencial da dignidade da pessoa humana, revelando, quanto à essência desse postulado, que:

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

¹⁹⁸ GONÇALVES, Bernardo Fernandes. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 710.

¹⁹⁹ GONÇALVES, Bernardo Fernandes. **Curso de Direito Constitucional**. p. 710.

²⁰⁰ TORRES, Ricardo Lôbo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 177, 1989, p. 35.

segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Art. XXV)²⁰¹.

Note-se que, conforme observação realizada por Ana Carolina Lopes Olsen, o mínimo existencial atua enquanto elemento de ponderação com a reserva do possível, desequilibrando a proporcionalidade em favor do indivíduo:

A questão principal – e nisso jaz a validade do mínimo existencial – é que sempre que a sobrevivência digna do titular do direito estiver em risco, extremamente grave deverá ser a justificativa para a intervenção negativa dos poderes públicos no núcleo normativo. Os bens jurídicos resguardados em contrário a este direito deverão ser tão pungentes, individualizados e racionalmente defensáveis que se possa compreender a legitimidade da restrição²⁰².

Embora o princípio do mínimo existencial não esteja expressamente consignado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o fato é que, conforme observa Flavia Bahia, “é inegável que independe de disposição explícita para ser protegido, diante do fundamento da dignidade da pessoa humana, pilar da República Federativa, presente no art. 1º, III, além das previsões nos arts. 5º, III e 60 §4º, IV, todos da Constituição”²⁰³.

2.2.2.2 Da Reserva do possível

O princípio da reserva do possível ou do financeiramente possível (*Vorbehalt des finanziell Moglichen*²⁰⁴) tem origem alemã, estando ligada à conhecida decisão *numerus clausus* do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Numerus-clausus-Urteil*²⁰⁵), que versou sobre a quantidade de vaga nas

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2a Turma, j. 23-8-2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em 20 abr. 2019.

²⁰² OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008, p. 328.

²⁰³ BAHIA, Flavia. **Direito constitucional**. p. 219.

²⁰⁴ Reserva do Possível Financeiramente. Tradução livre.

²⁰⁵ Julgamento *numerus clausus*. Tradução livre.

Universidades do país e o fato de a liberdade de escolha de profissão ficar sem valor na hipótese de não existir condições fáticas para sua efetivação²⁰⁶.

A chamada cláusula da "reversa do possível" (Der Vorbehalt des Möglichen²⁰⁷), que começou a ser alegada a partir de 1970, é criação do Tribunal Constitucional alemão e compreende a possibilidade material (financeira) para prestação dos direitos sociais por parte do Estado, uma vez que tais prestações positivas são dependentes de recursos presentes nos cofres públicos. A partir daí, alguns autores vão defender que as aplicações desses recursos e, conseqüentemente, a implementação de medidas concretizadoras de direitos sociais seria uma questão restrita e limitada à esfera de discricionariedade das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas nos planos de políticas públicas destes e conforme as previsões orçamentárias²⁰⁸.

A dependência de recursos econômicos para a efetivação de direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. [...] É preciso levar em consideração que, em relação aos direitos sociais, a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada indivíduo. Enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como da saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos²⁰⁹.

²⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 581.

²⁰⁷ A Reserva do Possível. Tradução livre.

²⁰⁸ GONÇALVES, Bernardo Fernandes. **Curso de Direito Constitucional**. p. 712.

²⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 581.

Giovani Bigolin pondera acerca da barreira causada pela ausência de recursos materiais na efetivação de direitos sociais pré-estabelecidos:

[...] a ausência de recursos materiais constitui uma barreira fática à efetividade dos direitos sociais, esteja a aplicação dos correspondentes recursos na esfera de competência do legislador, do administrador ou do judiciário. Ou seja, esteja a decisão das políticas públicas vinculada ou não a uma reserva de competência parlamentar, o fato é que a efetividade da prestação sempre depende da existência dos meios necessários. Não se pode negar que apenas se pode buscar algo onde algo existe²¹⁰

Como bem ressalta Konrad Hesse, “o significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco”²¹¹.

Dalmo de Abreu Dallari também se manifestou neste sentido:

Será totalmente inútil todo o cuidado para elaborar uma boa Constituição se ela não for efetivamente aplicada e respeitada por todos, governantes e governados. Por esse motivo, entre outros, a Constituição não deve conter preceitos de aplicação impossível ou que contrariem a realidade social. Mesmo aquilo que for incluído na Constituição com o sentido de definição de objetivos ou de aspirações deve ter coerência com a realidade para que seja viável, pois caso contrário os dispositivos constitucionais terão o significado de simples afirmações teóricas, soltas no espaço, o que irá contribuir para que a própria Constituição se desmoralize²¹².

O princípio da reserva do possível, portanto, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, consiste na limitação econômica encontrada pelo Estado na efetivação de direitos fundamentais sociais, sendo justo ressaltar a escassez de recursos só exonera o Poder Público de responsabilidade quando da ocorrência de justo motivo objetivamente aferível²¹³:

²¹⁰ BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. In **Revista do Ministério Público**. Porto Alegre, n. 53, maio/ser 2004, p. 67.

²¹¹ HESSE, Konrad. **Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1991, p. 13.

²¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 53.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45-9 – Distrito Federal Relator: Min. Celso de Mello
Dj data-04/05/2004. Disponível em:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa- criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir; desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível- não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais²¹⁴.

Flavia Bahia, explica que os condicionamentos gerados pela reserva do possível não podem ser ignorados, devendo-se, contudo, observar no processo de concretização dos direitos sociais o binômio razoabilidade da pretensão individual e existência de disponibilidade financeira do Estado, ressaltando que:

Daí, valiosas as considerações de Ana Paula de Barcellos, que sobre o assunto afirma que a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. Os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração -de implantação sempre onerosa-, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (I) a razoabilidade da pretensão individual/ social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tomar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, segundo a autora, considerado o encargo governamental de tomar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos²¹⁵.

O princípio da reserva do possível, portanto, trata-se de um preceito que deve ser observado pelo Estado para a prestação de políticas públicas, sendo

http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Acesso em 20 mar. 2019..

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45-9 – Distrito Federal Relator: Min. Celso de Mello Dj data-04/05/2004.

²¹⁵ BAHIA, Flavia. **Direito constitucional**. p. 217.

na verdade um limitador da efetivação de direitos sociais, pois o Poder Público se encontra limitado à disponibilidade financeira.

2.2.2.3 Princípio da proibição de proteção insuficiente

Em contraposição ao princípio da reserva do possível, que não se pode descurar tratar-se de um limitador da eficácia dos direitos sociais, tem-se o princípio da vedação da proteção insuficiente que, na essência, veda condutas do Estado que buscam não atender integralmente direitos fundamentais, incluindo, portanto, os direitos sociais.

É reconhecido o dever de proteção efetiva por parte do Estado, obstando que um direito seja assegurado aquém de um mínimo necessário, conforme esclarecimento feito por Luciano Feldens²¹⁶:

Uma vez reconhecido que pesa sobre o Estado o dever de proteção de um direito fundamental, logicamente que a eficácia da proteção constitucionalmente requerida integrará o próprio conteúdo desse dever, pois um dever de tomar medidas ineficazes não faria sentido. Nesse tom, a partir do momento em que compreendemos que a Constituição proíbe que se desça abaixo de um certo mínimo de proteção, a proporcionalidade joga, aqui, como proibição de proteção deficiente. Diversamente do que sucede com a proibição de intervenção (excessiva), a função de imperativo de tutela pressupõe uma deliberação sobre o “se” e o “como” da proteção, circunstância que torna sua operacionalização mais difícil em relação àquela. Observe-se: enquanto na proibição de intervenção excessiva a legitimidade da ação estatal é questionada em face de uma medida específica (precisamente aquela que foi adotada), na hipótese de um imperativo de tutela a justificação há de estabelecer-se em face de um arsenal de medidas de possível adoção à proteção do direito fundamental (cíveis, administrativas, penais etc.)

O princípio da vedação da proibição de proteção insuficiente ou deficiente é uma vertente positiva do princípio da proporcionalidade, explicando Ingo Sarlet que:

A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está

²¹⁶ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e o direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 90-91.

diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados²¹⁷.

A violação da proibição de insuficiência se encontra representada, na maioria das vezes, por uma omissão do Estado no que diz respeito ao cumprimento de dever constitucional de proteção dos direitos fundamentais. Neste contexto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz respeito ao cumprimento de um imperativo constitucional, ou dever de proteção, “mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo)”²¹⁸.

2.2.2.4 Da proibição do retrocesso

A proibição do retrocesso ou o princípio da não reversibilidade dos direitos sociais (também chamado de efeito *cliquet*) é de matriz europeia e vem sendo desenvolvido pela doutrina pátria, podendo ser entendido como um limite materiais implícito, de forma que os direitos fundamentais sociais já assegurados ou alcançados não poderão mais ser suprimidos, possuindo conteúdo negativo e positivo²¹⁹:

O conteúdo negativo, que para a doutrina majoritária ainda prevalece sobre o conteúdo positivo (vide o clássico conceito de proibição do retrocesso usado pela maioria dos doutrinadores), refere-se à imposição ao legislador de, ao elaborar os atos normativos, respeitar a não supressão ou a não redução do grau de densidade normativa que os direitos fundamentais sociais já tenham alcançado por meio da normatividade constitucional e infraconstitucional, salvo, como afirma Canotilho se forem desenvolvidas prestações alternativas para de forma supletiva resguardarem direitos sociais já consolidados. Já o conteúdo positivo encontra-se no dever dos Poderes Públicos de imple-

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da Ajuris**, a. XXXII, nº 98, jun./2005, p. 107.

²¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da Ajuris**, p. 132.

²¹⁹ GONÇALVES, Bernardo Fernandes. **Curso de Direito Constitucional**. p. 719.

mentação dos direitos sociais através de efetiva concretização dos direitos fundamentais sociais, para a constante redução das desigualdades fático-sociais. Aqui, diga-se, não se trata de mera manutenção do status quo, mas, conforme a doutrina mais avançada, de imposição da obrigação de avanço social²²⁰.

Para Flávia Bahia²²¹:

[...]princípio da vedação ao retrocesso social expressa a ideia de que uma vez obtido um determinado grau de realização dos direitos sociais, eles passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo, podendo formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas do Estado que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa "anulação", "revogação" ou "aniquilação" pura e simples desse núcleo essencial.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem utilizado do princípio da vedação do retrocesso como obstáculo ao inadimplemento de direitos sociais previstos constitucionalmente:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como direito à educação, o direito à saúde ou direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados²²².

²²⁰ GONÇALVES, Bernardo Fernandes. **Curso de Direito Constitucional**. p. 719.

²²¹ BAHIA, Flavia. **Direito constitucional**. p. 219.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639.337-AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2a Turma, j. em 28-8-2011

Trata-se o princípio da proibição do retrocesso, portanto, da vedação à extinção de direitos sociais já implementados, evitando-se o retrocesso ou limitação tamanha que atinja substancialmente o direito²²³.

Importante a observação no sentido de que, muito embora a proibição do retrocesso vise preservar direitos sociais consolidados, não se pode perder de vista que existem variadas circunstâncias que podem afetar a capacidade do Estado de garantir os direitos da forma inicialmente estabelecida, extraindo-se daí a necessidade de não se poder conferir à tal garantia caráter absoluto contra revisão ou mudanças²²⁴.

²²³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 583.

²²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 585.

Capítulo 3

A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA A GARANTIA DO DIREITO À MORADIA

3.1 DO DIREITO À MORADIA

Nas lições de José Afonso da Silva²²⁵, pode-se conceituar moradia como um local ocupado para residir, “O direito à moradia significa ocupar um lugar como residência [...] para nele habitar. No “morar” encontramos a ideia básica de habitualidade no permanecer ocupando uma edificação”. Dessa forma, segundo o mesmo autor, “[...] o direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria. Quer-se que se garanta a todos um teto onde se abrigue com a família de modo permanente”. Continuando a explicação da ideia de moradia, o mesmo autor ainda acrescenta que “[...] segundo a própria etimologia do verbo Morar, do latim “morare”, significa demorar, ficar. Mas é evidente que a obtenção da casa própria pode ser um complemento indispensável para a efetivação do direito à moradia”.

Ainda, para o citado jurista, quanto à condição de eficácia do direito à moradia, tem-se, de um lado, o dever do Estado de se abster de praticar atos que impeçam a concretização do direito (conduta omissa) e, de outro, o dever de natureza prestacional (conduta comissiva), se encontrando nesta última a condição de eficácia do direito à moradia²²⁶.

A moradia foi reconhecida como um direito humano, pela primeira vez em 1948 com a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual, em seu art. XXV, estabeleceu que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz

²²⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 928.

²²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 313-314.

de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”²²⁷.

Considerando-se a existência de entendimentos diversos sobre a força jurídica obrigatória e vinculante da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1966 surgiu o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que restou aprovado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 226²²⁸, de 12/12/91, e promulgado através do Decreto Federal 591, de 06/07/1992²²⁹, restando estabelecido no seu art. 11, além da proteção expressa à moradia, o dever dos Estados Partes em assegurar a realização desse direito:

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida.

Além disso, conforme Paulo Afonso Cavichioli Carmona²³⁰:

[...] o direito à moradia está previsto na Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver (1976), Declaração sobre o Desenvolvimento (1986), na Agenda 21 (1992), e reconhecido como um direito humano em especial na Agenda Habitat, adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, Habitat II, realizada em Istambul, na Turquia (1996).

²²⁷ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso 20 maio 2019.

²²⁸ BRASIL. Decreto legislativo 226 de 12 de dezembro de 1991. Aprova os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados, junto com o Protocolo Facultativo relativo a esse último pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembleia-Geral das Nações Unidas. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1991/decretolegislativo-226-12-dezembro-1991-358251-exposicaodemotivos-146136-pl.html>. Acesso em 20 maio 2019.

²²⁹ BRASIL. Decreto Federal 591 de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-591-6-julho-1992-449000-norma-pe.html>. Acesso em 20 maio 2019.

²³⁰ CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A tutela do direito de moradia e o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 269.

Ingo Salert²³¹, analisando o conteúdo da Declaração de Vancouver (1976) e da Agenda Habitat II (1996), explica que, na primeira, restou previsto o direito à moradia como direito básico da pessoa humana ao passo que, na segunda, houve minuciosa previsão quanto ao conteúdo e extensão desse direito:

Já por ocasião da Declaração de Vancouver (1976) restou assegurado que a moradia adequada constitui um direito básico da pessoa humana. Por ocasião da Agenda Habitat II (Declaração de Istambul, de 1996), além de reafirmando o reconhecimento do direito à moradia como direito fundamental de realização progressiva, com remissão expressa aos pactos internacionais anteriores (art. 13), houve minuciosa previsão quanto ao conteúdo e extensão do direito à moradia (art. 43) bem como das responsabilidades gerais e específicas dos Estados signatários para a sua realização, que voltarão a ser objeto de referência

O direito à moradia, além de se tratar de um direito humano, está intimamente ligado à eficácia plena do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana na medida em que sequer é possível compreender a existência de uma vida digna sem um lugar adequado para assegurar a própria existência física.

Trata-se de uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto visa satisfazer uma necessidade básica da existência humana:

[...] impõe, ao Estado, dispensar tutela efetiva às pessoas, notadamente àquelas postas à margem das grandes conquistas sociais, assegurando-lhes a proteção do patrimônio mínimo, fundada em postulados inderrogáveis, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que representa – enquanto um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III) – valor revestido de centralidade em nosso sistema constitucional, apto a legitimar interpretações que objetivem destacar o necessário respeito ao indivíduo, superando-se, desse modo, em prol da subsistência digna das pessoas, restrições que eventualmente possam frustrar a eficácia de um direito tão essencial como o da intangibilidade do espaço doméstico em que o ser humano vive com a sua família²³².

²³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado** (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 20, dezembro, janeiro, fevereiro, 2019, 2010. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=413>. Acesso em 01 jun. 2019.

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. AI 799803/RJ – Rio de Janeiro, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 31/05/2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28799803%2ENUM%2E+OU+799803%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y36u2s8o>. Acesso em 28 jul. 2019.

O direito à moradia, pois, tem sido compreendido e incluído no elenco dos direitos designados como de subsistência e, portanto, da própria natureza humana, por se tratar em verdade, de expressão mínima do próprio sentido à vida²³³.

Na Constituição de 1988, o direito à moradia foi expressamente inserido no ordenamento jurídico constitucional por meio da Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000. Contudo, o direito à moradia já se encontrava implícito na legislação, conforme explica Ingo Sarlet²³⁴:

No direito constitucional pátrio, em que pese ter sido o direito à moradia incorporado ao texto da nossa Constituição vigente (art. 6º) – na condição de direito fundamental social expresse - apenas com a edição da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, constata-se que, consoante já referido no voto da Deputada Federal Almerinda Carvalho, relatora do PEC nº 60/98, na Constituição de 1988 já havia menção expressa à moradia em outros dispositivos, seja quando dispôs sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para "promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico" (art. 24, inc. IX), seja quando no artigo 7º, inciso IV, definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos, com moradia. Da mesma forma, a vinculação social da propriedade (art. 5º, XXIII, e artigos 170, inciso III e 182, parágrafo 2º), bem como a previsão constitucional do usucapião especial urbano (art. 183) e rural (art. 191), ambos condicionando, dentre outros requisitos, a declaração de domínio à utilização do imóvel para moradia, apontam para a previsão ao menos implícita de um direito fundamental à moradia já antes da recente consagração via emenda constitucional.

Embora anteriormente já estivesse explícito o direito à moradia no ordenamento jurídico, não se pode olvidar que, seu reconhecimento expresse no plano constitucional lhe imprime uma especial significação porquanto, além de

²³³ CRAVEN, Matthew. **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – A Perspective on its Development**. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 330.

²³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, p. 12.

inserir novas perspectivas quanto à sua eficácia, configura-se como preceito definidor de direitos e garantias fundamentais²³⁵.

3.2 DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

3.2.1 Entendimento dos tribunais estaduais

O Poder Judiciário tem se deparado com várias situações as quais o plano de fundo é a garantia (ou não) do Direito Social de Moradia, sendo instado a se manifestar, ainda que indiretamente, quanto à possibilidade de sua intervenção para efetivação desse direito.

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por exemplo, em análise à Apelação Cível interposta pelo Ministério Público nos autos da Ação Civil Pública n. 0905967-82.2016.8.24.0038²³⁶, entendeu o Tribunal catarinense pela constitucionalidade de uma Lei Municipal de Joinville (Lei Municipal 2.502/1991²³⁷) por meio da qual o ente municipal promoveu a desafetação de imóvel de sua propriedade com o intuito de cedê-lo às pessoas que o ocupavam irregularmente.

Na ação referida, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina fundamentou que o imóvel objeto da desafetação foi incorporado ao patrimônio do Município de Joinville por ocasião da implantação de parcelamento do solo urbano, cuja destinação deveria ser, exclusivamente, para fins públicos da comunidade

²³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, p. 13.

²³⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Ação Civil Pública n. 0905967-82.2016.8.24.0038. Relator: Des. Ronei Danielli. Julgamento em 02 julho de 2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAGAAGSYKAAB&categoria=acordao_5. Acesso 03 ago. 2019.

²³⁷ JOINVILLE. Lei municipal 2.502 de 22 de março de 1991. Dispõe sobre a desafetação de áreas municipais, autorizando a alienação destas nos termos da lei nº 1606, de 18 de setembro de 1978. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/sc/j/joinville/lei-ordinaria/1991/250/2502/lei-ordinaria-n-2502-1991-dispoe-sobre-a-desafetacao-de-areas-municipais-autorizando-a-alienacao-destas-nos-termos-da-lei-n-1606-de-18-de-setembro-de-1978>. Acesso 03 ago. 2019.

onde ocorreu referido parcelamento, conforme exigência de Lei Federal n. 6.766/79²³⁸.

Diante disso, entendeu o representante do *Parquet* que “[...] não se justifica, nos dias atuais, que praças, jardins e parques públicos, ou qualquer área verde municipal de uso comum do povo, sofram desafetação para a edificação de qualquer obra, tenha elas finalidades sociais ou não”, postulando então pela declaração incidental da inconstitucionalidade da Lei Municipal 2.502/1991.

Em análise ao Recurso de Apelação interposto pelo órgão ministerial, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu a regra prevista na Lei Federal n. 6.766/79 não é absoluta, podendo-se destinar áreas institucionais e verdes irregularmente ocupadas para habitação definitiva das famílias ali assentadas, em nítida implementação de política pública de habitação social, satisfazendo o direito fundamental social à moradia digna, previsto do art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Segue a fundamentação do Desembargador Relator Ronei Danielli nesse sentido:

O escopo da norma inserta na Lei de Parcelamento do Solo Urbano é justamente preservar o interesse coletivo no processo de urbanização, reservando parte da gleba originária do loteador para a utilização pública e instalação de equipamentos comunitários, como praças, parques, postos de saúde, creches, escolas, áreas de lazer, entre outros.

Sabe-se, porém, que a realidade urbana é dinâmica, identificada com o intenso fluxo de pessoas e serviços, elevação populacional, desenvolvimento econômico, entre tantos outros fatores político-sociais capazes de alterar, no passar dos anos, as vertentes do crescimento urbano e das próprias necessidades coletivas em cada assentamento populacional.

Destarte, conceber na regra indireta do art. 17 da Lei n. 6.766/79 (norma urbanística de caráter geral) uma restrição imanente e rígida à possibilidade do Município readequar a destinação das áreas de domínio público afetadas a loteamentos – isto é, vedar toda e qualquer desafetação de bens de uso comum do povo integrados ao patrimônio público mediante parcelamento do solo –

²³⁸ BRASIL. Lei 6.766 de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm. Acesso 03 ago. 2019.

representaria uma excessiva limitação à autonomia municipal, sem amparo legal contundente. Além do mais, tal interpretação excessiva estaria em descompasso com a realidade urbana brasileira, dinâmica e multifacetada, dotando-a de irreal estática e generalidade. [...]

O ente municipal considerou a realidade urbanística do loteamento em questão, entendendo existir áreas destinadas a equipamentos públicos (escolas, creches, postos de saúde, praças, etc.) em número suficiente nas proximidades, bem como a inexistência de imóveis próximos disponíveis para realocação daquela população.

Ainda, sopesou os consideráveis custos ao erário em providenciar a mudança dos ocupantes a outras localidades, bem como os elevados riscos sociais em desinstalar as inúmeras famílias que, embora de forma irregular, residem nos imóveis há décadas, e poderiam migrar de forma precária a outras regiões do Município, ou mesmo acabar desalojadas (memorandos de fls. 33 e 52/54 e mapa de fl. 55).

Desta feita, o ente municipal optou por destinar tais áreas institucionais e verdes irregularmente ocupadas para a habitação definitiva das famílias ali assentadas, em implementação de política pública de habitação social com propósito de efetivar o direito fundamental à moradia digna, insculpido no art. 6º da Constituição Federal²³⁹.

Na mesma decisão, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina determinou que o Município de Joinville implementasse políticas públicas para o fim de proceder à regularização fundiária da área desafetada e possibilitar, assim, a melhoria das condições habitacionais e o pleno desenvolvimento das funções sociais, ressaltando-se que a manutenção da situação precária avilta o direito fundamental à moradia digna, justificando ainda a possibilidade jurídica do Poder Judiciário determinar que o poder público adote medidas com vistas à satisfação de direitos sociais:

Sendo assim, a inércia do ente municipal, no caso concreto, consubstancia o descumprimento de seu dever constitucional de promover a ocupação adequada do solo urbano, a melhoria das condições habitacionais e o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

A manutenção da situação precária a que submetida a população de baixa renda, residente na localidade há décadas, sem qualquer perspectiva de solução a curto e médio prazos, inequivocadamente

²³⁹SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Ação Civil Pública n. 0905967-82.2016.8.24.0038. Relator: Des. Ronei Danielli. Julgamento em 02 jul. 2019.

avilta o direito fundamental à moradia digna, insculpido no art. 6º da Carta Constitucional.

A irregularidade das habitações obsta o pleno acesso a serviços públicos essenciais, como fornecimento de água, energia elétrica, saneamento básico e coleta de resíduos sólidos.

A ausência de domínio e de propriedade registrada (matrícula e inscrição imobiliária) impossibilita a edificação regular de casas e construções nos imóveis, em atendimento às normas urbanísticas, civis e ambientais.

Além disso, a inércia representa prejuízo continuado aos cofres públicos, que adiam a obtenção de recursos derivados das alienações ou concessões reais de uso dos novos lotes, bem como deixam de arrecadar tributos (notadamente IPTU, COSIP e ITBI). [...]

O Supremo Tribunal Federal reputa válida a atuação do Poder Judiciário quando determina ao poder público a adoção de medidas com vistas a garantia dos direitos fundamentais e sociais dos cidadãos, não caracterizando violação ao princípio da separação dos poderes.

Este posicionamento fica mais aparente no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 739.151/PI²⁴⁰, relatora Rosa Weber, Primeira Turma, em 27.05.2014:

EMENTADIREITOCONSTITUCIONAL.AÇÃOOCIVILPÚBLICA.DEFENSORIA PÚBLICA. AMPLIAÇÃO DA ATUAÇÃO. OMISSÃO DO ESTADO QUE FRUSTA DIREITOS FUNDAMENTAIS. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. CONTROLE JURISDICIONAL.POSSIBILIDADE.PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 22.10.2007.Emerge do acórdão que ensejou o manejo do recurso extraordinário que o Tribunal a quo manteve a sentença que condenou o Estado a designar um defensor público para prestar serviços de assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes da Comarca de Demerval Lobão consoante os arts. 5º, LXXIV,127, caput, 129, III e IX e 134 da Constituição Federal. No caso de descumprimento da obrigação, fixou multa diária. O acórdão recorrido não divergiu da jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que é lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes.

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 739.151/PI, relatora Rosa Weber, Primeira Turma, em 27.05.2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=233607256&ext=.pdf>. Acesso 22 jul. 2019.

Precedentes. O exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não ofende o princípio da separação dos Poderes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.

A discussão travada do recurso em referência dizia respeito à constitucionalidade da determinação contida em acórdão proferido pelo Estado do Piauí, determinando implementação de políticas públicas voltadas à plena satisfação de Direitos Sociais. Na ocasião, entendeu o Supremo Tribunal Federal inexistir afronta à Constituição da República – em especial ao Princípio da Separação dos Poderes – porquanto compete ao Poder Judiciário analisar a legalidade de atos administrativos, notadamente quando o ente público não observa os encargos a ele cometidos, comprometendo a eficácia de Direitos Sociais constitucionalmente assegurados.

A decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no julgamento do Agravo de Instrumento n. 4012195-13.2017.8.24.0000²⁴¹, por seu turno, entendeu pelo dever do Município de Itajaí de garantir a manutenção de aluguel social a alguns núcleos familiares, até se seja efetivada a entrega de imóvel decorrente de programa municipal.

Restou assim ementado o referido julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PAGAMENTO DE BENEFÍCIO SOCIAL. AUXÍLIO MORADIA. MUNICÍPIO DE ITAJAÍ. LEI MUNICIPAL N. 5.398/92. SUSPENSÃO ARBITRÁRIA DA BENESSE. NÚCLEOS FAMILIARES QUE NÃO FORAM CONTEMPLADOS COM POLÍTICA EFETIVA DE MORADIA. LOTEAMENTO NÃO ENTREGUE PELO MUNICÍPIO. CONSTRUÇÃO SUSPENSA. VIOLAÇÃO AO ART. 4º, I, DA LEI DE REGÊNCIA. DIREITO SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. DEVER DE MANUTENÇÃO DO ALUGUEL SOCIAL. ALEGADA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E À TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO A RESPEITO, NO JUÍZO DE

²⁴¹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 4012195-13.2017.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Vilson Fontana, Quinta Câmara de Direito Público, j. 11-10-2018. Disponível em http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAPoh9AAI&categoria=acordao_5. Acesso em 05 ago. 2019.

ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO
PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO²⁴².

No Estado do Rio Grande do Sul o seu Tribunal de Justiça²⁴³ também foi chamado para resolver questão de políticas públicas com vistas à efetivação do direito Constitucional de Moradia quando teve a oportunidade de se manifestar nos autos de uma ação civil pública interposta pelo Ministério Público, na qual visava, justamente, que o Município de Porto Alegre realizasse a regularização fundiária e a urbanização de uma área irregularmente ocupada (conhecida como Mato Sampaio), a fim de garantir melhores condições de habitação e saneamento básico.

O juízo singular, na oportunidade da sentença, deliberou pela improcedência do pedido com base nos dogmas da discricionariedade do administrador e da separação dos poderes, estando o Poder Judiciário impossibilitado de efetuar a sindicabilidade da omissão do poder executivo.

O Tribunal, contudo, reformou a sentença, ao fundamento principal de que é devido o controle, pelo Poder Judiciário, de omissão do poder público em efetuar medidas concretas para efetivação de Direitos Fundamentais, em especial o Direito à Moradia.

Referido julgado restou assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE E DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE HABITAÇÃO DO REFERIDO – DEMHAB. OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA DE PROPRIEDADE MUNICIPAL – LOCAL DENOMINADO VILA MATO SAMPAIO. SITUAÇÃO QUE PERDURA HÁ DÉCADAS SEM A DEVIDA ATENÇÃO DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. NECESSIDADE DE REGULARIZAÇÃO. DEVER DE EXECUÇÃO DE POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO URBANO. DIREITO DOS MUNICÍPIOS À TERRA URBANA, À MORADIA, AO SANEAMENTO AMBIENTAL, À INFRAESTRUTURA URBANA, AO TRANSPORTE E AOS SERVIÇOS PÚBLICOS, AO TRABALHO E AO LAZER, PARA AS PRESENTES E FUTURAS

²⁴² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 4012195-13.2017.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Vilson Fontana, Quinta Câmara de Direito Público, j. 11-10-2018.

²⁴³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível, Nº 70065099632, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jerson Moacir Gubert, Julgado em: 25-07-2019. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso: 07 ago. 2019.

GERAÇÕES, ASSIM COMO À REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E À URBANIZAÇÃO DE ÁREA OCUPADAS POR POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA, COMO É O CASO DOS AUTOS. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 182 E 183 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1º E 6º DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.220/2001, 1º E 2º, INCISOS I E XIV, DA LEI 10.257/2001 (ESTATUTO DA CIDADE). SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA. UNÂNIME²⁴⁴.

Quanto ao fundamento o recurso, notadamente no que tange à possibilidade/necessidade de o Poder Judiciário determinar o poder público que adote medidas necessárias à efetivação do direito à moradia, restou demonstrado que na atualidade não mais se justifica a alegada insindicabilidade dos elementos que compõem o ato discricionário, cuja apreciação pelo juízo a quo foi recusada. Ademais, como se sabe, a discricionariedade, no atual estágio do direito administrativo moderno, não mais se conceitua como liberdade total de escolha por parte do administrador. Está atrelada à escolha da melhor solução entre as possíveis sempre em conformidade com o conjunto principiológico adotado pelo ordenamento jurídico e tomado como referência a finalidade do interesse público.

O mesmo Tribunal em julgamento do Recurso de Apelação n. 70066170945²⁴⁵, determinou que o Município de Cachoeira do Sul providenciasse a remoção de moradores de um local com risco de alagamento, recolocando-os em local seguro e adequado, o que assim se fez ao fundamento de que compete ao Poder Judiciário intervir nos atos da administração pública nas hipóteses em que os órgãos estatais competentes comprometer a eficácia e integridade de direitos individuais ou coletivos constantes da Constituição da República do Brasil:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MUNICÍPIO DE CACHOEIRA DO SUL. REMOÇÃO DE MORADIAS CONSTRUÍDAS EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ÁREA COM RISCO DE ALAGAMENTO, DESMORONAMENTO E SOTERRAMENTO. DEVER DO MUNICÍPIO RÉU DE PROVIDENCIAR A REMOÇÃO DOS MORADORES DO LOCAL COM RECOLOCAÇÃO EM LOCAL SEGURO E ADEQUADO, BEM COMO DE DEFENDER,

²⁴⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível, Nº 70065099632, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jerson Moacir Gubert, Julgado em: 25-07-2019.

²⁴⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível, Nº 70066170945, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jerson Moacir Gubert, Julgado em: 14-03-2019. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em 07 ago. 2019.

PROTEGER E PRESERVAR O MEIO AMBIENTE. DIREITOS INTRANSPONÍVEIS QUE SE SOBREPÕEM À AUSÊNCIA DE INTERESSE DE ALGUNS MORADORES DE PERMANECEREM NO LOCAL. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS HIPÓTESES EM QUE “OS ÓRGÃOS ESTATAIS COMPETENTES, POR DESCUMPRIREM OS ENCARGOS POLÍTICO-JURÍDICOS QUE SOBRE ELES INCIDEM, VIEREM A COMPROMETER, COM TAL COMPORTAMENTO, A EFICÁCIA E INTEGRIDADE DE DIREITOS INDIVIDUAIS E/OU COLETIVOS IMPREGNADOS DE ESTATURA CONSTITUCIONAL, AINDA QUE DERIVADOS DE CLÁUSULAS REVESTIDAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO”. ADPF N. 45 MC/DF. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. UNÂNIME²⁴⁶.

Quanto ao teor da fundamentação, no que diz respeito à possibilidade da Judicialização de Políticas Públicas, levou-se em consideração que o Poder Judiciário não por se omitir em caso de descumprimento pela Administração Pública com a eficácia de direitos fundamentais:

Por derradeiro, destaco que, malgrado o princípio da separação dos poderes insculpido no artigo 2º da Constituição Federal, conforme o exarado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF n. 45 MC/DF, é possível a intervenção do Poder Judiciário nos atos da Administração Pública nas hipóteses em que “os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatuta constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”.

O julgado em liça estabelece, ainda, os seguintes requisitos autorizadores da intervenção judicial: (1) a natureza constitucional da política pública, (2) a comprovação de omissão ou de prestação deficiente por parte da administração pública sem justificativa, e (3) o reflexo com os direitos fundamentais, os quais, conforme o anteriormente delineado no presente julgamento, restam devidamente configurados no caso dos autos.

Outra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e que, na verdade, vem ao encontro do estudo aqui proposto, é acerca de um caso que

²⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível, Nº 70066170945, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jerson Moacir Gubert, Julgado em: 14-03-2019.

ocorreu especificamente no Município de Caxias do Sul²⁴⁷, no qual, em ação demolitória impetrada pela municipalidade, o juízo de origem determinou a demolição das construções realizadas por uma cidadã daquela localidade, julgando ainda improcedente o pedido por ela realizado em reconvenção e que visava coagir o município a conceder uso especial em outro imóvel no perímetro urbano ou a inserir em programa habitacional.

Em outros termos, pretendia a ré da ação demolitória que, acaso fosse julgado procedente o pedido demolitório, fosse obrigado o município a lhe disponibilizar outra moradia.

A emenda do julgado ora brevemente relatado, por si só, já bem define o Direito de Moradia como Direito Fundamental, ressaltando a possibilidade de o Poder Judiciário determinar, em um caso específico, medida pelo poder público que se mostre necessária à consecução deste direito, notadamente em relação à pessoa com poucos recursos e sem qualquer possibilidade financeira de adquirir sua casa própria:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DEMOLITÓRIA. CASO EM QUE É INEQUÍVOCA A CONSTRUÇÃO IRREGULAR EM TERRENO PÚBLICO. HIPÓTESE EM QUE DEVE SER OBSERVADO O DIREITO À MORADIA PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada, uma vez que a questão fática narrada pelas partes restou comprovada nos autos, sendo desnecessária a dilação probatória postulada pela ré. Inequívoca a construção irregular em área de proteção ambiental pertencente ao ente municipal, não é possível afastar a procedência do pedido de demolição da residência. No entanto, o direito à moradia, com a Emenda Constitucional nº 26/00, passou a compor o rol dos direitos sociais, integrando a segunda dimensão dos direitos fundamentais, exigindo do Estado uma política pública voltada à sua consecução. Logo, muito embora se esteja ciente das limitações fáticas de concretização de todos os *direitos* previstos constitucionalmente, no presente, está-se diante de condição excepcional em função da precariedade da situação que acomete a apelante, pessoa de poucos rendimentos, que será destituída de seu local usual de *moradia*. Reforma, portanto, a sentença no ponto, a fim de acolher, em parte, o pedido

²⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível, Nº 70079687380, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em: 18-12-2018. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em 07 ago. 2019.

reconvencional. APELAÇÃO CÍVEL PARCIALMENTE
PROVIDA²⁴⁸.

Quanto à fundamentação para determinar que o Município de Caxias do Sul amparasse o direito individual de moradia daquela pessoa, utilizou a Emenda Constitucional n. 26/00²⁴⁹, que elevou ao patamar de direito social fundamental o direito à moradia e, bem como, ressaltando que, tal determinação pelo Poder Judiciário, não afronta aos princípios da separação de poderes e reserva do possível, tendo em vista que a decisão compatibiliza com os preceitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal, fazendo breve histórico, ainda, quanto à evolução do direito até o constitucionalismo, como estudado no primeiro capítulo desta dissertação:

No entanto, muito embora se esteja ciente das limitações fáticas de concretização de todos os direitos previstos constitucionalmente, não é possível desconsiderar a condição excepcional narrada nos autos.

Isso porque é evidente a precariedade da situação que acomete a ré, pessoa simples e de poucos rendimentos, de modo que não se pode ignorar as consequências diretas que do ato de demolição advirão para a parte.

Como é sabido, o direito à moradia, com a Emenda Constitucional nº 26/00, passou a compor o rol dos direitos sociais, integrando a segunda dimensão dos direitos fundamentais, exigindo do Estado uma política pública voltada à sua consecução.

De fato, o caráter programático da norma constitucional não pode fazer com que o dispositivo constitucional se torne uma simples promessa, sem gerar qualquer consequência ao Poder Público.

Assim sendo, não é possível determinar a simples remoção da parte de sua residência sem que seja imposta ao Município qualquer responsabilidade acerca das consequências do ato.

Desse modo, ainda que não se possa manter a apelante na posse do imóvel, em razão de se tratar de área de preservação ambiental, é imprescindível que a parte seja amparada pelo Poder Público, a fim de que lhe seja concedido o uso especial de bem público para fins de moradia, nos termos do art. 5º da Medida Provisória nº

²⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível, Nº 70079687380, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em: 18-12-2018.

²⁴⁹ BRASIL. Emenda Constitucional 26 de 14 de fevereiro de 2000. Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm. Acesso 20 jul. 2019.

2220/2001 ou a sua inclusão em programa habitacional do Município.

Saliento, por oportuno, que não há violação à separação dos poderes insculpida no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, mas compatibilização dos preceitos e competências ali previstos ao caso concreto com o qual se está por ora a se deparar, em especial diante do mandamento contido no art. 6º da Carta Magna, que consubstancia o direito à moradia. Faz-se necessária uma breve reflexão a respeito dos limites do Judiciário.

Com o movimento revolucionário do final do século XVIII, dando início à constitucionalização do Direito, surgiram três modelos jurídicos que influenciaram a atividade jurisdicional.

O primeiro refere-se ao Juiz Júpiter, o qual se expressa na figura de uma pirâmide hierarquizada de normas, cabendo ao julgador apenas a função de pronunciar sentenças oriundas da verdadeira vontade do legislador.

O segundo modelo é do Juiz Hércules, aquele que sobrepõe os fatos à generalidade da lei para lhes dar possibilidade jurídica de modificação da realidade social e na resolução do problema, onde o próprio juiz e o caso concreto são o limite de atuação judicial.

Por fim, o terceiro modelo é o do Juiz Hermes, que se relaciona com o Direito na figura de uma rede, interligando uma multiplicidade de atores jurídicos e políticos. É o juiz que vislumbra soluções levando em conta o caráter indeterminado do Direito, desconfiando sempre de discursos e verdades imutáveis.

Após analisar os autos, concluí que a solução da presente lide deve ser alcançada adotando-se o modelo do Juiz Hermes, onde o julgador atua como um mediador, tendo a percepção e a prudência em identificar que a Justiça não está exclusivamente no conteúdo da norma, mas na construção da decisão que solucione o litígio de forma ideal.

Portanto, inviável o desalojamento da parte sem a sua prévia inclusão nos programas referidos, a fim de que lhe seja preservado o direito à moradia.

Por fim, encerrando-se a análise de precedentes dos Tribunais, traz-se julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na qual foi instada a Corte a se manifestar em uma Ação Civil Pública²⁵⁰ ajuizada pelo Ministério Público em face do Município de Petrópolis e do Estado do Rio de Janeiro, a

²⁵⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0002706-97.2015.8.19.0042, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relatora Desembargadora Mônica Maria Costa, julgado em 19 de março de 2019. <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/719117716/apelacao-remessa-necessaria-apl-27069720158190042/inteiro-teor-719117733?ref=feed>. Acesso em 07 ago. 2019.

condenação de referido município e do Estado do Rio de Janeiro, de maneira solidária, a realizar obras de engenharia e geotecnia a fim de garantir a integridade das pessoas que habitam a comunidade denominada de Vila Carolina Brand Reis, diante das graves situações de riscos e deslizamentos no local, provocados pelas fortes chuvas, o que assim se fez diante do fundamento de que a Judicialização de políticas públicas encontra justificada quando a intervenção do Poder Judiciário visa garantir a integridade do núcleo substancial do mínimo existencial, plano de fundo da existência dos direitos fundamentais:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SITUAÇÃO DE RISCO DE DESLIZAMENTOS E ESCORREGAMENTOS GEOLÓGICOS NA REGIÃO DE PETRÓPOLIS. COMUNIDADE DENOMINADA VILA CAROLINA BRAND REIS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELA ADMINISTRAÇÃO. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA SALVAGUARDA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. DESPROVIMENTO DO RECURSO. [...] 6. No mérito, a questão fática delineada nos autos demonstra a necessidade de adoção de medidas necessárias e eficazes na prevenção da consumação de danos, cujos eventos não podem ficar condicionados à condescendência da natureza. 7. De certo que diante de omissão administrativa na condução de políticas públicas eficientes e efetivas voltadas à prevenção da ocorrência de riscos originados e agravados pelas fortes chuvas de março de 2013, estaria o Poder Judiciário legitimado a intervir na execução das medidas necessárias à redução de riscos. 8. A atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas é excepcional e só pode ocorrer quando configurada violação dos preceitos fundamentais. 9. A judicialidade das políticas públicas somente se encontra justificada com a intervenção do Poder Judiciário para garantir a integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial, núcleo essencial dos direitos fundamentais. 10. Não há dúvidas de que princípio constitucional da separação de poderes, a teor do art. 2º da CRFB/88, tem se flexibilizado à luz das perspectivas trazidas pela nova ordem constitucional, flexibilizando os conceitos jurídicos para alcançar a efetiva concretização e eficácia dos direitos fundamentais pelos jurisdicionados, a fim de não se comprometer a integridade da própria Carta Política. 11. O princípio da separação de poderes deve ser invocado somente para restringir a atuação do Poder Judiciário, em se tratando de políticas públicas, quando a conduta da Administração Pública encontra balizas na lei e na ordem constitucional vigente. 12. Hipótese em que não se evidencia a execução de providências efetivas na área objeto da lide destinadas a obstar a ocorrência de novos deslizamentos e eventos geológicos, não obstante o lapso temporal decorrido. 13. Cotejo probatório coligido aos autos que não se presta para elidir a inércia estatal no tocante à realização

das obras necessárias a garantir a dignidade e sobrevida da população da região, bem como dos transeuntes, eis que inexistente qualquer prova no sentido do início ou término efetivo das intervenções imperativas atestadas para a localidade. 14. Justificada, portanto, a intervenção do Judiciário, não se tratando de violação ao princípio da separação de poderes ou de invasão indevida no mérito administrativo, diante da relevância dos bens jurídicos envolvidos e da omissão do Poder Público, que resvala na ausência de uma política pública eficiente e efetiva, voltada à salvaguarda de direitos fundamentais. 15. Necessária, portanto, a adoção de políticas públicas direcionadas à promoção da dignidade da pessoa humana, notadamente diante da relevância do bem jurídico envolvido, a qual não pode ficar condicionada à opção do Agente Público competente. 16. Cláusula de reserva do possível que não pode conduzir à ineficácia dos direitos fundamentais, sendo imperiosa a necessidade de preservação da integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial necessário a uma existência digna e à própria sobrevivência do indivíduo. 17. O prazo para conclusão das obras em 180 dias é razoável, pois não pode o administrado aguardar indefinidamente a finalização das obras necessárias na localidade atingida. 18. Não se perde de vista que passados mais de cinco anos da tragédia, ainda não foram concluídas todas as obras necessárias, muitas ainda sequer iniciadas, possibilitando a ocorrência de novo evento natural, submetendo a população a risco de morte, notadamente diante do crescimento desordenado da cidade, da ausência de uma fiscalização efetiva do Poder Público no que se refere à ocupação irregular do solo e na adoção de políticas públicas habitacionais. 19. Multa diária fixada pelo não cumprimento da medida no valor de R\$ 5.000,00, adequada ao objeto discutido e a obrigação imposta, sendo certo que sua incidência somente se efetivará na hipótese de descumprimento do comando judicial, inexistindo quaisquer elementos nos autos que aponte para a impossibilidade de realização da determinação ou para a excessividade do valor arbitrado. 20. Recursos desprovidos²⁵¹.

Conforme se verificou é clara a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário para, adentrando em matéria que deveria, essencialmente, ser alvo de deliberação tão somente pelo Poder Executivo, garantir, ainda que individualmente, direitos Fundamentais, em especial o Direito à Moradia que corresponde, não só, ao direito de se ter uma habitação, mas também que seja um local seguro e em condições dignas.

²⁵¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0002706-97.2015.8.19.0042, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relatora Desembargadora Mônica Maria Costa, julgado em 19 de março de 2019.

3.2.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é, atualmente, uníssona quanto à possibilidade de o Poder Judiciário determinar implementação de políticas públicas visando à satisfação de Direitos Fundamentais, dentre os quais se encontra o Direito Social à Moradia.

A análise dos precedentes do Supremo deve partir do panorama geral que se extrai da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45-9²⁵², do Distrito Federal, por meio do qual decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão da relatoria do Ministro Celso de Melo, que compete ao Poder Judiciário intervir para forçar que outros poderes cumpram com seu dever constitucional, notadamente aqueles que buscam à satisfação de direitos fundamentais:

a concretização do texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e do Legislativo, mas também do Judiciário. É certo que, em regra, a implementação de políticas públicas é da alçada do Executivo e do Legislativo. Todavia, na hipótese de injustificada omissão ou insuficiência, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto. É o posicionamento do STF.

Segue a ementa do acórdão em referência:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45-9 – Distrito Federal Relator: Min. Celso de Mello Dj data-04/05/2004.

CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)²⁵³.

E, do teor das razões dos fundamentos, extrai-se que, embora reconheça o Supremo não ser incumbência primária do poder Judiciário a formulação e implementação de políticas públicas, excepcionalmente, poderá ser a ele atribuída, notadamente quando os órgãos estatais forem omissos e comprometerem a eficácia e integridade dos direitos individuais e coletivos previstos na Constituição.

Manifestou-se a Suprema Corte, no mesmo julgado, quanto ao princípio da reserva do possível, tal qual como estudado no segundo capítulo desta dissertação, entendendo que referido princípio não pode ser utilizado, sem justo motivo objetivamente aferível, pelo Estado com o fim de se eximir do cumprimento de suas obrigações constitucionais, em especial quando se tem como consequência o aniquilamento de direitos fundamentais:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45-9 – Distrito Federal Relator: Min. Celso de Mello Dj data-04/05/2004.

do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Quanto aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal especificamente quanto à casos ligados ao Direito Social de Moradia, observa-se do recente acórdão proferido no Agravo Regimental n. 908.144²⁵⁴, de relatoria do Ministro Edson Fachin, no qual se assentou não ser ato discricionário do poder público a implementação de direitos fundamentais, mas tão somente a forma de realizá-la, de modo que não há qualquer violação ao princípio da Separação de Poderes a decisão judicial que determina a implementação de políticas públicas relacionadas à efetivação do Direito Social à Moradia:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA. IMÓVEL PÚBLICO. LOTEAMENTO IRREGULAR. INÉRCIA DO PODER PÚBLICO. DIRETRIZES E INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA. APLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais. 2. O exercício do poder de polícia de ordenação territorial pode ser analisado a partir dos direitos fundamentais, que constituem, a toda evidência, o fundamento e o fim da atividade estatal. 3. Na presença de instrumentos do Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/01) para efetivar as diretrizes constitucionais, é razoável exigir do poder público medidas para mitigar as consequências causadas pela demolição de construções familiares erigidas em terrenos irregulares. 4. Diante da previsão constitucional expressa do direito à moradia (art. 6º, CF) e do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), é consentâneo com a ordem normativa concluir não ser discricionário ao poder público a implementação de direitos fundamentais, mas apenas a forma de realizá-la. 5. Agravo regimental a que se nega provimento²⁵⁵.

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal federal. ARE 908.144 AgR, Relator(a): Min. Edson Fachin, segunda Turma, julgado em 17/08/2018, processo eletrônico DJe-175 DIVULG 24-08-2018 PUBLIC 27-08-2018. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28908144%2E%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2kb9tty>. Acesso em 08 ago. 2019.

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 908.144 AgR, Relator(a): Min. Edson Fachin, segunda Turma, julgado em 17/08/2018, processo eletrônico DJe-175 DIVULG 24-08-2018 PUBLIC 27-08-2018.

Também na oportunidade do julgamento do Agravo Regimental n. 914/634, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, o Supremo Tribunal Federal não conheceu do Recurso Extraordinário interposto pelo Município de Niterói, já que a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que determinou que referido município carioca arcasse com aluguel social às famílias desabrigadas em virtude de catástrofe decorrente de chuva torrencial, se encontrava em consonância com o entendimento do Supremo:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Constitucional. Direito à moradia e aluguel social. Catástrofe Natural. Chuvas. Interdição de imóvel. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Violação do princípio da reserva de plenário. Inexistência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso do direito à moradia, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 2. Não há violação do art. 97 da Constituição Federal ou da Súmula Vinculante nº 10 do STF quando o Tribunal de origem, sem declarar a inconstitucionalidade da norma e sem afastá-la sob fundamento de contrariedade à Constituição Federal, limita-se a interpretar e aplicar a legislação infraconstitucional ao caso concreto. 3. Agravo regimental não provido²⁵⁶.

A decisão monocrática proferida pelo Ministro Edson Fachin nos autos do Recurso Extraordinário n. 909.943²⁵⁷ também se mostra oportuna, na medida em que modificou acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de referido Estado, no qual deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Estado do Sergipe para caçar a sentença proferida em primeiro grau de jurisdição, ao fundamento de que não cabe ao poder Judiciário intervir na esfera administrativa diante do princípio da Separação de Poderes.

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 914.634 AgR, Relator(a): Min. DIAS TÓFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28914634%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y5w93lp6>. Acesso em 08 ago. 2019.

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 909.943. Rel. Ministro Edson Fachin, julgado em 30 de novembro de 2016. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310872010&ext=.pdf>. Acesso em 08 ago. 2019.

Na análise do Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Sergipe, por meio de decisão monocrática, o Supremo Tribunal Federal modificou a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, dando provimento ao recurso interposto, ao fundamento de que é legítimo ao Poder Judiciário impor obrigação de fazer com finalidade de assegurar direitos fundamentais, como é o caso da moradia, para o fim de condenar o Estado do Sergipe a realizar obras de contenção das encostas (onde havia perigo de deslizamentos), realocando as famílias que se encontram em localização de risco.

Segue trecho do acórdão:

Este Tribunal entende que reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, não configura violação do princípio de separação dos poderes. Nesse sentido, em caso no qual se discutia obras emergenciais em presídios, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o mérito do RE-RG 592.581, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 1º.02.2016 (Tema 220), com repercussão geral reconhecida, decidiu que “é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”. Verifica-se, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que, nos casos de omissão da administração pública, conforme assentado no caso dos autos, é legítimo ao Poder Judiciário impor-lhe obrigação de fazer com a finalidade de assegurar direitos fundamentais dos cidadãos, como é o caso da moradia e segurança por risco de desmoronamento em encostas. Diante do exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para restabelecer, parcialmente, a sentença que julgou procedente a ação civil pública, no tocante a obrigação de realizar de serviços de contenção das encostas e de relocar, em condições aceitáveis, as famílias que se encontram em localização de risco eminente, nos termos do art. 21, § 2º, do RISTF ²⁵⁸.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 909.943. Rel. Ministro Edson Fachin, julgado em 30 de novembro de 2016.

O entendimento foi confirmado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal na oportunidade do julgamento do Agravo Regimental interposto contra referida decisão monocrática, restando o julgado assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO EM 29.12.2016. DIREITO À SEGURANÇA E MORADIA. CONSTRUÇÃO EM ENCOSTAS. RISCO DE DESABAMENTO. DETERMINAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DE MEDIDAS EMERGENCIAIS PARA EVITAR DESMORONAMENTO. POSSIBILIDADE. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à segurança e moradia. 2. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Inaplicável o artigo 85, § 11, CPC, por se tratar de recurso oriundo de ação civil pública²⁵⁹.

Como se vê, os entendimentos jurisprudenciais vão ao encontro do que foi estudo nos capítulos anteriores, no sentido de ser possível a Judicialização para garantir a eficácia de direitos fundamentais, em especial o direito social à moradia, quando omissa a Administração Pública no cumprimento de sua função, salvo quando objetivamente demonstrada a impossibilidade orçamentária para tal.

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 909.943. Rel. Ministro Edson Fachin, julgado em 30 de novembro de 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Capítulo 1, estudou-se as origens históricas da Judicialização, concentrando-se o estudo nas condições para o surgimento desse fenômeno no Brasil, compreendido como sendo a evolução do próprio conceito de Estado, a Constitucionalização abrangente e eficácia normativa da Constituição.

Partindo-se da premissa de que a efetiva garantia de Direitos Fundamentais e, em especial, de Direitos Fundamentais Sociais, está diretamente relacionada à evolução do conceito de Estado, a fim de compreender as razões de fundo da incidência cada vez mais incisiva da Judicialização no Brasil, buscou-se o estudo da transição do Estado Liberal até o Estado Constitucional Democrático, sobejando a importância do Poder Judiciário em cada momento histórico, a fim de constatar como essa evolução contribuiu para a interferência direta do Poder Judiciário em matéria cuja atribuição, essencialmente, seria do Poder Executivo, notadamente no que diz respeito à implementação de políticas públicas.

Abordou-se a importância da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - resultado concreto da própria evolução do Estado – para a pujança da Judicialização da Política, com o estudo da Constitucionalização abrangente e da eficácia normativa da Constituição, para fins de compreender a razão pela qual os princípios e preceitos constitucionais devem ser utilizados na interpretação e aplicação da norma infraconstitucional, com destaque para a Dignidade da Pessoa Humana, iniciando-se em seguida a análise acerca do denominado ativismo judicial, elencando e discorrendo acerca das distinções desses institutos, que não se confundem.

O Capítulo 2 tratou, por sua vez, do regime jurídico dos Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito, abordando-se o desenvolvimento histórico dos direitos humanos e fundamentais e ressaltando as suas dimensões, funções, bem como sua eficácia no plano prático, a fim de demonstrar a importância dos Direitos Fundamentais para garantia dos Direitos Sociais, de natureza prestacional.

Traçou-se um panorama geral especificamente quanto aos Direitos Sociais no ordenamento constitucional, sua caracterização e desenvolvimento histórico, buscando constatar sua natureza fundamental, relação com o princípio da dignidade da pessoa humana e, ainda, como isso resultou na superação do entendimento de que a norma constitucional detém natureza meramente pragmática.

Ainda nesse capítulo, focou-se nos principais princípios que norteiam a proteção e aplicabilidade dos Direitos Sociais, dentre eles o princípio do mínimo existencial, da reserva do possível, da proibição de proteção insuficiente e da proibição do retrocesso.

O Capítulo 3 dedicou-se a fazer uma análise histórica do Direito Social à Moradia no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando-se sua elevação à condição de direito humano e, portanto, universal, com força jurídica obrigatória e vinculante, fazendo-se breve análise da Declaração Universal de Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da Declaração de Vancouver (1976) e da Agenda Habitat II (1996).

Realizou-se um histórico acerca positivação do Direito à Moradia nas Constituições brasileiras e, bem como, sua inserção como Direito Social.

Por fim, partiu-se para a análise de precedentes judiciais que tratam da matéria aqui proposta, tanto dos tribunais quanto do Supremo Tribunal Federal, a fim de verificar a forma que o Poder Judiciário tem abordado o tema, notadamente no que diz respeito à implementação de políticas públicas para garantir, seja no campo individual ou coletivo, o Direito Social à Moradia.

Quanto à confirmação ou não das hipóteses inicialmente levantadas, observa-se que, com relação à primeira: “a) A determinação de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário ofende o princípio da Separação de Poderes”, não foi confirmada porque a interpretação do sistema com base nos princípios e valores constitucionais confere ao Poder Judiciário, na aplicação do direito, uma posição protetora desses direitos, o que necessariamente remete a uma interferência direta nas políticas públicas (leia-se: Judicialização da Política),

notadamente quando o próprio Direito Fundamental social está inserido no texto constitucional e sua observância ou cumprimento é olvidada pelos demais poderes.

Não há que se falar, portanto, em ofensa ao princípio da Separação dos Poderes, porquanto a intervenção do Poder Judiciário está limitada aos casos de omissão por parte dos demais poderes na satisfação de Direitos Fundamentais, sendo plenamente justificável, portanto, na medida em que visa garantir o cumprimento por parte do Poder Legislativo e Executivo de suas obrigações Constitucionais.

A Judicialização da Política é, em verdade, consequência da nossa Constituição da República e visa preservar sua própria efetividade, em especial dos Direitos Fundamentais, dentre os quais se inclui o Direito à Moradia, sendo um dos mais importantes sustentáculos para manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Com relação à segunda hipótese: “b) O Poder Judiciário estaria legitimado a interferir em políticas públicas para garantir a eficácia do Direito à Moradia, notadamente quando tal direito se apresentar ameaçado diante da inércia do Poder Executivo na formulação de políticas públicas voltadas à sua concretização”, a mesma foi confirmada pois a Judicialização da Política se mostra instrumento relevante para a concretização do próprio Estado Democrático de Direito, sendo fenômeno dele decorrente, na medida em que busca satisfazer direitos fundamentais determinados no texto Constitucional.

Não há Estado Democrático de Direito se os direitos elegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como fundamentais e, portanto, indispensável à uma vida digna, são olvidados pela Administração Pública de um modo geral, sem que possa o Poder Judiciário fazer valer as disposições da Lei Maior.

Portanto, a Judicialização da Política se trata, em verdade, de um mecanismo adequado e indispensável à salvaguarda dos direitos fundamentais e, especificamente, do direito social à moradia, sendo certo que a concretização do

texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e do Legislativo, mas também do Judiciário.

Com efeito, em regra, a implementação de políticas públicas é da alçada do Executivo e do Legislativo. Todavia, na hipótese de injustificada omissão ou insuficiência, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto.

Em relação à terceira hipótese: “c) A Judicialização da Política se confunde com o ativismo judicial, de modo que se trata de fenômeno incompatível com os preceitos constitucionais” a mesma não foi confirmada porquanto a Judicialização da Política e ativismo judicial são institutos distintos, na medida em que o ativismo judicial se caracteriza pelo exercício de uma vontade política do julgador caracterizado por uma atitude ou escolha de um modo proativo de interpretar a Constituição, havendo aí sim um excesso de atuação.

A Judicialização da Política, por outro lado, é uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, sendo justificável e legítima apenas na hipótese em que há omissão dos demais poderes na implementação de políticas públicas que visem garantir Direitos Fundamentais.

Observa-se que não se almejou esgotar o tema, mas evidenciar as razões jurídicas pelas quais a Judicialização da Política se mostra instrumento relevante para a concretização do próprio Estado Democrático de Direito, sendo fenômeno dele decorrente, na medida em que busca satisfazer direitos fundamentais determinados no texto Constitucional.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/Organização de Luís Afonso Heck. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BAHIA, Flavia. **Direito constitucional**. 3 ed. Recife: Armador, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista (SYN)THESIS** v. 5, n. 1, 2012. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 10 mar. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Administrativo** Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. In **Revista do Ministério Público**. Porto Alegre, n. 53, maio/ser 2004.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28914634.%2E%2E%2E+OU+914634%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y5w93lp6>. Acesso em 08 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. AI 799803/RJ – Rio de Janeiro, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 31/05/2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28799803%2E%2E+OU+799803%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y36u2s8o>. Acesso em 28 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 909.943. Rel. Ministro Edson Fachin, julgado em 30 de novembro de 2016. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310872010&ext=.pdf>. Acesso em 08 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF – MS 22.164/SP. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14703003/mandado-de-seguranca-ms-22164-sp/inteiro-teor-103095299?ref=juris-tabs>. Acesso em 20 mar. 2019.

CANELA JÚNIOR., Oswaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A tutela do direito de moradia e o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

CARVALHO, Carlos Eduardo Sampaio de. **Judicialização e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17325/judicializacao-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 20 jun 2019.

CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 34, 1997.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. **Os interesses coletivos e as instituições justiça e democracia**. São Paulo, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2 ed. Saraiva, São Paulo: 2001.

CRAVEN, Matthew. **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights** – A Perspective on its Development. Oxford: Clarendon Press, 1995.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. (coord.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. Curitiba: Juruá Editora, 2005. v. 1.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1986.

DANTAS, Paulo Roberto Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

DORA, Denise Dourado (org.). **Direito e Mudança Social**. Rio de Janeiro: Renovar: Fundação Ford, 2002. .

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EFING, Antônio Carlos. Direito Constitucional do Consumidor: a dignidade humana como fundamento da proteção legal. In EFING, Antônio Carlos (coord.). **Direito do Consumo**. Curitiba: Juruá, 2002.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 35, Rio de Janeiro: Padma, jul./set., 2008.

FARRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e o direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito Constitucional**. 4 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Jus Podivm, 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência ? **Revista USP**, n. 21. São Paulo: 1994.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: Notas a partir da visão integral do conceito Segundo Gregorio Paces-Barba. In VALLE, Juliano

Keller; MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. (Organizadores). **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

GONÇALVES, Bernardo Fernandes. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 164, a. 33, out. 2008.

HESSE, Konrad. **Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1991.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1981.

JOINVILLE. Lei municipal 2.502 de 22 de março de 1991. Dispõe sobre a desafetação de áreas municipais, autorizando a alienação destas nos termos da lei nº 1606, de 18 de setembro de 1978. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/sc/j/joinville/lei-ordinaria/1991/250/2502/lei-ordinaria-n-2502-1991-dispoe-sobre-a-desafetacao-de-areas-municipais-autorizando-a-alienacao-destas-nos-termos-da-lei-n-1606-de-18-de-setembro-de-1978>. Acesso 03 ago. 2019.

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

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre Livraria do Advogado, 2006.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez Luño. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MACIEL, Débora; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. Lua Nova , 2002.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã**: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de João Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

MARMESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor/UFSC, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000. v. 4.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes Editora Ltda, 1993.

MORAES Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORRIS, Clarence. **Os Grandes Filósofos do Direito**: leituras escolhidas em direito. São Paulo: Martins Forense, 2002.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo. Método: 2009.

NUNES, Amandino Teixeira Junior. **A Judicialização da política no Brasil**: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso 20 maio 2019.

PADOVANI, Humberto; CASTAGNOLA, Luis. **História da Filosofia**. 7 ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1967.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALI, Giovanni. **História da filosofia**: do humanismo a Kant. São Paulo: Paulinas, 1990.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0002706-97.2015.8.19.0042, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relatora Desembargadora Mônica Maria Costa, julgado em 19 de março de 2019. <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/719117716/apelacao-remessa-necessaria-apl-27069720158190042/inteiro-teor-719117733?ref=feed>. Acesso em 07 ago. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível, Nº 70065099632, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jerson Moacir Gubert, Julgado em: 25-07-2019. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso: 07 ago. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível, Nº 70066170945, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jerson Moacir Gubert, Julgado em: 14-03-2019. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em 07 ago. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível, Nº 70079687380, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em: 18-12-2018. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em 07 ago. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Ação Civil Pública n. 0905967-82.2016.8.24.0038. Relator: Des. Ronei Danielli. Julgamento em 02 julho de 2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAGAAGSYKAAB&categoria=acordao_5. Acesso 03 ago. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 4012195-13.2017.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Vilson Fontana, Quinta Câmara de Direito Público, j. 11-10-2018. Disponível em http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAPoh9AAI&categoria=acordao_5. Acesso em 05 ago. 2019.

SANTOS, Douglas Henrique Maris dos. **Judicialização da política**: Desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial. Curitiba: Juruá, 2014.

SARLET, Ingo e TIMM, Luciano Bennetti. **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da Ajuris**, a. XXXII, nº 98, jun./2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 20, dezembro, janeiro, fevereiro, 2019, 2010. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=413>. Acesso em 01 jun. 2019.

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

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2a Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Denival Francisco da. **De guardião a vilão**: A contribuição do Poder Judiciário no desmonte da democracia no Brasil. Florianópolis: EMais Editora, 2018.

SILVA, Diogo Bacha e. **Ativismo no controle de constitucionalidade**: A transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação no discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil e a perda de mandato parlamentar**: as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a infidelidade partidária. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições da Câmara, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? Revista **CONJUR**, 07/01/2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em 17 abr. 2019.

TATE. C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo **Problemas de Direito Civil–Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **Judicialização da Política**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016.

TORRES, Ricardo Lôbo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 177, 1989.

URBANO, Maria Benedito. Deambulações teóricas em torno da justiça política. In: CORREIA, Fernando Alves et al. (org.). **Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo**. Coimbra: Almedina, 2013.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil**: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo. São Paulo: Saraiva, 2011.

WILLIS, Santiago Guerra Filho (Coord). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In LEITE, José Rubens Morato; WOLKMER, Antonio Carlos (Coord). **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas**: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.