

# O ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE GARANTIR A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Jaime Leonidas Miranda Alves\*  
Bruno Trajano Pintar\*\*  
Osmar Moraes de França Filho\*\*\*

## Resumo

A Constituição Federal de 1988 se destacou em trazer em seu texto um rol extenso de direitos e garantias fundamentais, verdadeira conquista na legitimação do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, observa-se a relevância dos direitos sociais, normas programáticas de natureza de princípio-fim, que criam diretrizes e valores a serem perseguidos pelos poder público no afã de garantir uma igualdade material aos administrados, primado do Estado Social. Nesse jaez, o presente trabalho busca analisar a eficácia dos direitos sociais, não vistos apenas sob um prisma de abstração principiológica-valorativa, mas como postulados de proteção ao indivíduo. Questiona-se, então, o papel do Poder Judiciário que, guardião da Constituição Federal, tem o mister de garantir a concretização dos dispositivos nela imbuídos. A pesquisa se valeu de análise bibliográfica e de utilização do método indutivo, conquanto a interpretação tenha seguido os nortes eidéticos/axiológicos.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Direitos sociais. Estado social.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 desenhou um modelo de Estado Social. Tal é verdade em razão da nítida preocupação do legislador constituinte com os ditos direitos e garantias fundamentais. Ora, a lista dos direitos e garantias é extensa e transcende o aspecto pessoal, visto a presença dos direitos sociais, que tem como titular a coletividade.

Todavia, sob a previsão constitucional dos direitos sociais paira uma neblina de abstração e ausência de eficácia valorativa-fática, visto se tratar de o que a doutrina denominou normas programáticas. Nesse jaez, reconhecia-se as normas programáticas como normas princípio-fim, ou seja, normas que traziam valores a serem perseguidos futuramente pelo Estado, conquanto não vinculavam propriamente o Poder Público.

Assim, às normas programáticas era reconhecida apenas a eficácia negativa, que impedia que entrasse no ordenamento jurídico dispositivo contrário a seu texto. Contudo, sob uma análise pós-positivista e neo-constitucionalista, passou-se a reconhecer a eficácia jurídica-valorativa fática das normas programáticas e, com efeito, aos direitos sociais.

\* Graduando em Direito na Universidade Federal de Rondônia de Cacoal; Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça de Rondônia Comarca de Cacoal; R. E, 920, Pq Brizon, 78975-155, Cacoal, RO; jaimeleo1@gmail.com

\*\* Graduando em Direito na Universidade Federal de Rondônia de Cacoal; bruno\_trajano\_\_@hotmail.com

\*\*\* Graduando em Direito na Universidade Federal de Rondônia de Cacoal; tedsjp@hotmail.com

Não cabe mais ao Estado, sob a escusa da Reversa do Possível, deixar de ofertar o mínimo necessário ao indivíduo, consoante o princípio da dignidade da pessoa humana, baluarte do Estado Social.

Nesse contexto, o direito social passa a se consubstanciar na forma de direito subjetivo, e não mais mera expectativa, possuindo o administrado de prerrogativas de impulsionar a atuação do poder público, face ao caráter positivo dos direitos sociais.

O Judiciário, com o mister de garantir a normatividade valorativa da Constituição Federal, tem responsabilidade de atuar de maneira proativa, com fins de suplementar a omissão legislativa e administrativa.

Em razão do exposto é que o Poder Judiciário se vê munido de remédios e mecanismos que devem ser postos em prática como forma de concretizar os direitos sociais, garantindo-lhes eficácia social e também a igualdade material aos indivíduos.

Pretende-se, assim, demonstrar o determinismo da atuação do judiciário no sentido de dar eficácia ao texto constitucional, com especial destaque aos direitos sociais.

Tal análise se faz importante no sentido em que responde questionamentos e busca apontar diretrizes para a consolidação do direito neoconstitucional, que adota como baluartes primados da Teoria do Direito, tais como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade material.

Para tanto, foi realizada pesquisa de ordem bibliográfica, tendo a problemática sido respondida por meio da utilização do método indutivo, que possibilitou criar um entendimento concreto por meio de embasamentos abstratos.

## 2 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Conforme Reale, 1987, p. 17:

Nenhuma ofensa é maior a esta do que a pretensão que possa ter um pequeno grupo de homens de decidir de tudo e sobre tudo, substituindo-se ao povo que deles espera a elaboração de regras que assegurem a todos a liberdade como participação à causa comum do bem-estar e do progresso.

O surgimento do Estado Democrático implica na estruturação e juridicalização do poder. Com efeito, o constitucionalismo<sup>1</sup> prega um movimento político-jurídico de construção do Estado oriundo de um ato de soberania<sup>2</sup> destinado a limitar as prerrogativas

<sup>1</sup> Como é sabido, foi Emmanuel Joseph Sieyès quem primeiro esboçou a teoria do Poder Constituinte, em plena turbulência do processo político que culminaria com a Revolução de 1789. Em seu opúsculo *Qu'est-ce que le Tiers État?*, Sieyès declara solenemente que “a nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo”, pois “sua vontade é sempre legal, é a própria lei” (com a ressalva dos limites éticos a que também ela está sujeita, na forma do direito natural). Todavia, ao propor uma nova feição institucional ao Poder Legislativo (que deveria ser assumido pelo terceiro estado), o mesmo autor ressalta que tal objetivo deveria ser alcançado por meio de uma Constituição. “É impossível criar um corpo para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que preencha as funções às quais quisemos destiná-lo. Isso é o que chamamos a constituição desse corpo.” (BASTOS, 1986 p. 116-117; RAMOS, 2013, p. 111).

<sup>2</sup> Soberania, segundo Bigne de Villeneuve (1910, p. 40) não é o poder e com este não se confunde. é, na verdade, uma qualidade do poder. Poder soberano é um poder supremo e definitivo não sendo próprio assim em falar em titulares do poder, uma vez que pode se observar soberania em diversas instituições como o Estado, a família e a igreja. Todavia, o conceito moderno de soberania se distancia da teoria de Bigne de Villeneuve ao considerar o Estado como seu real titular. Nesse sentido: é em última análise, juridicamente, a vontade do povo ou nação. Mas sendo a soberania um po-

do poder público e delinear os direitos fundamentais dos indivíduos. A Lei Fundamental normatiza os contornos deste Estado ao criar órgãos políticos-jurídicos destinados a gerir a coisa pública.

O Estado pode ser considerado como a organização fundamental que possibilita a inserção social do indivíduo. O homem é homem social<sup>3</sup> e o objetivo do Estado é organizar e preservar as relações sociais. Assim é impensável o modelo de sociedade atual sem a presença do Estado.

Ora, a própria existência do Estado é consequência da necessidade natural do homem de conviver em sociedade, seja em agrupamentos rudimentares ou em grupos mais complexos. O Estado pode ser concebido, portanto, como um “artifício da inteligência humana” (Burdeau, 1949, p. 122), tutelando a vida em sociedade do homem antes mesmo de seu nascimento e até depois da sua morte.

O Estado é a única organização que tem poder direto sobre o indivíduo; todas as outras entidades dependem do reconhecimento de sua legitimidade por parte do Estado para que possam conceber sob o homem um vínculo indireto de coação.

A contextura das vidas humanas se insere solidamente no quadro das suas instituições; porque não existe esfera alguma de atividade, ao menos em teoria, que não dependa de sua autoridade. O estado moderno é uma sociedade de base territorial, dividida em governantes e governados, e que pretende, nos limites do território que lhe é reconhecido, a supremacia sobre todas as demais instituições. De fato, é o supremo e legal depositário da vontade social e fixa a situação de todas as organizações. Põe sob seu domínio todas as formas de atividade, cujo controle ele julgue conveniente. Na lógica dessa supremacia se subentende que tudo quanto restar fora de seu controle é feito com sua permissão. O Estado não permite ao homem desposar a irmã; é graças à permissão do Estado que ele pode desposar a prima. O Estado é a chave da abóbada social; modela a forma e a substância de miríades de vidas humanas, de cujo destino ele se encarrega. (LASKI, 1933, p. 9).

O Estado contemporâneo é consequência da evolução do Estado Moderno, de origem nos séculos XVI e XVII e se legitima por sua natureza de sociedade natural. A primeira forma complexa de Estado foi o Estado Absolutista, legitimado pela monarquia divina, característica basilar do período feudal. Contudo, com a ascensão do poder econômico da burguesia, as estruturas políticas-jurídicas cambiaram significativamente. Nesse contexto, foi concebido o ideal de Estado nos moldes liberais, no qual a tutela jurídica tinha vistas a proteger os direitos naturais do indivíduo. Com efeito, a descentralização política fez mister a centralização do poder, e conforme aduz Simões (2012, p. 82) houve a necessidade da “[...] unificação da fonte normativa, a qual dá origem ao direito posto, que se posto acima da ordem feudal, a partir do ideário político da burguesia.”

---

der juridicamente organizado, é claro que somente a nação jurídica e politicamente organizada é que pode exercer a soberania. Pois se a nação não forma um Estado, não possui ipso facto a soberania (AZAMBUJA, 2011 p. 107).

<sup>3</sup> A construção do ser social, feita em boa parte pela educação, é a assimilação pelo indivíduo de uma série de normas e princípios - sejam morais, religiosos, éticos ou de comportamento - que balizam a conduta do indivíduo num grupo. O homem, mais do que formador da sociedade, é um produto dela (DURKHEIM, 2012, p. 51).

O Estado, consoante lição de Bonavides (2004, p. 41) é a “armadura de defesa e proteção da liberdade”. O autor considera, ainda, que “[...] esse primeiro *Estado de Direito*, com seu formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna da liberdade contra o despotismo na área continental europeia.”

Compreende-se que o Estado liberal, conquista das revoluções burguesas, tais como a de 1789,<sup>4</sup> trouxe avanços gigantes em relação à representação e a soberania popular, tão deixadas de lado no *ancien régime*.

O Estado de natureza liberal ilustrou os contornos iniciais da busca do indivíduo moderno pela democracia e pela institucionalização dos direitos fundamentais. Deu força ao movimento constitucional e garantiu objetivamente as liberdades concretas do homem.

Malgrado os passos dados rumo à concretização dos direitos naturais, o modelo clássico do Estado Liberal sofreu diversas reformas, vindo a lume o Estado Social, na década de 1920.

Simões (2012, p. 83) aponta como origem da discussão acerca do Estado Social três experiências políticas e institucionais e, por conseguinte, três documentos que deram o alicerce teórico à nova doutrina estatal. São eles: a Revolução Russa de 1917 e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, a Revolução Mexicana, e a Constituição Mexicana e, por fim, a reconstrução da Alemanha após a Primeira Guerra e a Constituição de Weimar de 1919.

O Estado social teve como fundamento o entendimento de que cabe ao Estado atuar como agente de desenvolvimento, promovendo e regulamentando a vida, a saúde, a economia e a política. O grande responsável por difundir a teoria do Estado Social, foi Keynes, razão pelo qual este modelo estatal ficou conhecido também como “keynesianismo”. Keynes logrou em observar que a “mão invisível” não era apta a sanar os anseios da sociedade, como acreditavam os pensadores liberais, deixando os indivíduos desamparados. O Estado social, ou *Welfare State*, se popularizou em decorrência das crises econômicas por qual passou o Estado moderno, como o *crack* da bolsa americana em 1929 e a situação da Europa pós-guerra, que ilustraram o insucesso do modelo liberal de Estado em conduzir a economia.

O Estado Social veio com o sentido de subverter, de reestruturar as instituições sociais da época. Rousseau encontrava na Democracia a conciliação das classes, um verdadeiro acordo de energias humanas que possibilitaria a busca por um bem comum a todos.<sup>5</sup>

Malgrado o agigantamento do Estado na forma de Estado Social, este deve ser visto sob o prisma de teorias neoliberais, segundo as quais deixa de ser um Estado garantidor da ordem para se consubstanciar na forma de um Estado prestador de serviços.

<sup>4</sup> “[...] foi no caldo desses conflitos que se fez paulatinamente a ascensão da classe burguesa, até o dia em que, levando a cabo por via revolucionária o desafio do Absolutismo, pode ela decretar o fim da caduca sociedade de privilégios ainda presente por corolário da herança feudal enxertada no corpo da Monarquia absoluta, qual apêndice morto ou cadáver de uma ordem econômica extinta: a dos feudos medievais.” (BONAVIDES, 2003, p. 28).

<sup>5</sup> Rousseau deu à democracia moderna sua teoria pura. Marx emprestou ao socialismo a feição científica de que carecia, liberando-o das velhas utopias, comuns a todos os predecessores [...] O Marxismo começa com a crítica. A democracia de Rousseau teve também, como ponto de partida, uma análise, na qual decompôs o filósofo a sociedade de seu tempo, sociedade sabidamente medieval, com a herança sobrevivente de feudos e corporações, já incompatível com as bases autoritárias e nacionais do Estado moderno; já em manifesta contradição com o sistema capitalista (BONAVIDES, 2004, p. 166).

O Estado não é o fim por si próprio, mas o meio para o atingimento da felicidade do homem. Segundo Nogueira (1955, apud AZAMBUJA, 2011) “O Estado é um dos meios pelos quais o homem realiza o seu aperfeiçoamento físico e mental, moral e intelectual. E isso é que justifica a existência do Estado.”

Nesse diapasão, o Estado desenhado pela Constituição Federal de 1988 se agigantou como consequência da ampliação significativa do rol de direitos fundamentais e eventual surgimento do dever de garantir a eficácia e aplicabilidade dos direitos previstos. Ora, o Estado onipresente é aquele surgido da existência do direito subjetivo do indivíduo de exigir, por meio de políticas públicas, a efetividade dos direitos previstos na Lei Fundamental, com fundamento justamente, em seu status constitucional.

### 3 DIREITOS SOCIAIS: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A ordem social, conforme lição de Silva (2011, p. 285) adquiriu dimensão jurídica com a previsão sistêmica contida na Constituição mexicana de 1917. A primeira constituição brasileira a tratar da ordem social, como também da ordem econômica, vale dizer, foi a Constituição de 1934, embebida de influências da Constituição de Weimar. Com o passar do tempo, os direitos sociais receberam certa independência ao saírem do capítulo da ordem social e econômica.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 criou um sistema jurídico-constitucional de garantias institucionais, visto a importância dado pelo legislador constituinte aos direitos e garantias fundamentais. Aliado aos direitos individuais, o constituinte se atentou à expansão do rol de direitos sociais, em necessária atenção aos padrões de bem-estar social e econômico vigentes.

Sob um prisma de análise da dogmática-jurídica, a Carta Política reconheceu um rótulo de direitos sociais, que pode ser visto como um “[...] conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), o que [...] acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais.” (SARLET, 2008, p. 169).

Em que pese os entendimentos diversos a respeito dos direitos sociais como direitos fundamentais,<sup>6</sup> a doutrina é uníssona em admitir que abrangem tanto direitos prestacionais, quanto defensivos. Nesse aspecto, sob o prisma de uma análise jurídico-subjetiva, os titulares de direitos sociais tem a prerrogativa de reclamar do Estado prestações positivas ao tempo em que se veem protegidos de ingerências indevidas por parte do poder público ou de particulares.

A Constituição Federal de 1988 traz um capítulo dedicado aos direitos sociais (capítulo II do título II). Previstos nos arts 6º a 11, se configuram como pressupostos do gozo dos direitos individuais, uma vez que propiciam condições fáticas de se alcançar a igualdade material. Silva (2011, p. 286) conceitua direitos sociais como parcelas positivas pro-

<sup>6</sup> Atria (2005), na obra “Existem Direitos Sociais?” nega a existência dos direitos sociais. Aduz: “Não há razão para se manter em suspenso resposta à pergunta que dá título a esse artigo. Sustentarei que se a noção de direito é entendida por referência à ideia de direito subjetivo no sentido jurídico do termo, a noção de direitos sociais é uma contradição em termos.

porcionadas pelo Estado de maneira 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.”

A tutela dos direitos sociais é tão extensa que doutrinariamente são agrupados em seis classes:

- a) direitos sociais relativos ao trabalhador;
- b) direitos sociais relativos à seguridade;
- c) direitos sociais relativos à educação e à cultura;
- d) direitos sociais relativos à moradia;
- e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso;
- f) direitos sociais relativos ao meio ambiente.

### 3.1 DIREITOS SOCIAIS COMO NORMAS PROGRAMÁTICAS

O constitucionalismo social, fenômeno responsável pela inclusão dos direitos sociais na Constituição Federal, foi uma tentativa de garantir igualdade material aos menos favorecidos pelo modelo liberal de Estado.

Nesse contexto, buscava-se, na forma de normas programáticas, o atingimento de uma justiça social voltada à consecução do bem comum, reduzindo as desigualdades sociais por meio da concretização de valores e a realização de políticas públicas. Pode-se concluir, assim, que as normas que se consubstanciam em direitos sociais, são normas programáticas,<sup>7</sup> visto que regulam diretamente a atuação do poder público no seio da sociedade.

Horta (1995, p. 224) preleciona que no corpo da Constituição Federal existem normas de realização imediata e normas de princípios, diretivas ou programáticas. As normas de aplicação imediata são as que tratam da organização, competência, direitos e deveres. Já as normas de princípios, ou normas programáticas seriam aquelas que necessitam de legislação posterior para complementar sua significação, ou de concretização por meio de políticas públicas, tal qual ocorre com os direitos sociais, que, em razão de sua normatização principiológica, só atingem sua eficácia social ao serem postos em prática pela Administração Pública.

Aduz (1995, p. 224-225):

*Nem toda norma constitucional dependente de lei é norma programática. O conteúdo da norma dirá se ela é norma-programa ou norma de simples legislação. Analisando a Constituição Federal de 1988, verifica-se que a norma programática não se limita a determinado setor do texto. É certo que determinados capítulos constitucionais atraem com maior intensidade a atuação da norma programática e essa atração normativa decorre da matéria neles regulada. Os Direitos e Garantias Fundamentais, o Sistema Tributário Nacional, a Ordem Econômica e Financeira, a*

<sup>7</sup> Nas Constituições liberais do século XIX, as normas substantivas eram quase todas normas orgânicas e as normas de fundo circunscreviam-se aos direitos, liberdades e garantias. Dominavam, portanto, as normas perceptivas. Nas Constituições com intenções sociais, de diversas inspirações, do século XX as normas de fundo, bem como as normas de garantia, dilatam-se muitíssimo a prever direitos sociais e a organização econômica. Deparam-se então, em largo número, normas programáticas (MIRANDA, 1996, p. 245-246).



*Ordem Social constituem centros de normas programáticas, que encontraram nesses títulos temas propícios ao ulterior desenvolvimento em norma legislativa [...] A norma programática vincula-se a normas constitucionais que estabelece fundamentos, fixam objetivos, declaram princípios e enunciam diretrizes. Nesses casos, o comando da norma programática é executável por si mesmo, sem necessidade de complementação legislativa ulterior.*

Pode-se afirmar que os direitos sociais são normas programáticas, pois uma vez previsto na Carta Política, esse rol de direitos passa a depender da atuação positiva do Estado para que passe a ter uma aplicabilidade integral.

Como já dito, os direitos sociais não objetivam tutelar diretamente uma matéria, mas sim traçar os nortes da atuação ulterior dos órgãos do poder público e, por isso mesmo, possuem natureza de princípio programático, ou de princípio-fim.

Diante de sua qualificação como princípio-fim, não se deve negar às normas programáticas aplicabilidade imediata, visto que possuem caráter ético-social e representam a luta pela promoção da justiça social. Com efeito, os direitos sociais, normatizados sob a forma de normas programática, são o reflexo das conquistas da sociedade nas mais variadas áreas do convívio social, tais como a economia, saúde, cultura, esporte, previdência, entre outras.

### 3.2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Questionar a eficácia dos direitos sociais é o mesmo que questionar seu regime jurídico e, ultrapassado as considerações iniciais acerca de sua natureza programática, se faz mister discutir a aplicabilidade dessas normas.

As normas constitucionais programáticas se caracterizam por não regular diretamente a matéria, mas sim o comportamento estatal sob a matéria. Com efeito, normas definidoras de princípios programáticos são aquelas nas que o constituinte se limitou em prever e vincular ao Estado atividades futuras, estabelecendo parâmetros de atuação, legislativa e administrativa dos órgãos do Poder constituído.

Consoante lição de Miranda (1996, p. 244-245) as normas programáticas são de aplicabilidade diferida, e não de execução imediata, são “[...] mais do que comando-regras, explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional, tem como destinatário primacial - embora não único - o legislador,” em razão de não serem revestidas de plena eficácia, inviabilizam que os cidadãos as invoquem na via judicial imediatamente após a entrada em vigor da Constituição.

Nesse diapasão, existem entendimentos no sentido de as normas programáticas, máxime dos direitos sociais, muitas das vezes refletem mais natureza de expectativa de direito, do que propriamente de direito subjetivo.

Em razão de tutelar apenas mediata e indiretamente determinados interesses, há verdadeira celeuma doutrinária quanto à normatividade das normas programáticas.

*Ab initio*, cumpre destacar a distinção entre vigência, aplicabilidade e eficácia das normas. Nesse sentido, vigência pode ser considerada como a “[...] característica da norma que indica o lapso de tempo no qual a conduta por esta prescrita é exigível. Em outras palavras, a vigência indica o período no qual as prescrições jurídicas têm efeito.” (SILVA,

2011, p. 192). Vigência é a *conditio sine qua non* para a existência jurídica da norma. Já a aplicabilidade da norma. Segundo o ensinamento de Maximiliano (1923, p. 11), a aplicação “[...] consiste em enquadrar um caso concreto numa norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado.”

O conceito de eficácia é dividido em eficácia jurídica e social. Validade e aplicabilidade já bastam para garantir a eficácia jurídica da norma, uma vez que está será hábil a tutelar os fatos sociais. Todavia nem todas as normas válidas e aplicáveis possuem eficácia social. Observa-se uma gradação existente entre os requisitos da eficácia jurídica e a eficácia social, de modo que se chama de norma eficaz apenas aquela que possui eficácia jurídica e social.

A esse respeito, Temer (1998, p. 23) pondera:

Eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isso é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam.

Apesar de respeitável opinião contrária, admite-se inexistir norma constitucional privada de eficácia.<sup>8</sup> Nesse aspecto, aquelas inaptas a produzir seus efeitos jurídico-sociais, em razão de sua força normativa e status constitucionais possuem a denominada eficácia negativa.<sup>9</sup>

Nesse contexto, doutrina e jurisprudência se manifestaram desenvolvendo teorias de classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia.<sup>10</sup> Tais estudos trouxeram

<sup>8</sup> *Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude de seus efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida (SILVA, 2001, p. 81-82).*

<sup>9</sup> A eficácia negativa, novação do constitucionalismo moderno, significa que, apesar das normas constitucionais não estarem aptas a produzir seus plenos efeitos de imediato, revogam disposições contrárias e impossibilitam a produção de normas ulteriores incompatíveis com seus comandos.

<sup>10</sup> A mais aceita classificação das normas constitucionais no tocante à sua eficácia é a proposta por José Afonso da Silva (2001, p. 88-89). O professor não se limitou a desenvolver uma classificação teórica, mas pelo contrário, trouxe em seus estudos aspectos práticos, garantindo a aplicação das normas constitucionais no caso concreto, elevando, assim, sua aplicabilidade ao máximo. Conforme a classificação ora em tela, as normas constitucionais, quanto à sua eficácia, se dividem em normas de eficácia, plena, contida e limitada. São qualificadas como normas de eficácia plena aquelas que produzem ou tem a capacidade de produzir todos os seus efeitos a partir do momento em que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada. O legislador constituinte decidiu por regular em sua inteireza o conteúdo e a forma de aplicação desse tipo de norma constitucional, tornando-a independente de regulamentação superveniente. No entanto, cumpre mencionar que a Constituição de 1988 manifestou forte tendência em conferir ao legislador constituído a competência para regulamentar e integrar as suas normas. As normas necessárias de complementação acerca de sua significação e aplicação são as que possuem eficácia contida ou limitada. Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas em que o constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinadas matérias, mas deixou margem à atuação limitadora por parte da atuação discricionária do Poder Público, de forma a garantir, num primeiro momento, aplicação imediata, todavia não integral da norma. As normas de eficácia contida são limitadas nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados (bons costumes, ordem pública, segurança nacional, necessidade ou utilidade pública, perigo iminente etc.). São exemplos de normas de eficácia contida: art. 5º, incisos VIII, XIII, XXII, XXIV. Por fim, existem também as normas de eficácia limitada, de aplicabilidade indireta, mediata, reduzida e incapaz de produzir seus plenos efeitos com sua entrada em vigor, uma vez que dependem da atuação pública no sentido de definir estruturas de órgãos públicos ou de dar cumprimento a seus princípios programáticos.



à tona a necessidade de intervenção estatal, fato que acelerou o processo de extinção do Estado Liberal para consolidação do Estado Social e trouxe para o direito pátrio a figura das normas programáticas, possuidoras de eficácia limitada.

De fato, a ideia de normas programáticas, é indissociável do modelo de Estado Social, visto que tendem a concretizar a posição intervencionista do Estado, garantindo o mínimo necessário para sobrevivência digna do indivíduo, razão pela qual possuem função principiológica.

#### 4 O ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE GARANTIR A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

O Estado Constitucional tem o mister de cumprir os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal. Nesse sentido, Dworkin (2005, p. 7) elabora sua tese acerca do Estado Ideal, no qual se finda a dicotomia existente entre Direito e Justiça Substantiva, sendo esta parte integrante daquela, que se exterioriza quando o Estado de Direito - Democrático de Direito, vale dizer - passar a retratar os direitos morais e aplicá-los ao sistema jurídico.

Aduz:

A concepção centrada no texto jurídico é, a meu ver, muito restrita porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico. Enfatiza que, sejam quais forem as regras colocadas no “livro de regras”, elas devem ser seguidas até serem modificadas. Os que têm essa concepção do Estado de Direito realmente se importam com o conteúdo das normas jurídicas, mas dizem que isso é uma questão de justiça substantiva e que a justiça substantiva é um ideal diverso que não é, em nenhum sentido, parte do ideal do Estado de Direito. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadão individuais por meio de Tribunais e outras instituições jurídicas do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. (DWORKIN, 2005, p. 7):

Superado se encontra a noção de Direito por direito, ou Direito pela dominação social,<sup>11</sup> e passa-se a entender o Direito como mecanismo garantidor da limitação da esfera de atuação e comando do Estado, que se consubstancia na forma dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, conquanto matérias como saúde, educação, cultura, previdência, entre outros, receberam valor normativo-jurídico, diversos fatores dificultaram a sua concretização.

Com efeito, trazer para o campo fático a eficácia dos direitos sociais sempre foi um desafio, visto que, até muito recentemente, não era reconhecida a obrigatoriedade das diretrizes por eles traçadas. Vale dizer, os direitos sociais, apesar de positivados, não chegaram a concretizar os valores neles imbuídos.

---

<sup>11</sup> O demasiado reducionismo na complexidade e o fechamento operacional pode tornar (ou manter) o Direito como um instrumento de dominação social, fechando-se à inexorável realidade pluralista da sociedade atual e ao seu respectivo clamor pelo acesso a uma “ordem jurídica justa”. (LITHOLDO, 2012, p. 200).

Observa-se que a consecução de políticas afirmativas no sentido de garantir a eficácia dos direitos sociais encontra-se resguardada pelos limites das fontes de custeio, ora chamado pela doutrina de “Reserva do Possível.”

Sobre a Reserva do Possível, há inclusive entendimento do Supremo Tribunal Federal, nos termos que se seguem:

INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVA 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”. (BRASIL, 2004).

Nesse aspecto, a Reserva do Possível funciona como mecanismo impeditivo do surgimento do direito subjetivo ao direito objetivo social para o indivíduo. Todavia, não se pode permitir que a Reserva do Possível e a escassez de recursos impeça a adoção das medidas necessárias à eficácia dos direitos sociais, visto que consoante entendimento de Miranda (2007, p. 24) “[...] a dignidade da pessoa humana é valor fundamental que dá suporte à interpretação de normas e princípios de seguridade social.”

A esse respeito, vem como empecilhos à eficácia plena dos direitos sociais, sua abstratividade normativa<sup>12</sup> e as condições objetivas externas ao campo jurídico. Contudo, já se tem superada a tese na qual o Direito apenas reflete as condições de determinada sociedade em determinado período. Cabe ao Direito, funcionar como mecanismo propulsor de modificações sociais, tal como afirma Jorge Neto (2009, p. 19 apud SIMÕES 2012, p. 93):

O Direito, já há algum tempo, não é mais visto como mero instrumento de pacificação de conflitos, assumiu definitivamente o lugar de instrumento de desenvolvimento econômico e social, instrumento de construção da sociedade com base nos valores idealizados e positivados na Constituição.

Nesse aspecto, visto que ao Poder Judiciário também é regalado atividade política a par das funções típicas de jurisdição e atípicas de administração, legislação e fiscalização, deve-se reconhecer também a esse poder o dever de assegurar as condições de concretização dos princípios-fins adotados na Constituição Federal de 1988.

Há, assim, a necessidade de um protagonismo judicial, uma atuação política-jurídica com vistas a garantir a força normativa da Constituição, pronunciando-se sobre questões políticas, ainda que subsidiariamente.

O mister do ativismo judiciário pode ser demonstrado com a amplitude do controle de constitucionalidade, de caráter híbrido, visto mesclar características do sistema europeu e alemão. Assim, diversos mecanismos foram atribuídos ao Poder Judiciário, com fins a, num ordenamento em que tem como primado o *checks and balances*, possibilitar

<sup>12</sup> O problema que se coloca agudamente na doutrina recente consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática (SILVA, 2001, p. 140).

que a omissão do legislador ordinário e do Poder Executivo seja sanada de forma a garantir a eficácia jurídico-normativa e fática dos direitos, em especial os sociais.<sup>13</sup>

Em razão da própria natureza do Poder Judiciário, admite-se que sua atuação seja supletiva. Assim, frente à passividade dos Poderes Executivo e legiferante, provocar-se-á o Judiciário para que com seus mecanismos, a exemplo do mandado de injunção, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação de inconstitucionalidade por omissão, possa-se buscar a viabilização dos direitos assegurados na Constituição.

O Judiciário recebeu a missão constitucional de proteger a Carta Política, e proteger significa também garantir a máxima efetividade dos direitos sociais. Nesse diapasão, não apenas o Poder Executivo, com a implantação de políticas públicas e o Legislativo, com a atuação regulamentadora, mas também o Judiciário tem o mister político constitucional de trazer à tona os valores e princípios perquiridos pelo legislador ordinário.

## 5 CONCLUSÃO

Não cabe ao direito ser visto como mera abstração. Devem-se analisar os fatos e sua natureza inseridos no processo histórico-cultural do homem. Objetivando garantir aplicabilidade e concretizar o mínimo existencial, o direito natural se viu positivado e mesmo em uma época de pós-positivação e neoconstitucionalização, esse mínimo existencial ainda não foi conquistado.

Observa-se, com efeito, que o legislador constituinte foi sábio ao incluir no corpo da Constituição Federal de 1988 um rol extenso de direitos e garantias fundamentais. Conquanto, esses direitos são tidos como indispensáveis à existência digna do indivíduo, consentâneo o disposto no Art. 1º, III da Carta Política, vários tem tanta validade quanto uma folha de papel, uma vez que dependem da atuação positiva e prestacional do poder público para alcançar eficácia social.

Nesse contexto encontram-se os direitos sociais, que, em razão de se consubstanciarem na forma de normas programáticas, necessitam ter sua normatização complementada, visto que tem em seu corpo relativa abstração de significância, o que impede seus valores de serem postos em prática.

Assim, é comum falar da necessidade de protagonismo por parte do Poder Executivo, consoante políticas públicas afirmativas e do Poder legislativo, no sentido de complementar e normatizar os valores imbuídos pelo constituinte originária. Todavia, não escapa desse mister o Poder Judiciário que, como guardião da Constituição, deve utilizar de seus mecanismo para dar vida aos mandamentos constitucionais, atuando objetivamente e de maneira supletiva, a fins de garantir a igualdade material prevista na Lei Fundamental e trazer à lume os ideais balizadores do Estado (de bem estar) Social.

<sup>13</sup> A supremacia da Constituição e a missão atribuída ao Judiciário na sua defesa tem um papel de destaque no sistema geral de freios e contrapesos concebido pelo constitucionalismo moderno como forma de conter o poder. É que, através da conjugação desses dois mecanismos, retira-se do jogo político do dia-a-dia e, pois, das eventuais maiorias eleitorais, valores e direitos que ficam protegidos pela rigidez constitucional e pelas limitações materiais ao poder de reforma da Constituição (BARROSO, 1999, p. 162-163).

Por fim, conquanto não cabe ao Judiciário substituir os demais Poderes, visto que também suas funções são delineadas no bojo da Constituição Federal, deve, havendo omissões por parte do Executivo e do Legislativo, saná-las atuando positivamente, dando validade jurídica normativa e fática à eficácia dos direitos sociais, sob pena de inviabilizar todo o ideal de Estado Social de Direito.

### *The judicial activism as a mean of ensuring the effectiveness of social rights*

#### *Abstract*

*The Constitution of 1988 stood out by bringing in its text a extensive list of fundamental rights and it's guarantees , a real achievement in legitimizing the Democratic State. In this context , it's noted the relevance of social rights , standards with a principle - order nature, that create guidelines and values to be pursued by the government in their desire to ensure material equality to citizens ,witch is the primacy of the welfare state . In this regard , this paper aims to analyze the effectiveness of social rights , not only seen in a prism of a principled-evaluated abstraction, but as a postulated to protect the individual. It's wondered, then, the role of the judiciary, who, as the guardian of the Constitution , has the duty to ensure the achievement of the constitutional text. This research drew upon bibliographic sources and the use of the inductive method , although the interpretation has followed the eidetic / axiological method.*

*Keywords: Judicial activism. Social rights. Welfare state.*

#### REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Conceito e validade do direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Tradução Luís Afonso Heck. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 16, p. 203-214, 1999.

ATRIA, F. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

AZAMBUJA, D. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2011.

BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, A. W. *A Constituição burguesa: o que é terceiro Estado?* Tradução Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

BIGNE DE VILENEUVE, M. de. *Traité générale de L'État*. Paris: Alcan, 1910.

BOBBIO, N. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. São Paulo: Brasiliense, 1996.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BURDEAU, G. *Traité de science politique*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 29 abr. 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 04 maio 2004.

DIMOULIS, D. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2011.

DURKHEIN, É. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Edipro, 2012.

DWORKING, R. *Uma questão de princípios*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HORTA, R. M. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

JORGE NETO, N. de M. *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Salvador: Juspodium, 2009.

LASKI, H. J. *Grammaire de la politique*. Paris: Delagrave, 1933.

LITHOLDO, V. P. S. *Uma questão de princípios: a nova interpretação do direito: construção do saber jurídico*. Birigui: Boreal Editora, 2012.

MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. São Paulo: Globo, 1923.

MIRANDA, J. G. *Direito da seguridade social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1996.

NOGUEIRA, A. *O Estado é meio e não fim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940.

REALE, M. *Liberdade e democracia*. São Paulo: Saraiva, 1987.

\_\_\_\_\_. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAMOS, E. da S. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROTTEBURG, W. C. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático - E Agora?* Porto Alegre, p. 163-206, 2008.

SILVA, J. A. da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SIMÕES, A. G. *O protagonismo judicial na concretização dos direitos sociais a partir da nova interpretação das normas constitucionais programáticas: nova interpretação do direito: construção do saber jurídico*. Birigui: Boreal, 2012.

TEMER, M. *Elementos do direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.