



UNIVERSIDADE
LUSÓFONA
D O P O R T O

Luis Alberto Sampaio Correia

**Ativismo Judicial e a concretização dos
direitos sociais no cenário pós-pandemia**

Trabalho realizado sob a orientação do

Professor Doutor Gustavo Gramaxo Rozeira

Janeiro 2022



UNIVERSIDADE
LUSÓFONA
D O P O R T O

Luis Alberto Sampaio Correia

**Ativismo Judicial e a concretização dos
direitos sociais no cenário pós-pandemia**

Tese de mestrado
Ciências jurídico-publicísticas

Dissertação defendida em provas públicas na
Universidade Lusófona do Porto no dia 24/01/2022,
perante o júri seguinte:

Presidente: Prof^ª Doutora Maria do Rosário Pereira
Cardoso dos Anjos

Arguente: Prof^ª Doutora Lígia Andreia Abreu Ferreira

Orientador: Prof. Doutor Gustavo Gramaxo Rozeira

Janeiro 2022

É autorizada a reprodução integral desta tese/dissertação apenas para efeitos de investigação, mediante declaração escrita do interessado, que a tal se compromete.

“Não são as crises que mudam o mundo, e
sim nossa reação a elas.”

(Zygmunt Bauman)

Dedico este trabalho à Deus, à minha família e aos amigos que tanto me incentivaram durante todo esse caminho de lutas e glórias.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a minha família, especialmente meu pai Carlos, minha mãe Jacira e meus irmãos Anna e Bebeto, que sempre me apoiaram e estiveram ao meu lado em todos os momentos, especialmente os mais difíceis.

Agradeço todos os meus amigos, especialmente Lucas Gil, Lucas Dantas, Rosiel e Diego, assim como minha namorada Esmeralda Halana, por me incentivarem a lutar pelos meus objetivos e dar todo apoio necessário para chegar até aqui.

Agradeço também a Universidade Lusófona do Porto e especialmente ao meu orientador, o prof. Gustavo Rozeira, e os demais professores que compuseram o Curso de Mestrado em Direito Público, por todos os ensinamentos e experiências compartilhadas.

Agradeço ao povo português, que me acolheu com muito carinho, sobretudo os cidadãos portuenses e todos os meus colegas de curso, em especial o Alexandre Esteves.

ATIVISMO JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO CENÁRIO PÓS-PANDEMIA

RESUMO

O estudo investiga os limites do ativismo judicial no campo da concretização dos direitos fundamentais sociais no cenário da crise econômica desencadeada pela pandemia da Covid-19. Para alcançar os objetivos, consultou-se a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais de diversos Estados, bem como obras voltadas para o estudo dos direitos sociais, do ativismo judicial e da influência da crise nestes dois temas. Os direitos sociais sofrem, por si só, problemas de efetivação, em virtude da indeterminabilidade do conteúdo e principalmente por serem normas programáticas, isto é, dependem sempre da ação estatal e, conseqüentemente, de reserva financeira para sua implementação. Com a crise durante e pós-pandemia, essa dificuldade é ampliada ao ponto de o Estado optar pela não concretização ou pela regressão de alguns direitos. Neste cenário, compete ao poder judicial a incumbência de controlar as escolhas políticas e garantir a incolumidade das normas e princípios constitucionais, como o mínimo social, a segurança jurídica e a proporcionalidade. O ativismo judicial pode, até mesmo, representar a mudança das medidas políticas de ordem econômica efetivadas em oposição à crise, desde que a intervenção seja ponderada e embasada na Constituição vigente. De acordo com o ComDESC (Comitê da ONU), os tribunais devem considerar que as medidas regressivas precisam ser justificadas e são presumidamente inadmissíveis, sobretudo em tempos de crise, cabendo ao Estado o ônus de provar sua real necessidade. O estudo reúne relevância social, jurídica e política, tendo em vista tratar de tema que toca problemas atuais do Estado: a crise econômica desencadeada pelo Novo Coronavírus.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Direitos fundamentais sociais; Reserva do financeiramente possível; Mínimo social; Vedação ao retrocesso social.

JUDICIAL ACTIVISM AND THE REALIZATION OF SOCIAL RIGHTS IN THE POST-PANDEMIC SCENARIO

ABSTRACT

The study investigates the limits of judicial activism in the field of achievement fundamental social rights in the context of the economic crisis triggered by the Covid-19 pandemic. To achieve the objectives, the jurisprudence of the Constitutional Courts of several States was consulted, as well as works aimed at the study of social rights, judicial activism and the influence of the crisis on both themes. Social rights, by themselves, suffer from problems of effectiveness, due to the indeterminacy of their content and mainly because they are programmatic norms, that is, they always depend on state action and, consequently, on a financial reserve for their implementation. With the crisis during and after the pandemic, this difficulty is amplified to the point where the State chooses not to implement or to regress some rights. In this scenario, the judicial power is responsible for controlling political choices and guaranteeing the safety of constitutional norms and principles, such as the minimum core obligation, legal security and proportionality. Judicial activism can even represent a change in economic policy measures implemented in opposition to the crisis, as long as the intervention is considered and based on the current Constitution. According to the ComDESC (UN Committee), the courts must consider that regressive measures need to be justified and are presumably inadmissible, especially in times of crisis, with the State having the responsibility of proving their real need. The study brings together social, legal and political relevance, with a view to dealing with a theme that touches current problems of the State: the economic crisis triggered by the New Coronavirus.

Key Words: Judicial activism; Fundamental social rights; Financially possible reservation; Minimum core obligation; Prohibition of social retrogression.

ACTIVISMO JUDICIAL Y REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESCENARIO POSPANDÉMICO

RESUMEN

La investigación analiza los límites del activismo judicial en el campo de la realización de los derechos sociales fundamentales en el contexto de la crisis económica desencadenada por la pandemia Covid-19. Para lograr los objetivos se consultó la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de varios Estados, así como trabajos encaminados al estudio de los derechos sociales, el activismo judicial y la influencia de la crisis en estos dos temas. Los derechos sociales, por sí mismos, adolecen de problemas de efectividad, debido a la indeterminación de su contenido y principalmente porque son normas programáticas, es decir, siempre dependen de la acción del Estado y, en consecuencia, de una reserva financiera para su implementación. Con la crisis durante y después de la pandemia, esta dificultad aumenta hasta el punto en que el Estado opta por no realizar o retroceder algunos derechos. En este escenario, le corresponde al Poder Judicial controlar las opciones políticas y garantizar la seguridad de las normas y principios constitucionales, como el mínimo social, la seguridad jurídica y la proporcionalidad. El activismo judicial puede incluso representar el cambio de medidas de política económica implementadas en oposición a la crisis, siempre que la intervención se considere y se base en la Constitución vigente. Según ComDESC (Comité de Naciones Unidas), los tribunales deben considerar que las medidas regresivas deben estar justificadas y son presuntamente inadmisibles, especialmente en tiempos de crisis, siendo el Estado el peso de acreditar su necesidad real. El estudio reúne relevancia social, jurídica y política, con miras a abordar un tema que toca los problemas actuales del Estado: la crisis económica desencadenada por el Nuevo Coronavirus.

Palavras Clave: Activismo judicial; Derechos sociales fundamentales; Reserva financieramente posible; Mínimo social; Prohibición del retroceso social.

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS	10
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I: AS COMPLEXIDADES EM TORNO DO ATIVISMO JUDICIAL	15
1. A Suprema Corte dos Estados Unidos e a origem do ativismo judicial	15
2. O caso Luth, a sentença aditiva italiana e o ativismo judicial em Portugal e no mundo	18
3. Conceito e principais aspectos do fenômeno ativista	24
4. As formas de manifestação do fenômeno	32
5. Democracia, ativismo judicial e “governo de juízes”	37
CAPÍTULO II: OS DIREITOS SOCIAIS E AS DIFICULDADES NA SUA CONCRETIZAÇÃO	43
1. Os direitos sociais e sua relação com o Estado social	44
2. Aspectos gerais dos direitos sociais: noção, proteção e natureza jurídica	46
3. O princípio da reserva do possível como obstáculo à concretização dos direitos sociais	55
4. O problema da indeterminabilidade do conteúdo	60
5. O mínimo social como fundamento para superar os obstáculos à concretização dos direitos fundamentais sociais	64
CAPÍTULO III: O ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	70
1 O princípio do acesso aos tribunais e a viabilização do controle judicial das políticas sociais	73
2 A atuação judicial (ativista) em confronto com os limites constitucionais	77
3 A tutela judicial como uma espécie de legítima defesa à concretização dos direitos sociais	80
4 A jurisprudência e as políticas públicas judiciais	84
CAPÍTULO IV: A REPERCUSSÃO DA CRISE ECONÔMICA PÓS-PANDEMIA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E O ATIVISMO JUDICIAL	89
1. A reserva do financeiramente possível em tempos de crise econômica	92
2. A correlação com a teoria do mínimo social	97

3. A proibição do retrocesso social em tempos de crise econômica	102
3.1 A proteção constitucional conferida à vedação ao retrocesso	106
3.2 Um princípio implícito nas Leis Fundamentais?	107
3.3 O reflexo da crise econômica na proteção jurídica atribuída pelo princípio	111
3.3.1 A vedação ao retrocesso em paralelo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade	114
3.4 A reversibilidade social e o princípio da proteção da confiança legítima	119
4. O ativismo judicial como instrumento de fiscalização das medidas políticas influenciadas pela crise pós-pandemia	123
CONSIDERAÇÕES FINAIS	133
REFERÊNCIAS	136

LISTA DE ABREVIATURAS

CDFUE - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CF - Constituição Federal (Brasil)

ComDESC - Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

CRP - Constituição da República Portuguesa

CSE - Carta Social Europeia

DUDH - Declaração Universal de Direitos Humanos

ECI - Estado de Coisas Inconstitucionais

EUA - Estados Unidos da América

ICJ - International Commission of Jurists

ONU - Organização das Nações Unidas

STE - Supremo Tribunal de Espanha

STF - Supremo Tribunal Federal (Brasil)

STJ - Superior Tribunal de Justiça (Brasil)

PIDESC - Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PIDCP - Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos

RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Brasil)

SNS - Sistema Nacional de Saúde (Portugal)

SUS - Sistema Único de Saúde (Brasil)

TC - Tribunal Constitucional (Portugal)

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o escopo de investigar as principais nuances envolvendo o tema da concretização dos direitos fundamentais sociais em tempos de crise econômica sob a ótica do ativismo judicial e das medidas políticas desencadeadas no curso da pandemia do Novo Coronavírus (Covid-19).

A consolidação dos direitos sociais sofre naturalmente com restrições de ordem política-normativa, como é o caso da aplicação da teoria da reserva do financeiramente possível. Em um cenário de recessão pós-pandemia, a escassez de recursos é ainda mais flagrante e compromete a progressão desses direitos e até mesmo sua manutenção.

Considerando que as escolhas políticas estão submetidas ao controle judicial, a pesquisa pretende responder se existe limite aos tribunais no tocante às decisões proferidas no campo das políticas sociais e sua capacidade de interferir na política orçamentária do Estado em tempos de crise econômica.

De uma forma introdutória, o ativismo judicial pode ser tratado como a manifestação judicial que, no âmbito da judicialização da política, substitui a vontade eminentemente política dos representantes do povo por uma decisão autônoma e independente, nos termos da legislação respectiva.

Trata-se de um fenômeno com raízes no direito estadunidense, mas com grande repercussão nos tribunais do mundo inteiro, uns com mais manifestações, como é o caso de tribunais sul-americanos, e outros com exemplos menos corriqueiros, como é o caso do Tribunal Constitucional em Portugal.

O referido fenômeno é recebido com certa resistência por parte dos estudiosos, sobretudo aqueles que enxergam o ativismo de forma pejorativa ou como manifestações judiciais ilegítimas e “contramajoritárias”. Contudo, a verdade é que o controle judicial da atuação política não é novidade nos tribunais constitucionais e se manifesta de várias formas, como ocorre com o ativismo no campo das políticas sociais.

Essa modalidade de ativismo também é denominada de políticas judiciais e está vinculada a decisões que impõem ações ou omissões ao poder público no sentido de assegurar a concretização de políticas públicas voltadas para os direitos fundamentais sociais.

Os direitos sociais são normas que compõem o núcleo dos direitos fundamentais, mas, diferente dos direitos individuais, estabelecem um comando positivo ao Estado como forma de criar diretrizes e comandos legais para sua efetiva concretização.

Por se tratar de direito vinculado a uma conduta ativa do poder público, os direitos sociais são comumente atrelados à capacidade financeira do Estado ou, mais especificamente, à teoria da reserva do possível. De outro modo, as normas programáticas também sofrem com o problema da indeterminabilidade do conteúdo e, por consequência, da necessidade de regulamentação legislativa.

Tanto um como o outro problema dificultam a consolidação dos direitos sociais, notadamente em tempos de crise econômica, quando a capacidade financeira do Estado é reduzida e o orçamento passa a sopesar a manutenção e até mesmo a regressão de normas de cunho social, como habitação, saúde, educação e trabalho.

Este acontecimento, por óbvio, deve passar pelo controle judicial, nomeadamente em virtude da necessidade de aplicar princípios jurídicos, como a proporcionalidade, razoabilidade e, em especial, a teoria do mínimo social e a proibição ao retrocesso.

Neste cenário, a presente pesquisa pretende investigar o alcance do poder judicial na concretização dos direitos sociais, tendo em vista que eles integram aquilo que a doutrina denomina por rol de direitos fundamentais e, portanto, não podem ser relativizados com justificativa na carência de recursos financeiros.

Considerando a natureza jurídica de normas jusfundamentais e aliado à existência da teoria do mínimo social e da proibição do retrocesso, esta hipótese confere legitimidade e poderes irrestritos para os tribunais assegurarem a irreversibilidade dos direitos sociais e sua concretização mesmo em momentos de declínio econômico.

De outro modo, o estudo analisa se, em tempos de crise econômica, os direitos sociais são relativizados e alguns deles passam a valer menos que outros, isto é, verifica-se se o ativismo judicial deve ponderar o déficit orçamentário do Estado durante o curso da judicialização da política e interferir apenas em situações de regressões infundadas e de escolhas que vão de encontro com a Constituição.

Neste ponto, a interferência judicial é comedida e somente vai prevalecer se houver interesse público e violação de normas e princípios constitucionais. O ativismo

judicial serviria como ferramenta para ponderar as escolhas políticas sob a perspectiva da Lei Fundamental, não havendo poderes ilimitados para alterar a vontade legislativa e executiva.

Por fim, a pesquisa apura se a crise financeira repercute negativamente no ativismo judicial ao ponto de impedir decisões capazes de interferir no orçamento público e prejudicar a vontade política manifestada durante a crise econômica desencadeada pelo Novo Coronavírus.

Trata-se de uma negação ao ativismo não com base na corrente que defende sua ilegitimidade pura e simples, mas com fulcro na impossibilidade de o órgão judicial substituir a vontade popular na escolha orçamentária durante um estado de recessão econômica.

Vinculadas as estas hipóteses, mas sem a pretensão de exaurir todas os problemas que o tema produz, o estudo possui como principal objetivo analisar o alcance do ativismo judicial na concretização dos direitos sociais em tempos de crise econômica.

Sob o viés da especificidade dos temas tratados no curso da pesquisa, pretende-se, também, estudar a abrangência do ativismo judicial e sua legitimidade para produzir políticas públicas judiciais; desenvolver um estudo sobre os direitos sociais e o ativismo judicial no campo das políticas públicas; investigar a repercussão da crise econômica na concretização e proteção dos direitos sociais; verificar a aplicação do princípio da reserva do possível e da teoria do mínimo existencial no âmbito do ativismo judicial; conhecer o direito comparado e a jurisprudência nacional e estrangeira a respeito do tema.

Nesse sentido, além das obras a seguir citadas, a pesquisa utiliza como referência imediata a “jurisprudência da crise”, produzida pelo Tribunal Constitucional entre os anos de 2010 e 2014, bem como a jurisprudência dos tribunais constitucionais alemão e italiano, a jurisprudência dos tribunais constitucionais colombiano, argentino e sul-africano e a jurisprudência da Suprema Corte americana e do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Das principais obras que fazem referência ao presente estudo, vale destacar “Os Direitos Sociais em Tempos de Crise: Ou revisitar as normas programáticas” de Catarina Botelho, “Juízes legisladores?” de Mauro Cappelletti, “Ni un paso atrás: la prohibición de regressividad em materia de derechos sociales”, de Christian Courtis, “Direitos Sociais em tempos de crise econômica” de Flávio Martins, “Direitos Fundamentais” de Jorge Miranda,

“Direitos Sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais” de Jorge Reis Novais, “Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justicialidade” de Cristina Queiroz, “Taking the Constitution Away from the Courts” de Mark Tushnet.

Todos os livros citados contribuíram para a análise não só do tema principal da pesquisa, mas também dos temas que contornam o núcleo da dissertação, como as peculiaridades dos direitos sociais e seu enfrentamento na doutrina abalizada, o próprio ativismo judicial e suas correntes, assim como a concepção de acesso à justiça e o combate à inércia ou à ineficácia estatal.

O estudo reúne relevância social, jurídica e política, tendo em vista tratar de tema que toca problemas atuais do Estado: a crise econômica desencadeada pelo Novo Coronavírus. Ao tratar do problema, a pesquisa se volta para o estudo de teorias e princípios jurídicos atrelados à concretização dos direitos sociais e sua repercussão durante a crise, bem como investiga a atuação judicial como forma de garantir a legalidade e a constitucionalidade das escolhas políticas tomadas no curso e depois da pandemia.

Não será incomum ver as questões levantadas nesta pesquisa serem debatidas na mídia, nas casas legislativas e principalmente nos tribunais, permitindo-se reconhecer sua contribuição para as tentativas de solução dos problemas envolvendo os direitos sociais em tempos de crise e o papel do poder judicial em torno deste imbróglio.

CAPÍTULO I: AS COMPLEXIDADES EM TORNO DO ATIVISMO JUDICIAL

O termo “ativismo judicial” surgiu nos Estados Unidos da América (EUA), no contexto do modelo judicial conhecido como *common law*. Desde o seu nascimento até os dias atuais, o fenômeno jurídico guarda complexidades muito difíceis de desvendar, como é o caso da sua própria definição jurídica.

Isso ocorre devido a sua aproximação com a polarização política enfrentada pelo EUA, que passou a utilizar as decisões ativistas, tanto conservadoras como progressistas, como referência de decisões judiciais que ultrapassam os limites da legitimidade jurisdicional.

Por outro lado, grande parte dos acadêmicos passaram a tratar o ativismo como uma consequência lógica da atividade judicante, estando associada ao papel constitucional do Poder Judicial e estabelecendo que as manifestações negativas tratadas pelos críticos mais fervorosos integram o rol de limites impostos pela Constituição à proatividade do juiz.

O fenômeno ativista é, atualmente, tema de grande debate na doutrina constitucional internacional, sendo destaque em decisões judiciais proferidas por inúmeras Cortes Constitucionais por todo o mundo, incluindo-se, a título de exemplo, o Brasil, Colômbia, Índia, África do Sul, Portugal, Alemanha e Itália.

Considerando toda a complexidade envolvida na matéria, é inevitável tecer alguns comentários pertinentes ao ativismo judicial e tentar alinhar as diferentes correntes doutrinárias que tratam sobre o assunto, especialmente no tocante ao seu conceito, sua forma de manifestação e a sua legitimidade.

1. A Suprema Corte dos Estados Unidos e a origem do ativismo judicial

Os Estados Unidos são considerados o berço do ativismo judicial, tendo a figura do historiador americano Arthur Schlesinger Jr. como o pioneiro na discussão em torno do mencionado fenômeno, ao publicar o artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, na Revista *Fortune*, em 1947¹.

Na ocasião, o autor avaliou os trabalhos da Suprema Corte americana (*Supreme Court*) e concluiu que os seus membros poderiam ser classificados de acordo com

¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 30.

fundamentos ideológicos: i) aqueles que se alinhavam à função ativista do judiciário, no sentido de garantir a concretização de direitos e liberdades; ii) aqueles que estavam conectados à “autorrestrrição judicial” e defendiam que o tribunal não deveria intervir no campo da política, mas atuar com reverência à vontade do Poder Legislativo².

Embora tenha desempenhado papel relevante na construção doutrinária sobre o tema, a obra de Schlesinger não é unanimidade entre os autores americanos. Craig Green³, no artigo *An Intellectual History of Judicial Activism*, critica a forma como o ativismo judicial é tratado por Schlesinger, uma vez que ele não apresenta uma definição clara para o termo, além de omitir decisões de sumária importância para o assunto, como algumas produzidas pela Corte Lochner e até mesmo o caso Dred Scott.

Para grande parte da doutrina, as principais decisões da Corte Suprema americana, que contribuíram para o avanço do debate sobre o movimento ativista, consistem nos casos “Marbury v. Madison” (1803), “Dred Scott v. Sandford” (1857) e “Lochner v. New York (1905)”. O traço em comum destes julgamentos é o fato de a Corte promover a revisão judicial (*judicial review*) de leis do congresso e restringir a liberdade parlamentar com fundamento na supremacia constitucional⁴.

No famoso julgamento “Marbury v. Madison”, o Chefe de Justiça americano, Jonh Marshall, para além da análise do mérito da causa (outorga de posse como juiz de paz a William Marbury, nomeado nos últimos dias de mandato do presidente Jonh Adams), decidiu que a Seção 13 da lei judiciária de 1789 era inconstitucional, por violar a jurisdição originária da Suprema Corte prevista na Lei Fundamental.

A decisão se revelou histórica, pois foi uma das primeiras que afirmou o poder de revisão (*judicial review*) atrelado à Corte Suprema no que diz respeito aos atos legislativos em face da Constituição, embora tenha sido desenhada sob os contornos da influência política naquele julgamento e até mesmo da sua repercussão jurídica nos anos posteriores.

² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 31.

³ GREEN, Craig - **An Intellectual History of Judicial Activism** [em linha]. Atlanta: Emory Law Journal, Vol. 58, No. 5, p. 1195, 2009. [Consult. 22 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://ssrn.com/abstract=1410728>>. pp. 1201-1209.

⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. pp. 33-36.

No segundo julgamento marcante para a doutrina do ativismo judicial, o caso “Dred Scott v. Sandford”, o juiz da Suprema Corte americana, Roger Taney, decidiu que uma lei federal não poderia dispor sobre a questão da escravidão, por este ser um tema de cunho constitucional⁵.

Em que pese ter sido uma decisão ativista, por promover uma revisão judicial do ato normativo, o julgamento é considerado um dos maíus odiosos da história da Corte dos EUA, revelando outras faces do ativismo que não apenas o aspecto positivo do fenômeno (o ativismo progressista), mas a sua capacidade “de responder aos propósitos de autoridades públicas (...) como parte da estratégia de evitar custos políticos de medida”⁶.

Por último, um outro bom exemplo de ativismo judicial histórico na Corte dos Estados Unidos foi visto no caso “Lochner v. New York”. Também considerada uma decisão infeliz por inúmeros juristas, este julgamento foi ativista por julgar inconstitucional lei estadual que dispôs sobre contratos de trabalho, mais especificamente acerca de direitos dos trabalhadores (padeiros) em face dos empregadores.

As razões de decidir, embora ativistas e integrantes do rol das revisões judiciais, foram alvos de críticas até mesmo nos votos dissidentes, como na ocasião do voto do juiz Oliver Holmes, que lançou mão de uma crítica aos fins políticos e econômicos “escondidos” nas fundamentações vencedoras⁷.

A força política dessas decisões era tão relevante que a escolha dos juízes da Suprema Corte passou a ser tema de largo debate na sociedade, dividindo a discussão entre aqueles que defendiam uma corte que praticasse um ativismo conservador, como no caso da “Corte Lochner”, e aqueles que pleiteavam uma corte cujo ativismo era predominantemente liberal, como no caso da “Corte Warren”⁸.

Esta última corte ficou assim conhecida em razão do seu Chefe de Justiça ter sido o juiz Earl Warren, que assumiu o cargo em 1953 e permaneceu até 1969. O período ficou marcado pelo ativismo progressista, com destaque para o caso “Brown vs. Borrad of

⁵ GREEN, Craig - op. cit. pp. 1213-1214.

⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 36.

⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 37.

⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. pp. 38-40.

Education” (1954), quando a Suprema Corte decidiu ser inconstitucional a segregação racial nas escolas americanas⁹.

Os conservadores lutavam por uma corte sem ativismo, pela escolha de juízes que respeitassem o legislado e que interpretassem o direito em vez de criá-lo, eles eram totalmente contra ao que chamavam de “juízes que legislam” e favoráveis ao *strict construction* ou à filosofia da “restrição judicial” e da total deferência aos atos legislativos¹⁰.

Entretanto, no fundo, a vontade principal dos conservadores, como foram os presidentes dos EUA Richard Nixon e Ronald Reagan, era mesmo combater o ativismo através da imposição de outro ativismo (ativismo liberal x ativismo conservador), sendo capaz de superar precedentes construídos na era liberal e garantir a interpretação da Constituição conforme os interesses republicanos¹¹.

O ativismo judicial se tornou, então, tema chave em campanhas eleitorais e influenciou a aplicação de planos econômicos, como o New Deal, e a solução de temas nos quais o direito escrito não oferece resposta única nem mesmo precisa, como o aborto, o direito da população LGBT, as ações afirmativas raciais e a pena de morte¹².

2. O caso Luth, a sentença aditiva italiana e o ativismo judicial em Portugal e no mundo

O fenômeno ativista não parou nos Estados Unidos, sendo incorporado a diversos outros Tribunais do mundo, como na Alemanha, na Itália, na Colômbia e no Brasil. Representando um exemplo claro de judicialização da política, as respectivas Cortes foram (e ainda são) responsáveis por decisões no campo dos direitos sociais e fundamentais, assim como no âmbito da fiscalização da constitucionalidade das leis.

O caso Luth representou um marco de grande relevância na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), por discutir o conflito de direitos fundamentais, a ponderação na aplicação do direito e a incidência da sua eficácia no plano horizontal.

⁹ MARANIELLO, Patricio Alejandro – El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional [em linha]. Buenos Aires: Universidade de Buenos Aires, 2008. [Consult. 28 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>>. pp. 125-126.

¹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. pp. 46-50.

¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 50.

¹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. pp. 38-40.

Tratou-se de demanda particular entre Eric Lüth, um judeu alemão, e Veit Harlan, cineasta alemão divulgador das ideias nazistas e de mensagens de ódio aos judeus durante a Segunda Guerra.

Neste cenário, a Corte alemã julgou a legalidade do ato de boicote promovido pelo primeiro em face das obras do segundo e decidiu que a liberdade de expressão integra uma “ordem objetiva de valores”, “centrada na dignidade da pessoa humana”, devendo ser interpretado à luz dos princípios constitucionais (constitucionalização do direito)¹³.

O ativismo judicial consistiu, então, uma postura criativa do órgão judicial alemão, que encontrou na “ponderação de bens e interesses (...) envolvidos e, depois de sopesá-los, concluiu ter mais importância, especificamente para o caso concreto, o direito fundamental de livre expressão de Lüth”¹⁴.

Na Itália, o fenômeno ativista sucedeu o regime fascista e a falta de concretização da ordem constitucional instaurada em 1947, uma vez que a Corte de Cassação (*Corte di Cassazione*), influenciada pelo conservadorismo de outrora, se negava a estabelecer uma postura favorável à aplicação dos direitos e garantias fundamentais preconizados na nova Carta Política¹⁵.

Fundamentada na ideia de que os direitos ali previstos eram de conteúdo programático, isto é, não autoaplicáveis, a “Corte concordou com a eficácia retroativa de normas penais, com a restrição ao direito de petição a órgãos públicos (...) e foi tolerante com o excesso de restrição à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento”¹⁶.

Esse cenário durou até 1956, quando a Corte Constitucional (*Corte Costituzionali*) iniciou suas funções. Com uma postura progressista e assertiva, os juízes da nova Corte passaram a “adequar a legislação ordinária em vigor aos novos preceitos constitucionais e aos direitos fundamentais, negando todo o desenvolvimento doutrinário da Corte de Cassação que houvera antes impedido”, nomeadamente o argumento de que as normas programáticas não possuem aplicação imediata¹⁷.

¹³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 65.

¹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 65.

¹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 69.

¹⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 69.

¹⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 70.

A maior manifestação ativista da Corte Constitucional italiana emergiu através da assunção de um papel político-reformista, que substituiu o legislador “na modernização e na democratização do ordenamento jurídico italiano” e produziu sentenças não ortodoxas, as chamadas sentenças manipulativas ou mais especificamente as decisões aditivas¹⁸.

As sentenças aditivas servem como remédio para omissões legislativas, entretanto, em vez de substituir, adicionam ao texto da lei determinada norma ou ampliam o seu âmbito de incidência. Ou melhor, “a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição”¹⁹.

Estas decisões manipulativas de caráter aditivo não representam uma espécie normativa nova, isto é, não se trata de uma contradição à figura Kelseniana do “legislador negativo”²⁰. O resultado do ativismo da Corte italiana são normas já presentes no ordenamento jurídico ou deduzidas das normas constitucionais de aplicação imediata, não revelando uma escolha judicial, mas uma verdadeira imposição dos preceitos constitucionais²¹.

O principal caso envolvendo uma sentença aditiva produzida pelo Tribunal Constitucional italiano ocorreu em 1970, com a sentença nº 190²². Tratou-se de uma discussão sobre a constitucionalidade do artigo 304, §1º, do Código de Processo Penal, em vigor na época, que permitia a presença do membro do Ministério Público nos atos de instrução criminal, sem equivalente para os defensores do arguido.

Na ocasião, a Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade da norma que excluía a participação do defensor do arguido nos interrogatórios, considerando que a omissão legislativa deveria ser suprida pela técnica da sentença manipulativa aditiva, sem a capacidade de alterar o texto formal da lei e sem criar um comando normativo sem reverência à função legislativa.

¹⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 71.

¹⁹ MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de - **Atos Legislativos**. Coimbra: Editora Almedina, 2019. p. 391.

²⁰ KELSEN, Hans - **Jurisdição constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Editora Martini Pontes, 2003. Tradução de Alexandres Krug. p. 153.

²¹ CRISAFULLI, Vezio - **Lezioni di Diritto Costituzionale**. 4. ed. Padova: CEDAM, 1976 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 71.

²² A sentença pode ser consultada em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1970/0190s-70.html>>.

Um terceiro Tribunal Constitucional que pode ser citado como referência para o ativismo judicial no mundo é a Corte Constitucional Colombiana. A referida Corte tem recusado a “abordagem formalista e conservadora da Constituição (...) e afirmando a necessidade da interpretação criativa para dar conta da relevância em preservar os comandos constitucionais diante da realidade socioeconômica do país”²³.

Influenciado pelos ideais do neoconstitucionalismo e da necessidade de estabelecer uma jurisdição capaz de concretizar os direitos sociais e fundamentais sem perder de vista o direito das minorias, a Corte Constitucional da Colômbia nasceu com a Constituição Política de 1991²⁴.

Ela é considerada uma das cortes mais ativistas do mundo, sendo referência no combate às emendas constitucionais que violam substancialmente o texto da Lei Fundamental, ainda que, em tese, a sua atuação esteja restrita aos limites formais ou procedimentais estabelecidos pelo artigo 379, da Constituição Colombiana²⁵.

Trata-se de comportamento direcionado ao combate ao retrocesso social e à preservação dos direitos e garantias fundamentais, estabelecendo-se uma ponderação entre o princípio da separação dos poderes, vigente no ordenamento colombiano, e a concretização dos direitos sociais estampados na Carta Magna de 1991²⁶.

Como exemplo de ativismo judicial colombiano, pode-se destacar a sentença T-740/2011, que considerou ilegítima a suspensão do serviço de água em caso de inadimplemento, por se tratar de usuária hipossuficiente, determinando-se o restabelecimento do serviço e o fornecimento de 50 litros de água por dia, mesmo se não houver condições de pagar, uma vez que o acesso à água é desdobramento natural dos direitos fundamentais à vida e à saúde.

No continente africano, o Tribunal Constitucional da África do Sul também é considerado como exemplo de ativista judicial, sendo pioneiro no “processo de constitucionalismo transformativo que emergiu no país na última década do século XX”²⁷.

²³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 74.

²⁴ VÁSQUEZ, Rocío Díaz - **El activismo judicial de la jurisdicción constitucional en el marco de la democracia** [em linha]. Barranquilla: Justicia Juris, vol 11, n 2, 2015. [Consult. 30 de abril de 2020]. Disponível na internet: <<http://ojs.uac.edu.co/index.php/justicia-juris/article/view/763>>. pp. 52-54.

²⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 75.

²⁶ VÁSQUEZ, Rocío Díaz - op. cit. p. 55.

²⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 82.

Como exceção às inúmeras Constituições democráticas promulgadas ao redor do mundo, a Constituição sul-africana de 1996 foi submetida a uma avaliação de validade material realizada pela própria Corte Constitucional, por força da norma constitucional provisória (em vigor desde 1994)²⁸.

Na ocasião, a referida Corte apontou dispositivos que estariam em desacordo com os princípios da ordem constitucional em vigor e não certificou o texto de 1996, que precisou ser revisado pelo parlamento sul africano²⁹.

Além desse papel flagrantemente ativista, o Tribunal Constitucional da África do Sul também proferiu decisões no sentido de julgar inconstitucional a pena de morte e, em outro momento, decidir pela inconstitucionalidade da lei ordinária que atribuía tratamento desigual entre a união homossexual e a união heterossexual e determinou a necessidade de o estado garantir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo³⁰.

Em decisão emblemática, conhecida como o caso *Gootboom*³¹, a Corte sul africana determinou que o governo da África do Sul concedesse a um grupo de pessoas desabrigadas moradias dignas, por força da norma constitucional prevista nos artigos 26º e 28º da Constituição³².

Não obstante a decisão ter considerado as reservas orçamentárias do Estado e assegurado a autonomia do Poder Executivo no cumprimento da medida, o caso *Gootboom* consiste em um julgamento ativista que visa proteger as necessidades sociais previstas na Carta Magna e estabelece um diálogo com o Governo no sentido de se proteger contra eventual incumprimento das medidas impostas³³.

Voltando para a América do Sul, pode-se citar também o caso do Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF), que, sem dúvida alguma, revela um excelente exemplo de Corte ativista. Desde decisões proferidas no âmbito da fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos a julgamentos de mandados de injunção, o STF promove verdadeiro

²⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 82.

²⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 82.

³⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 82.

³¹ A íntegra da decisão pode ser consultada em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>.

³² ROUX, Theunis - **Understanding Grootboom: A Response to Cass R. Sunstein** [em linha]. Edmonton: Constitutional Forum Constitutionnel Review, vol. 12, n. 1, 2 e 3, 2001. [Consult. 04 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://doi.org/10.21991/C9S953>>. p. 44.

³³ ROUX, Theunis - op. cit. p. 46.

ativismo judicial para combater a ineficácia de medidas executivas em face dos direitos e garantias fundamentais³⁴.

Nesse cenário, não é raro encontrar decisões do Supremo modulando os efeitos naturais da declaração de inconstitucionalidade, permitindo a aplicação da norma para o futuro, sua aplicação parcial ou até mesmo circunstancial³⁵.

Em um julgamento considerado paradigma para as decisões ativistas, a Corte, ao apreciar o Mandado de Injunção nº 670 (Espírito Santo)³⁶, reconheceu o direito de greve aos servidores públicos estaduais, por entender que a omissão legislativa estaria violando o preceito constitucional disposto no artigo 37º, VII.

Na oportunidade, o STF considerou aplicável a lei de greve destinada ao movimento paredista dos trabalhadores da iniciativa privada, a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989,

Outro exemplo de ativismo no tribunal supremo brasileiro está presente no âmbito da judicialização do direito à saúde. Relativamente a este pleito, o STF fixou teses a respeito da possibilidade de pleitear medicamentos de alto custo, medicamentos fora da relação nacional de medicamentos essenciais (RENAME) e até mesmo permitindo o bloqueio ou sequestro de verbas públicas para garantir a compra dos fármacos, na hipótese de pedido de cumprimento das decisões³⁷.

Finalmente, o fenômeno do ativismo judicial também encontra referência em Portugal, mais especificamente nas decisões do Tribunal Constitucional (TC). A Corte portuguesa há muito vem adotando uma postura ativista, sobretudo no tocante às decisões intermédias e às técnicas de julgamento, que superam os efeitos comuns das sentenças proferidas no controle de constitucionalidade.

³⁴ ANDRADE, Fernando Gomes de - **Da autolimitação ao ativismo judicial: um estudo acerca da releitura da teoria da separação dos poderes pelo poder judiciário brasileiro no Supremo Tribunal Federal** [em linha]. Lisboa: Repositório da Universidade de Lisboa, 2016. [Consult. 04 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<http://hdl.handle.net/10451/25370>>. pp. 158-159.

³⁵ RAMOS, Elival da Silva - **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. pp. 201-212.

³⁶ A íntegra do julgamento pode ser encontrada através do seguinte link: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921>.

³⁷ Ver os seguintes julgamentos: Recurso Extraordinário (RE) n. 271.286/RS, julgado em 12/09/2000, relator Ministro Celso de Mello, RE n. 195.192, julgado em 12 de setembro de 2000, relator Ministro Marco Aurélio e o AI 486816 AgR/RJ julgado em 12/04/2005, de relatoria de Carlos Velloso. Podem ser consultados em: <http://portal.stf.jus.br/>.

O TC, no âmbito da função interpretativa da Constituição (CRP), já promoveu mutações constitucionais, como nos acórdãos n.º 107/88, 64/91 e 602/2013. Nestes julgamentos, a Corte ampliou o sentido do termo “justa causa” estampado no artigo 53.º da CRP para adequá-lo à realidade fática e considerar que a Constituição permite o despedimento do trabalhador tanto na hipótese da justa causa subjetiva, como na ocasião da justa causa objetiva.

A interpretação evolutiva também pode ser auferida no acórdão n.º 121/2010. Neste julgamento, alterou-se o sentido do artigo 36.º da CRP para considerar legítimo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, declarando-se constitucional o projeto de lei que previa a alteração do Código Civil no tocante à menção ao casamento como uma união de pessoas de sexo oposto.

Ainda sobre a postura ativista do Tribunal Constitucional, é possível mencionar o acórdão n.º 353/2012, que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 21.º e 25.º da Lei n.º 64-B/2011 (Lei do Orçamento do Estado para 2012).

Na ocasião, a declaração de inconstitucionalidade teve uma repercussão diferente dos efeitos comuns previstos no artigo 282.º, n. 1, da Constituição, uma vez que a Corte destacou que a inconstitucionalidade se daria sem a pronúncia da nulidade da norma, isto é, os dispositivos declarados inconstitucionais continuariam produzindo efeitos³⁸.

Uma outra decisão do TC que merece destaque no estudo do ativismo judicial é o Acórdão n.º 148/94, de 3 de Maio³⁹. No julgamento, o Tribunal julgou inconstitucional a norma da Lei n.º 20/92, de 14 de Agosto, que aumentou as propinas do ensino superior, tendo em vista estar em desconformidade com a gratuidade progressiva prevista no artigo 74.º, n. 2, “e”, da CRP.

3. Conceito e principais aspectos do fenómeno ativista

O termo ativismo judicial não é fácil de ser conceituado, a uma porque abrange a atuação judicial em diversos processos decisórios, a duas porque se trata de um instituto

³⁸ CORREIA, Fernando Alves - **Justiça Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2019. pp. 352-353.

³⁹A íntegra da decisão pode ser consultada no sítio oficial do Tribunal Constitucional: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940148.html>.

antigo, que sofreu modificações com o decorrer do tempo. É justamente neste sentido que Kmiec⁴⁰ inicia os seus comentários sobre a noção de ativismo judicial (*judicial activism*).

A doutrina trata o tema por meio dos seguintes termos: “ativismo judicial”, “*judicial activism*”, “*gouvernement des juges*”, “*Richtersstaat*”. Entretanto, a tarefa de estabelecer uma definição não parece simples, nomeadamente porque o fenômeno está associado a fatores que podem variar conforme o cenário em análise⁴¹

Com o propósito de avançar no conceito, mostra-se salutar conhecer o fenômeno da judicialização da política, que serve como movimento originário ao ativismo judicial e carrega características que auxiliam na compreensão do tema.

Andrade⁴² define a judicialização da política como “uma reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro com a finalidade de revisar a decisão de mérito de um poder político (executivo ou legislativo) tomando como base a Constituição e, ao fazer essa revisão, o Judiciário estaria ampliando seu poder em relação aos demais”.

De uma forma mais pormenorizada, Vallinder⁴³ desenhou uma definição mais ampla, considerando o fenômeno nos seguintes termos:

(1) a expansão do âmbito dos tribunais ou dos juízes em detrimento dos políticos e/ou dos administradores, ou seja, a transferência de poder de decisão do legislador, do governo, ou da administração civil para os tribunais ou, ao menos, (2) a repercussão dos métodos na tomada de decisão judicial para fora do âmbito judicial em sentido próprio. Em síntese, podemos dizer que a judicialização abrange essencialmente uma transformação na direção do processo judicial.

Com efeito, o fenômeno da judicialização da política ocorre, de certo modo, quando demandas de natureza política - que fazem parte do rol de atribuições dos poderes políticos - são levadas à discussão no bojo de um processo judicial. Não se trata, assim, de um fenômeno provocado pelo Poder Judicial, pois ele surge apenas após provocação da sociedade⁴⁴.

⁴⁰ O autor promove um debate sobre a evolução do instituto “ativismo judicial” e apresenta as noções desenvolvidas tanto no período conservador como na época do ativismo liberal v. Kmiec, Keenan D. - **The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"**. California: California Law Review from University of California, v. 92, pp. 1441 a 1478, 2004.

⁴¹ CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. - **The Scientific Study of Judicial Activism** [em linha]. Minneapolis: Minnesota Law Review, N. 06-23, 2006. [Consult. 26 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://ssrn.com/abstract=939768>>. pp. 4-5.

⁴² ANDRADE, Fernando Gomes de - op. cit. p. 110.

⁴³ VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal - **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics**. New York: New York University. 1995 apud ANDRADE, Fernando Gomes de - op. cit. p. 110.

⁴⁴ ANDRADE, Fernando Gomes de - op. cit. p. 118.

A partir dessa provocação, o Poder Judicial assume o controle da demanda e pode, de certo modo, adotar uma postura proativa (ativista) e assumir “o protagonismo nas decisões políticas frente aos poderes majoritários”⁴⁵, decidindo conforme à Constituição e às leis, ainda que em detrimento das decisões políticas.

Nessa esteira, Barroso⁴⁶ escreve que “o ativismo judicial (encontra) na judicialização da política a oportunidade adequada para desenvolvimento – ativismo judicial será a escolha comportamental do juiz em aceitar a demanda de judicialização da política e ditar as soluções, certas ou erradas, para as questões levantadas”.

Frise-se que o ativismo judicial não está associado à simples revisão da decisão política. O fenômeno ativista pressupõe uma atuação “mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, seria o passo seguinte à judicialização (da política)”⁴⁷.

Partindo desta premissa, a melhor definição para o termo parece estar relacionada com a postura expansiva e criativa do órgão judicial, que decide demandas de natureza política conforme a obediência dos preceitos constitucionais, ainda que em detrimento das decisões tomadas pelos representantes do povo.

Influenciado por sua raiz histórica e toda a polarização envolvendo conservadores e liberais no cenário político americano, como já destacado no tópico I, o fenômeno carrega uma conotação negativa⁴⁸, tendo o seu conceito confundido por decisões arbitrárias ou maus julgamentos⁴⁹.

Nesta linha, Elival Ramos⁵⁰ compreende o fenômeno 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 e objetiva”.

⁴⁵ ANDRADE, Fernando Gomes de - op. cit. p. 155.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto - **Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática** [em linha]. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado Vol. 13, Renovar, 2009. [Consult. 05 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. p. 75.

⁴⁷ ANDRADE, Fernando Gomes de - op. cit. p. 113.

⁴⁸ KMIEC, Keenan D. - op. cit. p. 1444.

⁴⁹ EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives differ in Judicial Activism? [em linha]. Chicago: University of Colorado Law Review, Vol. 73 (4), 2002. [Consult. 05 de maio de 2020]. Disponível na internet: <https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/1136/>. p. 1403.

⁵⁰ RAMOS, Elival da Silva - op. cit. p. 131.

De uma forma mais contundente, Ronald Dworkin⁵¹, adotando o conceito negativo do fenômeno, escreve que “o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política”.

E complementa: “o ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima”⁵².

A forma pejorativa como é tratado o conceito de ativismo, entretanto, é frequentemente rechaçada por grande parte da doutrina constitucionalista. Nos EUA, epicentro do ativismo judicial, Corey Yung⁵³ levantou dados estatísticos sobre decisões da *Supreme Corte* e das cortes de apelação, concluindo não haver conexão entre o ativismo judicial e o poder político ou a influência política do presidente da república, do seu partido político ou da aliança política deste com o presidente e a maioria do senado.

Para afastar o fenômeno da confusão histórica que lhe prejudica, alguns autores mais radicais propõem o abandono do termo, pretendendo dar outros contornos para o ativismo judicial⁵⁴, enquanto outros juristas visam desmistificar toda negatividade que se coloca diante do movimento.

Para Campos⁵⁵, o ativismo judicial deve ser tratado como tal, sendo que a tarefa de dissociar o conceito do olhar pejorativo depende de uma análise minuciosa, que induz a avaliação de algumas situações especiais, como a postura do órgão judicial, o espaço concedido para julgar determinado tema, a legitimidade da decisão e o seu caráter dinâmico e contextual.

O comportamento do órgão judicial, ao impor obrigações, anular decisões, ou atuar em espaços naturalmente ocupados por outros atores políticos, é de extrema relevância para aferir a qualidade ativista da decisão, assim como também é importante observar o

⁵¹ DWORKIN, Ronald - **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Trad. Jeferson Luiz Camargo. pp. 451-452.

⁵² DWORKIN, Ronald - **O império...** pp. 451-452.

⁵³ YUNG, Corey Rayburn - **Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts** [em linha]. Boston: Nw. U. L. Rev, Vol. 105, 2015. [Consult. 26 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr/vol105/iss1/1>>. pp. 47-48.

⁵⁴ EASTERBROOK, Frank H - op. cit. p. 1403.

⁵⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. pp. 92-99.

espaço temático conferido ao tribunal, que é capaz de provocar a expansão de poder político-normativo⁵⁶.

Outrossim, é preciso considerar que o fenômeno convive com inúmeras mudanças e atualizações, além de estar relacionado com as peculiaridades da estrutura política e do ordenamento jurídico de cada país. Portanto, “a ideia é deverem os elementos da equação ativismo/autorrestrrição judicial variar de sistema para sistema, de matéria para matéria, de tempos em tempos, sempre em função das particulares estruturas constitucionais, políticas, culturais e institucionais locais”⁵⁷.

Neste cenário, Campos⁵⁸ define o ativismo judicial como “o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos”, que deve ser identificado conforme a análise dos fatores acima delineados e que está associado a um caráter multidimensional, uma vez que se manifesta por inúmeras ocasiões.

Este exercício expansivo decorre do dever de busca pela concretização da Lei Fundamental, ainda que seja necessária certa “ingerência na seara dos demais poderes mediante decisões que se enquadrem na Constituição, mesmo em normas constitucionais carentes de legislação infraconstitucional que lhes dê plena eficácia”, como ocorre na fiscalização da constitucionalidade, no papel interpretativo do texto constitucional, assim como na determinação de medidas aos demais atores políticos no sentido de implementar políticas públicas em favor dos direitos constitucionais⁵⁹.

Em seu estudo empírico sobre o termo, Yung⁶⁰ escreve que o ativismo judicial está relacionado com a necessidade de o julgador estabelecer uma decisão judicial que pretende sobrepor um precedente, uma legislação ou a amplitude da aplicabilidade de determinado direito constitucional.

Riccardo Gustiani⁶¹ se refere ao ativismo como um fenômeno “inspirado no valor da adaptação contínua do direito à vida social, que exige uma nova interpretação das

⁵⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. pp. 92-99.

⁵⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. pp. 97-98.

⁵⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 99.

⁵⁹ ANDRADE, Fernando Gomes de - op. cit. p. 126.

⁶⁰ YUNG, Corey Rayburn - op. cit. pp. 11-12.

⁶¹ GUSTIANI, Riccardo - **Teoría y ideología de la interpretación constitucional**. Madrid: Editora Trotta, 2008. Tradução de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. pp. 58-61.

circunstâncias sociais, culturais e políticas”. O ativismo, para o autor italiano, “pretende mudar o significado de um texto normativo à luz dos valores da sociedade de determinado momento”.

Este fenômeno, como visto, está presente em inúmeros tribunais pelo mundo e se desenvolve conforme a mutação da sociedade e o aparecimento de novas regras jurídicas. Esse é o caso da influência do neoconstitucionalismo ou mais especificamente da prática hermenêutica desenvolvida por esse novo movimento constitucionalista⁶².

Do mesmo modo, o comportamento proativo do Poder Judicial encontra respaldo nas atuais Constituições, que estabelecem um verdadeiro Estado de bem-estar social, no qual a Carta Magna serve como documento político que deve concretizar os direitos sociais e fundamentais.

Em se tratando de um fato jurídico dinâmico, o ativismo judicial também deve ser observado sob a ótica do modelo judicial implementado pelo Estado. Em países de família anglo-saxônica, como os Estados Unidos e a Inglaterra, cujo modelo é o *common law*, o ativismo judicial se apresenta de uma forma mais ampla, sendo considerada ativista uma decisão judicial que utilize o método teleológico de interpretação ou a técnica de integração de lacunas⁶³.

Por seu turno, nos países de família romano-germânica, que são aqueles que adotam o *civil law*, o ativismo encontra mais espaço para manifestação, por conta da incidência do princípio da separação dos poderes e do inerente sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*)⁶⁴.

É dizer, no *common law*, por se tratar de um modelo que vincula os juízes e tribunais aos precedentes, qualquer decisão que fogue dessa vinculação pode ser classificada como ativista. Além disso, como os precedentes são mais fechados que as regras jurídicas, há um espaço menor para a manifestação do fenômeno.

Não obstante, Ronald Dworkin⁶⁵ lembra que no direito costumeiro (*common law*), antes de formar um precedente, os tribunais se deparam com leis e regras quase sempre

⁶² ANDRADE, Fernando Gomes de - op. cit. p. 62.

⁶³ RAMOS, Elival da Silva - op. cit. p. 112.

⁶⁴ RAMOS, Elival da Silva - op. cit. p. 131.

⁶⁵ DWORKIN, Ronald - **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Trad. Nelson Boeira. pp. 128-129.

vagas, o que exige a atividade criativa dos juízes, não como legisladores, mas “como delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema”.

Por seu turno, no *civil law*, os juízes estão subordinados à lei e à Constituição, que permitem maior interpretação e mais ambiente para a proatividade dos juízes. As normas tendem a ser mais interpretáveis e conter mais lacunas, abrindo espaço para a atuação judicial.

Outrossim, nos países de família romano-germânica, o dever de decidir, independentemente de haver lei para o caso em concreto, serve para autorizar a criatividade judicial sem necessariamente representar um ativismo.

Sob uma perspectiva diferente, o fenômeno ativista pode ser classificado como uma manifestação da “discricionariade judicial”, isto é, da liberdade que o órgão judicial possui de buscar a satisfação da paz e da ordem sociais dentro dos limites impostos pelo sistema jurídico⁶⁶.

A discricionariade judicial não se confunde com a discricionariade administrativa, uma vez que esta se vincula à conveniência política e está limitada ao mandamento normativo indeterminado, enquanto aquela conecta-se à conveniência jurídica e permite que o órgão judicial promova a criatividade na interpretação da lei⁶⁷.

Conforme Cappelletti⁶⁸, a discricionariade do órgão judicial não está livre de restrições, tendo em vista que o próprio sistema judicial civilizado cuidou de “estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais”.

Para concluir o estudo sobre o conceito e as principais características do ativismo judicial, resta tecer breves comentários sobre um fenômeno jurídico oposto: a autocontenção judicial.

Tem-se a “autocontenção judicial” quando o Poder Judicial procura diminuir sua intervenção nas ações do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Assim, diferente do

⁶⁶ RAMOS, Elival da Silva - op. cit. p. 128-130.

⁶⁷ RAMOS, Elival da Silva - op. cit. p. 130.

⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro - **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. pp. 23-24.

movimento ativista, as decisões que representam uma autocontenção se negam a expandir o poder político-normativo em face das decisões tomadas pelos outros atores políticos.

Consoante Barroso⁶⁹, na autocontenção “o Judiciário procura reduzir ao mínimo sua interferência nas ações dos outros Poderes”, manifestando-se da seguinte maneira:

(i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação de juizes e tribunais no Brasil.

O autor escreve que “o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito”, enquanto que a autocontenção “restringe o espaço de incidência da Constituição em favor do legislador ordinário”⁷⁰.

A doutrina do *self-restraint* se apresenta como um modelo de autorrestrrição judicial que guarda as seguintes características: i) ausência de influência das visões políticas dos juízes em suas decisões; ii) certo grau de cautela na introdução das suas visões políticas; iii) os juízes reconhecem as restrições da prática política no exercício do poder judicial; iv) há demasiada preocupação na criação promíscua de direitos e na necessidade de garantir a efetividade das função jurisdicional; v) pretende-se reduzir o poder judicial em face dos demais poderes, notadamente do governo⁷¹.

Segundo Laurent Pech⁷², o *self-restraint* ou a reserva judiciária se caracteriza pelo método de interpretação restritivo, notadamente das normas implícitas, pela reverência às atribuições governamentais, como aquelas associadas às políticas públicas, bem como pela invocação do respeito à democracia e ao princípio da separação dos poderes.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto - **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 292.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto - **Curso de Direito Constitucional ...** p. 293.

⁷¹ POSNER, Richard A. - **"The Meaning of Judicial Self-Restraint"** [em linha]. Bloomington: Indiana Law Journal, vol. 59:1, 1983. [Consult. 14 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol59/iss1/1>>. p. 10.

⁷² PECH, Laurent - **Government by Judiciary and Judicial Self-Restraint in France and in the Us** [em linha]. Paris: Presses universitaires de la Sorbonne, 2001. [Consult. 21 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://ssrn.com/abstract=929107>>. pp. 17-19.

4. As formas de manifestação do fenômeno

Considerando as várias dimensões do ativismo judicial e a sua capacidade de se manifestar em inúmeras decisões, a doutrina apresenta um elenco de situações que podem ser classificadas como tal.

Considerada por Campos⁷³ como a dimensão mais importante do movimento ativista, a interpretação ampliada das normas ou dos princípios constitucionais tem o condão de afirmar e proteger direitos e poderes implícitos ou não, ainda que para isso seja necessário enxergar além da literalidade da regra jurídica constitucional.

Com efeito, “os juízes ativistas enxergam a constituição como uma força dinâmica e, por isso, sentem a necessidade de se afastar, caso necessário, do sentido literal do texto, de sua estrutura ou de seu entendimento histórico para poder aproximá-la da realidade social subjacente”⁷⁴.

Conforme já destacado no tópico II, O Tribunal Constitucional português já se expressou de forma ativista, no tocante à mutação constitucional ou à revisão informal da CRP, nos acórdãos nº 107/88, 64/91, 602/2013 e nº 121/2010.

A segunda situação que enseja características de ativismo está inserida na atividade “criativa” do juiz ou na figura do legislador criativo. Nesta ocasião, “a atividade judicial ativista seria complementar, corretiva, ou mesmo substitutiva da atividade legislativa”⁷⁵.

Estas hipóteses são exemplificadas pelas sentenças manipulativas e pelas demais técnicas de julgamento utilizadas pelas Cortes Constitucionais, como as decisões de interpretação conforme à constituição, declaração de nulidade parcial sem redução do texto ou mera declaração de inconstitucionalidade.

A respeito da atividade criativa do julgador, Cappelletti⁷⁶ defende não se tratar de uma invasão à função legislativa, mas no exercício genuíno da atividade judicante. Ao ser chamado a interpretar a lei, “os juízes, inevitavelmente, (passam) a esclarecer, integrar,

⁷³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. pp. 99-100.

⁷⁴ BALKIN, Jack M - **Constitutional Redemption. Political Faith in an unjust world**. Cambridge: Harvard University Press, 2011 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 100.

⁷⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 100.

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro - **Juízes...** p. 74.

plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito”, não podendo, por conta disso, serem considerados juízes legisladores.

Outra importante manifestação do movimento ativista é destacada por William Marshall⁷⁷ como ativismo “contramajoritário” ou a “falta de deferência” aos demais poderes políticos. Nesta circunstância, são consideradas decisões ativistas aquelas que desconsideram a aplicação de atos emanados pelos demais atores políticos, como leis ou decretos.

Trata-se de uma aproximação à doutrina do *judicial review*, que permite a revisão judicial de atos políticos e se mostra mais presente nas ações de controle de constitucionalidade de atos normativos, ainda que a doutrina também mencione o fato de interpretações além do sentido literal também serem classificadas como tal.

Nas palavras de Campos⁷⁸, “nesta dimensão, os juízes exercem controle rígido de legitimidade sobre os atos dos demais poderes, minimizando *standards* como da presunção de constitucionalidade das leis”, podendo retirar do ordenamento jurídico determinado dispositivo legal ou até mesmo uma norma em sua totalidade.

Ao comentar sobre este ponto, Barroso⁷⁹ argumenta que o ativismo não se manifesta em qualquer fiscalização constitucional, mas, sim, em um controle de atos normativos com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição.

Um bom exemplo desta faceta é o controle judicial de emendas constitucionais em razão dos limites materiais do poder de reforma ou revisão. Considerando que a manifestação do Poder Constituinte Reformador é uma expressão genuína da democracia e da legitimidade popular, o controle das revisões constitucionais, no seu aspecto material, pode revelar uma manobra por demais ativista do órgão julgador.

Isso ocorreu no caso “Kesavananda Bharati v. State of Kerala”, julgado pela Suprema Corte da Índia⁸⁰. No julgamento, a corte julgou inconstitucional uma emenda à Lei

⁷⁷ MARSHALL, William P. - **Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism** [em linha]. Boulder: University of Colorado Law Review, Vol. 73, 2002. [Consult. 14 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.330266>>. pp. 107-113.

⁷⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 100.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto - **Curso de Direito...** p. 291.

⁸⁰ A íntegra da decisão pode ser consultada neste link: <https://indiankanoon.org/doc/257876/>.

Fundamental indiana que violava a estrutura básica do Estado, notadamente no que se refere à necessidade de garantir a efetivação dos direitos fundamentais⁸¹.

O poder de revisão constitucional é uma atribuição do órgão parlamentar que representa a vontade popular e que o faz sob a proteção dos limites formais, circunstanciais e materiais. Ao decidir que determinada emenda constitucional viola a “estrutura básica do Estado”, o Supremo indiano se comportou de forma ativista, pois este é um argumento menos rígido, exigindo-se uma análise judicial do termo e não de uma simples fiscalização de ato flagrantemente inconstitucional.

Uma quarta hipótese de manifestação do movimento ativista consiste nas decisões afirmativas de direitos, especificamente de direitos fundamentais. No cenário contemporâneo, são comuns as demandas envolvendo conflitos de direitos, conferindo-se ao Poder Judicial o dever de dizer o direito.

A bem da verdade, os direitos fundamentais, que em sua maioria estão previstos na Constituição, devem ser objeto de positivação ou normatização por parte das entidades políticas. Uma vez que este dever não é devidamente implementado, os conflitos sociais passam a ser objeto de demandas judiciais, abrindo espaço para o comportamento proativo dos órgãos judiciários.

Nessa perspectiva, Dworkin⁸² defende que os juízes também assumem responsabilidade política e, ao aplicar cláusulas de valor, como aquelas atinentes às liberdades individuais, devem ser ativistas, no sentido de que devem estar preparados “para compor e responder questões de moralidade política”.

Refutando as críticas a este comportamento político das cortes, David Dow⁸³ defende que “juízes ativistas não impõem seus valores morais e políticos sobre nós, mas forçam-nos a viver de acordo com nossos próprios valores, mesmo quando preferirmos não fazer”. Conforme o autor, “se a frase ‘ativismo judicial’ significar algo, ela significa ‘profético’”.

⁸¹ BILLIMORIA, Percival; SAGAR, Faraz Alam - **Kesavananda Bharati v. State of Kerala and The Basic Structure Doctrine** [em linha]. India Corporate Law, 2017. [Consult. 12 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://corporate.cyrilamarchandblogs.com/2017/09/kesavananda-bharati-v-state-kerala-basic-structure-doctrine/>>.

⁸² DWORKIN, Ronald - **Levando os...** pp. 135-139.

⁸³ DOW, David R - **America’s Prophets. How Judicial Activism makes America Great**. Westport: Praeger, 2009 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 102.

Como exemplo, pode-se citar a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro que descriminalizou o aborto de fatos anencéfalos. Conforme o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54⁸⁴, a corte constitucional considerou que o delito previsto no código penal relativo ao aborto não se aplicava aos casos em que os fetos fossem anencéfalos, por violar direitos fundamentais da mulher, como a liberdade sexual e reprodutiva, a saúde, a dignidade e a autodeterminação.

Para Barroso⁸⁵, esta faceta do ativismo judicial se apresenta como uma espécie daquilo que ele considera como uma conduta ativista geral: “a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”.

Segundo o autor brasileiro, independentemente de ser matéria vinculada aos direitos humanos ou aos direitos fundamentais, a decisão judicial será considerada ativista se o seu fundamento for a aplicação direta da Lei Fundamental, mesmo que a situação não esteja implementada pelo texto constitucional e ainda que não haja lei dispendo sobre sua aplicabilidade.

Ilustrando o caso, cita-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, julgada pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil em 16.2.2006, com relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto. Na ocasião, “o STF declarou constitucional a Resolução n. 7, de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, que vedava a prática do nepotismo (...) independentemente da existência de lei específica nesse sentido”, fundamentando-se que a vedação estava relacionada com a aplicação direta de princípios constitucionais⁸⁶.

Outra forma de manifestar o ativismo é encontrada na obra de Ernest A. Young⁸⁷ e diz respeito às decisões que impõem ações ou abstenções ao Poder Público no tocante às políticas públicas e sociais. Deparados com a inércia ou a ineficácia das medidas legislativas e administrativas do Poder Público, o Poder Judicial assume o protagonismo da demanda e atua ativamente para garantir o direito dependente de uma política pública.

⁸⁴ A íntegra do julgamento pode ser consultada através do link: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto - **Curso de Direito...** p. 291.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto - **Curso de Direito...** p. 291-292.

⁸⁷ YOUNG, Ernest A. - **Judicial Activism and Conservative Politics** [m linha]. Boulder: University of Colorado Law Review, vol. 73, n 4, pp. 1139-1216, 2002. [Consult. 14 de maio de 2020]. Disponível na internet: <https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1878>. pp. 1154-1157.

Nesse cenário, vale citar o caso emblemático do fornecimento ineficiente de medicamentos à população e as decisões judiciais que determinam ao ente público o provimento do fármaco necessário para garantir a saúde ou a vida da pessoa postulante, sem prejuízo de executar o ente com sequestro de verbas públicas, caso haja incumprimento⁸⁸.

Assim como em Portugal, no Brasil, a vida e a saúde são direitos fundamentais que devem ser objeto de políticas públicas voltadas para a criação e manutenção de hospitais, bem como qualquer outra medida no sentido de proteger esses direitos genuínos, como é o caso do fornecimento gratuito de medicamentos.

Ocorre que nem sempre o Estado é eficiente neste papel, levando o Poder Judicial a intervir na política pública de concessão de fármacos para garantir o acesso ilimitado e irrestrito da população.

Além dos exemplos citados, William Marshall⁸⁹ ainda destaca outras formas de manifestação do fenômeno ativista, como a ampliação da jurisdição da corte e do seu poder decisório – esse é o caso da admissibilidade do *judicial review* determinado pela Corte Marshall, nos EUA, e das súmulas vinculantes previstas no direito brasileiro – ou quando há superação de precedentes.

Esta faceta é muito criticada nos Estados Unidos, pois a tendência do modelo americano é seguir o princípio do *stare decisis*, no qual a superação de precedentes é vista como mitigação ao princípio e, ao mesmo tempo, como uso indevido do comportamento proativo dos juízes.

Favorável ao *overruling*, Campos⁹⁰ destaca que, “acima da estabilidade, certeza e uniformidade do direito proporcionadas pelo respeito aos precedentes, os ativistas escolhem exercer a flexibilidade interpretativa e decisória se isso for necessário para a construção do sentido correto das normas constitucionais”.

O ativismo judicial compreende um amplo cenário de incidência, já que pode se estabelecer em quase todos os campos do direito. Entretanto, a presente pesquisa pretende

⁸⁸ Nesse sentido, v. Recurso Especial (REsp nº 1.657.156/RJ) julgado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, em 12/09/2018, com relatoria do ministro Benedito Gonçalves. Link: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>.

⁸⁹ MARSHALL, William P. - op. cit. pp. 119-121.

⁹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 103.

abordar o fenômeno em sua faceta relacionada com a imposição de ações ou abstenções ao Poder Público no tocante às políticas públicas e sociais.

5. Democracia, ativismo judicial e “governo de juízes”

O debate sobre o ativismo judicial também provoca uma discussão acerca da legitimidade do fenômeno ou da sua capacidade de violar o princípio da separação dos poderes.

Esta ofensa alcançaria na maioria das situações a função legislativa, mas também estaria relacionada com a função de governo. Seria, no fundo, uma descaracterização da função judicial refletida na realização de atos que dizem respeito “ao núcleo essencial de outras funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes”⁹¹.

Alguns classificam as decisões ativistas como ilegítimas porque elas teriam o condão de substituir a função dos poderes políticos que foram legitimados pela vontade popular. Nesse contexto, “a ilegitimidade seria uma enfermidade congênita das decisões judiciais ativistas, e o ativismo judicial seria espécie do gênero arbítrio judicial”⁹².

Seria, então, o ativismo, um fenômeno jurídico antidemocrático? Ao se comportar de maneira ativista, o juiz ou o tribunal estaria usurpando a função legislativa ou executiva? Ser ativista é ser contra a vontade da maioria?

Para responder a este último questionamento, Barroso⁹³ defende que a legitimidade democrática do ativismo judicial “contramajoritário”, na perspectiva da jurisdição constitucional, está fundamentada na “proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária”, assim como na “proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos”.

O mesmo autor acrescenta que o próprio conceito de democracia não abrange apenas a ideia de governo da maioria, o que faz com que o Poder Judicial tenha o dever de garantir que os direitos e as garantias constitucionais estejam ao alcance de todos, ainda que

⁹¹ RAMOS, Elival da Silva - op. cit. p. 119.

⁹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - op. cit. p. 97.

⁹³ BARROSO, Luis Roberto - **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os Papeis das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais nas Democracias Contemporâneas** [em linha]. Rio de Janeiro: Revista Direito e Praxis da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. vol. 09, n. 04, 2018. [Consult. 22 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>>. p. 29.

para isso seja necessária a invalidação de determinado ato normativo emanado por órgão com representatividade popular⁹⁴.

Pensando da mesma forma, Jorge Reis Novais⁹⁵, influenciado pela doutrina dworkiana, apresenta os direitos fundamentais como trunfos contra a maioria. Em sua obra, o jurista defende que o princípio democrático deve estar alinhado com os objetivos do Estado constitucional e da própria Justiça Constitucional, o que permite prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana até mesmo quando estiver em confronto com decisões da maioria política.

William Marshal⁹⁶ lembra que algumas decisões, que partiram de órgãos que representam a vontade majoritária, foram revisadas judicialmente, por violarem valores constitucionais intransponíveis, ainda que estejam afetados às minorias políticas, como é o caso do uso de armas de fogo próximo às escolas, a proteção da liberdade religiosa e a reponsabilidade civil contra atos de violência contra a mulher.

No que se refere às duas primeiras perguntas, vale abordar um assunto ainda mais profundo: a função jurisdicional. Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco⁹⁷, escrevem que a função jurisdicional é exercida pelo Estado, que assume o poder-dever de substituir os interesses das partes e entregar, com imparcialidade, um resultado justo para o litígio. Além do caráter substitutivo, a jurisdição também representa a busca pela concretização dos objetivos estabelecidos nas normas de direito substancial, especialmente a paz e a ordem social.

Cappelletti⁹⁸ acrescenta que, assim como ocorre com a função legislativa, os juízes também têm a função de criar direitos, ainda que tal atribuição não os transformem em juízes legisladores. Para o autor, “a única diferença possível entre jurisdição e legislação não é, portanto, de natureza, mas, sobretudo, de frequência ou quantidade”, além, é claro, do fato de o *law-making* judicial estar vinculado a um processo diferente do processo de formação das leis.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto - **Curso de Direito Constitucional ...** p. 293.

⁹⁵ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. Pp. 28-32.

⁹⁶ MARSHALL, William P. - op. cit. pp. 107-108.

⁹⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel - **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. Rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. pp. 165-167.

⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro - **Juízes...** pp. 73-76.

Nessa perspectiva, o ativismo judicial, que repercute a criação ou afirmação de direitos, está associado à função jurisdicional, não podendo, por essa razão, ser considerado usurpação da função legislativa.

No que se refere à interpretação das cláusulas abstratas da Constituição, que abrange outro campo de atuação do ativismo, Dworkin⁹⁹ cita a doutrina do “passivismo”. Esta doutrina representa um ceticismo à interpretação das cláusulas abstratas da Lei Fundamental, defendendo ser competência exclusiva do legislador (mandatário da maioria política) a atribuição de dizer “o que realmente a Constituição atual exige”.

Contrariando esta ideia, o autor escreve que, no plano da equidade e da justiça, os indivíduos possuem direitos contra as maiorias políticas, sendo, o passivismo, uma forma de restringir os direitos e garantias das minorias, representando um flagrante contrassenso ao Estado Democrático de Direito¹⁰⁰.

Neste ponto, a relevância jurídica dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria também encontra guarida, uma vez que o seu fundamento não se encontra apenas no campo da invalidação das normas jurídicas, mas também em qualquer ato que represente uma potencial contradição às decisões da maioria política.

Para Dworkin¹⁰¹, o comportamento proativo do Poder Judicial é legítimo, desde que os fundamentos apresentados pelos juízes e tribunais não estejam associados ao procedimento político, mas apenas ao princípio político. Neste, decide-se conforme os direitos políticos de cada cidadão e, naquele, decide-se com base no “bem-estar geral ou no interesse público”.

Com efeito, o desempenho ativista está associado à própria função jurisdicional, sendo considerado legítimo quando representa uma ferramenta importante no combate à constitucionalização simbólica¹⁰² - isto é, a ausência de concretização normativa do texto constitucional - e à deficiência na efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

⁹⁹ DWORKIN, Ronald - **O império...** pp. 441-446.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald - **O império...** p. 452.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald - **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Trad. Luis Carlos Borges. pp. 6-7.

¹⁰² NEVES, Marcelo - **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. pp. 83-86.

Conforme Benedita Urbano¹⁰³, o fenômeno ativista ajuda a combater a passividade e a letargia dos outros poderes diante da obrigação de dar efetividade aos direitos fundamentais e assegurar maior flexibilidade com a realidade fática.

No caso específico do Tribunal Constitucional e suas decisões no campo do controle de constitucionalidade, Jorge Miranda¹⁰⁴ argumenta que a legitimidade da referida corte “não é maior nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição e se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática”.

Dobrowolski¹⁰⁵ também reconhece a legitimidade democrática dos juízes e tribunais ativistas e, mais que isso, defende esse comportamento como sendo uma consequência natural do poder inerente à função jurisdicional. Para o autor, “sem pretender um ‘governo de juízes’, observando, todavia, as normas legisladas e a separação dos poderes, a Justiça tem de elevar-se à condição de autêntico poder, cumprindo essas tarefas ao modo especificado”.

Na mesma esteira, Barroso¹⁰⁶ lembra que o “ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura”.

O uso excessivo ou o abuso do comportamento ativista representaria o que Edouard Lambert¹⁰⁷ denominou de “Governo de Juízes” (*gouvernement des juges*). Segundo o autor, que avaliou a experiência americana no início das decisões ativistas da Corte Suprema, o fenômeno transformou o judiciário em um protagonista político que passou a tomar decisões de natureza puramente política, sobretudo no campo das políticas econômicas.

¹⁰³ URBANO, Maria Benedita - op. cit. pp. 149-150.

¹⁰⁴ MIRANDA, Jorge - **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 533.

¹⁰⁵ DOBROWOLSKI, Silvio - **A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo** [em linha]. Florianópolis: Revista CCJ, v. 16, n. 31, 1995. [Consult. 07 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://doi.org/10.5007/%25x>>. p. 99.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto - **Judicialização, Ativismo...** p. 32.

¹⁰⁷ LAMBERT, Edouard - **Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis, l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois** [em linha]. Paris: Marcel Giard & Cie – Libraires-Éditeurs, 1921. [Consult. 18 de janeiro de 2020]. Disponível na internet: <<http://bibdig.biblioteca.unesp.br/handle/10/6661>>.

Como lembra Lambert¹⁰⁸, a mudança de comportamento da *Supreme Court* repercutiu nas nomeações dos novos juízes, tornando-se objeto de disputa política por republicanos e democratas e colocando as sentenças do tribunal como destaque na doutrina da politização da justiça, como aconteceu no caso da Corte Lochner e suas decisões sobre os direitos trabalhistas.

Nesse contexto, o jurista francês defende em sua obra que “a conquista da supremacia política do Poder Judicial ocorreu às expensas do Poder Legislativo e por uma invasão no domínio do *statute-law*”¹⁰⁹. Não se trata de uma simples crítica ao *judicial review*, mas aos elementos em torno dele, como os fundamentos políticos das decisões e sua capacidade de influenciar a conjuntura política do país, que transformou o julgador em protagonista da vontade política do Estado.

Em uma linha de raciocínio próxima, Mark Tushnet¹¹⁰ diverge da amplitude do ativismo judicial e apresenta argumentos contrários até mesmo à supremacia judicial das Cortes Supremas e o seu poder de dar a última palavra sobre o que a Constituição pretender estabelecer, especialmente na visão das Constituições sintéticas (ou concisas).

O estudioso americano ainda se mostra contrário a uma das facetas do ativismo, que é o *judicial review*. Para o jurista, no contexto da *Supreme Court* americana, o *judicial review* aparece como uma ferramenta nem sempre oportuna para a solução de litígios políticos e, na maioria dos casos, revela o desejo “escondido” dos demais atores políticos em vez de oferecer uma decisão judicial pautada no *decision-making* adequado¹¹¹.

O governo de juízes representa, então, uma espécie de ativismo judicial que ultrapassa os limites democráticos, relacionando-se mais com a “politização da justiça” profetizada por Carl Schmitt¹¹² do que com a judicialização da política. Em outras palavras, ele está associado aos julgamentos dos quais os juízes decidem por influência política ou com base em interesses políticos.

¹⁰⁸ LAMBERT, Edouard - op. cit. pp. 67-91.

¹⁰⁹ LAMBERT, Edouard - op. cit. p. 16.

¹¹⁰ TUSHNET, Mark - **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 2000. pp. 6-9. ISBN: 978-0691070353.

¹¹¹ TUSHNET, Mark - op. cit. p. 153.

¹¹² SCHMITT, Carl - **La Defensa de la Constitución**. Manuel Sanchez Sarto (Trad.). Madrid: Tecnos, 1998 *apud* ANDRADE, Fernando Gomes de - op. cit. p. 110.

A título de ilustração, Marshall¹¹³, que descreve o ativismo judicial como um fenômeno negativo capaz de praticar o que ele denomina de “sete pecados capitais”, lembra o caso “Bush v. Gore” (referente às eleições americanas do ano 2000) como uma forma de manifestação ilegítima do judiciário, por ter sido embasada em interesses políticos partidários dos membros da *Supreme Court*.

Para conter o avanço ilimitado do ativismo judicial, Hirschl¹¹⁴ propõe alguns obstáculos para a discricionariedade judicial, que estariam situados “no aprofundamento da participação política do Judiciário em questões de política pura (*judicialization of pure politics*) ou mega política (*megapolitics*)”.

Nas palavras do autor, a ausência de limites possibilitaria o julgamento de grandes questões políticas do país, “os quais teriam o condão de definir e dividir um sistema político, como, por exemplo, resultados eleitorais, mudança de regime político ou do processo democrático, financiamento de campanhas, reforma das instituições políticas, regras eleitorais, política externa e fiscal”¹¹⁵.

Esta ideia se aproxima da doutrina das questões políticas (*political question doctrine*), que revela um obstáculo para a atuação judiciária e, conseqüentemente, para o comportamento proativo. Para esta doutrina, existem questões que, por estarem envolvidas pelo manto da discricionariedade administrativa, não podem ser apreciadas pelo Poder Judicial¹¹⁶.

Ramos¹¹⁷, no entanto, critica a aplicação da doutrina como fundamento para afastar a apreciação judiciária de determinadas questões. Segundo ele, o termo “questões políticas” demonstra um critério vago que dificulta a identificação das situações que se encaixariam como “não apreciáveis” pelo juiz, além de, em alguns casos, representar um obstáculo nocivo ao ativismo judicial, por legitimar uma arbitrariedade travestida de discricionariedade.

¹¹³ MARSHALL, William P. - op. cit. pp. 129-131.

¹¹⁴ HIRSCHL, Ran - **The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts** [em linha]. Palo Alto: Annual Review of Political Science, v. 11, 2008. [Consult. 07 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://doi.org/10.1146/annurev.polisci.11.053006.183906>>. pp. 93-113.

¹¹⁵ HIRSCHL, Ran - op. cit. pp. 93-113.

¹¹⁶ RAMOS, Elival da Silva - op. cit. pp. 144-146.

¹¹⁷ RAMOS, Elival da Silva - op. cit. pp. 151-153.

Um bom exemplo de não interferência judicial em matérias de grande relevância política ocorreu em 2016, durante o processo de *impeachment* da ex presidenta brasileira Dilma Rousseff. Em ação proposta ao Supremo Tribunal Federal, o ministro Edson Fachin, relator do caso, decidiu legitimar diversas medidas impostas pelo parlamento, argumentando não caber “ao poder judiciário tolher uma medida feita legitimamente pela Câmara dos deputados, no pleno exercício da liberdade política que lhe é conferida pela ordem constitucional”¹¹⁸.

O professor Canotilho¹¹⁹, que é favorável ao ativismo judicial e critica com veemência a figura do “juiz autómato da lei”, acrescenta, no que se refere aos limites do fenómeno ativista, que “os juízes estão vinculados à constituição e à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação de poderes e ao princípio democrático”.

Desse modo, diante de tudo que foi tratado, é possível concluir que o comportamento ativista encontra legitimidade na função jurisdicional estabelecida pela Carta Magna dos Estados Democráticos de Direito, mas sua legitimidade se esbarra em limites estabelecidos pela própria Constituição ou pela lei, na medida em que a discricionariedade judicial não pode se converter em arbitrariedade.

CAPÍTULO II: OS DIREITOS SOCIAIS E AS DIFICULDADES NA SUA CONCRETIZAÇÃO

O tema dos direitos sociais é destaque na doutrina constitucional, sobretudo no campo das normas jusfundamentais. Além de todo o problema envolvendo a noção e a natureza jurídica destes direitos, os acadêmicos também travam longos debates a respeito das dificuldades que obstam a sua efetiva concretização.

De uma maneira mais simples, ainda que reconhecidos como fundamentais e previstos na maioria das Cartas Políticas atuais, os direitos sociais dependem de manifestações positivas dos poderes constituídos para alcançar de fato os objetivos traçados

¹¹⁸ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378: Medida Cautelar/DF. A íntegra da decisão está no link: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/12/art20151216-05.pdf>.

¹¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Um olhar Jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política e a Politicização da Justiça** [em linha]. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), v. 245, 2007. [Consul. 21 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v245.2007.42122>>. p. 91.

pelo legislador constituinte. Essas manifestações, na maioria dos casos, apresentam-se sob a forma de políticas públicas estatais.

Na visão de Jorge Reis Novais¹²⁰, o Estado de Direito, em sua razão de existir, é uma consequência dos direitos fundamentais, já que a sua finalidade precípua é tutelar e garantir a defesa e a promoção destes direitos. Assim, não haveria razão de existir a um Estado de Direito que não implementa os seus direitos fundamentais através de políticas públicas eficientes.

Nessa linha de pensamento, os direitos fundamentais sociais se conectam os princípios realizados no Estado de Direito, mas, por outro lado, encontram obstáculos em circunstâncias fáticas e jurídicas que, em um primeiro momento, impedem a concretização dos direitos e os afastam dos seus titulares.

Trata-se da indeterminabilidade dos direitos sociais, da sua relação de dependência com obrigações positivas do Estado e, talvez com maior relevância, sua necessidade de respeitar a reserva do financeiramente possível, isto é, as condições financeiras do Estado.

1. Os direitos sociais e sua relação com o Estado social

O Estado de Direito é produto da transformação do Estado absolutista em Estado liberal, que, por influência das ideologias iluministas, converteu o Estado de Polícia em um Estado pautado na hierarquia das leis¹²¹.

Esse fenômeno apareceu com mais força com o advento da Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos de 1789, um documento originado da revolução francesa, que culminou na formação do novo Estado francês (*L'État légal*), orientado pelo princípio da primazia das leis e que instituiu direitos e liberdades individuais ao seu povo¹²².

Influenciado pelo *L'État légal*, o Estado de Direito alemão (*rechtsstaat*) do final do século XIX também traz como característica principal a ruptura do Estado de Polícia, “remetendo-se os domínios econômicos e sociais para os mecanismos da liberdade

¹²⁰ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Fundamentais...** p. 33.

¹²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed. 14. reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2011. p. 95.

¹²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional...** pp. 95-96.

individual e da liberdade de concorrência” e assegurando a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos¹²³.

Em que pese a formação de um corpo social capaz de estabelecer um regime de garantias legais aos direitos dos cidadãos, a estrutura do sistema político adotado na era liberal não se mostrou eficiente, pois o Estado mínimo falhou na sua função de garantir direitos básicos à grande massa, sobretudo em razão das consequências do êxodo rural e da revolução industrial¹²⁴.

Diante deste cenário, nasce a figura do Estado social ou Estado de bem-estar social, que se caracteriza pela criação de uma entidade capaz de proteger os direitos sociais e estabelecer um conjunto de atividades (políticas públicas) para atingir os objetivos pretendidos, como os exemplos da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição alemã de 1919 (Weimar).

Catarina Botelho¹²⁵ ensina que a expressão Estado social não deve se confundir com o *Welfare State*. Enquanto este “se associa a considerações histórico-políticas (tais como o New Deal, nos EUA, ou o estado-providência europeu que sucedeu à II Guerra Mundial)”, o primeiro “é um conceito de índole normativa, que constitucionaliza as obrigações do Estado em causa em matéria de política social e económica”.

Novais¹²⁶ também destaca a importância da revolução russa (1917) na consagração dos direitos sociais, estabelecendo-os como direitos que alcançam toda a coletividade e que se apresentam como resultado direto da transformação do Estado burguês (Estado de Direito Liberal), que prestigia os direitos fundamentais em sua concepção ampla, em um Estado socialista, que garante a proteção de direitos sociais como forma de assegurar a justiça social.

São inúmeras as políticas públicas que podem contribuir com o papel social do Estado, mas as principais delas são comuns em quais todos os países, em virtude dos

¹²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional...** p. 97.

¹²⁴ DOS SANTOS, Luiz Elias Miranda - **Ativismo Judicial e a Concretização dos Direitos Sociais** [em linha]. São Paulo: Revista Estudos Jurídicos UNESP, a 17, n 25, 2013. [Consult. 02 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4816060.pdf>>. p. 342.

¹²⁵ BOTELHO, Catarina Santos - **Os Direitos Sociais em Tempos de Crise: Ou revisitar as normas programáticas**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 11. Versão ebook.

¹²⁶ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. pp. 17-18.

problemas sociais estritamente conectados, como o combate ao desemprego, à pobreza, à fome, bem como políticas voltadas para a habitação, a educação e a saúde pública.

Em uma visão geral, as políticas públicas são consideradas “ações ou medidas da responsabilidade do Estado e formuladas pelos governos, por oposição ao que é provido aos cidadãos através do mercado, e que habitualmente se associa ao domínio privado”¹²⁷.

Mais especificamente no campo em discussão, surge a ideia de política social que, segundo Pereirinha¹²⁸, pode ser conceituada como “a atuação dirigida à promoção e garantia do bem-estar, confundindo-se a atuação com finalidades sociais do estado-providência”, ou seja, “a política social é a área de atuação das políticas públicas com finalidades sociais”.

O Estado social, portanto, pode ser considerado a gênese dos direitos sociais, servindo como fonte primordial para o estabelecimento de um Estado comprometido com o pacote básico de direitos dos cidadãos, mas não está necessariamente associado à ideia de que os direitos sociais estarão consagrados na constituição, como acontece em Portugal, pois, na experiência alemã, o “elemento social” decorre do princípio do Estado social previsto na Lei Fundamental, que não contém direitos sociais explícitos¹²⁹.

2. Aspectos gerais dos direitos sociais: noção, proteção e natureza jurídica

A melhor definição para os direitos sociais depende de uma análise aprofundada da forma como esses direitos se apresentam, não apenas no Direito Constitucional, como normas constitucionais positivadas, mas também como eles são tratados nas normas de Direito Internacional, por exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos promulgados em 1966 pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Buscando fazer um paralelo entre aquilo que dispõe os dois direitos, nomeadamente em relação ao seu campo de proteção, Novais¹³⁰ define os direitos sociais

¹²⁷ DUARTE, Alexandra Isabel Francisco - **Condições de formulação das políticas públicas: o caso da generalização do ensino profissional, 2004-2009** [em linha]. Lisboa: ISCTE-IUL, 2015. Tese de doutoramento. [Consult. 03 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<http://hdl.handle.net/10071/11324>>. p. 43.

¹²⁸ PEREIRINHA, José - **Política social: Fundamentos da actuação das políticas públicas**. Lisboa: Universidade Aberta, 2008 *apud* FERREIRA, José Nicolau Nobre - **Políticas sociais municipais: o caso dos municípios da Lezíria do Tejo** [em linha]. Lisboa: Repositório do Instituto Universitário de Lisboa, 2017. [Consult. 06 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<http://hdl.handle.net/10071/13693>>. p. 40.

¹²⁹ BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. pp. 17-18. Versão ebook.

¹³⁰ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 41-42.

como “normas constitucionais jusfundamentais que, na sua dimensão objectiva principal, impõem ao Estado deveres de garantia aos particulares de bens económicos, sociais ou culturais fundamentais a que só se acede mediante contraprestação financeira não negligenciável”.

No que se refere esta imposição ao Estado, o mesmo autor defende haver uma “tripartição dos deveres estatais”, uma vez que, além do dever de respeitar e proteger, o ente estatal também deve realizar “prestações fácticas destinadas a promover o acesso a esses bens económicos, sociais e culturais a quem não dispõe de recursos próprios para alcançar”¹³¹.

Estabelecendo um contraste entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, Norberto Bobbio¹³² entende que “a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social”.

Conforme o jurista italiano, na medida em que os direitos de liberdade “nascem contra o super poder do Estado (...), os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado”¹³³.

Pedro Lenza¹³⁴, por sua vez, conceitua os direitos sociais como “direitos de segunda dimensão, (que) apresentam-se como prestações a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida”.

Na mesma linha, Alexandre de Moraes¹³⁵ trata os direitos sociais como “verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando

¹³¹ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** p. 42.

¹³² BOBBIO, Norberto - **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão. Trad. Carlos Nelson Coutinho. p. 35.

¹³³ BOBBIO, Norberto - op. cit. p. 35.

¹³⁴ LENZA, Pedro - **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 2014.

¹³⁵ MORAES, Alexandre de - **Direito Constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2017. p. 165.

à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático”.

José Afonso da Silva¹³⁶ esclarece que os direitos sociais são “dimensões dos direitos fundamentais do homem, são obrigações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.

Cunha Júnior¹³⁷, a respeito desta “igualização de situações sociais desiguais”, ainda ressalta que os direitos sociais se manifestam como “verdadeiras condições de implementação do objeto primário da justiça social [...] que é a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social”.

No plano internacional, os direitos sociais estão sob a proteção jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigos 22º a 27º) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), estando os Estados-parte sob monitoração do Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ComDESC), desde que ratificado o protocolo facultativo - Portugal ratificou em 2013¹³⁸.

No âmbito internacional regional, os direitos sociais estão sob a proteção jurídica da Carta Social Europeia (CSE), que surgiu para complementar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), e está sob a monitoração do Comitê Europeu dos Direitos Sociais que, assim como o ComDESC, é um órgão com competência para apreciar denúncias de violações dos direitos sociais entre os Estados-parte.

A proteção na Europa ainda ganha mais força com os tratados fundadores da União Europeia e com o advento da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) (artigos 27º a 38º), entretanto, considerando o catálogo de direitos sociais previstos em alguns países, como Portugal, a CDFUE não apresenta um acréscimo tão considerável como pretendia.

¹³⁶ DA SILVA, José Afonso - **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 286.

¹³⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da - **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Editora juspodivm, 2011. p. 739.

¹³⁸ BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. pp. 51-52. Versão ebook.

Como observado, na Constituição portuguesa, os direitos sociais estão previstos no título III e são sempre sucedidos de deveres estatais, que correspondem exatamente a essa função de realizar prestações com o objetivo de assegurar o próprio direito, como acontece com o direito à habitação (artigo 65º, 1) e o dever do Estado de “promover, em colaboração com as regiões autónomas e com as autarquias locais, a construção de habitações económicas e sociais” (artigo 65º, 2, b).

Segundo Novais¹³⁹, a opção do legislador constituinte não tem a finalidade de criar limitações aos deveres do Estado, tendo em vista que assumem apenas um carácter prioritário nas medidas que o ente estatal deve promover, não impedindo que outras possam ser eventualmente realizadas, sempre pensando em alcançar a maior proteção possível.

Em outros países, a proteção apresenta algumas peculiaridades que vale a pena destacar. Na Constituição do Reino da Espanha de 1978, os direitos sociais aparecem no capítulo destinado aos “*principios rectores de la política social y económica*” (artigo 39º e seguintes), cuja garantia estará quase sempre vinculada a uma legislação conformadora, diferente do tratamento conferido aos direitos fundamentais (artigo 53º)¹⁴⁰¹⁴¹.

Na Itália, a Constituição, embora não estabeleça uma distinção clara entre os direitos sociais e os de liberdade, possui certa aproximação com a Carta Política portuguesa, tendo em vista estabelecer um rol amplo de direitos económicos, sociais e culturais (artigos 13º a 54º), podendo ser incondicionados ou condicionados a concretização do seu conteúdo¹⁴².

No Brasil, a Carta Magna de 1988 estabelece, em seu artigo 6º - mas não exclusivamente neste -, um catálogo de direitos sociais, abarcando a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Assim como na Espanha e diferente de Portugal, não há um rol de deveres estatais na Carta brasileira, abrindo-se mais espaço para a discricionariedade administrativa.

¹³⁹ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** p. 45.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel - **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. pp. 687-688.

¹⁴¹ SANCHÍS, Luis Prieto - **Los derechos sociales y lo principio de igualdad sustancial**. In Direitos fundamentais sociais: Estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. Helder Baruffi (org.). Dourados, MS: Universidade Federal da Grande Dourados, 2009. p. 161.

¹⁴² BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. pp. 14-18. Versão ebook.

Contudo, esta condição não se traduz em cenário de não concretização de direitos, uma vez que a doutrina e grande parte da jurisprudência admitem, em certa medida, a subjetividade e a vinculatividade dos respectivos direitos.

Por outro lado, na França e na Alemanha, os direitos sociais, via de regra, não estão expressamente previstos nas respectivas Cartas Políticas, embora sejam reconhecidos em sua forma objetiva, tendo em vista os valores e os princípios constitucionais que prestigiam a ordem econômica e social.

O tratamento atribuído ao Estado alemão é ainda mais peculiar, tendo em vista a jurisprudência do Tribunal Constitucional e o reconhecimento jurídico dos direitos fundamentais, por força da cláusula do Estado Social, do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade¹⁴³.

O não acolhimento dos direitos sociais na Lei Fundamental não implica dizer que o Estado repudia esses direitos, mas que, por fatores de vontade política, ele duvide que esta seja, “em Constituição normativa, a boa solução, dada a especificidade estrutural destes direitos”¹⁴⁴.

Ultrapassado este ponto inicial, cabe agora debater sobre a natureza jurídica dos direitos sociais. Em princípio, os autores divergem no tocante a esta matéria, alguns defendendo que eles fazem parte do rol de direitos fundamentais, enquanto outros acreditando que não.

Aqueles que fazem uma distinção entre os direitos fundamentais e os direitos sociais apontam que não se deve fazer uma conexão entre os dois, caso esteja em comparação com os tradicionais direitos de liberdade, pois estes estão relacionados com o direito de defesa dos cidadãos perante o Estado, induzindo manifestações negativas, enquanto os direitos sociais exigem prestações positivas¹⁴⁵.

Isso ocorre porque os direitos de liberdade possuem peculiaridades que não estariam ao alcance dos direitos sociais, como no caso das garantias jurídicas contra o Estado. É dizer, os direitos sociais assumiriam a feição de normas programáticas,

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel - op. cit. p. 688.

¹⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 85-86.

¹⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** p. 31.

dependendo da emissão de políticas públicas para só depois incorporar ao patrimônio jurídico dos indivíduos e serem considerados exigíveis¹⁴⁶.

As normas programáticas, na visão de Luis Roberto Barroso, são aquelas que têm por objetivo “estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público”¹⁴⁷. Por essa razão, não compreendem normas com eficácia plena, isto é, não admitem a fruição subjetiva do direito consagrado, pois dependem da complementação tanto legislativa como de medidas do Poder Executivo.

Essa ideia surge em decorrência da característica atribuída aos direitos sociais pós-revolução russa, quando o Estado passa a ser socialista e os direitos, antes fundamentais, assumem a função de sociais, cujo campo de proteção está relacionado com o próprio objetivo estatal e não com as liberdades individuais.

Pensando de forma diversa, Vieira de Andrade¹⁴⁸ escreve que os direitos sociais não são meras normas proclamatórias, mas direitos fundamentais com regime constitucional especial. Segundo o autor, esses direitos estabelecem uma “posição jurídica subjetiva”, contudo, por dependerem da conformação legislativa, não garantem o pleito a medidas subjetivamente, uma vez que autoriza apenas a imposição de medidas públicas.

Os direitos sociais garantiriam o direito à imposição legislativa concreta das medidas necessárias a sua efetivação (inconstitucionalidade por omissão), a um padrão de controle judicial das eventuais normas concretizadoras, à proteção contra restrição ou limitação desencadeada por outros direitos (deveres especiais de proteção) e à resistência quanto à relativização de direitos derivados das normas conformadoras como limite ao retrocesso social¹⁴⁹.

Robert Alexy¹⁵⁰ compreende os direitos sociais como “direitos subjetivos à prestações em sentido estrito”, classificando-os como direitos fundamentais sociais em seu aspecto geral e estabelecendo níveis de proteção macro e mínimo a depender do grau de

¹⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 879-880.

¹⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto - **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 114.

¹⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. pp. 385-392.

¹⁴⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit. p. 393.

¹⁵⁰ ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. pp. 499-502.

fundamentalidade do respectivo direito, podendo ser tanto direitos subjetivos vinculantes de deveres definitivos como direitos objetivos não vinculantes e com deveres *prima facie*.

Considerando o cenário atual do Direito Constitucional e da busca pela implementação dos direitos sociais positivados até em normas de Direito Internacional, Novais¹⁵¹ defende que estes são sim reconhecidos como direitos fundamentais, “por força da sua relevância material, enquanto exigências concretizadas, ou a concretizar, da dignidade da pessoa humana”.

Nesse contexto, tanto os direitos sociais, em certa medida, estabelecem prestações negativas, como os próprios direitos de liberdade e garantias exigem certas prestações positivas sem perder a sua natureza jusfundamental e, por isso, tal argumento não deve comprometer a jusfundamentalidade dos primeiros¹⁵².

O legislador constitucional português, embora tenha feito uma distinção entre direito de liberdade e direito social, incluiu este último no campo da proteção dos direitos fundamentais, que consiste na Parte I da Constituição de 1976, como bem destaca o jurista Gomes Canotilho¹⁵³.

Com efeito, o problema da fundamentalidade dos direitos sociais já não levanta tantos debates na doutrina atual. O que se discute agora é saber se eles gozam das mesmas proteções jurídicas dos direitos fundamentais, como é o caso da exigibilidade diante do Estado: o problema da efetivação dos direitos sociais.

Para solucionar a questão, vale destacar o impasse envolvendo os direitos sociais na Lei Fundamental alemã. Como visto acima, a Constituição da Alemanha não prevê, via de regra, um catálogo de direitos sociais, o que provocou os juristas a discutir se estariam protegidos pela Carta Política.

Na ocasião, decidiu-se haver, no Direito Constitucional alemão, a necessidade de garantir um mínimo social, proibir o retrocesso social e, ainda, proteger os denominados direitos sociais originários, incluindo-se, nesse debate, a importância da justicialidade, que

¹⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 32-33.

¹⁵² BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. p. 28. Versão ebook.

¹⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional...** pp. 403; 415 e 473.

afetaria os direitos sociais resultados da aplicação desses princípios, assim como acontece com os direitos fundamentais¹⁵⁴.

A solução encontrada pelos alemães foi equiparar os direitos sociais mais essenciais aos direitos fundamentais e, por consequência, conferir o mesmo tratamento jurídico que estes exigem, nomeadamente no que diz respeito à efetivação prática.

De acordo com Jorge Novais¹⁵⁵, em países cujo direitos sociais estão previstos na Constituição, o debate não precisa avançar para os princípios desenvolvidos no direito alemão, sobretudo no campo do reconhecimento destes como direitos fundamentais. Para o autor português, não há como discutir a natureza jusfundamental dos direitos sociais em países cuja ordem constitucional prevê especialmente essa condição, como Portugal e Brasil.

Assim, a efetivação prática dos direitos sociais está associada ao arcabouço de proteção jurídica conferido aos direitos fundamentais, o que inclui o tratamento como direito subjetivo e, de certo modo, com eficácia imediata. Canotilho¹⁵⁶ concorda com tal posição e escreve que “os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjectivos, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas”.

Não menos importante foram as decisões do Tribunal Constitucional português citadas por Catarina Botelho¹⁵⁷, como o Acórdão nº 6/1983, de 11.04.1984, relator: Cons. Vital Moreira. Na decisão, a corte proclamou que os direitos sociais “são verdadeiras e próprias ‘imposições constitucionais’ e não simples ‘normas programáticas’; prescrevem concretas e definidas tarefas constitucionais ao Estado e não vagas e abstratas linhas de ação; constituem meios de realização de direitos fundamentais”.

A força jurídica dos direitos fundamentais sociais alcança certa aplicabilidade direta das normas constitucionais correspondentes, em virtude da “interpretação relacional dos direitos fundamentais e do princípio da unidade da Constituição”, desse modo, recebem a mesma força jurídica que qualquer outra norma constitucional imperativa, ainda que não seja efetivamente aplicado o artigo 18º, nº 1 da CRP¹⁵⁸.

¹⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 83-84.

¹⁵⁵ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 85-86.

¹⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional...** p. 476.

¹⁵⁷ BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. p. 56. Versão ebook.

¹⁵⁸ BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. pp. 39-40. Versão ebook.

A capacidade de vincular diretamente o Estado abrange a utilização da norma constitucional como referência para interpretação sistemática ou como parâmetro de controle de constitucionalidade, assim como comporta o dever de abstenção (dimensão negativa) e a capacidade de ser objeto de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.

Revela-se inegável a aplicação imediata ou a vinculação do Estado às normas constitucionais sociais, que acolhe até mesmo situações nas quais a autoridade competente deixa de concretizar os direitos por mera arbitrariedade ou inação.

Com raciocínio parecido, Ingo Sarlet¹⁵⁹ aponta que “os direitos sociais (sendo normas de direitos fundamentais) possuem uma eficácia dirigente ou irradiante, decorrente da perspectiva objetiva, que impõe ao Estado o dever de permanente realização dos direitos sociais”.

Especificamente sobre o direito brasileiro, o jurista ressalta que os direitos fundamentais sociais, ainda que assumam a faceta de normas programáticas, são considerados direitos subjetivos a prestações, “por mais que tal direito subjetivo esteja submetido a limites, decorrentes de outros princípios e direitos em nível constitucional”¹⁶⁰.

Também considerando como referência a Lei Fundamental do Brasil, Gilmar Mendes¹⁶¹ estrutura os direitos sociais da seguinte forma: “a) garantia especial mediante normas jurídicas vinculantes; b) direitos subjetivos de seus titulares; c) direitos passíveis de judicialização”.

O próprio Vieira de Andrade, que defende a existência de limites especiais à “posição jurídica subjetiva” dos direitos sociais em Portugal, reconhece situações onde a tutela jurídica deve ser ampliada em virtude do mínimo existencial¹⁶².

Nesse sentido, Alexy¹⁶³ advoga a existência de direitos fundamentais sociais mínimos, que seriam considerados subjetivos, vinculantes e definitivos, como é o caso dos “direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica”.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel - op. cit. p. 694.

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel - op. cit. p. 702.

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – op. cit. p. 893.

¹⁶² ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit. pp. 415-416.

¹⁶³ ALEXY, Robert - op. cit. p. 512.

Nos termos do modelo apresentado e embasado no artigo 1º, nº 3 da Lei Fundamental alemã, “o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto, (como) é o caso dos direitos mínimos”¹⁶⁴.

Com efeito, em um regime constitucional que consolidou os direitos sociais no rol de direitos fundamentais, a proteção jurídica atribuída a estes alcançará também aqueles, desde que respeitados os limites materiais que a própria Lei Fundamental pode estabelecer.

Esta parecer ser a tendência da dinâmica jurisprudencial atual, no sentido de que “os direitos sociais possuem ‘certo grau de vinculatividade’” e fixam tarefas estatais positivas com o objetivo de efetivar os ditames das normas sociais, não obstante haja certos limites quantitativos traduzidos na ideia da reserva do possível¹⁶⁵.

3. O princípio da reserva do possível como obstáculo à concretização dos direitos sociais

Além dos debates acerca da natureza jurídica dos direitos sociais e sua capacidade de manifestarem um dever de prestação positiva ao Estado (direito positivo), um outro problema também enseja discussões na doutrina constitucional: a concretização das políticas sociais em coordenação com o que se denomina de teoria ou cláusula de “reserva do financeiramente possível”.

Em que pese a Lei Fundamental da maioria dos Estados e a própria doutrina majoritária reconhecerem a fundamentalidade dos direitos sociais, a sua efetivação estará vinculada ao orçamento do Estado e às escolhas políticas dos recursos a serem dispensados para cada medida.

Trata-se de um desafio para o Estado social, que passou a “questionar os limites da social democracia e como atingir o equilíbrio entre prestações sociais e austeridade fiscal das contas do Estado”¹⁶⁶.

A reserva do possível tem origem no Direito alemão, que, no âmbito do Tribunal Constitucional, desenvolveu a tese de que o indivíduo só poderia exigir do Estado aquilo que fosse razoável sob a perspectiva das condições materiais do particular titular do direito e das

¹⁶⁴ ALEXY, Robert - op. cit. p. 517.

¹⁶⁵ BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. p. 58. Versão Ebook.

¹⁶⁶ DOS SANTOS, Luiz Elias Mirada – op. cit. p. 354.

próprias responsabilidades do ente político, o que inclui a dependência ao orçamento designado pelo legislador¹⁶⁷.

Diante da inescusável vinculação judicial à análise da primeira situação (condições materiais do particular), a teoria da reserva do possível se transformou na teoria do financeiramente possível, prestigiando, nesse ponto, a discussão a respeito dos recursos do Estado e dos custos atinentes ao direito pleiteado¹⁶⁸.

Em sua definição, Marcelo Novelino¹⁶⁹ escreve que a referida teoria “pode ser compreendida como uma limitação fática e jurídica oponível, ainda que de forma relativa, à realização dos direitos fundamentais, sobretudo, os de cunho prestacional”.

Ingo Sarlet, Marinoni e Mitidiero¹⁷⁰ apresentam uma tríplice dimensão à reserva do possível, a saber, a disponibilidade fática dos recursos para a concretização dos direitos; a disponibilidade jurídica dos recursos, que estará condicionada às leis e às medidas administrativas orçamentárias; bem como “o problema da proporcionalidade da prestação, em especial quanto à sua exigibilidade e razoabilidade, no que concerne à perspectiva própria e peculiar do titular do direito”.

Em sua essência, esta teoria abrange as “escolhas políticas de distribuição de recursos sob a ótica da sua escassez moderada e, conseqüentemente, conflitos entre as opções políticas seletivas de alocação e de recursos e as necessidades e interesses individuais no acesso a bens econômicos, sociais e culturais”¹⁷¹.

A escassez moderada de recursos pressupõe que o Estado não tem recursos suficientes para custear todas as políticas públicas e deve, portanto, assumir a responsabilidade de escolher a dimensão de determinada política e até mesmo se algum direito deixará de ser contemplado em virtude da importância de outros mais essenciais.

Na escassez moderada, parte-se do pressuposto que “nunca há dinheiro porque há múltiplas necessidades prementes cuja satisfação o Estado se debate, há sempre outras necessidades básicas para onde deslocar os recursos”, ao mesmo tempo que “há sempre

¹⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** p. 90.

¹⁶⁸ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** p. 91.

¹⁶⁹ NOVELINO, Marcelo - **Curso de Direitos Constitucional**. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 461.

¹⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – op. cit. pp. 704-705.

¹⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** p. 91.

dinheiro porque é sempre possível desviar para esta prestação disponibilidades residuais ou inicialmente afectadas a outros fins”¹⁷².

A ideia central da teoria da reserva do possível foi absorvida pela Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), em seu artigo 22º, e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 2º. Em ambos os tratados, a observância dos recursos financeiros do Estado é considerada condição essencial para a implementação e concretização dos direitos ali contidos.

Da mesma forma, a Constituição da África do Sul, ao estabelecer os direitos sociais à habitação, saúde, segurança social, alimentação e água, destacou que a medidas positivas do Estado serão tomadas dentro dos recursos disponíveis (artigo 26º, nº 2 e artigo 27º, nº).

A reserva do financeiramente possível não é uma condição exclusiva dos direitos fundamentais. Holmes e Sunstein¹⁷³, em capítulo destinado a defender que todos os direitos exigem do Estado comportamentos positivos para garantir a sua concretização plena, afirmam que as respostas afirmativas governamentais também geram custos para a administração pública.

Nesse cenário, até os direitos fundamentais, nomeadamente os clássicos direitos de liberdade, dependem de recursos financeiros do Estado¹⁷⁴. Esses recursos servem para garantir a realidade fática e a efetividade dos direitos de liberdade, que, sem os institutos, o apoio administrativo ou institucional, e o aparelho judicial ou policial do Estado, não podem garantir o exercício real do direito por parte da generalidade dos seus titulares¹⁷⁵.

Novais¹⁷⁶, acolhendo a teoria dos limites imanentes aos direitos fundamentais, observa que a reserva do possível, no âmbito dos direitos sociais, “invade o próprio plano jurídico, é o direito que está intrinsecamente ligado à reserva”. Isto é, o direito ao trabalho ou à habitação, por exemplo, “só é juridicamente reconhecido sob reserva das disponibilidades financeiras do Estado e só à sua medida”, assim, só há violação destes

¹⁷² NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** p. 115.

¹⁷³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. - **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999. pp 43-44.

¹⁷⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. - op. cit. p. 94.

¹⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** p. 99.

¹⁷⁶ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** p. 100.

direitos “se o Estado tiver condições financeiras de o garantir ou de garantir alguma compensação e não o fizer”.

Esta característica, segundo o autor português, não afeta a fundamentalidade dos direitos sociais, pois os próprios direitos de liberdade estão condicionados a uma reserva de ponderação, que implica um limite interno aos direitos de liberdade sempre que outros bens, direitos ou interesses devam ser prioritariamente prestigiados, cabendo ao Poder Judicial a última palavra sobre o conflito¹⁷⁷.

Para Ana Carolina Lopes Olsen¹⁷⁸, “a reserva do possível costuma ser invocada em relação à dimensão do custo dos direitos, ou seja, a existência de recursos econômicos capazes de tornar as prestações previstas nas normas de direito fundamental, efetivamente factíveis” e esta questão assume uma complexidade ainda maior quando considerada um limite imanente da norma jusfundamental.

Sendo assim, considerar um limite imanente ou interno, mesmo sendo um argumento aceitável, acarreta “um grave enfraquecimento no sistema de proteção destes direitos, já que poderes constituídos legitimados a descrever o âmbito normativo de um direito, com seus limites inerentes, terão total discricionariedade para afirmar o que é possível e o que não é”¹⁷⁹.

Isto é, em outras palavras, o limite interno acaba abrindo um espaço para o poder constituído delimitar o que realmente é fundamental ou não, através das escolhas orçamentárias e em razão da discricionariedade que toca a questão das alocações dos recursos públicos.

Ingo Sarlet¹⁸⁰ também discorda da “afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais”.

¹⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 103-109.

¹⁷⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes - **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2018. pp. 191-192.

¹⁷⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes - op. cit. pp. 191-192.

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012. p. 255.

Nas lições do jurista brasileiro, além de não ser uma condição de efetividade inerente ao direito, a reserva do possível, em algumas ocasiões, ainda funciona como elemento que garante a própria concretização da norma social, “por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação (...) da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental”¹⁸¹.

Martins¹⁸² adota uma posição intermediária, entendendo que “a reserva do possível pode configurar um limite imanente ou uma limitação externa, a depender da sua natureza”. Assim, “em se tratando da reserva do possível como limitação fática (com base na escassez real ou econômica), a limitação é imanente”.

Por outro lado, “em se tratando da reserva do possível como limitação jurídica, com os seus respectivos desdobramentos, deve ser considerada uma limitação externa (ou restrição) e, por isso, devendo ser submetida a controle de sua legitimidade por meio de já consagrados princípios”¹⁸³.

Os respectivos desdobramentos são de cunho jurídico, como a previsão da lei orçamentária ou a existência de previsão legal especial sobre a necessidade de austeridade fiscal, ambas impedindo a concretização de determinado direito fundamental social¹⁸⁴.

A alocação de recursos para a concretização dos direitos sociais também enseja conflitos que começam na esfera política e podem terminar na seara judicial. Isso ocorre devido à dificuldade de reconhecer o que é financeiramente possível, em um cenário de escassez moderada, assim como julgar a constitucionalidade do processo de escolha das prioridades definidas pelos atores políticos.

Considerando um cenário de insuficiência financeira de recursos para custear a totalidade das medidas públicas, as políticas sociais passam a ser objeto de escolhas alocativas, “configurando-se como típicas opções políticas as quais pressupõem ‘escolhas trágicas’ pautadas por critério de macrojustiça”, isto é, critérios que transcendem a esfera individual do caso concreto para alcançar uma repercussão coletiva da escolha e a maximização dos resultados¹⁸⁵.

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang - op. cit. pp. 255-256.

¹⁸² MARTINS, Flávio - **Direitos Sociais em tempos de crise econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Edição do kindle. Posição 2436.

¹⁸³ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 2442.

¹⁸⁴ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 2449.

¹⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – op. cit. p. 880.

Com esse raciocínio, Gustavo Amaral¹⁸⁶ argumenta que o controle judicial não pode interferir nas escolhas pautadas na macrojustiça, pois o juiz está “vocado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça)”, não se preocupando com a repercussão global das suas decisões.

Marcelo Novelino¹⁸⁷, por sua vez, defende que a intervenção judicial serve para impedir que os agentes públicos tomem decisões irrazoáveis e desproporcionais, isto é, tem lugar quando “os poderes públicos agirem de modo irrazoável ou com a clara intenção de neutralizar a eficácia dos direitos fundamentais sociais”.

De acordo com Novais¹⁸⁸, não compete ao juiz decidir se há recursos financeiros suficientes e nem mesmo julgar sobre o conteúdo das prioridades na distribuição dos recursos adotados pelo Estado. Segundo o jurista, cabe ao juiz “apreciar se a dificuldade financeira alegada pelo poder político é suficientemente relevante, do ponto de vista do interesse público, e se o procedimento seguido (...), bem como a referida fundamentação, não merecem censura jurídico-constitucional”.

Não obstante, há entendimento doutrinário no sentido de afastar a aplicação da cláusula de reserva do possível em virtude da falta de comprovação da ausência de recursos. De acordo o ex-ministro do STF, Eros Grau¹⁸⁹, a mera alegação de inexistência de recursos não é suficiente para afastar o controle judicial das escolhas políticas, devendo o ente demonstrar a real insuficiência financeira ou “exaustão orçamentária”.

4. O problema da indeterminabilidade do conteúdo

Uma outra objeção vinculada à efetividade e à justicialidade dos direitos fundamentais sociais diz respeito à indeterminabilidade do direito no plano constitucional, o que impede o seu exercício efetivo por parte dos detentores, que fica, em termo gerais, condicionada à manifestação do legislador conformador (infraconstitucional).

Quando o legislador constitucional elenca os direitos sociais no rol de direitos protegidos pelo Estado, ele não define o conceito e as implicações que estarão associadas

¹⁸⁶ AMARAL, Gustavo - **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – op. cit. p. 881.

¹⁸⁷ NOVELINO, Marcelo - op. cit. p. 462.

¹⁸⁸ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 116-117.

¹⁸⁹ GRAU, Eros Roberto - **Despesa Pública: Conflitos entre princípios e eficácia das regras jurídicas** [em linha]. Revista Trimestral de Direito Público, n. 2, 1993. [Consult. 16 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45730/47450>>.

àquela norma. No direito à cultura, por exemplo, a CRP apenas determina que “todos têm direito à educação e à cultura” (artigo 73º, n. 1), sem definir o termo e o alcance da norma constitucional.

O conteúdo abstrato das normas sociais está relacionado com o regime estritamente dependente da mutabilidade, ou seja, a falta de determinabilidade está associada com a própria natureza do direito e com fatores que o Estado não consegue controlar. Consoante defende Jorge Novais¹⁹⁰, conferir um conteúdo muito preciso aos direitos fundamentais criaria um obstáculo à necessidade de reação imediata do Estado em situações de considerável transformação social.

Hierro¹⁹¹ destaca que a dependência de ulteriores esclarecimentos institucionais e não do seu mero enunciado não é uma característica específica dos direitos sociais, tendo em vista que toca também os direitos de liberdade. O direito à vida, por exemplo, não tem uma configuração definitiva e depende de conformação legislativa para alcançar um conteúdo mais específico.

Entretanto, por questões históricas, os direitos de liberdade estão contemplados por uma estrutura legislativa definidora (ainda que haja deficiência), ao passo que a conformação dos direitos sociais se iniciou apenas em meados do século XX, estando ainda em constante aperfeiçoamento e, por corolário, diretamente relacionado com o problema da concretização¹⁹².

A indeterminabilidade não alcança apenas a perspectiva da semântica (presente nos direitos de liberdade), mas deriva também de “uma causa específica que advém da reserva do possível e que inibe os operadores jurídicos de chegarem ao conteúdo do direito recorrendo unicamente a critérios jurídicos de interpretação da norma constitucional”¹⁹³.

Com efeito, além de enfrentar a falta de definição semântica do conteúdo normativo, os direitos também enfrentam o problema da dependência de prestações positivas

¹⁹⁰ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 141-143.

¹⁹¹ HIERRO, Liborio L. - **Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy** [em linha]. Valência: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30, 2007 ISSN: 0214-8676. [Consult. 17 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<https://doxa.ua.es/article/view/2007-n30-los-derechos-economico-sociales-y-el-principio-de-igualdad-en-la-teoria-de-los-derechos-de-robert-alexey/pdf>>. pp. 255-258.

¹⁹² HIERRO, Liborio L. – op. cit. p. 261.

¹⁹³ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** p. 147.

do Estado vinculadas à reserva do possível que, no fundo, implicam prejuízo à aplicabilidade imediata da norma constitucional¹⁹⁴.

Flávio Martins¹⁹⁵ vai além do que já foi discutido e leciona que os direitos sociais podem ser identificados sob a forma de regra jurídica ou de princípio jurídico, sendo que esta estrutura é essencial para definir a eficácia da norma definidora dos direitos sociais.

A distinção entre regra e princípio gerou um debate ainda maior no meio acadêmico, quando se pretendia tanto superar a discussão a respeito da natureza jurídico-normativa e da aplicabilidade jurídica dos princípios quanto esclarecer tema central da distinção: quando a norma (gênero) é regra ou princípio¹⁹⁶?

Ronald Dworkin¹⁹⁷ ensina que a diferença entre princípios e regras é de ordem lógica. “Os dois conjuntos de padrões apontam para direções particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem”.

Nas palavras do autor americano, “as regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. (...) ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso nada contribui para a decisão”. Trata-se de uma norma com conteúdo mais determinado e cuja aplicação depende da “dimensão da validade”¹⁹⁸.

Por outro lado, “o princípio é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (...) que apresenta uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância”¹⁹⁹.

Robert Alexy²⁰⁰, por seu turno, esclarece que as regras “são determinações no âmbito fático e juridicamente possível”, enquanto que os “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” e acrescenta que os princípios “são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato

¹⁹⁴ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** p. 151.

¹⁹⁵ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 1991.

¹⁹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel - **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 306.

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald - **Levando os...** p. 39.

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald - **Levando os...** p. 39.

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald - **Levando os...** pp. 36 e 42.

²⁰⁰ ALEXY, Robert - op. cit. p. 90.

de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

Nestas condições, os direitos sociais serão princípios quando apresentarem conteúdo indeterminável, como é o exemplo do direito ao transporte previsto no artigo 6º, da Constituição brasileira, e serão regras jurídicas quando revelarem conteúdo mais determinado, como acontece com o artigo 230º, § 2º da mesma Lei Fundamental (aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos)²⁰¹.

Consoante entende o jurista brasileiro, o direito social tem aplicação imediata quando estiver contido em uma regra jurídica, devendo ser cumprido integralmente pelo Estado. Já no tocante aos direitos fundamentais sociais previstos como princípios, o poder público “cumprirá essa norma na maior intensidade possível, dentro dos limites fáticos, jurídicos e orçamentários”²⁰².

Representando um óbice à interpretação e aplicação da norma jusfundamental, a indeterminabilidade é apontada como um entrave à própria atuação judicial, que estaria impedida de definir um conceito e estabelecer uma proteção jurídica sem violar a liberdade política e, mais ainda, as diretrizes orçamentárias de competência legislativa.

Conforme defende Cristina Queiroz²⁰³, os direitos sociais se apresentam como autênticos direitos fundamentais e integram o mesmo campo de proteção constitucional. Nesse sentido, o problema da interpretação dos direitos fundamentais sociais não retira o caráter sindicável e justiciável dos direitos, ainda que estejam definidos certos limites ao controle judicial.

Da mesma forma, a proteção destes direitos não pode estar limitada a um significado puramente programático ou declarativo. A própria Constituição seria capaz de prestigiar uma tutela jurisdicional efetiva retirando “certas decisões ao processo político, isto é, colocar os direitos acima das decisões da maioria, fazendo do sistema dos direitos fundamentais o critério último de validade de toda ordem jurídica”²⁰⁴.

²⁰¹ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 2093.

²⁰² MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 2093.

²⁰³ QUEIROZ, Cristina - **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justicialidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 204.

²⁰⁴ QUEIROZ, Cristina - op. cit. p. 206.

De outro lado, a natureza jusfundamental dos direitos se mantém ainda mais intangível quando a indeterminabilidade é superada pela conformação legislativa. Na visão de Jorge Novais²⁰⁵, a produção normativa derivada do direito constitucional social integra o próprio direito, ao passo que este se torna determinável e alinhado às positivas dos atores políticos dentro dos limites da reserva do possível.

O direito derivado integra o próprio direito fundamental, independentemente de ele ser um direito de liberdade ou um direito social. Portanto, admitindo-se a conformação legislativa da norma constitucional, o direito derivado passa a integrar o próprio conteúdo da norma jusfundamental²⁰⁶.

Nesse mesmo sentido, decidiu o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 47/2006²⁰⁷. Na ocasião, a Corte considerou que as normas que complementavam o direito constitucional adquiriram *status* jusfundamental, ao passo que as leis revogatórias posteriores seriam, por essa razão, consideradas inconstitucionais.

5. O mínimo social como fundamento para superar os obstáculos à concretização dos direitos fundamentais sociais

Como apresentado, os direitos fundamentais sociais encontram diversos obstáculos à sua ampla concretização. Estas barreiras estão presentes desde a origem dos direitos sociais e se conectam, a princípio, com a falta de justiciabilidade, a falta de subjetividade e, sobretudo, com a necessidade de o Estado agir positivamente na promoção de políticas sociais.

Em que pese esses obstáculos, o que não se pode negar é que a Constituição e o próprio Estado Social foram instituídos com o propósito de concretizar todos os direitos fundamentais, incluindo-se, é claro, os direitos sociais. Isso quer dizer que as discussões levantadas até o momento fazem parte de um debate teórico que, na prática, deve ser absorvido pelas autoridades políticas de modo que os direitos sociais se tornem efetivos para cada um dos seus titulares²⁰⁸.

Nessa circunstância, com o objetivo de evitar o alcance restritivo dos problemas envolvendo a efetivação destes direitos fundamentais especiais, surge a teoria do mínimo

²⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 154-155.

²⁰⁶ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 164-167.

²⁰⁷ A íntegra do acórdão pode ser consultada no portal oficial do Tribunal Constitucional através do link: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060047.html>>.

²⁰⁸ QUEIROZ, Cristina - op. cit. pp. 87-93.

social. Em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o princípio da socialidade, o mínimo social visa assegurar um tratamento diferenciado aos direitos fundamentais sociais, de modo que as dificuldades apresentadas alhures não transformem a norma constitucional em um conteúdo vazio²⁰⁹.

Ingo Sarlet²¹⁰ trata o mínimo social como um direito ou uma garantia ao titular do direito fundamental social que está “fundado essencialmente na conjugação entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana”. Com essa característica peculiar, o mesmo autor reafirma sua posição a respeito da titularidade individual dos direitos sociais.

De acordo com Novais²¹¹, a proteção ao mínimo social, sob a ótica da atuação judicial, é dificultada por duas situações distintas: a necessidade de determinar os direitos que integram o mínimo, assim como o dever de estabelecer quais são as prestações estatais vinculadas à respectiva proteção; tudo isso sem que haja violação do princípio da separação dos poderes e da cláusula da reserva do financeiramente possível.

Para solucionar a primeira dificuldade, a jurisprudência alemã, diante da ausência de um rol explícito de direitos sociais, desenvolveu a ideia dos mínimos existenciais como direitos sociais a serem respeitados pelo Estado. Com efeito, o mínimo social seria composto por direitos vinculados à existência condigna ou à sobrevivência, isto é, um mínimo existencial ou vital, como é o caso da saúde, alimentação, trabalho e ensino²¹².

Para parte da doutrina, considerar um rol de direitos sociais como mínimo existencial ou vital seria suficiente para superar o obstáculo da justicialidade e da subjetividade, garantindo-se a aplicação imediata da norma e assegurando-se uma prestação estatal condizente com a proteção do respectivo mínimo.

Novais²¹³, por seu turno, está inclinado a defender que essa possibilidade é reducionista, sobretudo nos países cujos direitos sociais estão explicitamente previstos na Lei Fundamental. O reducionismo estaria presente na pretensão de criar um regime diferenciado para direitos que, no fundo, possuem a mesma natureza jusfundamental dos demais direitos sociais.

²⁰⁹ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 190-191.

²¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang - op. cit. p. 194.

²¹¹ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 192-193.

²¹² NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** p. 198.

²¹³ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 197-198.

Na mesma sintonia, Daniel Sarmento²¹⁴ rejeita a ideia do direito ao mínimo existencial sob a perspectiva excludente. Em sua visão, reduzir o catálogo de direitos sociais a um grupo de direitos mínimos seria o mesmo que permitir o enfraquecimento desses direitos, além de criar um obstáculo para a concretização da justiça social - o Estado acabaria se limitando a proteger o mínimo e deixar de atuar no campo das demais normas sociais.

Sarlet²¹⁵ ainda acrescenta que o mínimo existencial não deve estar associado apenas à ideia de sobrevivência física, que importaria uma redução do mínimo existencial a um mínimo vital, mas também ao “que se convencionou designar de um mínimo existencial sociocultural (...) incluindo, portanto, o direito à educação e, em certa medida, o próprio acesso a bens culturais.

Uma outra forma de delimitar o mínimo social seria atribuindo uma proteção especial aos direitos sociais como um todo, isto é, estabelecendo um tratamento diferenciado como garantia ao conteúdo essencial desses direitos. Esta possibilidade não abandona a ideia de mínimo existencial, pois a utiliza como fundamento de sustentação, entretanto, não trata os direitos de uma maneira reducionista; pelo contrário, enxerga o catálogo dos direitos fundamentais sociais sob a perspectiva do mínimo social que prestigia a existência condigna dos indivíduos²¹⁶.

Martins²¹⁷ defende esta corrente do “mínimo existencial como conteúdo essencial e irredutível de todos os direitos sociais” e não simplesmente como elementos de determinados direitos. Em sua concepção, o mínimo vital está separado da ideia de mínimo existencial e toca apenas direitos sociais específicos, mas isso não influencia no tratamento diferenciado das normas sociais em sua perspectiva essencial.

O mínimo social pode ter uma tutela jurídica com alcance relativo, considerando-se a contextualização, a ponderação, a proporcionalidade e a proibição do déficit na delimitação das políticas sociais. Ou seja, a aplicabilidade da norma social e a

²¹⁴ SARMENTO, Daniel - **O mínimo existencial** [em linha]. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Cidade, vol. 08, n. 4, 2016. [Consult. 23 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<https://doi.org/10.12957/rdc.2016.26034>>. p. 1657.

²¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang - op. cit. p. 279.

²¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 201-202.

²¹⁷ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 4321.

própria tutela jurídica estariam condicionadas a estes valores, sobretudo sob a ótica da superação das dificuldades (reserva do possível, indeterminabilidade, subjetividade)²¹⁸.

De outro modo, ele também pode ter uma tutela absoluta (*minimum core approach*). Neste cenário, ela se aproxima da tutela jurídica relacionada com o mínimo existencial ou vital reducionista, permitindo-se um padrão de prestações estatais capaz de garantir a aplicabilidade imediata das normas sociais²¹⁹.

Nomeadamente em relação à segunda situação apresentada por Jorge Novais, a saber, a dificuldade de se estabelecer um padrão de prestações estatais inescusáveis, surgem também dois modelos: o primeiro está conectado com a aplicação do princípio da razoabilidade e o segundo com a teoria da ponderação (teoria analítica jurídica) de Robert Alexy.

O princípio da razoabilidade consiste na ponderação judicial das políticas sociais alocadas pelo poder público, de uma forma que as escolhas estejam vinculadas aos valores jusfundamentais dos direitos sociais e respeitem a essencialidade destes direitos. O Tribunal Constitucional da África do Sul, principal adepto desta corrente, considera que a análise das prestações estaduais deve ser realizada caso a caso, rejeitando um *standard* de deveres e prestigiando os destinos traçados pelos órgãos políticos, desde que alinhados ao princípio da razoabilidade²²⁰.

Em que pese parecer uma possibilidade restritiva ao controle judicial, por levar em consideração os limites da função política na concretização das políticas públicas, esta ideia não admite que decisões políticas estejam dissociadas dos princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana. Por conta disso, no caso citado no início da pesquisa (caso *grootboom*), o referido Tribunal Constitucional determinou a implementação de medidas públicas para garantir o direito à habitação de pessoas desabrigadas, considerando que as políticas sociais em vigor não eram suficientes para proteger situações emergenciais²²¹.

²¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 203-204.

²¹⁹ BILCHITZ, David - **Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence** [em linha]. South Africa Journal on Human Rights, 2017. [Consult. 19 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<https://doi.org/10.1080/19962126.2003.11865170>>.

²²⁰ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 210-215.

²²¹ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 216.

Frise-se que o princípio da razoabilidade abdica das ideias da teoria do *minimum core*, “considerando que a razoabilidade não exige a satisfação imediata, em termo absolutos, mesmo das situações mais elementares, satisfazendo-se com a adoção de medidas que permitam a resolução simplificada das situações de emergência num prazo razoável”²²².

No segundo modelo, os direitos fundamentais sociais são vistos como princípios que devem obedecer a uma lógica de ponderação. Desse modo, “quando estiver em causa o mínimo social ou vital, menor será a importância atribuída aos princípios contrários e mais o resultado da ponderação tenderá a pender para o lado da realização do direito social”²²³.

A ponderação colocaria em prática a aferição, de um lado, do princípio da dignidade da pessoa humana e, do outro, a restrição à concretização do direito fundamental social traduzida pela separação dos poderes e pelas regras de competência. O resultado desta ponderação direcionaria a prestação pública mais eficaz para proteger e assegurar a concretização do direito fundamental social.

Nas palavras de Alexy²²⁴, os direitos sociais mínimos gozam de uma proteção especial e devem ser observados pela prestação positiva do Estado, dentre eles estão os “direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica”.

E complementa: “de acordo com o modelo proposto, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto. Esse é o caso dos direitos mínimos”²²⁵.

Criticando a aplicação deste modelo no campo dos direitos sociais, Novais²²⁶ defende que a teoria da ponderação apresenta uma impossibilidade na construção da metáfora da balança, uma vez que os princípios em conflito não estão razoavelmente conectados, repercutindo negativamente na solução e na fundamentação do resultado da ponderação.

²²² NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 222.

²²³ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 224.

²²⁴ ALEXY, Robert - op. cit. p. 512.

²²⁵ ALEXY, Robert - op. cit. p. 517.

²²⁶ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 225-226.

É dizer, a dificuldade que alcança a ponderação de direitos como a liberdade de locomoção x segurança do Estado ou que alcançaria até mesmo a ponderação entre direitos sociais (educação x habitação) é majorada quando se está em discussão princípios que “não têm a mesma natureza dos pretensos análogos limites”²²⁷.

Nesse caso, os princípios dos quais o autor se refere são a competência constitucional para alocação de recursos do Estado e o princípio da separação dos poderes. Para ele, trata-se de valores constitucionais complexos e que não estão suscetíveis de ponderação sob a perspectiva alexyana, sobretudo quando o outro lado da balança é constituído por direitos positivos²²⁸.

Em contraste, Alexy²²⁹ justifica que a objeção atrelada aos recursos financeiros não pode, isoladamente, contrariar a própria existência do direito. De acordo com o jurista alemão, “a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada (...). Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras”.

Sob a ótica da aplicação judicial do direito a um mínimo social, observa-se que os juízes e tribunais costumam utilizar esta como fundamento para relativizar os limites materiais e jurídicos à concretização dos direitos sociais, como é o caso da teoria da reserva do possível e da (em tese) falta de subjetividade destes direitos.

Desse modo, por ser uma construção doutrinária que visa atribuir mais força aos direitos fundamentais sociais e assegurar a efetivação das normas constitucionais, o mínimo social desempenha papel essencial na solução dos conflitos judiciais e na proteção dos princípios constitucionais.

Nesta linha, Jorge Miranda²³⁰, reconhecendo que os direitos econômicos, sociais e culturais previstos na CRP dependem de legislação integradora, ressalta ser imperativa a observância do conteúdo essencial desses direitos e que, verificadas as condições de sua efetivação, “tais normas podem ser entendidas como tendo aplicação imediata (mesmo se o reconhecimento desses pressupostos e, por vezes, a determinação ou determinabilidade das normas exigem uma intervenção do legislador (...))”.

²²⁷ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 226-227.

²²⁸ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 234-236.

²²⁹ ALEXY, Robert - op. cit. p. 513.

²³⁰ MIRANDA, Jorge - **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 384.

Esse é o exemplo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, julgada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro²³¹. Na ocasião, a corte apreciou a constitucionalidade de um veto presidencial à lei orçamentária, que importava em uma redução de recursos para a saúde.

Em seu voto, o ministro relator Celso de Melo asseverou que não deve o poder público “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”.

E complementou dizendo que a reserva do possível não pode servir para exonerar o Estado “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”.

Contudo, Sarmento²³² alerta que o mínimo social não pode servir como fundamento ilimitado à relativização da reserva do financeiramente possível. O controle judicial da política fiscal e de alocação de recursos “tem de ser vista com muita cautela, como *ultima ratio*, (...), em razão dos déficits de capacidade institucional do Poder Judiciário para aquilatar os efeitos econômicos sistêmicos de alterações na legislação tributária”.

O mínimo existencial compreende um elemento essencial na concretização dos direitos sociais e representa um limite à má atuação estatal, à deficiência das políticas sociais e às escolhas irrazoáveis e desproporcionais nas alocações dos recursos públicos, contudo, ele não deve ser utilizado como uma “mágica” invocada para legitimar toda e qualquer proteção jurisdicional aos direitos sociais.

CAPÍTULO III: O ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Conforme observado no capítulo anterior, os direitos sociais representam normas jusfundamentais que exigem do Estado obrigações positivas - e também negativas - com o

²³¹ A íntegra da decisão pode ser consultada no site do STF, através do seguinte link: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>>.

²³² SARMENTO, Daniel - op. cit. p. 1673.

objetivo de concretizar as pretensões da constituição e garantir a justiça social almejada pelos Estados de bem-estar social.

A efetivação dos direitos fundamentais sociais, entretanto, enfrenta dificuldades que estão relacionadas com a indeterminabilidade dos conteúdos das normas sociais, com as reservas financeiras do Estado e a teoria da reserva do possível, bem como com a natureza positiva dos direitos sociais, que muitas das vezes são interpretados como meras normas de cunho programático.

Nesse cenário, não é incomum que parcela desses direitos não seja suficientemente implementada, especialmente em países subdesenvolvidos ou nos quais a escassez de recursos é mais assente, o que repercute no crescimento de demandas judiciais reivindicando a concretização das normas jusfundamentais.

Esta característica encontra relação direta com os Estados intervencionistas, “um Estado atuante, que a tudo provê e que em tudo intervém”, recaindo sobre o Poder Judicial, além da atribuição de controlar esta intervenção, as expectativas sociais no sentido de garantir a fruição dos direitos e estender os seus benefícios²³³.

Para Cappelletti²³⁴, os juízes têm assumido, em determinadas ocasiões, a posição de “negar o caráter preceptivo, ou ‘*self-executing*’, de tais leis ou direitos programáticos”, com o objetivo de aproximar a tutela dos direitos sociais aos “novos” valores do Estado social ou do Estado providência.

As ações judiciais, em sua essência, apreciam a razoabilidade, a proporcionalidade, a legalidade e, em um cenário mais amplo, a constitucionalidade dos limites apontados como dificuldades à concretização dos direitos sociais e, em certa medida, a aplicação da garantia ao mínimo social como fundamento que ameniza os efeitos criados pelas objeções estudadas.

Nessa esfera de atuação, a função judicial não fica restrita ao julgamento puro e simples do caso concreto, ampliando o seu campo de ação e revelando, na verdade, um comportamento judicial ativista. Esta expansão do poder judicial no controle das políticas

²³³ RAMOS, Elival da Silva - op. cit. p. 286.

²³⁴ CAPPELLETTI, Mauro - **Juízes...** pp. 41-42.

públicas é denominada por políticas públicas judiciais e encontra tanto críticos como adeptos na doutrina constitucional.

Sarlet²³⁵ alerta que os casos de omissões do Poder Legislativo e Executivo, ou de cumprimento da legislação e das políticas públicas já existentes não configuram particularmente ativismo judicial. Esses casos revelam o controle judicial da inadimplência dos órgãos políticos e não necessariamente a imposição de uma política pública judicial ou a expansão de alguma existente.

Com efeito, o controle judicial abrange o julgamento da inconstitucionalidade por omissão, da inconstitucionalidade de políticas públicas que violam princípios constitucionais, ou quando ele aprecia o incumprimento de normas ou políticas públicas já efetivadas pelo Estado.

Por outro lado, quando o comportamento judicial está associado à inércia do Poder Público e resulta na criação ou expansão de políticas públicas é possível definir como ativismo judicial e, a partir de então, discutir sobre o seu limite e sua real necessidade.

O ativismo, em geral, alcança apenas as obrigações positivas, ou melhor, intervém apenas quando o dever estatal em concretizar determinado direito social está associado a uma prestação positiva. Desse modo, o controle do dever de abstenção, como a proibição ao retrocesso, não gera, via de regra, um comportamento proativo judicial.

Cristina Queiroz²³⁶ destaca que o Tribunal Constitucional alemão interfere na proteção dos direitos fundamentais sociais “sempre que o legislador não tenha actuado num quadro de um ‘dever de proteção’ constitucionalmente estabelecido” ou mesmo para corrigir medidas públicas alcançadas pela “proibição de insuficiência” ou “pela proibição do excesso”.

Como será abordado adiante, o controle judicial das políticas públicas é comum em diversos países, sendo que o limite traçado para cada um deles depende do avanço do debate jurídico a respeito da legitimidade do tribunal e da importância da concretização dos direitos sociais em um Estado democrático.

²³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel - op. cit. p. 707.

²³⁶ QUEIROZ, Cristina - op. cit. p. 190.

1 O princípio do acesso aos tribunais e a viabilização do controle judicial das políticas sociais

O princípio do acesso à justiça consiste em um remédio fundamental contra as arbitrariedades dos órgãos do Estado e assegura a todos a possibilidade de revisão da legalidade e da constitucionalidade das medidas promovidas pelo Estado.

No que se refere aos direitos sociais, o acesso à justiça aparece como uma ferramenta que proporciona aos respectivos titulares a possibilidade de pleitear decisões judiciais que auxiliem na concretização dos inúmeros direitos consagrados, ora anulando normas restritivas de determinado direito, ora permitindo o exercício ou o acesso a ele.

Este princípio também permite assegurar a efetividade dos limites impostos aos atos dos poderes executivo e legislativo, garantindo-se que qualquer ato excessivo e irrazoável seja devidamente analisado pelo Poder Judicial, que funciona como “poder controlador”.

O acesso à justiça está previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que versa o seguinte:

“Artigo VIII: Toda pessoa tem o direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.”

“Artigo X: Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”

Da mesma forma, o referido princípio também foi prestigiado por tratados regionais, como a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que determina:

Art. 6º, 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”.

Nomeadamente em relação ao direito interno, o princípio do acesso à justiça passou a integrar o conteúdo explícito das constituições, como é o caso da CRP, que em seu

artigo 20º define o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, da Constituição brasileira (artigo 5º, XXXV), da Constituição da República Italiana (artigo 24º) e da Constituição espanhola (artigo 24º).

O conceito de acesso à justiça sofreu diversas modificações ao passar dos tempos, sendo que a sua primeira noção foi extraída nos estados liberais e representava um direito formal ao acesso judiciário, muito parecido com um direito de liberdade, implicando ao Estado apenas o dever de abstenção contra qualquer restrição ao seu exercício²³⁷.

Com a transformação do conceito de direitos humanos, vários direitos individuais passaram a ser tratados de uma forma peculiar, exigindo-se do Estado uma participação ativa na sua concretização efetiva. Cappelletti²³⁸ escreve que com o direito ao acesso à justiça não foi diferente, tendo alcançando uma natureza fundamental social na medida em que repercutiu no dever positivo do poder público no sentido de assegurar o seu exercício pleno.

O jurista italiano apresentou em seu livro os ideais do “Projeto Florença” (*Florence Project*) e seu objetivo de solucionar os problemas que restringem o amplo acesso ao judiciário. Cappelletti²³⁹ descreve que o projeto consiste na presença de “três ondas”, sendo que:

A primeira solução para o acesso à justiça – primeira “onda” deste movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os “interesses difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, desta forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

No tocante à “terceira onda”, Bedin²⁴⁰ leciona que ela “representa a preocupação com o esgotamento da capacidade de resposta do Poder Judiciário diante do crescente aumento de direitos reconhecidos, da litigiosidade das sociedades atuais e da universalização

²³⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan - **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 9.

²³⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan - op. cit. pp. 11-13.

²³⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan - op. cit. p. 31.

²⁴⁰ BEDIN, Gilmar Antonio; SCHONARDIE, Elenise Felzke - **Os Direitos Humanos e o Acesso à Justiça: Uma Análise Histórico-Conceitual de um Direito Fundamental para a Convivência Humana Pacífica** [em linha]. Ijuí: Revista Direito em Debate, v. 27, n. 50, 2018. [Consult. 02 de julho de 2020]. Disponível na internet: <<https://doi.org/10.21527/2176-6622.2018.50.75-86>>. p. 82.

da jurisdição”, aproximando o debate ao problema do grande número de judicialização e da necessidade de garantir uma duração razoável aos processos.

Alexandre de Moraes²⁴¹, ao comentar sobre o princípio estabelecido no artigo 5º, XXXV, da Constituição brasileira, lembra que o legislador constituinte introduziu o acesso aos tribunais no campo dos direitos individuais. Contudo, Cunha Júnior²⁴² ressalta que esse fato não retira dos poderes constituídos o dever de assegurar o exercício irrestrito desta garantia e citou como exemplo a lei do parlamento brasileiro que criou os juizados especiais para apreciação de pequenas causas (sem custas judiciais e sem a necessidade de constituir advogado).

Este é o mesmo entendimento que Gomes Canotilho²⁴³ extrai do disposto na Constituição da República Portuguesa (artigo 20º). Para ele, o reconhecido princípio geral português pressupõe “dimensões de natureza prestacional na medida em que o Estado deve criar órgãos judiciários e processos adequados (...) tendentes a evitar a denegação da justiça por meios económicos”.

O direito ao acesso à justiça não se traduz, então, na “mera admissão ao processo ou na possibilidade de ingresso em juízo”; mais que isso, este princípio determina a efetiva institucionalização do acesso à justiça, permitindo-se que o maior número de pessoas possa demandar e se defender adequadamente²⁴⁴.

A efetividade deste princípio está conectada com o seu alcance às classes mais necessitadas e, em última instância, com a própria ideia de justiça social²⁴⁵. Prestigiar o acesso irrestrito aos tribunais e garantir que as pessoas vulneráveis tenham condições formais e materiais de pleitear os seus direitos é um dever fundamental do Estado.

A garantia implica a implementação de uma assistência judicial gratuita ou menos dispendiosa, a criação de órgãos de representação voltados para a população de baixa renda, bem como instrumentos para o pleito judicial de direitos coletivos ou difusos²⁴⁶.

²⁴¹ MORAES, Alexandre de - op. cit. p. 73.

²⁴² CUNHA JÚNIOR, Dirley da - op. cit. pp. 715-716.

²⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional...** p. 501.

²⁴⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel - op. cit. p. 56.

²⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan - op. cit.

²⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan - op. cit. pp. 27 e 32.

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal brasileiro já determinou que um estado-membro, o Paraná, criasse uma defensoria pública estadual para aumentar o acesso aos tribunais das pessoas mais necessitadas. Trata-se do Embargos de declaração no Agravo de Instrumento nº 598.212/PR, que foi julgado em 25 de março de 2014.

O referido julgamento demonstra claramente que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, como chamam no Brasil, deve ser objeto de prestações positivas do Estado, cuja omissão legitima a atividade fiscalizadora judicial. Nos termos do STF, a inércia “frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs”²⁴⁷.

Além disso, Canotilho²⁴⁸ acrescenta o fato de o citado princípio estar atrelado ao que ele chama de dimensão jurídico-constitucional. Nesta dimensão, o acesso à justiça caminha ao lado do direito a uma decisão fundada no direito (fundamentação das decisões), direito a pressupostos constitucionais materialmente adequados, direito à proteção jurídica eficaz e temporariamente adequada, direito à execução das decisões.

Nesta linha de raciocínio, na qual o próprio direito supera o limite da proteção jurídica como direito de natureza individual (direito de defesa) e assume o caráter de norma social com repercussão nos deveres positivos do Estado, o acesso aos tribunais se traduz em uma garantia essencial que viabiliza a concretização de outros direitos, como os direitos fundamentais sociais.

Não seria suficiente estabelecer uma proteção jurídica aos direitos sociais sem associá-la à tutela judicial ou à capacidade de controle judicial dos atos estatais na seara das políticas sociais. Em que pese a natureza peculiar destes direitos, as medidas do poder público não estão afastadas da atividade judicial fiscalizadora.

Jorge Miranda²⁴⁹ assinala que a inconstitucionalidade por omissão é a tutela judicial mais habitual no campo da concretização dos direitos sociais, por estarem

²⁴⁷ Embargos de declaração no Agravo de Instrumento nº 598.212/PR, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 25 de março de 2014. A íntegra do acórdão pode ser consultada através do link: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>>.

²⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional...** pp. 498-501.

²⁴⁹ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional, tomo IV: Direitos Fundamentais**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 448.

envolvidos em normas programáticas. Entretanto, é possível que a tutela alcance a inconstitucionalidade por ação, “mormente por desvio de poder legislativo e por preterição do princípio da igualdade” e, não menos frequente, a atuação jurisdicional por meio do Provedor de Justiça e das demais alternativas de proteção aos direitos dos cidadãos.

Com este arcabouço de proteção jurídica, o indivíduo é capaz de pleitear a realização dos direitos sociais estampados na Constituição, que pode envolver não apenas a implementação em si, mas a expansão da política social para circunstâncias ainda não alcançadas.

Sob uma perspectiva genérica, as prestações atreladas aos direitos sociais são muito mais importantes para a população em estado de pobreza, uma vez que os indivíduos que possuem condições financeiras razoáveis podem “comprar” as prestações que o Estado deixa de efetivar (saúde, educação, habitação).

Esse fato concede mais relevância ao princípio do acesso à justiça, sobretudo na sua concepção mais garantista possível (resultado das “ondas” desencadeadas pelo Projeto Florença). Sem uma aproximação dos indivíduos mais necessitados aos meio judicial de solução dos conflitos, o pleito pela concretização dos direitos sociais se tornaria inócuo.

Através do acesso à justiça, a demanda envolvendo um tema político (judicialização da política) pode desencadear uma decisão judicial que se encaixa nos pressupostos comuns do controle dos atos estatais, assim como pode levar ao debate do ativismo judicial no campo das políticas sociais, estabelecendo, como será visto, outro grande embate entre os estudiosos.

2 A atuação judicial (ativista) em confronto com os limites constitucionais

A interferência judicial no controle das políticas públicas de natureza social sofre severas críticas na doutrina constitucional. Os principais argumentos contrários a este controle judicial estão relacionados com o princípio da separação dos poderes, com a doutrina da dificuldade “contramajoritária” e, por último, com o respeito ao orçamento do Estado.

De acordo com o que acabou de ser estabelecido a respeito da intervenção judicial comum e a ativista, vale notar que a rejeição à intervenção judicial no campo das políticas sociais está, na verdade, associada ao comportamento proativo ou à ingerência em assuntos que tocam a competência dos atores políticos tradicionais.

Nesta linha, Canotilho²⁵⁰ defende a existência de direitos mínimos aos cidadãos, mas destaca que este fato não importa, “necessariamente, que disponha de um direito de ação contra o Estado, já que reconhecer um direito não significa impor ao poder público o modo de realizar este direito, porquanto os órgãos estatais dispõem de um indispensável espaço de discricionariedade”.

Da mesma forma, Luis Pásara²⁵¹ afirma não parecer adequado delegar ao juiz a competência para resolver problemas sociais que o Estado não encara de maneira eficiente, nomeadamente quando diz respeito à definição de políticas que os governos eventualmente deixaram de implementar. Para o autor, “a inaptidão de legisladores e governos não pode ser sanada por juízes ativistas”.

No que se refere ao limite imposto pelo princípio da separação dos poderes, Novais²⁵² ressalta que, em um cenário de escassez moderada (reserva do financiamento possível) e alocação eloquente de recursos, compete ao legislador democrático a decisão política sobre o alcance da implementação do direito social.

Veja-se que o obstáculo ao controlo judicial não é necessariamente a teoria da reserva do possível, mas, na verdade, a competência para definir as políticas públicas e alocar o dinheiro público em u. cenário que remete a observância da cláusula da reserva do financiamento possível.

Nesta senda, o Tribunal Constitucional português, por meio do acórdão n° 151/92, que decidiu sobre o direito fundamental social à habitação (artigo 65°, da CRP), defendeu que “o seu grau de realização depende das opções que o Estado fizer em matéria de política de habitação. E estas são, desde logo, condicionadas pelos recursos materiais (financeiros e outros) de que o Estado, em cada momento, possa dispor”²⁵³.

A separação dos poderes abrange não somente a competência para definir os rumos do direito fundamental social sob a perspectiva da alocação de recursos, mas também sob a visão jurídica do conteúdo da norma constitucional. Portanto, em um primeiro

²⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Tomemos à Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. pp. 32-33.

²⁵¹ PÁSARA, Luis - **Estado de Derecho y Sistema de Justicia en América Latina** [em linha]. Lima: Revista Oficial del Poder Judicial, n. 1, 2007. [Consult. 29 de junho de 2020]. Disponível na internet: <https://revistaoficialpoderjudicial.com/index.php/Revista_Oficial_Poder_Judicial/issue/view/7>. p. 320.

²⁵² NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** p. 91.

²⁵³ A íntegra da decisão pode ser consultada no site oficial do Tribunal Constitucional: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920151.html>>.

momento, o legislador constituinte, que estabelece um catálogo de direitos sociais, opta por delegar ao legislador infraconstitucional o poder de solucionar a indeterminabilidade do conteúdo.

Nessa perspectiva, Ramos²⁵⁴ assevera que, independentemente do caráter fundamental da norma, não pode o órgão judicial determinar o nível de eficácia do comando constitucional. Segundo o autor, a escolha do constituinte acerca da natureza programática da norma deve ser respeitada ao ponto de garantir que o direito proclamado dependa sempre da integração normativa ou regulamentar cuja competência pertence ao Poder Legislativo ou Executivo.

Os direitos sociais remetem ao estudo dos direitos derivados - por escolha do legislador constituinte - e, por consequência, estão necessariamente dependentes de conformação legislativa. O direito derivado compreende o “direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes”²⁵⁵.

Com efeito, a atuação judicial se limitaria a apreciar os direitos sociais à luz da produção legislativa infraconstitucional e estaria restrita ao controle natural de constitucionalidade das normas (ação ou omissão), como no caso de violação ao princípio da igualdade ou ao princípio do retrocesso social²⁵⁶.

As duas circunstâncias retiram do Poder Judicial a possibilidade de controlar efetivamente a concretização dos direitos sociais, pois, em tese, não pode o juiz ou o tribunal escolher os rumos do dinheiro público ou definir o alcance do direito social, como a habitação ou a saúde.

De outro modo, as políticas públicas judiciais, por não representarem uma decisão política de membros eleitos democraticamente, revelariam um comportamento “contramajoritário”. Isso ocorre mais especificamente quando a falta de políticas sociais traduz, na verdade, uma escolha do agente político em prestigiar determinado direito em detrimento de outro, sendo que a intervenção judicial neste campo violaria os princípios democráticos e a liberdade do cidadão em, por representação, definir as prioridades políticas.

²⁵⁴ RAMOS, Elival da Silva - op. cit. pp. 270-271.

²⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional...** p. 479.

²⁵⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit. pp. 400-403.

Veja-se que, em um cenário de escassez moderada, o Estado se depara com a insuficiência de recursos, diante das múltiplas necessidades básicas dependentes do dinheiro público. Portanto, a alocação de recursos passa a ser tema central nas corridas eleitorais e compreendem, após a eleição, expressões da democracia representativa.

Esta ideia, no fundo, contrasta com as lições de Novais e Dworkin, pois prestigia uma análise rasa do conceito de democracia e estabelece um poder quase que ilimitado às maiorias políticas. Nessa visão, o controle judicial que interfere na seara das políticas sociais é antidemocrático, uma vez que apenas os representantes da maioria política podem definir os rumos da nação²⁵⁷.

Por último, a intervenção judicial neste campo de atuação também representaria uma violação direta ao orçamento definido pelo Estado. A principal característica desta objeção compreende o fato de os juízes e tribunais estarem adstritos ao orçamento do Estado, não podendo criar direitos que podem repercutir negativamente nas finanças públicas deliberadas pelos órgãos políticos.

Não se trataria de uma violação da competência para definir o orçamento estadual, mas de uma ofensa ao orçamento já definido, à organização financeira escolhida pelos órgãos competentes que, eventualmente, sofrerá prejuízos em virtude de determinada decisão judicial ativista.

As três objeções apresentadas, seriam, conforme parte dos estudiosos, suficientes para reprimir qualquer comportamento judicial que intervenha no campo das políticas sociais, ora estabelecendo e afirmando direitos, ora expandindo políticas já estabelecidas pelo Estado.

3 A tutela judicial como uma espécie de legítima defesa à concretização dos direitos sociais

O reconhecimento dos argumentos supracitados, entretanto, coloca em discussão o papel do Poder Judicial na concretização de direitos constitucionais, nomeadamente os direitos com natureza fundamental, levando diversos juristas a defender possibilidades mais abrangentes ao controle judicial das políticas sociais.

²⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Fundamentais: Trunfos...** pp. 17-21.

Esta intervenção judicial funcionaria como uma espécie de legítima defesa dos direitos sociais, uma vez que revela um comportamento defensivo dos tribunais diante de abusos e arbitrariedades do poder público que obstaculizam a concretização das normas correspondentes.

Diante deste cenário, a necessidade de efetivação das normas sociais justificaria a relativização dos limites constitucionais destacados no tópico anterior, representando uma garantia constitucional ao exercício dos direitos fundamentais, proporcionando a implementação ou a expansão de políticas sociais.

O ativismo judicial nas políticas sociais é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas²⁵⁸. Isso ocorre devido ao fato de o poder público não ser, na maioria das vezes, capaz de atualizar as políticas públicas conforme as constantes alterações sociais.

Este comportamento se alinha com o pensamento de Luis Prieto Sanchís²⁵⁹ a respeito da “omnipotência judicial” em detrimento da autonomia do legislador ordinário, levando-se a crer que cabe aos tribunais controlar qualquer ato do poder público seja ele por ação ou omissão, notadamente quando o tema em questão é a justiça constitucional e os direitos fundamentais.

No tocante à eventual ofensa ao princípio da separação dos poderes, Sarlet²⁶⁰ advoga que as políticas públicas judiciais nem sempre configuram violação à competência legislativa ou executiva. Consoante exprime em uma de suas obras, o principal fundamento capaz de rechaçar as objeções é a aplicação do direito fundamental a um mínimo social, sob a perspectiva alexyana do equilíbrio de direitos ou princípios.

Em outra obra, o mesmo autor, juntamente com Mariana Figueiredo, acrescenta que alguns direitos sociais são legítimos direitos subjetivos definitivos a prestações, que ensejam uma “cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos”. E

²⁵⁸ RAMOS, Elival da Silva - op. cit. p. 112.

²⁵⁹ SANCHÍS, Luis Prieto - **Justicia constitucional y derechos fundamentales**, Madrid: Trotta, 2003. p.600.

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang - op. cit. pp. 305-307.

conclui: “nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas”²⁶¹.

Outrossim, a indeterminabilidade do direito social não seria um óbice insuperável à apreciação judicial. Conforme defende Novais²⁶², o reconhecimento dos direitos fundamentais - incluindo-se aqui os direitos sociais - como trunfos contra a maioria permite que a deficiência ou a omissão do legislador conformador seja superada pela força impositiva dos direitos individualmente tutelados, nomeadamente em um cenário de legitimação da justiça constitucional.

Ambas as situações se alinham à ideia de os poderes constituídos atuarem em harmonia e equilíbrio, devendo a separação dos poderes estabelecer um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) ou, sob a visão de Montesquieu, a noção de “o poder limita o poder (*Le pouvoir arrête le pouvoir*)”²⁶³.

Nas palavras de Jorge Sampaio, “não podemos obnubilar a ideia de *checks and balances* entre os vários poderes: se a sua atuação se deve pautar pela independência, a verdade é que exercem uma ‘supervisão mútua entre si’”²⁶⁴.

Não havendo poder absoluto e existindo um sistema que permite a interferência de um poder no outro com o fim de obedecer as regras constitucionais, o acesso à justiça passa a entregar ao Poder Judicial a atribuição de “frear” os abusos e as arbitrariedades dos outros poderes, especialmente no campo do princípio da dignidade da pessoa humana.

A ideia de trunfos contra a maioria também justifica a legitimidade do controle judicial que, em tese, contraria a vontade da maioria política. Para o citado jurista, os direitos fundamentais sociais são “oponíveis ao Estado e judicialmente impostos à observância da maioria democrática”²⁶⁵.

Trata-se de uma visão amplificada do papel garantidor do Estado, que conecta os valores democráticos à própria essência do Estado de Direito ou do Estado como

²⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner - **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações** [em linha]. Porto Alegre: Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 24, 2008. [Consult. 26 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<https://revistadoutrina.trf4.jus.br/>>. p. 28.

²⁶² NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** p. 322.

²⁶³ SECONDAT, Charles-Louis de. (Barão de La Brède e de Montesquieu) - **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. pp. 166-167.

²⁶⁴ SAMPAIO, Jorge Silva - **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. p. 458.

²⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** p. 322.

concretizador dos direitos fundamentais. Prestigiar a vontade da maioria política em detrimento da concretização de um direito fundamental vai de encontro com o Estado Democrático de Direito²⁶⁶.

Nessa ótica, prestigiar e defender a concretização dos direitos fundamentais sociais, ainda que seja “contramajoritário”, entra em consonância com aquilo que defende Robert Alexy²⁶⁷ ao esclarecer que “o sentido dos direitos fundamentais é exatamente o de retirar da maioria parlamentar as decisões sobre determinadas posições dos indivíduos, ou seja, restringir a discricionariedade dessa maioria”.

Em julgamento referência no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça ressaltou que “o princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais”. Desse modo, os direitos fundamentais não podem ser malferidos, ainda que seja vontade da maioria, sob pena de usar “a ‘democracia’ para extinguir a Democracia”²⁶⁸.

Para além disso, vale destacar ainda que há argumentos convincentes no sentido de que os atos do poder público nem sempre representam a vontade da maioria, sobretudo relativamente às leis²⁶⁹. Portanto, nesse caso, sequer haveria comportamento “contramajoritário” ao decidir conforme preconiza a melhor solução para os direitos fundamentais.

Por último, nomeadamente em relação ao controle judicial que interfere na lei orçamentária do Estado, a concretização dos direitos fundamentais sociais aparece como um princípio mais valioso e, na visão de Alexy²⁷⁰, tem “peso maior que razões político-financeiras”.

Não haveria razão para prestigiar as escolhas orçamentárias do poder político quando direitos mais valiosos forem relativizados e, em muitos casos, afastados das

²⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Fundamentais: Trunfos...** pp. 17-21.

²⁶⁷ ALEXY, Robert - op. cit. p. 425.

²⁶⁸ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp 790767/MG). Disponível no site oficial do tribunal: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>.

²⁶⁹ LAIN, Corinna Barrett - **Upside-Down Judicial Review** [em linha]. Richmond, Virgínia: Law Faculty Publications from University of Richmond, 2012. [Consult. 26 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<https://scholarship.richmond.edu/law-faculty-publications/46/>>.

²⁷⁰ ALEXY, Robert - op. cit. p. 513.

atribuições estatais, contrariando a fundamentalidade da norma e a própria essência dos direitos sociais.

Oswaldo Cunha Junior²⁷¹ acrescenta que a vinculação dos direitos fundamentais sociais às finanças do Estado é superada quando este orçamento não é suficiente para adimplir com todas as obrigações constitucionais, abrindo-se espaço para a aplicação do princípio da proporcionalidade na utilização do dinheiro público.

Com efeito, dada a função estritamente jurisdicional, o Poder Judicial não deve se preocupar com questões de cunho técnico contábil, mas apenas se valer do seu poder de examinar e controlar os atos do Estado no tocante à eventual lesão aos direitos fundamentais sociais. Uma vez reconhecida a lesão e determinada a irradiação material dos direitos sociais pelo Estado, a interferência ou o prejuízo nas medidas orçamentárias deve ser objeto de “rearranjo contábil” por parte dos agentes públicos competentes²⁷².

Os tribunais devem, então, apreciar o ato estatal sob a perspectiva da legalidade e da constitucionalidade, sem estar necessariamente vinculado à repercussão orçamentária da decisão. O poder de correção das escolhas públicas inapropriadas não pode estar associado a uma lei orçamentária, sob pena de esvaziar o poder de controle do Estado-juiz e, mais ainda, o poder de tutela das normas constitucionais.

4 A jurisprudência e as políticas públicas judiciais

Neste cenário de impasse jurídico e confronto entre os poderes do estado, não é difícil encontrar na jurisprudência dos principais tribunais decisões que estão alinhadas à concretização dos direitos fundamentais sociais no campo das políticas públicas.

O presente tópico vai apresentar exemplos das cortes portuguesa e brasileira, mas deixa registrado que a corte constitucional colombiana (sentença T-740/2011 apresentada no segundo capítulo)²⁷³, o tribunal constitucional sul-africano (caso *grootboom*)

²⁷¹ CANELA JUNIOR, Oswaldo - **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário** [em linha]. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. Tese de Doutorado em Direito Processual. [Consult. 04 de agosto de 2020]. Disponível na internet: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/pt-br.php>>. p. 83.

²⁷² CANELA JUNIOR, Oswaldo - op. cit. pp. 84-85.

²⁷³ SAFFON, Maria Paula; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio - **Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia** [em linha]. Rosario: Estudios Socio-Jurídicos, [S.l.], v. 13, n. 1, pp. 75-107, 2011. [Consult. 30 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1511>>.

e o alemão e a corte suprema da argentina também atuam proativamente na seara dos direitos sociais e na concretização das respectivas normas sociais.

Para Cristina Queiroz²⁷⁴, o Tribunal Constitucional português se tem mostrado tímido em relação à matéria dos direitos fundamentais sociais que se conecta com o “estado de maturidade” da doutrina, que se “mostra cautelosa na atribuição aos tribunais e ao poder judicial de uma tarefa de conformação de natureza social”.

Relativamente ao mínimo social ou existencial, o Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 177/02, julgou inconstitucional norma do Código de Processo Civil que permitiu a penhora de até 1/3 das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra regalia social (entre outras).

Pode-se estar diante de uma decisão ativista, pois os fundamentos para a declaração de inconstitucionalidade estão relacionados com a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e com noção de mínimo de dignidade ou “mínimo de subsistência condigna com a sua dignidade de pessoa”²⁷⁵.

No âmbito do direito à saúde, o TC já decidiu, através do Acórdão nº 39/84, que o direito social à saúde é um direito com natureza jusfundamental e que a existência de um Sistema Nacional de Saúde (SNS) é um dever constitucional que o Estado deve assumir e concretizar.

Não se trata de uma decisão que estabelece uma política social voltada para o campo do direito à saúde, mas sua relevância se impõe diante do controle judicial das normas e medidas estatais que privam o acesso e até mesmo a efetividade do SNS. Para o TC, a preservação do SNS é uma consequência lógica da preservação do direito social à saúde.

A jurisprudência portuguesa traz exemplos de controle judicial posterior à intermediação legislativa e com alcance apenas no campo das políticas sociais já definidas pelo poder público. Sendo assim, o comportamento proativo, se existir, estará quase sempre associado ao *non facere* estatal e a sua capacidade de ofender direitos jusfundamentais pela quebra do dever de abstenção.

²⁷⁴ QUEIROZ, Cristina - op. cit. pp. 190-191.

²⁷⁵ A íntegra do acórdão pode ser consultada no site oficial do Tribunal Constitucional: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020177.html>>.

A abstenção integra o que Novais²⁷⁶ classifica como dimensão negativa dos direitos sociais. Nesse contexto, o Estado assume um dever de não realizar determinados atos ou tomar certas medidas que eventualmente obstem o acesso aos direitos já garantidos, como foi o caso da revogação parcial do SNS e da permissão de penhora parcial das aposentadorias e demais proventos.

Esta dimensão negativa remete ao estudo do princípio da proibição do retrocesso, que consiste na proibição do Estado de interferir negativamente em direitos sociais já consagrados. Cria-se uma espécie de resistência constitucional aos direitos sociais impedindo que eles sejam ofendidos por atos do poder público²⁷⁷.

Na jurisprudência brasileira, o controle judicial das políticas sociais é considerado mais abrangente, por alcançar a dimensão positiva dos direitos sociais e, por corolário, se aproxima ainda mais da doutrina ativista. Esse é o caso, por exemplo, da decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de obrigar que determinadas entidades municipais matriculem crianças com até 5 anos de idade em creches e pré-escola²⁷⁸.

Trata-se do Recurso Extraordinário nº 410715/SP, no qual o STF reconheceu a educação infantil como direito fundamental de toda criança, considerando inconstitucionais as “avaliações meramente discricionárias da Administração Pública ou as razões de puro pragmatismo governamental” que comprometem a concretização do respectivo direito²⁷⁹.

A corte brasileira afirmou que a atribuição de formular e executar as políticas públicas são primariamente do Poder Executivo e do Poder Legislativo, mas é permitido ao Poder Judiciário implementar, excepcionalmente, políticas públicas definidas pela própria Constituição, em casos especiais de inadimplemento por parte do Estado, “cuja omissão (...) mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”.

O julgamento do STF referendou decisão de instâncias judiciais inferiores e admitiu que, excepcionalmente, o Poder Judicial pode sim concretizar direitos fundamentais

²⁷⁶ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 238-239.

²⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 240-241.

²⁷⁸ RAMOS, Elival da Silva - op. cit. p. 269.

²⁷⁹ A íntegra do acórdão pode ser consultada no site oficial do Supremo Tribunal Federal: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95128/false>>.

sociais através da imposição de políticas públicas cuja inércia injustificada do poder público impediu de implementar.

Na Ação de Inconstitucionalidade n. 3.768-4/DF²⁸⁰, a Corte superior brasileira julgou a compatibilidade do artigo 39º, do Estatuto do Idoso, que garante a gratuidade dos transportes públicos urbanos e semiurbanos aos que tem 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, com a Lei Fundamental, mais especificamente com o artigo 230º, § 2º, que estabelece praticamente o mesmo direito.

Nesse particular, o controle judicial foi capaz de garantir a constitucionalidade do direito assegurado na lei infraconstitucional, assegurando-se a gratuidade do transporte sem qualquer obstáculo, ainda que não houvesse medidas de compensação às empresas privadas.

Em suas razões de decidir, o STF invocou a proteção ao idoso com fundamento no direito ao mínimo existencial, que, naquela oportunidade, traduzia-se na necessidade de garantir a regra constitucional caracterizada como direito fundamental social.

No Brasil, é muito comum também que os juízes e tribunais brasileiros, no âmbito do direito à saúde, decidam no sentido de condenar o poder público a conceder medicamentos, procedimentos médicos (como exames e cirurgias), além de outros, autorizando, inclusive, o bloqueio de bens públicos para garantir o cumprimento da decisão.

No Agravo de Instrumento nº 5023874-76.2020.4.04.0000²⁸¹, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Brasil), determinou-se o fornecimento de medicamento, mesmo após a negativa do poder público. Na decisão, o tribunal estabelece que o Estado tem o dever de assegurar a realização do direito à saúde em todas as suas manifestações, inclusive com a concessão de medicamentos de alto custo, desde que comprovada a imprescindibilidade do fármaco.

Quando os juízes e tribunais estabelecem a concessão de medicamento ou a realização de procedimentos médicos e os associam ao direito social à saúde, mostra-se

²⁸⁰ A íntegra do acórdão pode ser consultada através do link: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>>.

²⁸¹ A íntegra do acórdão pode ser consultada no site oficial do TRF4: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=%201>>.

inegável o papel judicial na concretização deste direito e o seu protagonismo através da implementação de uma política pública social.

No campo do acesso ao direito à saúde, a jurisprudência brasileira atravessa uma linha muito tênue entre aquilo que é ou não considerado ativismo. Sob o ponto de vista dos conceitos apresentados no segundo capítulo desta pesquisa, as decisões ativistas necessitam implementar particularidades, como a expansão do poder político-normativo, a interpretação constitucional adaptada às frequentes mutações sociais e o propósito de sobrepor decisões genuinamente políticas.

Esse é o caso da decisão do STF no RE nº 566471/RN²⁸², no qual a corte suprema decidiu que é constitucional o fornecimento pelo Estado, em caráter excepcional, de medicamentos de alto custo que não constam do programa de dispensação do Sistema Único de Saúde (SUS).

Na ocasião, fixou-se que, embora determinado medicamento não seja escolhido para dispensação pelo Estado, esta opção não pode violar o direito fundamental social à saúde. Sendo assim, para acessar o remédio o postulante deve implementar os seguintes requisitos:

“i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema.”

Não há consolidação doutrinária a respeito da natureza ativista deste julgamento, mas a intenção de superar uma decisão política e concretizar o direito fundamental à saúde através de uma medida não escolhida pelo poder originariamente competente levam ao debate sobre o comportamento ativista do STF.

Em 2015, o STF já havia se posicionado a favor do fornecimento de medicamentos a pessoas portadores do vírus HIV ou VIH. No Ag.Reg. no RE nº 831.385/RS²⁸³, a Corte brasileira defendeu que:

²⁸² A íntegra do acórdão pode ser consultada no site oficial do Supremo Tribunal Federal: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>>.

²⁸³ A íntegra do acórdão pode ser consultada através do link: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8143345>>.

“O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”

Trata-se de uma decisão com potencial ativista, embora a doutrina não a classifique explicitamente como tal, tendo em vista a evidente intenção de sobrepor uma decisão política na seara dos direitos sociais e assegurar a aplicação imediata de normas que, a princípio, possuem natureza programática.

CAPÍTULO IV: A REPERCUSSÃO DA CRISE ECONÔMICA PÓS-PANDEMIA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E O ATIVISMO JUDICIAL

Os direitos fundamentais sociais, como já assinalado, são normas de natureza jusfundamental que estabelecem um comando ao poder público no sentido de exigir prestações capazes concretizar o direito ali exposto, como a implementação de um serviço nacional de saúde ou a instituição de uma rede básica de ensino.

Essas prestações se concretizam por intermédio de políticas públicas e compreendem a vontade política através da alocação dos recursos públicos em determinadas áreas. A tarefa de escolher o direito e a dimensão da concretização que será agraciada pelos recursos públicos está diretamente conectada com a capacidade financeira do Estado, que revela um dos principais obstáculos para a implementação das normas sociais.

Por conta disso, alguns autores tratam os direitos sociais como direitos de “alto custo” e que dependem de uma “economia forte” para serem efetivamente concretizados. Nessa perspectiva, Estados subdesenvolvidos implementariam menos ou até mesmo nenhum direito social, devido ao problema econômico que os afeta, ao passo que apenas as grandes economias teriam de observar as exigências das normas jusfundamentais.

Vicente de Paulo Barreto²⁸⁴ classifica esse argumento como uma falácia, tendo em vista que a realização dos direitos sociais é um dever associado à própria essência do Estado democrático de direito e não pode estar condicionado ao poder econômico do país.

²⁸⁴ BARRETO, Vicente de Paulo - **Reflexões sobre os Direitos Sociais** [em linha]. Coimbra: Boletim de Ciências Económicas XLVI da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. [Consult. 05 de agosto de 2020]. Disponível na internet: <<http://hdl.handle.net/10316.2/24867>>. p. 132.

Independentemente de ter uma economia forte ou não, a concretização dos direitos fundamentais sociais deve estar inserida nos planos orçamentários e financeiros do país que integra um Estado democrático de direito e que persegue a justiça social, a solidariedade, a igualdade e o bem-estar social.

No entanto, o cenário muda quando a capacidade financeira é prejudicada não pela economia fraca, mas por uma crise econômica ou recessão. A escassez de recursos produzida pela crise tem características diferentes e vai impactar diretamente na implementação e na preservação dos direitos fundamentais em comento.

Tomando como exemplo o Brasil, que atravessa uma crise econômica de larga proporção desde 2008, a escassez de recursos resultou na diminuição da proteção correspondente aos direitos fundamentais sociais. Por meio da Emenda Constitucional nº 95, o Estado brasileiro alterou o texto constitucional para permitir uma limitação ao crescimento das despesas durante 20 anos, impedindo avanços previstos para a saúde e educação e diminuindo as políticas sociais em curso, já que houve substancial redução dos recursos públicos para os setores.

Em consequência disso, uma das medidas de concretização do direito fundamental social à educação, o Financiamento Estudantil (FIES), teve alcance reduzido quase à metade, comprometendo o acesso das pessoas em condições de vulnerabilidade às instituições educacionais de ensino superior²⁸⁵.

A crise econômica também afetou países europeus, como Portugal. Entre os anos de 2010 e 2014, o país atravessou uma profunda crise que desencadeou uma série de alterações legislativas com o intuito de gerir o período de instabilidade. Por meio da Lei nº 55-A/2010 (Lei do Orçamento do Estado para 2011), a Assembleia da República promoveu uma redução remuneratória aos trabalhadores do setor público, afetando diretamente o direito fundamental social ao trabalho.

Não obstante as crises internas desencadeadas pela crise global de 2008, os Estados estão sob ameaça iminente de uma crise ainda maior, devido aos impactos da crise sanitária oriunda da pandemia do Novo Coronavírus (Covid-19). A pandemia teve início em

²⁸⁵ <https://www.cartacapital.com.br/educacao/mec-muda-regras-do-fies-e-anuncia-reducao-de-vagas/>.

fevereiro de 2020 e, em virtude das recomendações de isolamento social e quarentena, a economia de quase todos os países sofreu impactos substanciais.

Conforme o guia visual do impacto econômico da COVID-19 elaborado pela BBC de Londres²⁸⁶, a crise econômica afetou o mercado de ações, aumentou o número de desempregados, além de colocar os países em risco iminente de recessão.

Repercutindo o estudo elaborado pelo professor Nuno Fernandes, o jornal Público divulgou recentemente que a economia portuguesa deve sofrer impacto negativo de 4,5% do PIB ou superior, sendo que em um cenário otimista a contração da economia será cerca de 2,9%²⁸⁷.

No Brasil, a previsão dos especialistas é de um déficit orçamentário de 607%, o que representa uma redução de quase R\$ 877 (oitocentos e setenta e sete) bilhões de reais²⁸⁸. Em uma economia enfraquecida e em um Estado que já vinha promovendo alterações no âmbito dos direitos sociais, a crise desencadeada pelo novo coronavírus tende a impactar drasticamente a realização de um Estado de bem-estar social.

A crise econômica tem o condão de afetar a realização dos direitos sociais já consagrados, assim como aqueles que ainda estão em processo de efetivação, influenciando o campo de aplicação da reserva do financeiramente possível, do mínimo social e, principalmente, do princípio da proibição do retrocesso.

Em razão do princípio do acesso à justiça e do controle judicial das medidas adotadas pelo poder público, as ações estatais influenciadas pelo período de instabilidade econômica não deixarão de ser objeto de análise judicial. Trata-se de uma manifestação inequívoca da judicialização da política com o potencial de produzir decisões judiciais ativistas.

O ativismo judicial, portanto, assume papel preponderante no controle das medidas políticas adotadas em tempos de crise, controlando a constitucionalidade das alterações promovidas pelo Estado no âmbito dos direitos fundamentais sociais e assegurando que princípios sensíveis da Lei Fundamental sejam efetivamente observados.

²⁸⁶ <https://www.bbc.com/news/business-51706225>.

²⁸⁷ <https://www.publico.pt/2020/03/23/economia/noticia/economia-portuguesa-sofrer-impacto-negativo-45-pib-superior-1909088>.

²⁸⁸ <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/08/pandemia-eleva-previsao-de-deficit-em-607-para-r-877-bilhoes>.

1. A reserva do financeiramente possível em tempos de crise econômica

A doutrina diverge quanto à natureza da reserva do possível, se é teoria, cláusula ou um princípio jurídico, mas não há divergência a respeito da sua capacidade de criar um obstáculo considerável à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Isso acontece porque, em sua essência, os direitos sociais nascem dependentes de medidas do Estado que os tornem não só determináveis, mas também que os definam e os implementem através de políticas públicas ou políticas de cunho social.

Todas essas prestações ou medidas devem estar conectadas com a austeridade, com o cumprimento do orçamento estatal e com o compromisso com a efetiva utilização do dinheiro público. É neste ponto que a reserva do possível, em sua perspectiva financeira, influencia as alocações ou as escolhas políticas.

Consoante destaca Ana Carolina Lopes Olsen²⁸⁹, considerando a lógica da reserva do financeiramente possível, “os recursos econômicos se tornam escassos para um fim porque houve uma decisão política que os manejou para outro”, desta forma, a escassez de recursos é considerada artificial, pois é produto da escolha política das autoridades competentes.

Esta decisão política é considerada por Guido Calabresi e Philip Bobbitt²⁹⁰ como escolhas trágicas (*tragic choices*), pois, ao entregar ao representante da vontade popular o dever de escolher o destino das alocações públicas em tempos de escassez, coloca-se em debate os valores básicos de cada sociedade e produz um conflito ainda mais complexo que as próprias escolhas.

As decisões trágicas levam em consideração os múltiplos destinos que o dinheiro público pode alcançar, como a compra de máquinas para hemodiálise ou a compra de equipamentos bélicos em tempos de guerra. A escolha deve integrar um procedimento complexo de atos que devem ponderar a relevância dos destinos além dos valores e ideias básicos de cada sociedade - as escolhas trágicas podem tomar contorno distintos, a depender da sociedade em questão.

²⁸⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes - op. cit. pp. 191.

²⁹⁰ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip - **Tragic Choices: The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

Daniel Sarmento²⁹¹ complementa que a respectiva teoria também proporciona uma “reserva do possível fática”, que consiste na “capacidade financeira do Estado de arcar com a universalização da prestação material postulada, para todas as pessoas que estiverem nas mesmas condições daquele que a requereu”.

Com efeito, não obstante a carência artificial de recursos provocada pelas “escolhas trágicas”, há que se falar também em uma escassez fática desencadeada pelo princípio da igualdade, no qual o Estado não pode dispensar suas economias para assegurar o direito de uma pessoa ou de certo grupo de pessoas quando suas reservas não seriam suficientes para concretizar o direito de potenciais novos demandantes.

A reserva do possível é um obstáculo à realização de direitos sociais quando as alocações públicas deixam de alcançar determinadas circunstâncias implementadoras destes direitos produzindo uma escassez artificial de recursos, esta considerada não apenas a falta de dinheiro para aquele setor, mas a ausência de recursos suficientes para cobrir a universalidade de pessoas.

Sob o ponto de vista da escassez de recursos, Jorge Reis Novais²⁹², como observado em capítulo anterior, considera a reserva do possível como uma limitação imanente ao próprio direito fundamental social, na medida em que a escassez produzida pela atividade do poder público invade o “plano jurídico” dos referidos direitos.

Vicente de Paulo Barreto²⁹³ discorda desta visão, ao acreditar que “estabelecer uma relação de continuidade entre a escassez de recursos públicos e a afirmação de direitos acaba resultando em ameaça à existência de todos os direitos”, tendo em vista que, como já observado nesta pesquisa, não só os direitos sociais geram custos para o Estado, mas também qualquer outro direito de natureza fundamental.

Jorge Miranda²⁹⁴ acredita que a abundância de normas e a escassez de recursos “poderá resultar a conveniência de estabelecer diferentes tempos, graus e modos de efectivação dos direitos”. Em sua visão, a escassez de recursos não pode manter a efectivação dos direitos estagnada, devendo o Estado “determinar com que prioridade e em que medida o deverão ser (implementados)”.

²⁹¹ SARMENTO, Daniel - op. cit. p. 1673.

²⁹² NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** p. 99.

²⁹³ BARRETO, Vicente de Paulo - op. cit. p. 133.

²⁹⁴ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional...** p. 434.

Olsen²⁹⁵ concorda com esta última visão ao escrever que a escassez artificial, produzida pelas opções políticas referente às alocações dos recursos públicos, não pode proporcionar um limite à existência dos direitos sociais, mas apenas à sua efetividade.

Por sua vez, Martins²⁹⁶ considera uma posição intermédia, na qual a escassez artificial (vinculada à reserva do possível) será um limitador externo. Entretanto, em se tratando de uma escassez real, a limitação será interna, por não ser produto direto das “escolhas trágicas”.

Em um cenário de crise econômica ou recessão, o Estado passa a produzir não apenas escassez artificial, mas uma escassez real ou natural. Isto é, a falta de recursos públicos não está associada ao simples fato de o poder público ter realizado as escolhas políticas que julgava financeiramente conveniente, mas em virtude de uma perda do poder econômico.

Diante dessa carência, a própria aplicação da teoria da reserva do possível passa a sofrer impactos, já que proporcionará um aumento no campo dos direitos não alcançados pelas políticas e alocações públicas (quanto menos dinheiro, menos direitos são implementados).

Não obstante, considerando que a teoria em comento serve para equilibrar o uso dos recursos públicos com fundamento nos princípios do direito financeiro, a perda do poder econômico e a carência real de capital servem como argumento para uma utilização mais acentuada da reserva do possível, criando ainda mais barreiras para a concretização dos direitos fundamentais sociais.

O impacto da crise tende a fazer com que a reserva do possível tenha uma abrangência ainda maior, proporcionando não somente a não efetivação de direitos a consagrar, mas também a não preservação ou a redução de direitos sociais já consagrados, tudo por conta da carência de recursos.

Outrossim, considerando-se a perspectiva da escassez real como limitação imanente aos direitos fundamentais sociais, como acima proposto, a crise econômica é, por

²⁹⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes - op. cit. pp. 192.

²⁹⁶ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 2436.

si só, capaz de provocar a perda de direitos sociais ou a sua extinção do plano jurídico proposto.

Acolhendo-se a ideia de que a carência real de recursos públicos cria uma limitação que invade diretamente o plano jurídico dos direitos que deles dependem, não há dúvidas que, em tempos de recessão, o Estado se depare com a extinção de direitos sociais.

Contudo, a realização do Estado de bem-estar social não pode estar adstrita a situações radicais e nem mesmo estar vulnerável à aplicação de teorias que colocam em risco a sua própria existência. Antes de tudo, o Estado social assume a responsabilidade de garantir a solidariedade e a justiça social, como prevê, por exemplo, a Constituição da República Portuguesa.

Pensando nisso, o Comitê da ONU, responsável pelas demandas envolvendo os direitos econômicos, sociais e culturais, o ComDESC, já relatou que a simples alegação de circunstâncias econômicas desfavoráveis não é suficiente para afastar a realização dos direitos fundamentais sociais. De acordo com o relatório, é exatamente nessas circunstâncias desfavoráveis que o Estado parte deve preservar os direitos sociais, sobretudo da população vulnerável²⁹⁷.

A reserva do possível é uma teoria essencial para a manutenção da saúde financeira do Estado, sendo a escassez moderada uma circunstância razoável que pode, de certa forma, proporcionar a não efetivação de direitos. Esta teoria ganha proporções ainda maiores em tempos de crise, nomeadamente em virtude da carência real de recursos públicos, mas que deve ser ponderada, principalmente neste cenário e no tocante às pessoas vulneráveis, já que a realização dos direitos sociais pretende estabelecer justiça e igualdade social e não o contrário.

Dentro desta conjuntura, no qual a reserva do financeiramente possível deve estar associada à própria ideia de austeridade, surge também a discussão a respeito do uso dos recursos públicos em obediência ao princípio da justiça intergeracional ou princípio da sustentabilidade estadual.

²⁹⁷ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 2: International technical assistance measures (Art. 22 of the Covenant), 2 February 1990, E/1990/23, available at: <<https://www.refworld.org/docid/47a7079f0.html>> [accessed 31 July 2020].

Os referidos princípios compreendem a noção de direitos da geração futura em relação à geração presente e ganha mais destaque em tempos de recessão econômica, uma vez que os recursos são muito mais escassos e a responsabilidade estatal é ainda maior, já que o uso inadequado do dinheiro público pode afetar não só a geração presente como aquela que está por vir.

A bem da verdade, há relevante debate doutrinário a respeito da existência de direitos das futuras gerações, da sua identidade ou falta dela e até mesmo a capacidade de serem exigidos. Entretanto, o princípio já integra os principais debates travados no seio acadêmico e influenciam não só o legislador como também os órgãos julgadores.

O princípio da justiça ou solidariedade intergeracional tem mais destaque no direito ambiental e está previsto em Constituições, como a portuguesa (artigo 65º, d) e a brasileira (artigo 225º). Quanto à sua aplicação no domínio dos recursos públicos, o Tribunal Constitucional já decidiu, no Acórdão nº 353/2012²⁹⁸, que o princípio em questão se relaciona com os limites qualitativos ao endividamento do Estado, reconhecendo que “a solidariedade (artigo 1.º) entre os que estão vivos não pode ser vivida de forma a excluir a solidariedade para com o futuro”.

Esse limite qualitativo, associado aos princípios constitucionais, substitui a ausência de limites quantitativos, isto em relação à CRP, mas, segundo a melhor doutrina, não se aproxima da ideia de que o seu artigo 19º permite a restrição de direitos sociais em tempos de crise ou recessão econômica²⁹⁹.

Para estes, o artigo 19º foi elaborado em outro contexto e não serve para direcionar o legislador e o executivo em um cenário de instabilidade econômica. Sendo assim, faz-se necessário modificar o comando constitucional ou acrescentar um dispositivo capaz de estabelecer um estado de necessidade econômico-social ou econômico-financeiro.

Com efeito, dispensada a aplicação do artigo acima citado, o princípio da justiça ou solidariedade intergeracional vem sendo consagrado pelo Tribunal Constitucional como fundamento legítimo “para credenciar medidas restritivas de direitos sociais, quer num

²⁹⁸ A íntegra do Acórdão pode ser consultada através do seguinte link: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>.

²⁹⁹ BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. pp. 40-41. Versão ebook.

contexto de crise económico-financeira (cfr. Acórdão nº 187/2013), quer a propósito da convergência do sistema de pensões (cfr. Acórdão nº 3/2010)³⁰⁰.

Desse modo, além dos impactos antes assinalados, a instabilidade económica coloca em destaque a necessidade de as “escolhas trágicas” considerarem também os direitos da futura geração, ou melhor, o seu direito à realização dos direitos sociais quando chegar a sua oportunidade.

2. A correlação com a teoria do mínimo social

A teoria do mínimo social ou do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais é tema de grande relevância na doutrina. Como observado no capítulo III, o mínimo social representa uma ferramenta que mitiga as dificuldades enfrentadas pelos direitos sociais no momento de sua implementação, garantindo-se que determinado conteúdo do direito seja concretizado.

Na visão do STF, o mínimo social compreende “o conjunto das condições primárias sociopolíticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais”³⁰¹. John Rawls³⁰² acrescenta que o conjunto que forma o conteúdo essencial dos direitos deve ser capaz de suprir “(...) as necessidades básicas de todos os cidadãos (...)”.

O filósofo americano ensina que o mínimo social deve alcançar não apenas os níveis de sobrevivência, mas também de garantias mínimas que permitam ao cidadão “um certo nível de bem-estar material e social e de treinamento e educação”, sob pena de “as pessoas simplesmente não podem(rem) participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais”³⁰³.

É dizer, uma sociedade livre e igual depende necessariamente da concretização dos princípios de justiça, que sucedem um princípio que determine a garantia do mínimo

³⁰⁰ BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. p. 24. Versão ebook.

³⁰¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.768-4/DF. A íntegra da decisão pode ser consultada no link: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>>.

³⁰² RAWLS, John - **Justiça como equidade: uma reformulação**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 67.

³⁰³ RAWLS, John - **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000. p. 172.

social. Em sua visão, não se trata apenas do mínimo vital, mas ao mínimo necessário para o desenvolvimento fisiológico, psicológico, político, social e cultural da pessoa³⁰⁴.

No *general comment* n. 3, de 1990, o Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos Econômicos e Sociais (ComDESC) elaborou um documento que serviu como referência para o estudo do mínimo social. Neste relatório, o respectivo comitê escreveu que:

“com base na vasta experiência obtida pelo Comitê, assim como pelo organismo que o precedeu, ao longo de um período de mais de uma década de exame dos relatórios dos Estados-partes, o Comitê é da opinião de que um núcleo mínimo de obrigações (*minimum core obligations*) para assegurar a satisfação de níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos é incumbência de cada Estado-parte”³⁰⁵.

No fundo, o coletivo vinculado à ONU pretendeu estabelecer a necessidade de preservar o conteúdo essencial dos direitos sociais, diante da dificuldade de concretização ampla de cada uma dessas normas, e reconheceu como mínimo social o conjunto de “gêneros alimentícios essenciais, de cuidados essenciais de saúde, de abrigo e habitação básicos ou das mais básicas formas de educação”.

Flávio Martins³⁰⁶ recorda também que a teoria do mínimo existencial ganhou força após os trabalhos do *International Commission of Jurists* (ICJ), que representa um coletivo de juristas em prol dos direitos humanos.

No *Report of the expert’s roundtable concerning issues central to the proposed optional protocol to the international covenant on economic, social and cultural rights*³⁰⁷, o ICJ defendeu a necessidade de exigir dos Estados-parte um “*Minimum Core Obligations*”, isto é, obrigar os Estados a “fornecer os direitos previstos na convenção em um nível mínimo essencial aos seguimentos mais vulneráveis da sociedade e garantir que não haja discriminação no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais”.

Ainda que existam críticas à teoria do mínimo social, como faz Katharine Young³⁰⁸ ao destacar que “os críticos do *minimum core* entendem que a diminuição de tais

³⁰⁴ RAWLS, John - **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. pp. 64-68.

³⁰⁵ A íntegra do documento pode ser consultada através do seguinte link: <<https://www.refworld.org/pdfid/4538838e10.pdf>>.

³⁰⁶ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 2941.

³⁰⁷ A íntegra do documento pode ser consultada através do seguinte link: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/03/ICESCR_roundtable_27_09_2002.pdf>.

³⁰⁸ YOUNG, Katharine G. - **The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content** [em linha]. Boston: Boston College Law School Faculty Papers. Yale International Law Journal, n.

direitos para um núcleo essencial prejudica os objetivos mais amplos dos direitos econômicos e sociais, ou identifica uma determinação que não se concretiza”, prevalece a ideia de que a referida teoria deve ser preservada como ferramenta de garantia da cidadania e da democracia³⁰⁹.

Não menos importante, o *minimum core* também está conectado com o princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecendo que os direitos fundamentais sociais, em sua concepção essencial, assumem uma proteção jurídica particular e devem ser preservados como verdadeiros direitos básicos³¹⁰.

Martins³¹¹ acrescenta que dentro da noção de mínimo social existe a dimensão do “mínimo do mínimo”, que compreende o direito à educação. Nessa condição, prestigiar o direito social à educação possibilita “concretizar a progressividade da implantação dos direitos sociais, na medida em que a sociedade estará cada vez mais instrumentalizada para exigir e até mesmo implementar diretamente muitos dos direitos constitucionalmente previstos”.

Prestigiar o direito fundamental social à educação como “mínimo do mínimo” significa garantir que os demais direitos sociais sejam efetivamente implementados, por intermédio da participação popular instruída e conhecedora dos deveres constitucionais do Estado.

Diante desta ideia, a doutrina majoritária defende que o mínimo social aproxima os direitos fundamentais sociais da natureza de direito subjetivo, tendo em vista que a aplicação desta teoria pretende estabelecer deveres vinculantes ao Estado na implementação do conteúdo essencial dos respectivos direitos³¹².

Muito embora esta seja uma garantia de grande valia para o rompimento dos obstáculos enfrentados para a concretização dos direitos sociais, a sua aplicação depende de uma análise mais precisa dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não apenas

33, pp. 113-175, 2008. [Consult. 08 de julho de 2020]. Disponível na internet: <<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1920&context=lsfp>>. p. 132.

³⁰⁹ RAWLS, John - **O liberalismo...** p. 255.

³¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de - **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011. p. 296.

³¹¹ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 4490.

³¹² ALEXY, Robert - op. cit. p. 502.

em virtude da natureza jurídica dos direitos em questão, mas especialmente quando se estiver em debate a escassez de recursos públicos.

O mínimo social não pode servir “a todo custo ou a qualquer preço”. Não se trata de uma ferramenta mágica que vai oportunizar a implementação de qualquer direito e em qualquer circunstância, sem que ao menos seja realizado um exercício de ponderação e razoabilidade.

Em um cenário de crise econômica, os recursos financeiros do Estado ultrapassam o limite da escassez moderada, desencadeada pelas “escolhas trágicas”, e se tornam restritos a circunstâncias ainda mais particulares. Isto é, à medida em que o capital disponível pelo Estado se torna cada vez mais limitado, o mínimo social passa a não servir como fundamento exclusivo e apto para prestigiar determinado direito ou determinada situação jurídica.

A teoria do mínimo social foi construída sob a lógica do Estado detentor de recursos suficientes para implementar o mínimo essencial dos direitos. Desse modo, a ausência de capital suficiente para cobrir até mesmo as despesas com o mínimo social reflete um problema muito mais sensível aos olhos do Direito.

Com efeito, em tempos de recessão, o mínimo social perde parte da sua força jurídica e pode não ser suficiente para proteger o conteúdo essencial dos direitos sociais, sobretudo se estiver em foco a limitação imanente proporcionada pela escassez real de recursos públicos.

Na prática, reconhecer a aplicação da teoria para relativizar a reserva do possível, como é feito em um cenário comum, não seria suficiente para garantir a efetivação dos direitos sociais em tempos de crise econômica, pois o que impede a implementação do conteúdo essencial não são as escolhas políticas tomadas pelo poder públicos, mas a incapacidade financeira do Estado.

Nesse sentido, como ressalta Susan Rose-Ackerman³¹³, a carência de recursos é um elemento fático, desse modo, “se não existirem na sociedade os recursos necessários para a garantia de prestações ligadas ao mínimo existencial, simplesmente não haverá alquimia

³¹³ ROSE-ACKERMAN, Susan - **Análise econômica progressista do direito: e o novo direito administrativo**. In: MATTOS, Paulo; PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga (orgs.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 243.

jurídica que possa contornar o limite, que não é imposto pelo Direito, mas pela própria realidade”.

Jorge Reis Novais³¹⁴ também reconhece que, em períodos de crise, a proteção do mínimo social, sobretudo em sua dimensão absoluta, sofre impactos consideráveis, devendo o Estado estabelecer opções políticas e prioridades no campo desta garantia, mas nada impede que, em certas ocasiões, a proteção generalizada se torne inviável.

Com efeito, não sendo possível implementar todas as prestações que fazem parte do mínimo social, “propôs-se o critério de dar prioridade às prestações materiais que garantam os funcionamentos democraticamente pertinentes que são pré-requisitos para outros e, em seguida, para aqueles que habilitem os cidadãos a, por meios próprios, realizar outros funcionamentos”³¹⁵.

Ingo Sarlet³¹⁶ estabelece não apenas os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da garantia do mínimo social em tempos de crise, como também destaca o protagonismo do princípio da eficiência administrativa. Em sua ótica, a escassez de recursos deve servir como baliza para a realização do mínimo, na medida em que propõe alternativas políticas capazes de minorar os prejuízos e assegurar uma proteção alinhada com os deveres estabelecidos constitucionalmente.

Robert Alexy³¹⁷ é ainda mais enfático em relação à necessidade de preservar os mínimos sociais mesmo em tempos de crise. Enquanto os autores citados apresentam uma solução no campo da ponderação das escolhas políticas e da necessidade de estabelecer uma conexão entre as prioridades e os deveres constitucionais, o filósofo alemão rechaça por completo a “objeção de que a existência de direitos fundamentais sociais definitivos - ainda que mínimos - tornaria impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise e poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional”.

Em sua perspectiva, “a extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas”, o que pode provocar uma deficiência na distribuição dos

³¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 206-207.

³¹⁵ CORDEIRO, Karine da Sila - **Direitos Fundamentais Sociais, Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial: O Papel do Poder Judiciário** [em linha]. Porto Alegre: repositório da PUC do Rio Grande do Sul (tese de doutorado), 2016. [Consult. 09 de julho de 2020]. Disponível na internet: <<http://hdl.handle.net/10923/8512>>. p. 300.

³¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang - op. cit. p. 309.

³¹⁷ ALEXY, Robert - op. cit. p. 513.

recursos. Contudo, “é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível”³¹⁸.

Veja-se que o núcleo essencial não deve depender de recursos financeiros para existir juridicamente. Reconhecer que determinada circunstância integra o mínimo social de um direito não necessita da análise econômica e do orçamento do Estado, pois decorre da própria norma constitucional.

A razão de existir da garantia ao mínimo social é a necessidade de o Estado promover uma sociedade igualitária, onde os cidadãos possam ter acesso aos direitos básicos e, com isso, participar racionalmente do processo político democrático³¹⁹.

A instabilidade econômica revela um óbice de grande relevância no campo dos direitos fundamentais sociais, mas essa objeção deve ser considerada em sua perspectiva mais equilibrada e mais protecionista possível, especialmente quando se está em debate a preservação do mínimo social, apenas podendo interferir quando prioridades mais essenciais forem prestigiadas pelo poder público.

3. A proibição do retrocesso social em tempos de crise econômica

A proibição do retrocesso social é tratada pela doutrina como um princípio jurídico que cria um obstáculo à limitação ou à diminuição dos direitos fundamentais sociais já concretizados ou de certa forma efetivados pelo poder público.

Canotilho³²⁰ elucida que, de acordo com este princípio, “o núcleo essencial do direito social já realizado ou efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que (...) se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial”.

O autor português fundamenta a força da proibição do retrocesso com base no princípio da democracia econômica e social, que impõe ao Estado a concretização das normas econômicas e sociais, de modo a desenvolver uma sociedade democrática, conforme determinam os artigos 2º e 9º da CRP³²¹.

³¹⁸ ALEXY, Robert - op. cit. p. 513.

³¹⁹ RAWLS, John - **O liberalismo...**

³²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional...** pp. 339-340.

³²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional...** p. 338.

Nesse sentido, a vedação ao retrocesso social nada mais é que uma proibição à “contra-revolução social” ou “evolução reacionária” dos direitos sociais já consagrados na legislação e que, por corolário, passaram “a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo”, estabelecendo “um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alicerçadas”³²².

Ingo Sarlet³²³ esclarece que esta limitação jurídica do legislador alcança “toda e qualquer forma de redução das conquistas sociais, mesmo quando realizadas única e exclusivamente no plano da legislação infraconstitucional densificadora do princípio da Justiça e do Estado Social”.

Portanto, o campo de proteção da vedação ao retrocesso abrange não só as normas constitucionais sociais, mas também normas infraconstitucionais produtos da atividade do legislador conformador e do poder público concretizador dos direitos jusfundamentais.

Conforme Christian Courtis³²⁴, a regressividade pode ser aplicada sob a perspectiva dos resultados de uma política pública (a regressividade de resultados) ou sob a perspectiva das normas jurídicas (a regressividade normativa).

No que se refere à regressividade de resultados, o autor escreve que a política pública é regressiva quando apresenta resultados piores em relação ao parâmetro inicial das medidas governamentais em vigor. Por seu turno, a regressividade normativa é avaliada sob a ótica do nível de proteção empregado pela norma anterior em relação à norma posterior - se piorou ou não³²⁵.

A aferição do primeiro sentido da regressividade consiste em um trabalho hercúleo para a atividade judicial, nomeadamente quando os critérios de avaliação são desenvolvidos pelo próprio poder público implementador da política pública. Essa mesma dificuldade não é encontrada no segundo sentido, quando os critérios são mais acessíveis ao

³²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional...** pp. 338-339.

³²³ SARLET, Ingo Wolfgang - op. cit. p. 398.

³²⁴ COURTIS, Christian - **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad em materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. pp. 3-4.

³²⁵ COURTIS, Christian - op. cit. pp. 4 e 6.

controle judicial, bastando-se a análise comparativa de eventuais limites, restrições, reduções ou condicionantes estabelecidos pela norma impugnada à norma vigente³²⁶.

O princípio também se relaciona com a ideia de progressividade, na medida em que os direitos sociais não seriam concretizados de uma só vez, impondo aos Estados a necessidade de garantir uma gradualidade em sua realização.

Novais³²⁷ defende que essa progressividade deve respeitar a reserva do financeiramente possível, identificada pela disponibilidade estatal dos correspondentes recursos e a correspondente definição política de prioridades de alocação de recursos existentes.

O princípio da proibição do retrocesso está presente em vários Estados, tendo maior aceitação nos países latino-americanos. Na França, a referida teoria é conhecida como “*effet cliquet*” e teve maior aplicação nos anos 80, especialmente no tocante ao direito à liberdade de comunicação, como julgou o *Conseil Constitutionnel* (Décision n° 84-181 DC de 11 de outubro 1984)³²⁸.

Entretanto, o “abandono” desta teoria ou a sua aplicação moderada se impôs diante da necessidade de a corte francesa renunciar a uma regra geral de “retrocesso”, estabelecendo que ela deve ser usada apenas em grau reservado, isto é, apenas para alguns direitos específicos³²⁹.

O fim do “*effet cliquet*” tem como pressuposto a liberdade do legislador de modificar ou revogar textos anteriores, rejeitando a ideia de que um efeito sem valor constitucional criasse obstáculo aos poderes políticos (estariam sempre subordinados a conferir mais proteção e determinar mais avanços), além do fato de ser incompatível com a natureza dos direitos sociais e econômicos³³⁰.

O Tribunal Constitucional português, por seu turno, já proferiu decisões mais ampliativas sob a perspectiva da aplicação abrangente da proibição do retrocesso, como no

³²⁶ COURTIS, Christian - op. cit. pp. 7 e 42.

³²⁷ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** p. 243.

³²⁸ CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique - **Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques?** [em linha]. Jus Politicum, n. 7. [Consult. 10 de julho de 2020]. Disponível na internet: <<http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-a-t-il-une-conception-des-libertes-publiques-402.html>>.

³²⁹ CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique - op cit.

³³⁰ CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique - op. cit.

acórdão n° 39/84, mas, posteriormente, estabeleceu uma jurisprudência mais próxima de uma leitura restritiva, como nos acórdãos n° 101/92 e n° 509/2002, neste último invocando o princípio da alternância democrática e a “revisibilidade das opções político-legislativas”³³¹.

Benedita Mac Croirie³³² destaca o Acórdão n° 3/2010, no qual o TC estabelece uma “acepção restrita (ao princípio da proibição do retrocesso), valendo, por conseguinte, apenas quando a alteração redutora do conteúdo do direito social se faça com violação de outros princípios constitucionais”.

A mesma autora observa que a Corte portuguesa tende a reconhecer a vedação ao retrocesso quando há violação ao mínimo para a existência condigna (Acórdão n° 509/2002) ou ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais (Acórdão n° 188/2009)³³³.

Jorge Miranda e José de Melo Alexandrino³³⁴ apontam que o Acórdão n° 590/2004 foi considerado como aquele que estabeleceu o “real abandono da doutrina da proibição do retrocesso (...) e o abandono implícito da interessante doutrina das cláusulas específicas de proibição do retrocesso”, instituindo uma nova acepção para o princípio no campo da revisibilidade das opções legislativas e da necessidade de assegurar a concretização do conteúdo mínimo dos direitos sociais.

Por se tratar de mais uma construção jurídica alemã, cuja constituição não estabelece explicitamente os direitos sociais, Jorge Novais³³⁵ defende que este princípio não tem aplicação prática nas ordens constitucionais que consagram os direitos sociais como fundamentais, pois a própria proteção jurídica dispensada a esses direitos já seria suficiente para superar as dificuldades e defendê-los contra retrocessos³³⁶.

³³¹ A íntegra da decisão pode ser consultada através do link: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>.

³³² CROIRIE, Benedita Mac - **Os direitos sociais em crise?** In A Crise e o Direito Público: VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-políticas, 2013. Pedro Gonçalves; et al. (Coordenadores). [Consult. 04 de agosto de 2020]. Disponível na internet: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf>. p. 37.

³³³ CROIRIE, Benedita Mac - op. cit. p. 38.

³³⁴ MIRANDA, Jorge; ALEXANDRINO, José de Melo - **As Grandes Decisões dos Tribunais Constitucionais Europeus: Portugal** [em linha]. Lisboa: Universidade de Lisboa. [Consult. 04 de agosto de 2020]. Disponível na internet: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Miranda-Jorge-Alexandrino-Jose-de-Melo-Grandes-decisoes-dos-Tribunais-Constitucionais-Europeus.pdf>>. p. 24.

³³⁵ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 247-249.

³³⁶ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 246-247.

3.1 A proteção constitucional conferida à vedação ao retrocesso

Sob o ponto de vista da proteção constitucional, Martins³³⁷ entende que, embora não haja previsão explícita na Constituição brasileira, a proibição do retrocesso “visa assegurar o direito à segurança jurídica, ou seja, é a garantia da irretroatividade da lei, impossibilitando que ela modifique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

No Brasil, a proteção contra a retroatividade das leis está contida no artigo 5º, XXXVI, da CF, que determina ser vedado à lei prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

O direito adquirido diz respeito ao direito já incorporado ao patrimônio jurídico do seu titular e que está em condições de ser exercido; o ato jurídico perfeito “é aquele que se aperfeiçoou, ou seja, que reuniu todos os elementos necessários à sua formação, considerando a lei anterior”; já a coisa julgada “pode ser definida como o efeito do trânsito em julgado da sentença de mérito, que torna imutável e indiscutível a conclusão última do raciocínio do juiz”³³⁸.

No Direito Constitucional português, também não há menção expressa ao princípio, sendo que a vedação à retroatividade das leis está prevista no artigo 18º, da CRP. Em seu nº 2, o legislador se preocupou com as leis restritivas de direitos, estabelecendo que elas só poderão “restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Em seguida, o nº 3 do mesmo artigo ressalta que “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

Catarina Botelho³³⁹ entende que o referido princípio “assentaria em vários princípios ínsitos ao Estado de Direito”, como a proteção da confiança (artigo 2º da CRP), princípio da igualdade (artigo 13º da CRP) e o princípio da proporcionalidade (artigo 18º, nº 2 da CRP).

³³⁷ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 5071.

³³⁸ MORAES, Alexandre; et al. - **Constituição Federal Comentada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. pp. 347-348.

³³⁹ BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. p. 58. Versão Ebook.

Outra proteção conectada como o princípio em comento diz respeito às cláusulas pétreas. Conforme o artigo 60º, § 4º, IV, da CF brasileira, não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Em que pese a menção apenas aos direitos e garantias individuais, prevalece na doutrina brasileira o entendimento de que os direitos sociais também foram contemplados pela proteção constitucional³⁴⁰.

Segundo Mendes³⁴¹, a teoria ampliativa ou extensiva das cláusulas pétreas, no entanto, não admite que os direitos criados pelo poder constituinte reformador sejam assim protegidos. Em sua visão, as referidas cláusulas “se fundamentam na superioridade do poder constituinte originário sobre o de reforma. Por isso, aquele pode limitar o conteúdo das deliberações deste. Não faz sentido, porém, que o poder constituinte de reforma limite-se a si próprio”.

Com efeito, direitos sociais estabelecidos após a promulgação da Carta política brasileira não estão contemplados pela proteção das cláusulas pétreas, como acontece com o direito social à moradia, incluído pela emenda constitucional nº 26/2000, e o direito social ao transporte, incluído pela emenda nº 90/2015.

A CRP, neste ponto, foi mais extensiva e ampliou o limite à revisão constitucional aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e aos direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais (artigo 288º).

3.2 Um princípio implícito nas Leis Fundamentais?

Parte da doutrina considera a vedação ao retrocesso social como um princípio implícito nas Constituições. Courtis³⁴² advoga que a proibição de regressividade supõe a extensão do princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica “ao campo das posições jurídicas criadas por normas e medidas de caráter social. Trata-se, em alguma medida, da consequência da adoção de um modelo de Estado de Direito de caráter social, ou Estado Social de Direito”.

Nas lições de Ingo Wolfgang Sarlet³⁴³, o princípio da proibição de retrocesso decorre de modo implícito do sistema constitucional, fundamentado pelos seguintes

³⁴⁰ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 5187.

³⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – op. cit. p. 192.

³⁴² COURTIS, Christian - op. cit. p. 18.

³⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang - op. cit. pp. 404-405.

princípios: princípio do Estado democrático e social de Direito; princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais; princípio da proteção da confiança.

O mesmo autor defende a aplicação do princípios, pois considera que negar a proteção a ele correspondente seria o mesmo que “admitir que os órgãos legislativos (...), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte”³⁴⁴.

Barroso³⁴⁵ também se filia a ideia de que a vedação ao retrocesso foi consagrada pela Constituição Federal como um princípio implícito. Em sua perspectiva, a Lei Fundamental brasileira consagra a proibição da *reformatio in pejus* no âmbito das normas sociais ao estabelecer uma proteção à segurança jurídica e ao direito adquirido.

O jurista e ministro da Suprema Corte brasileira também estabelece uma relação entre a vedação ao retrocesso e a própria eficácia das normas constitucionais, nomeadamente as de cunho fundamental. Nesse mesmo sentido, Sarlet³⁴⁶ esclarece que “a proibição de retrocesso, mesmo na acepção mais estrita aqui enfocada, também resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais”.

Com efeito, o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal do Brasil, “impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (...), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (...)”³⁴⁷.

À luz da doutrina portuguesa, Canotilho³⁴⁸ deu contributo importante na seara do princípio do não retrocesso social ao estabelecer que, “uma vez dada satisfação ao direito, este transforma-se, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele”.

Em complemento ao raciocínio do então jurista, o Tribunal Constitucional português reconheceu a proibição do retrocesso no campo do direito social à saúde,

³⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang - op. cit. p. 405.

³⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto - **O Direito Constitucional...**

³⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang - op. cit. p. 406.

³⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang - op. cit. p. 405.

³⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional...** pp. 339-340.

consagrado pela criação do Sistema Nacional de Saúde (Lei nº 56/79), e afirmou que, após o cumprimento do dever de criar institutos e sistemas para efetivar os direitos sociais, “a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição”³⁴⁹.

E acrescenta a fundamentação da seguinte maneira:

“Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”.

Ainda que não haja menção explícita, a ideia exposta se aproxima da interpretação da vedação ao retrocesso como um princípio jurídico implícito na CRP que impede a reforma em prejuízo dos direitos fundamentais sociais implementados mediante o cumprimento dos deveres constitucionais.

Pensando de forma diversa, Vieira de Andrade³⁵⁰ considera que a vedação ao retrocesso social “não pode ser tida como uma regra geral, sob pena de se colocar seriamente em risco a indispensável autonomia da função legiferante, já que não se pode considerar o legislador como órgão de mera execução das decisões constitucionais”.

Para Jorge Reis Novais³⁵¹, a respectiva teoria não teria “nem arrimo positivo em qualquer ordem constitucional, nem sustentação dogmática, nem justificação ou apoio em quaisquer critérios de simples razoabilidade”, podendo funcionar apenas como “*Leitmotiv* de luta política (*‘ni un paso atrás’*), mas não como princípio jurídico e, muito menos, de valor constitucional”.

Sobre a natureza de princípio jurídico, o autor ainda diverge com fundamento na indefinição do termo “retrocesso”, reconhecendo ser apenas um parâmetro de análise dos limites ao excesso estatal. Para ele, é possível que determinada medida estadual seja

³⁴⁹ Acórdão do tribunal Constitucional nº 39/84, relator Conselheiro Vital Moreira. Disponível no link: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>.

³⁵⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit. pp. 307-309.

³⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** p. 245.

considerada avanço para uns e retrocesso para outros, como é o caso da conversão do sistema de segurança social atual para o sistema de capitalização³⁵².

Absorvendo as críticas, Sarlet³⁵³ reconhece o caráter não absoluto do princípio implícito, devendo este ser aplicado apenas na “condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana”.

Martins³⁵⁴ considera ser um princípio de índole política, mas não jurídica, tendo em vista a incapacidade de ser preservado em circunstâncias econômicas adversas, como na impossibilidade financeira de manter intangível fundos de financiamentos públicos instituídos em tempos de pujança econômica.

Portanto, a possibilidade de afastar a aplicação da proibição do retrocesso, nos casos em que os poderes políticos emanam medidas justificáveis, retira, nas lições do professor Flávio Martins, a natureza de princípio jurídico e o coloca como um princípio político.

Esse fato, no entanto, não facilita a atuação irrestrita do poder público, uma vez que a luta política contra a reversibilidade dos direitos sociais alcança dimensões importantes no cenário político atual, apresentando-se como obstáculos difíceis de serem ultrapassados, notadamente no âmbito da deliberação parlamentar.

Catarina Botelho³⁵⁵ concorda com o argumento de que não se trata de um princípio jurídico e acrescenta que a proibição do retrocesso sequer possui autonomia, uma vez que ele está associado a outros fundamentos e princípios constitucionais, tais como: a proteção da confiança, o princípio da proporcionalidade, a reserva do possível, o mínimo para uma existência condigna ou a justiça intergeracional.

Em sua obra, a autora portuguesa faz uma crítica ao retrocesso como princípio, defendendo que a Constituição é “um quadro normativo aberto” no qual há espaço para mudanças políticas sem que haja necessariamente violação constitucional. Isto é, segundo suas lições, a Lei Fundamental deve garantir que as futuras gerações possam manipular as

³⁵² NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** pp. 243-244.

³⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang - op. cit. p. 407.

³⁵⁴ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 5430.

³⁵⁵ BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. p. 58. Versão Ebook.

normas constitucionais, sobretudo aquelas que dizem respeito aos direitos sociais, por pura observância ao princípio democrático³⁵⁶.

3.3 O reflexo da crise econômica na proteção jurídica atribuída pelo princípio

A crise econômica produz impactos também no âmbito de aplicação da proibição do retrocesso dos direitos fundamentais sociais e repercutem até mesmo no debate a respeito da natureza jurídica do princípio.

Desta maneira, “as crises econômicas recentes decretaram o enfraquecimento substancial da proibição do retrocesso”³⁵⁷, colocando em discussão a questão da autonomia do princípio, a sua aplicação irrestrita e, não menos importante, a capacidade de interferir nas decisões político-legislativas.

O professor Canotilho³⁵⁸ destaca que o princípio do retrocesso social “nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança”.

Em uma obra seguinte, o mesmo autor reconhece a dificuldade de manter intangível a força do princípio, nomeadamente no cenário econômico atual, que desafia “a bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, (e) parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social”³⁵⁹.

Jorge Novais³⁶⁰ compreende que, em tempos de crise, pode-se admitir um “aparente retrocesso pontual” quando o motivo for a redução “dos níveis de acesso de um determinado grupo ou camada da população a um certo benefício pode ser justificada pelo aumento dos níveis de acesso a um outro grupo ou camada social ao mesmo ou a um outro direito social”.

Ingo Wolfgang Sarlet³⁶¹ também admite que, “num contexto de crise econômica e incremento dos níveis de exclusão social”, no qual o Estado se depara com “problemas na esfera da arrecadação de recursos que possam dar conta dos reclamos na esfera da proteção

³⁵⁶ BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. p. 23. Versão Ebook.

³⁵⁷ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 5518.

³⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional...** p. 339.

³⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 111.

³⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais...** p. 243.

³⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang - op. cit. p. 408.

social”, a proibição de retrocesso não pode resultar numa vedação absoluta à atividade legiferante ou do poder executivo.

Em sua ótica, “qualquer medida que tenha por objeto a promoção de ajustes, eventualmente até mesmo de alguma redução ou flexibilização em matéria de segurança social, onde realmente estiverem presentes os pressupostos para tanto” pode ser considerada legítima e compatível com os preceitos constitucionais³⁶².

Com efeito, diante dos considerandos expostos, é possível destacar que o principal impacto da crise econômica nos direitos fundamentais sociais, em sua relevância negativa (aquilo que o poder público não pode fazer), está justamente na capacidade deste cenário de declínio econômico servir como justificativa para reduzir ou suprimir direitos (ou situações fáticas de proteção destes direitos) sem violar a constituição.

Veja-se que a proibição do retrocesso, como princípio político e não jurídico, já não é, por si só, suficiente para impedir medidas regressivas no campo dos direitos sociais. Entretanto, como essas medidas devem ser razoavelmente justificadas, a crise ou a recessão econômica podem servir justamente como pressuposto implementador da razoabilidade.

Martins e Botelho³⁶³ reconhecem que o retrocesso pode ocorrer quando constitucionalmente justificável, mas impõem um limite considerável, que é o mínimo existencial dos direitos sociais ou o núcleo essencial destes direitos, estando diretamente relacionado com a dignidade da pessoa humana.

Christian Courtis³⁶⁴ também escreve que as medidas não serão consideradas justificáveis se alcançarem o mínimo social, ou seja, “ficam excluídas da possibilidade de serem justificadas as medidas regressivas que afetem o conteúdo mínimo essencial do direito em jogo”.

A doutrina alemã, no que diz respeito a um cenário de crise econômica, também estabelece que “o legislador deve lograr mecanismos e soluções sob critérios sociais, especialmente a proteção das pessoas necessitadas. Na visão de Bieback, “trata-se de um direito social de defesa contra as intervenções do Estado, o qual implica que não são

³⁶² SARLET, Ingo Wolfgang - op. cit. p. 408.

³⁶³ BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. p. 15. Versão Ebook; MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 5465.

³⁶⁴ COURTIS, Christian - op. cit. p. 40.

constitucionalmente justificáveis medidas que afetam o mínimo existencial desses grupos vulneráveis”³⁶⁵.

Ingo Sarlet³⁶⁶ concede um contributo valioso para o debate ao defender que “uma medida de cunho retrocessivo, para que não venha a violar o princípio da proibição de retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos direitos sociais”, especialmente no tocante às atividades relacionadas com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em acórdão proferido no ano de 2002 (Acórdão nº 509/2002), a Corte Constitucional portuguesa também reconheceu certa garantia de estabilidade aos direitos sociais consolidados pelo Estado português, a saber:

a) uma garantia mínima, no que se refere à proibição feita ao legislador de pura e simplesmente destruir o nível mínimo adquirido; b) uma garantia média, quando se exige às leis ‘retrocedentes’ o respeito pelo princípio da igualdade (como proibição do arbítrio) e do princípio da proteção da confiança; c) uma garantia máxima, apenas nos casos em que se deve concluir que o nível de concretização legislativa beneficia de uma tal ‘sedimentação’ na consciência da comunidade que deve ser tido como ‘materialmente constitucional’³⁶⁷.

Trata-se, em verdade, da aplicação (limitada) do princípio da vedação ao retrocesso social, estando até mesmo associada a outros princípios, o que, como observado, retira parte da autonomia da proibição do retrocesso e, de certa forma, passa a estar dependente da análise das demais circunstâncias jurídicas.

Jorge Reis Novais³⁶⁸ elucida que a aplicação da proibição do retrocesso com reservas nada mais seria que a imposição de observação dos limites à retrocessão dos direitos fundamentais. Para ele, “basta considerar o elenco de princípios ou critérios a que a concepção da proibição relativa recorre para limitar o legislador que retrocede, para imediatamente se perceber que se trata, pura e simplesmente, dos chamados limites aos limites dos direitos fundamentais”.

Assim, dispensável seria a aplicação da proibição do retrocesso social com as reservas referidas, tendo em vista a abrangência da proteção constitucional conferida aos

³⁶⁵ BIEBACK - *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen* *apud* FRANCO, Ana María Suárez - Los límites constitucionales a las medidas regresivas de carácter social en Alemania: una aproximación al análisis doctrinal in: COURTIS, Christian - op cit. p. 381.

³⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang - op. cit. p. 411.

³⁶⁷ A íntegra do julgamento pode ser consultada através do link: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>.

³⁶⁸ NOVAIS, Jorge Reis - *Direitos Sociais...* p. 246.

direitos fundamentais e a necessidade de obedecer limites mínimos no momento em que o poder público pretender restringi-los.

O princípio em análise estaria, em um primeiro momento, prejudicado no tocante à sua aplicação irrestrita, tendo em vista o fenômeno da instabilidade econômica e toda a sua relação com a legitimidade do fundamento, e, em um segundo plano, vinculado a uma aplicação limitada e associada as outras circunstâncias jurídicas, como o mínimo social, que pode traduzir, em verdade, numa perda da autonomia e conseqüente inaplicabilidade no campo da reversibilidade social.

3.3.1 A vedação ao retrocesso em paralelo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Diferente da aplicação ampla e da limitada, que na presente pesquisa é resultado do cenário de crise econômica que legitima determinadas medidas regressivas dos poderes políticos, Catarina Botelho³⁶⁹ apresenta uma posição intermediária (“proibição flexiva/relativa do direito social”), permitindo-se a regressão quando “estiver em causa a tutela de um direito/valor constitucional mais forte e os atos legislativos retrocedentes forem devidamente fundamentados”.

O retrocesso seria admitido quando baseado em medidas políticas devidamente fundamentadas no princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Seria vedado o retrocesso de direitos sociais consagrados quando os atos estatais carecerem de fundamentação, ou seja, forem desarrazoados e/ou desproporcionais.

A nível internacional, há manifestação do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (ComDESC) favorável à dispensa de aplicação da regressividade com base no cenário econômico enfrentado pelo respectivo Estado, desde que a medida seja justificável ou fundamentada.

No Comentário Geral nº 3 (5ª sessão, 1990), o ComDESC destacou que “qualquer medida que signifique deliberado retrocesso haveria de exigir a mais cuidadosa apreciação e necessitaria ser inteiramente justificada com referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto do uso integral do máximo de recursos disponíveis”³⁷⁰.

³⁶⁹ BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. p. 19. Versão Ebook.

³⁷⁰ Disponível no link: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/c3.html>>.

Trata-se do respeito, em um primeiro momento, ao princípio da razoabilidade, que estabelece um limite aos impactos da ação do poder público nas políticas sociais consagradas, ainda que o fundamento governamental seja a crise econômica e a escassez fática de recursos públicos.

Courtis³⁷¹ não só concorda com essa perspectiva como defende que qualquer medida capaz de fazer retroagir direitos fundamentais sociais consolidados pelo Estado deve ser considerada, preliminarmente, inconstitucional ou inválida, invertendo-se o ônus probatório para o poder público, que terá a incumbência de comprovar que as medidas foram tomadas conforme a razoabilidade.

No fundo, a norma de cunho regressivo é presumidamente inválida diante do arcabouço jurídico de proteção constitucional conferido aos direitos sociais, devendo o Estado comprovar que a medida regressiva foi justa e necessária, isto é, observou o limite imposto pelo princípio da razoabilidade.

O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, no campo do direito social à educação, defendeu uma postura semelhante à presunção de invalidade e inversão da carga probatória ao Estado implementador da norma regressiva. No comentário geral nº 13 (1999), o coletivo estabeleceu o seguinte:

“Assume-se fortemente como proibido medidas regressivas adoptadas no que respeita o direito à educação, bem como no que respeita outros direitos enunciados no Pacto. Se adoptar de forma deliberada alguma medida regressiva, o Estado Parte tem a obrigação de demonstrar que foi implantada após consideração cuidadosa de todas as alternativas e que se encontra plenamente justificada em relação à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto do aproveitamento pleno do máximo dos recursos de que disponha o Estado Parte”.

No tocante ao comentário geral nº 14, que diz respeito ao direito fundamental social à saúde, o ComDESC manteve o comportamento no sentido de estabelecer “uma forte presunção de que não são admissíveis as medidas regressivas”, tendo o Estado Parte “a obrigação de demonstrar que foi implantada após consideração cuidadosa de todas as alternativas e que se encontra devidamente justificada”.

Gerardo Pisarello³⁷², ao comentar sobre a não regressividade no direito espanhol, destacou decisão do Tribunal Constitucional (STE 184/1993, FJ 6) em direção à necessidade

³⁷¹ COURTIS, Christian - op. cit. pp. 29-30.

³⁷² PISARELLO, Gerardo - **Derechos sociales y principio de no regresividad en España**. In COURTIS, Christian - op cit. p. 323.

de a medida regressiva ser razoável e provida de justificação objetiva sob pena de ser inválida. Na ocasião, a Corte espanhola considerou que tal controle seria capaz de excepcionar a regra da não intervenção judicial em questões com capacidade de alterar o equilíbrio econômico-financeiro do sistema.

A análise da razoabilidade da medida ou norma regressiva não parece fácil, sobretudo porque apresenta uma noção indefinida. Rodolfo Arango³⁷³, no contexto da admissão de restrições aos direitos sociais e ao seu conteúdo essencial, entende que o exame do princípio da razoabilidade é indispensável, podendo se traduzir na medida regressiva que não discrimina pessoas ou grupos específicos; garante uma política pública de desenvolvimento progressivo do direito afetado; a respectiva política deve se executar em um prazo razoável; a medida restritiva se sustenta em um processo decisório racional.

Jorge Miranda³⁷⁴ lembra que o exame da razoabilidade depende da análise do caso em concreto e “importa atender às pessoas que são afetadas pela medida legislativa e o maior ou menor peso ou custo que sobre elas recai”. É dizer, a condição das pessoas é estritamente necessária na aferição do aspecto onerosidade e razoabilidade da medida restritiva imposta.

O TC português se filia a este posicionamento e acrescenta a força do princípio da igualdade no exame do arbítrio ou da discricionariedade do poder público. É o que se vê no Acórdão nº 186/90, quando a corte decidiu que “o princípio da igualdade, entendido como limite objectivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a realização de *distinções*. Proíbe-lhe, antes, a adopção de medidas que estabeleçam distinções *discriminatórias*, ou seja, desigualdades de tratamento *materialmente infundadas*, sem qualquer *fundamento razoável*”³⁷⁵.

De outro modo, Martins³⁷⁶ também defende a aplicação do princípio da proporcionalidade na análise das medidas restritivas dos direitos fundamentais sociais. Em sua visão, a proporcionalidade é avaliada sob três critérios: “1) adequação; 2) necessidade; e 3) proporcionalidade em sentido estrito”.

³⁷³ ARANGO, Rodolfo - **Prohibición de retrocesso en Colombia**. In: COURTIS, Christian - op cit. pp. 169-170.

³⁷⁴ MIRANDA, Jorge - **Direitos Fundamentais...** p. 344.

³⁷⁵ A íntegra do julgamento pode ser consultada através do link: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900186.html>>.

³⁷⁶ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 5857.

A adequação, nas palavras de Vitalino Canas³⁷⁷, “pode traduzir-se no poder do juiz constitucional de examinar positivamente se o meio é adequado ou no poder de examinar negativamente se ele é inadequado” e, ainda, “se a formulação positiva prevalecer, a questão que lhe é colocada formula-se da seguinte forma: tem a norma capacidade intrínseca para atingir ou fomentar o fim fixado (...)?”.

No que se refere à necessidade, como critério de avaliação da proporcionalidade, o mesmo autor define que “meio necessário é aquele cuja alternativa ou alternativas não são consideravelmente menos interferentes e/ou não prometem intensidade de satisfação aproximadamente igual ou superior”. Em sua visão, “o segmento da necessidade ocupa o ‘centro geométrico’ ou ‘nevrálgico’ da proibição do excesso e é o que mais frequentemente serve de fundamento para a invalidação de normas em ordens jurídicas como a portuguesa”³⁷⁸.

O critério necessidade é aferido conforme a comparação de outro meio ou outras alternativas que seriam hipoteticamente menos interferentes que a norma sob exame. Canas³⁷⁹ leciona que se trata de uma concepção “ainda difusa, dela ressaltando pouco mais do que os conceitos operativos e os critérios essenciais para a operação de comparação central à necessidade: alternativas disponíveis, intensidade de satisfação e intensidade de interferência, maior, igual ou menor satisfação ou interferência”.

Neste cenário, o TC, através do Acórdão n° 396/2011, julgou proporcional a medida que reduzia as remunerações do setor público, entendendo que a norma respeitava o critério da necessidade, na medida em que, ponderadas as eventuais medidas alternativas, designadamente as que produziriam efeitos de abrangência pessoal mais alargada, as reduções remuneratórias não seriam “excessivas, em face das dificuldades a que visam fazer face. Justificam esta valoração, sobretudo, o seu carácter transitório e o patente esforço em minorar a medida do sacrifício exigido aos particulares, fazendo-a corresponder ao quantitativo dos vencimentos afectados”³⁸⁰.

³⁷⁷ CANAS, Vitalino - **O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos**. Lisboa: Repositório da Universidade de Lisboa, 2016. [Consult. 15 de julho de 2020]. Disponível na internet: <<http://hdl.handle.net/10451/26307>>. p. 616.

³⁷⁸ CANAS, Vitalino - op. cit. p. 648.

³⁷⁹ CANAS, Vitalino - op. cit. p. 649.

³⁸⁰ A íntegra do julgamento pode ser consultada através do link: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>>.

Da mesma forma, o Tribunal de Estrasburgo, como lembra Botelho³⁸¹, decidiu ser possível a aplicação de medidas econômicas ou sociais que venham a reduzir direitos já consagrados, desde que haja comprovação do interesse público alcançado, não sendo considerada desproporcional uma medida transitória e com a finalidade de diminuir os prejuízos de “uma emergência financeira excepcional”.

Nomeadamente em relação ao último critério de aferição da proporcionalidade, Canas³⁸² ensina que “a proporcionalidade e.s.e. de uma norma legislativa alcança-se ou apura-se através da realização de uma operação de ponderação bilateral ou plurilateral e não meramente unilateral”, ou seja, “operação de ponderação peculiar à proporcionalidade e.s.e. é apenas uma das formas possíveis de ponderação, integrando a grande família da ponderação”.

No campo desta ponderação, Crsitina Queiroz³⁸³ defende um comportamento garantista do legislador em relação ao princípio da proibição de insuficiência. É dizer, as medidas do legislador conformador podem ser consideradas proporcionais, ainda que sejam regressivas ao ponto de reduzir ou suprimir padrões de proteção já alcançados, desde que preserve “um nível mínimo de proteção constitucionalmente adquirido”, isto é, não ofenda o princípio da proibição de insuficiência.

Gomes Canotilho³⁸⁴, por sua vez, trata o princípio da proporcionalidade (em sentido amplo) como o princípio da proibição do excesso e o destaca como sendo digno de princípio constitucional. O fundamento para esta afirmação, entretanto, não está consolidado, ora sendo o princípio do estado de direito, ora sendo a sua própria conexão com os direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, na medida em que a proporcionalidade se compromete a criar obstáculos para os excessos do poder público, a proibição da insuficiência também visa evitar que eventuais medidas regressivas deixem de preservar minimamente situações fáticas consolidadas no ordenamento jurídico.

Em conclusão, extrai-se de tudo que foi analisado que o controle das medidas consideradas regressivas para o Estado Social se aproxima da aplicação dos princípios da

³⁸¹ BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. p. 41. Versão Ebook.

³⁸² CANAS, Vitalino - op. cit. p. 749.

³⁸³ QUEIROZ, Cristina - op. cit. p. 221.

³⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional...** p. 266.

razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo uma utilização direta do princípio da vedação ao retrocesso social como um limite jurídico intransponível.

O fenômeno da crise econômico-financeira demonstrou ser substancialmente relevante para a alteração das situações jurídicas abarcadas pelos direitos sociais já consagrados, sendo certo que o limite imposto pela proibição do retrocesso não tem o condão de relativizar as normas regressivas, ao passo que o controle da fundamentação destas mesmas normas, à luz da razoabilidade e da proporcionalidade, revela uma função constitucional inescusável.

3.4 A reversibilidade social e o princípio da proteção da confiança legítima

O controle da reversibilidade social não abrange apenas o rol de proteção jurídica atinente aos direitos adquiridos, como destacado lá atrás, mas também as expectativas legitimamente criadas, por força da aplicação do princípio da confiança e da sua identidade com o princípio da segurança jurídica³⁸⁵.

Trata-se de mais um limite imposto às medidas regressivas no campo dos direitos fundamentais sociais que, diferente da vedação ao retrocesso em sua concepção ampla, ganhou mais destaque em Portugal durante a crise econômica de 2010 a 2014 e foi objeto de análise na chamada “jurisprudência da crise” do Tribunal Constitucional.

Catarina Botelho³⁸⁶, ao reconhecer a possibilidade de regresso dos direitos sociais em tempos de crise, defende haver certas restrições à diminuição ou até a supressão dos direitos, que, em sua visão, está muito mais conectada com a ideia de proteção da confiança e do subprincípio da segurança jurídica do que com a ideia exposta pelo princípio da vedação ao retrocesso social.

Arango³⁸⁷, por seu turno, influenciado pela jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, estabelece uma conexão direta entre a proibição do retrocesso e o princípio da confiança legítima. Para a corte, o princípio da confiança legítima está fundamentado em três pressupostos:

“(i) a necessidade de preservar de maneira peremptória o interesse público; (ii) uma desestabilização certa, razoável e evidente na relação entre a administração e

³⁸⁵ BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. p. 20. Versão Ebook.

³⁸⁶ BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. pp. 27-29. Versão Ebook.

³⁸⁷ ARANGO, Rodolfo - op. cit. 158.

os administrados; e (iii) a necessidade de adotar medidas por um período transitório que se adequem à atual situação e à nova realidade”³⁸⁸.

A confiança legítima se destaca no âmbito daquilo que as doutrinas alemãs e portuguesas denominam por retroatividade inautêntica. Gomes Canotilho³⁸⁹ ensina que esta modalidade de retroatividade ocorre quando a norma superveniente incide sobre situações ou relações jurídicas existentes, ainda que a nova norma tenha a pretensão de produzir efeitos estritamente *ex nunc*.

A jurisprudência brasileira trata o tema como “retrospectividade” e o relaciona ao caso das normas que disciplinam, por exemplo, estatutos jurídicos dos servidores públicos e regras previdenciárias para aposentadoria. Na visão do STF, a retrospectividade é admitida pela Constituição Federal, diferente do tratamento conferido à retroatividade autêntica³⁹⁰.

Para Canotilho³⁹¹, a proteção da confiança não pode ser dispensada, devendo a irretroatividade inautêntica ser limitada pelas regras do direito transitório, como acontece com “a entrada gradual em vigor da lei nova; dilatação da *vacatio legis*; disciplina específica para situações, posições ou relações jurídicas imbricadas com as ‘leis velhas’ e com as ‘leis novas’”.

Nesse sentido, Botelho³⁹² faz um esclarecedor comentário sobre o Acórdão nº 356/1991 do Tribunal Constitucional. No aresto, a corte decidiu que “o princípio da confiança garante inequivocamente um mínimo de certeza e segurança das pessoas quanto aos direitos e expectativas legitimamente criadas no desenvolvimento das relações jurídico-privadas (...)”, não sendo admitido pela Carta Política que uma norma afete “de forma inadmissível, intolerável, arbitrária ou desproporcionalmente onerosa aqueles mínimos de segurança e certeza que as pessoas, a comunidade e o direito têm de respeitar”.

Mais recentemente, como ressalta Martins³⁹³, o mesmo TC, no acórdão n. 862/2013, “deixou claro que há proteção constitucional não apenas contra a retroatividade autêntica, mas também contra a retroatividade inautêntica, embora em menor medida”. Na ocasião do julgamento, a corte fundamentou que “o princípio da proteção da confiança pode,

³⁸⁸ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-660 de 2000. Disponível no site oficial do tribunal: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/>>.

³⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional...** p. 262.

³⁹⁰ ADC 29/DF, ADC 30/DF, ADI 4.578/DF. Disponíveis no site oficial do STF: <<http://portal.stf.jus.br/>>.

³⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional...** p. 263.

³⁹² BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. p. 33. Versão Ebook.

³⁹³ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 6087.

pois, ser mobilizado nas situações da chamada retrospectividade, ainda que o valor jurídico da confiança possa ter aí um menor peso do que nas situações de verdadeira retroatividade”.

Entretanto, a aplicação do princípio da confiança deve considerar um nível de ponderação que seja capaz de determinar se a medida regressiva viola uma expectativa legítima e, em caso positivo, se ela é substancialmente relevante para a comunidade e para o direito.

Desse modo, o próprio Tribunal Constitucional português, no Acórdão 128/2009, elencou quatro requisitos a serem verificados no processo de ponderação, a saber:

“(i) é necessário que o Estado, em especial, o legislador, ‘tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados ‘expectativas’ de continuidade; (ii) seguidamente, tais expectativas devem ser ‘legítimas, justificadas e fundadas em boas razões’; são as já denominadas ‘expectativas consistentes’; (iii) adicionalmente, ‘devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva da continuidade do ‘comportamento’ estadual; (iv) a terminar, é ainda exigido ‘que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa’”³⁹⁴.

O tribunal ainda acrescentou, no Acórdão nº 794/2013, que “a tutela constitucional da confiança, por sua natureza, não pode ser considerada entrave a qualquer alteração legislativa passível de frustrar expectativas legítimas e fundamentadas dos cidadãos”. Com efeito, “só poderá utilizar-se a ideia de proteção da confiança como parâmetro constitucional nas situações em que a sua violação contraria a própria ideia de Estado de Direito, de que aquela constitui um corolário”³⁹⁵.

Como observado, a aplicação do respectivo princípio teve maior respaldo durante a jurisprudência da crise, entre os anos de 2010 e 2014, nos quais a Corte portuguesa decidiu sobre temas como reduções nas remunerações dos funcionários públicos, suspensão do pagamento do subsídio de férias e de natal, ou o aumento da jornada de trabalho dos trabalhadores que exercem funções públicas.

Na ocasião dos julgamentos, o TC propôs um exercício de ponderação para analisar, no âmbito do controle de constitucionalidade das normas regressivas, se a ofensa à

³⁹⁴ A íntegra do julgamento pode ser consultada através do link: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090128.html>>.

³⁹⁵ A íntegra do julgamento pode ser consultada através do link: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130794.html>>.

proteção da confiança era mais relevante que o interesse público refletido nas medidas normativas, especialmente no tocante à manutenção e sustentabilidade do Estado Social.

No Acórdão nº 187/2013, a corte fundamentou a constitucionalidade da suspensão do pagamento de férias ou equivalente de aposentados e reformados, promovidas pela Lei de Orçamento do Estado para 2013 (Lei nº 66-B/2012), ao estabelecer um processo lógico de ponderação, conforme o seguinte destaque:

“Sendo certo que se verificam, de forma clara e em grau elevado, todos os pressupostos exigíveis do lado da confiança, a dúvida só pode residir na relevância do interesse público que determinou a alteração legislativa, questão que remete para um controlo de proporcionalidade em sentido estrito, e para uma ponderação entre a frustração da confiança, com a extensão de que esta se revestiu, e a intensidade das razões de interesse público que justificaram a alteração legislativa”³⁹⁶.

Em seguida, no Acórdão nº 474/2013, o Tribunal Constitucional, utilizando-se do exercício da ponderação, declarou inconstitucional parte do Decreto nº 177/XII da Assembleia da República no que se refere à ampliação do rol de motivos que justifica a extinção do vínculo laboral dos trabalhadores em funções públicas com fundamento em razões de índole objetiva.

Em suas razões de decidir, prestigiando-se a tutela constitucional do princípio da confiança, a corte decidiu não haver “fundamento que permita considerar a presença de razões de interesse público com peso prevalecente sobre a confiança gerada pela expectativa legítima reforçada de defesa relativamente ao afastamento do despedimento sem justa causa subjetiva”³⁹⁷.

Com efeito, em tempos de crise econômica e financeira, já experimentadas pelo Estado português, o controle da reversibilidade social se alinha com a ideia defendida por Catarina Botelho no sentido de que deve haver um controle de constitucionalidade das medidas regressivas à luz dos princípios da proteção da confiança, da proporcionalidade e da garantia do mínimo social, todos com respaldo na jurisprudência do TC.

³⁹⁶ A íntegra do julgamento pode ser consultada através do link: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>.

³⁹⁷ A íntegra do julgamento pode ser consultada através do link: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130474.html>>.

4. O ativismo judicial como instrumento de fiscalização das medidas políticas influenciadas pela crise pós-pandemia

Consoante destacado nesta pesquisa, a atuação judicial deve superar, por si só, vários obstáculos para apreciar a matéria dos direitos fundamentais sociais. Enquanto em alguns Estados esses direitos são mais justiciáveis, em outros a justiciabilidade é restrita ou até mesmo vedada.

No caso francês, por exemplo, os direitos sociais estabelecidos na Constituição “não têm o mesmo destaque dos direitos individuais, de primeira dimensão, não podendo ser jurisdicionalizados”³⁹⁸.

Da mesma forma, “o Supremo Tribunal irlandês entende que a proibição constitucional de implantação dos direitos sociais por parte do Judiciário não evidencia um desejo de minimizar os problemas sociais, mas sim uma tentativa de reforçar a dimensão política da sua realização”³⁹⁹.

Por outro lado, em países como a Itália, o controle judicial no campo das políticas sociais é mais presente, como destaca Martins⁴⁰⁰. O jurista brasileiro recorda que o Tribunal Constitucional italiano já apreciou desde a matéria do mínimo vital incorporado ao direito social ao trabalho (sentença 41, de 1962) a análise do mínimo social como um mínimo vital ou de sobrevivência (sentença 31, de 1986).

Brasil, África do Sul, Espanha, Costa Rica e Colômbia são outros exemplos de países que permitem, em sua jurisprudência atual, a apreciação judicial da matéria envolvendo os direitos de segunda dimensão (sociais, econômicos e culturais), proferindo-se várias decisões que contribuem para o aprofundamento da temática.

A título de ilustração, a Corte Constitucional colombiana, na *Sentencia* T-199/16, julgou que “O mínimo vital é concebido na jurisprudência constitucional como um direito fundamental que tem como característica ser qualitativo, pois supõe que cada qual viva de acordo com o status adquirido durante sua vida”⁴⁰¹.

³⁹⁸ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 3013.

³⁹⁹ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 3019.

⁴⁰⁰ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 3039.

⁴⁰¹ A íntegra do julgamento pode ser consultada através do link: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-199-16.htm>.

Na *Sentencia* 2014-2004-AA/TC, o Tribunal Constitucional peruano apresenta outra contribuição para o debate, ao julgar uma demanda envolvendo o direito fundamental social à educação. O principal fundamento para intervir na questão originariamente política e até mesmo dar razão ao mérito foi a aplicação do mínimo social como mitigador da natureza programática das normas sociais.

Na ocasião, os juízes defenderam que “as normas sociais não são meramente programáticas e com eficácia indireta, tendo em vista que sua mínima satisfação representa uma garantia indispensável para o gozo dos próprios direitos civis e políticos”. E complementou: “sem educação, saúde e qualidade de vida digna, não se pode falar em liberdade e igualdade social, fazendo com que o legislador e a administração da justiça devam pensar em seu reconhecimento de forma conjunta e interdependente”⁴⁰².

Em que pese a atuação judicial no campo das políticas públicas ser cada vez mais comum, especialmente no campo de proteção do mínimo social, não é difícil encontrar debates doutrinários e jurisprudenciais a respeito da necessidade de impor decisões cautelosas em face do Estado, nomeadamente quando se está a falar de questões políticas relacionadas com as finanças estatais ou decisões que impliquem prejuízos financeiros ao Estado em tempos de crise.

O debate travado aqui é ainda mais extenso, pois abrange não só os problemas oriundos do controle judicial das políticas sociais, como a interferência nas leis e medidas orçamentárias do Estado, como também a capacidade de as decisões judiciais prejudicarem os objetivos das medidas orçamentárias durante uma crise ou recessão econômica.

Catarina Botelho⁴⁰³ defende que uma “excessiva autocontenção” no campo do controle das políticas sociais não é compatível com o modelo constitucional dos direitos fundamentais sociais. Considerando o ordenamento jurídico português, a autora escreve que “vivemos sob a égide de uma Constituição garantista e genuinamente empenhada na promoção dos direitos sociais”.

Com efeito, a função política que afeta a jurisdição constitucional abrange a apreciação de questões desta natureza e admite que o tribunal tome “decisões políticas”, não

⁴⁰² A íntegra do julgamento pode ser consultada através do link: <https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/jurisprudencia/02016-2004-AA.html>.

⁴⁰³ BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. p. 57. Versão Ebook.

aquelas influenciadas por temas de cunho partidário, mas as que fazem referência aos temas políticos em um sentido amplo, inclusive em tempos de declínio do poder econômico⁴⁰⁴.

Maria Benedito Urbano⁴⁰⁵ trata o tema como “direito de crise ou direito voltado para as medidas anti-crise”. Em sua visão, o direito de combate à crise é possível, mas deve estar submetido apenas ao juízo de constitucionalidade, não havendo espaço para que os tribunais apreciem as medidas em sua perspectiva infraconstitucional. Isto é, a função política da jurisdição constitucional deve se ater à compatibilidade das medidas em relação à Lei Fundamental, não devendo “ser confundida com o controlo da bondade e oportunidade das opções de governação contidas nas normas sindicadas”.

Este juízo de constitucionalidade, segundo a autora, deve respeitar o princípio do *in dubio pro* medidas anti-crise e se voltar para a solução de dois problemas: i) saber se a invocação de uma crise econômico-financeira é legítima em comparação com os bens e valores constitucionais que implicam a interferência judicial; e ii) analisar “as condições que fundam ou legitimam a assunção de poderes emergenciais”⁴⁰⁶.

O foco na solução dos dois problemas apresentados revela uma certa proximidade com a ideia de razoabilidade e proporcionalidade das medidas tomadas em tempos de crise e proporciona um juízo de ponderação capaz de elucidar se a decisão política é ou não compatível com os preceitos constitucionais.

Por outro lado, a ideia do princípio do *in dubio pro* medidas anti-crise acaba por inverter a lógica do princípio da constitucionalidade prevista no artigo 3º, nº 3 da CRP, no qual são as normas que devem comprovar a sua compatibilidade com a Constituição⁴⁰⁷.

A bem da verdade, o referido dispositivo se alinha mais ao princípio do *in dubio pro justitia socialis*, ou melhor, da ideia de que as medidas restritivas de direitos sociais serão consideradas inválidas até que o Estado prove a sua compatibilização com a Lei Maior⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. p. 59. Versão Ebook.

⁴⁰⁵ URBANO, Maria Benedita - **Estado de necessidade económica e financeira e o papel do Tribunal Constitucional** [em linha]. In A Crise e o Direito Público: VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-políticas, 2013. Pedro Gonçalves; et al. (Coordenadores). [Consult. 03 de agosto de 2020]. Disponível na internet: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf>. pp. 22-24.

⁴⁰⁶ URBANO, Maria Benedita - **Estado de necessidade económica...** p. 27.

⁴⁰⁷ BOTELHO, Catarina Santos - op. cit. p. 60. Versão Ebook.

⁴⁰⁸ Caso Berçaitz, Miguel Ángel s/ jubilación, de 13.09.1974, *apud* COURTIS, Christian - op. cit. p. 41.

As decisões judiciais tomadas neste âmbito de controle tendem a servir como instrumentos de enfrentamento das escolhas políticas tomadas por determinado governo. Por essa razão, a jurisprudência constitucional da crise deve considerar toda a repercussão negativa das decisões e se reservar a apreciar os temas de cunho constitucional - como o direito das minorias - sem avançar para o campo dos interesses da oposição política.

O papel da jurisdição constitucional, neste âmbito de atuação, pode se valer da função política para proporcionar decisões ativistas em direção ao controle das medidas anti-crise cujo parâmetro seja sempre as normas constitucionais e os objetivos do Estado Social, não havendo espaço para o ativismo em seu sentido pejorativo, isto é, aquele voltado para decisões tomadas por convicções e em um cenário de enfrentamento político.

Ada Pellegrini Grinover⁴⁰⁹ reconhece a importância de o magistrado considerar toda a repercussão da decisão, especialmente por conter traços políticos, e defende uma intervenção judicial não com o objetivo de alterar pura e simplesmente as escolhas políticas, mas com o propósito de censurar “a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo poder público, devendo o juiz pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade”.

Com efeito, por se tratar de um poder independente das influências político-partidárias, o poder judicial manifesta um necessário controle das decisões políticas tomadas por órgãos dependentes, inclusive em tempos de crise. Consoante defende Osvaldo Canela Junior⁴¹⁰, sem a “expressão do poder estatal independente para a restauração da ética do uso do poder, mediante o exercício do controle de constitucionalidade, estaríamos diante de uma forma de governo arbitrária, sem limites e desvinculada completamente do compromisso democrático”.

Não haveria como preservar todos os fins do Estado de Direito se as decisões políticas, sobretudo as escolhas trágicas tomadas em uma conjuntura de crise econômica, não fossem suscetíveis de revisão por um órgão judicial. Veja-se que as escolhas políticas são tomadas por pessoas que ocupam cargos que, de certa forma, obedecem aos interesses

⁴⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini - **O controle das políticas públicas pelo poder judiciário** [em linha]. São Paulo: Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 7, n. 7, 2010. [Consult. 04 de agosto de 2020]. Disponível na internet: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. pp. 23-24.

⁴¹⁰ CANELA JUNIOR, Osvaldo - op. cit. p. 81.

do eleitorado ou de partidos políticos, ao passo que os órgãos judiciais são, por lei, alheios aos interesses políticos e obedientes àquilo que determina a Lei.

Benedita Croirie⁴¹¹ também defende a intervenção judicial, por acreditar que “quando o legislador vem introduzir alterações à lei que veio densificar a norma constitucional de direitos sociais, a alteração legislativa posterior deve ser controlada, tendo em atenção o respeito pelos princípios constitucionais fundamentais”.

Sendo assim, o simples fato de modificar o *status quo* de normas constitucionais que versam sobre direitos fundamentais sociais deve ser suficiente para legitimar a fiscalização judicial, ainda que no bojo do controle de constitucionalidade dos atos normativos.

Flávio Martins⁴¹² entende que a atividade judicial não deve se restringir a “adjudicar” direitos sociais aos indivíduos que tiveram o exercício negado pelo poder público, mas também, e especialmente, examinar “a constitucionalidade das ‘escolhas trágicas’ que ensejaram o déficit social apresentado, máxime quando irrazoáveis e desproporcionais”.

Em um cenário no qual ao ativismo judicial é necessário, o autor brasileiro ressalta ser “inequívoca a responsabilidade do Poder Judiciário no controle e fiscalização das políticas públicas, sobretudo para o cumprimento por parte do poder público do ‘mínimo existencial’ dos direitos fundamentais sociais”⁴¹³.

Conforme já destacado na presente pesquisa, uma das principais teorias que impõe dificuldades à concretização dos direitos sociais - e até mesmo a preservação da proteção já consagrada - é a reserva do financeiramente possível. Como visto, sua dimensão é ampliada em tempos de crise e, por consequência, pode refletir na interferência judicial.

O Superior Tribunal de Justiça do Brasil, em decisão proferida no AGRG no ARESP 790767/MG⁴¹⁴, entendeu que “o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao mínimo existencial, quando a escassez é resultado de um processo de escolha das atividades que serão atendidas”, o que leva a crer que a escassez real ou produto de uma

⁴¹¹ CROIRIE, Benedita Mac - op. cit. p. 44.

⁴¹² MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 4858.

⁴¹³ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 4841.

⁴¹⁴ <https://scon.stj.jus.br/SCON/>.

crise possa autorizar medidas que prejudicam direitos sociais sem que o judiciário seja capaz de impedir.

Não obstante, Jorge Silva Sampaio⁴¹⁵ lembra que invocar a teoria da reserva do possível não é suficiente para afastar a atividade judicial, “porque a ativação das reservas pode provar-se infundada, e a restrição pode, em qualquer caso, ter sido desnecessária, excessiva, desrazoável, ter afetado ilegitimamente a proteção da confiança dos particulares ou ter violado a dignidade da pessoa humana”.

A atividade judicial não pode ser diminuída em tempos de recessão econômica, nem mesmo quando há fortes argumentos conectados com a reserva do financeiramente possível. Uma coisa é afastar da apreciação do judiciário o controle das medidas anti-crise e outra é o próprio juiz considerar que a escassez de recursos, naquela exata circunstância, não pode ser superada.

Como já assinalado, será desarrazoada a utilização da teoria quando ela for o único argumento para a redução de direitos sociais de pessoas em condições vulneráveis, sendo, o Poder Judicial, o protetor dos direitos desta minoria política.

Em momentos de crise financeira ou déficit orçamentário, cabe ao judiciário, também, apreciar se as medidas anti-crise operam um retrocesso social desarrazoado e desproporcional, ou melhor, verificar se houve excessos nas alterações impostas aos direitos sociais. O Tribunal Constitucional português realizou tal análise no âmbito do denominado “limite do sacrifício”, durante a crise que atingiu Portugal entre os anos de 2010 e 2014 (vide Acórdão n° 353/2012).

Trata-se, em verdade, de um controle minucioso das medidas legislativas que impõem alterações prejudiciais aos regimes jurídicos consolidados e, por serem considerados sacrifícios aos direitos (como os dos trabalhadores em função pública), são fiscalizados à luz dos limites impostos pela Lei Fundamental de 1976.

No cenário das medidas de sacrifício e dos limites previstos na Carta Maior, caberá ao Poder Judiciário, como um dos principais intérpretes da Constituição, a análise de eventuais retrocessos excessivos e inconstitucionais⁴¹⁶. Isto é, a fiscalização judicial das medidas anti-crise não se esgota na análise de eventual prejuízo à garantia do mínimo social,

⁴¹⁵ SAMPAIO, Jorge Reis - op. cit. p. 451.

⁴¹⁶ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 5663.

mas também de normas regressivas que não implementam os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da proteção da confiança legítima.

Nas lições de Flávio Martins⁴¹⁷, quando os interesses do Estado, no intuito de minimizar os malefícios financeiros de uma crise, se voltam contra direitos fundamentais previstos na constituição, especialmente aqueles que tocam as pessoas mais necessitadas, não há dúvidas de que as escolhas orçamentárias estarão suscetíveis à fiscalização judicial.

Diante de tudo que está sendo abordado, notadamente o controle constitucional das medidas anti-crise e dos fundamentos utilizados como parâmetro de fiscalização, a Corte Constitucional colombiana concedeu um contributo importante no bojo da intangibilidade dos direitos fundamentais sociais em uma conjuntura de declínio do poder econômico⁴¹⁸.

Na ocasião, a Corte estabeleceu quatro parâmetros de controle das medidas regressivas de direitos sociais, são eles:

“Em primeiro lugar, a proibição da discriminação (por exemplo, recursos insuficientes não poderiam ser invocados para excluir as minorias étnicas ou os defensores de opositores políticos na proteção do Estado); segundo, a necessidade da medida, que exige que medidas alternativas sejam cuidadosamente estudadas e que estas sejam inviáveis ou insuficientes (por exemplo, outras fontes de financiamento foram exploradas e esgotadas); terceiro, condição de progresso futuro para a plena realização dos direitos, de tal forma que a diminuição do âmbito de proteção é um passo inevitável para que, uma vez superadas as dificuldades que levaram à medida transitória, se retome o caminho da progressividade, para que a maior satisfação da lei seja alcançada; e quarto, proibição de ignorar a mínima satisfação, porque as medidas não podem ser de tal magnitude que violem o núcleo de proteção para garantir a sobrevivência digna dos seres humanos nem podem começar com as áreas prioritárias que têm o maior impacto sobre a população”⁴¹⁹.

Com efeito, o Tribunal colombiano ressalta que o controle judicial, que naquela oportunidade proferiu decisão ativista no campo das políticas sociais, deve se ater para a preservação de interesses constitucionais, como o mínimo social, a razoabilidade da medida restritiva e o princípio da igualdade ou não discriminação.

A propósito da revisão judicial de medidas regressivas, Julieta Rossi⁴²⁰ aponta algumas circunstâncias que contribuem para a análise a ser realizada pelo órgão judicial. Em

⁴¹⁷ MARTINS, Flávio - op. cit. Posição 5707.

⁴¹⁸ Na época do julgamento da Corte Constitucional (2004), a Colômbia vive momentos de profunda instabilidade econômica, sendo considerado o pior momento financeiro do país desde a grande crise mundial dos anos 30.

⁴¹⁹ Sentencia T-025/04. A íntegra da decisão pode ser consultada através do link: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>.

⁴²⁰ ROSSI, Julieta - **La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** In COURTIS, Christian - op cit. pp. 91-92.

sua concepção, uma medida regressiva somente será judicialmente validada se o seu objetivo for garantir a preservação dos direitos sociais como um todo; se todas as alternativas possíveis tiverem sido consideradas e a medida adotada tenha sido a menos lesiva e extremamente necessária para os fins perseguidos; por fim, se a medida tiver sido adotada após o Estado ter esgotado todos os recursos disponíveis.

Trata-se, em verdade, da análise das medidas regressivas à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que não pode fugir da apreciação judicial por ser a interpretação da norma jurídica uma das atribuições do Estado-juiz.

Julieta Rossi⁴²¹ também destaca que, em um segundo momento, a análise judicial da norma regressiva deve se ater para a proteção do conteúdo essencial dos direitos. Com efeito, não há falar-se em medida válida quando o conteúdo essencial de um direito social é violado, pois, no fundo, estar-se-ia ofendendo a própria razão de existir da norma social.

A autora completa a sua intervenção estabelecendo uma conexão entre a revisão judicial e as orientações do ComDESC, especialmente quando se está em curso uma instabilidade ou recessão econômica. Neste ponto, também influenciada pelos documentos do comitê, defende um controle judicial das medidas regressivas que seja apto para impedir que, em tempos de crise, a população em estado de vulnerabilidade social seja prejudicada, assim como direitos sociais em específico, como o direito à educação básica e à moradia⁴²².

O ativismo judicial em tempos de crise deve ter o propósito de proteger os preceitos constitucionais de escolhas políticas incompatíveis com o seu texto, na medida em que afastará decisões políticas que contrariem o conteúdo essencial dos direitos sociais e são inadmissíveis diante da infundada aplicação da reserva do financeiramente possível naquela ocasião.

A atuação ativista também pode se manifestar no momento da ponderação das razões de interesse público que justifiquem medidas regressivas com a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativas, para concluir se a medida superveniente viola as expectativas legítimas e, conseqüentemente, o princípio da confiança.

Outrossim, ele será útil para retirar do ordenamento jurídico medidas anti-crise que, embora representativas de uma vontade política majoritária e em prol da redução do

⁴²¹ ROSSI, Julieta - op. cit. pp. 94-99.

⁴²² ROSSI, Julieta - op. cit. pp. 104-107.

impacto de uma recessão econômica, sejam flagrantemente desarrazoadas e/ou desproporcionais, como aquelas que não implementam o pressuposto da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Contribuindo com o tema, o Tribunal Constitucional em Portugal esclareceu que as medidas anti-crise são de extrema necessidade para que o Estado volte a desenvolver suas atividades em seu aspecto natural, mas esse fato, por si só, não pode servir como fundamento para violar princípios sensíveis do Estado de Direito. Nesse sentido, decidiu-se que:

“A Constituição não pode certamente ficar alheia à realidade económica e financeira e em especial à verificação de uma situação que se possa considerar como sendo de grave dificuldade. Mas ela possui uma específica autonomia normativa que impede que os objetivos económicos ou financeiros prevaleçam, sem quaisquer limites, sobre parâmetros como o da igualdade, que a Constituição defende e deve fazer cumprir”⁴²³.

O TC se refere à necessidade de proteger as expectativas legitimamente criadas e o princípio da igualdade, mas que, de acordo com tudo que foi apresentado na pesquisa, pode se estender para o campo de proteção de outras circunstâncias jurídicas, como a razoabilidade, a proporcionalidade e o próprio direito ao mínimo social.

Considerando o ativismo como um instrumento de controle das escolhas tomadas no contexto de uma crise econômico-financeira, a atividade judicial passa a desempenhar papel essencial na construção das medidas políticas implantadas para diminuir os impactos que afetam o poder econômico do Estado, representando o seu poder-dever de guardião da constituição e, por consequência, do Estado Social de Direito.

Ainda que haja certas restrições, que são desencadeadas pela própria crise, como é o caso da necessidade de respeitar, em certa medida, o princípio da justiça ou da solidariedade intergeracional e a teoria da reserva do possível, é apenas o órgão judicial que terá condições técnicas de desenvolver uma interpretação jurídica capaz de adequar o princípio e a teoria ao caso *sub judice*.

Veja-se que, em virtude de certa omissão judicial diante de medidas insuficientes no campo das políticas públicas, estruturas do Estado foram declaradas inconstitucionais na Colômbia e no Brasil. É claro que o tema é por demais abrangente e não caberia na presente

⁴²³ A íntegra do julgamento pode ser consultada através do link: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>.

pesquisa, mas serve como argumento para que o órgão judicial não se escuse de controlar as decisões políticas que não estejam de acordo com a Lei.

O Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) surge em consequência de anos de inércia estatal e representa uma violação complexa dos direitos humanos, dentre eles muitos direitos sociais, como a saúde e a educação. No Brasil, por exemplo, o ECI foi declarado no âmbito da estrutura dos conjuntos penais, que passaram a não ser capazes de proporcionar uma saúde mínima aos apenados e sequer garantir acesso à educação básica, além de outros problemas⁴²⁴.

⁴²⁴ STRECK, Lenio Luiz - **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. pp. 498-499.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo analisou o tema da concretização dos direitos sociais em tempos de crise sob a perspectiva do controle judicial das decisões políticas tomadas no período pandêmico, buscando-se investigar a existência de limites ao poder judicial, as medidas de ponderação utilizadas pelos tribunais e sua capacidade de interferir no orçamento do Estado durante a recessão econômica.

Os direitos sociais, por sua natureza, encontram dificuldades de efetivação em virtude da teoria da reserva do financeiramente possível e, em tempos de crise, como a desencadeada pela pandemia do Novo Coronavírus, sofre certa ampliação ao ponto de obstar a concretização de um número maior de direitos, isso porque a escassez econômica passa a ser não apenas um produto da escolha política (*tragic choices*), como também da própria escassez fática de recursos financeiros produto da recessão.

Da mesma forma, a crise econômica também é capaz de criar obstáculo à efetivação até mesmo do mínimo essencial dos direitos sociais, tendo em vista a inaplicabilidade fática da teoria do mínimo existencial em um Estado com carência de recursos, assim como reflete também na aplicação da proibição ao retrocesso social, uma vez que as medidas políticas de gestão da crise representariam fundamento idôneo à regressividade dos direitos.

Em que pese todas as dificuldades encontradas, considera-se que a aplicação do mínimo existencial e da vedação ao retrocesso não se revela totalmente inefetiva, nem mesmo em tempos de crise econômica. O mínimo social e a vedação ao retrocesso continuam presentes na visão jurídica das medidas políticas, nomeadamente sob a ótica da proporcionalidade e da razoabilidade.

É dizer, não é a simples carência de recursos que vai ser legítima para fundamentar a falta de proteção ao mínimo essencial dos direitos ou à sua regressividade. Em cada caso específico, será apreciada a razoabilidade e a proporcionalidade dos motivos escolhidos pelo poder público, prevalecendo, segundo o Comitê da ONU (ComDESC), a ponderação do mínimo existencial e a presunção de não admissibilidade das medidas regressivas de direitos sociais.

De outro modo, o Tribunal Constitucional português, na ocasião da jurisprudência da crise (2010 a 2014), firmou entendimento no sentido de preservar o

princípio da proteção da confiança, para impedir a reversibilidade de direitos sociais promovida por medidas políticas incapazes de superar as exigências constitucionais atreladas à segurança jurídica.

Todo esse movimento demanda um controle judicial não só das medidas políticas, mas também da falta delas (a inércia estatal), como forma de garantir a efetividade das normas de cunho social, notadamente em tempos de crise, que é o momento no qual o Estado precisa aparecer para preservar o mínimo social e a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, confirma-se a hipótese de que o controle não é ilimitado ou absoluto, devendo o poder judicial interferir sempre que a escolha política contrariar normas fundamentais constitucionais e apresentar motivos incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, ainda que a decisão judicial repercute na norma orçamentária oposta à crise.

O “direito da crise” existe e é uma ferramenta dos tribunais contra arbitrariedades e decisões políticas desarrazoadas e desproporcionais, mas, como destacado, o mesmo juízo de ponderação exigido para as medidas regressivas ou restritivas deve ser utilizado pelo julgador para apreciar o nível de sua intervenção, sob pena de transformar o ativismo em arbítrio judicial.

Nesse sentido, a fiscalização judicial das medidas “anti-crise” não se esgota na análise de eventual prejuízo à garantia do mínimo social, como também de normas regressivas que não obedecem aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da proteção da confiança legítima.

Considera-se, ao final, que os objetivos traçados pela pesquisa foram alcançados em sua plenitude, sendo possível estudar os principais temas atinentes à concretização dos direitos sociais e sua correlação com a atuação judicial em tempos de crise econômica.

A investigação foi capaz de apresentar um estudo acerca dos princípios e teorias jurídicas atreladas ao tema da concretização dos direitos fundamentais sociais, como a reserva do financeiramente possível, o mínimo social e a vedação ao retrocesso, e a repercussão da crise da Covid-19 na aplicação destes instrumentos no âmbito dos tribunais.

Outrossim, o estudo reuniu decisões judiciais e jurisprudências de Tribunais Constitucionais de vários Estados como forma de ilustrar o problema e permitir uma previsão a respeito daquilo que os mesmos tribunais tendem a decidir na ocasião de serem provocados para debater o tema central da pesquisa.

Trata-se de matéria com grande repercussão jurídica, social e política, tendo em vista reunir debates envolvendo o cenário atual da pandemia da Covid-19 e a efetivação das normas sociais, a aplicação da teoria da reserva do possível e do mínimo existencial, a vedação ao retrocesso e todas as questões em torno do ativismo judicial como instrumento de controle e ponderação das escolhas políticas durante a crise e o seu cenário pós-pandemia.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo - **O Impacto Jurídico da Jurisprudência da Crise** [em linha]. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014. [Consult. 12 de agosto de 2020]. Disponível na internet: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/o_impacto_juridico_da_jurisprudencia_da_crise.pdf>.

_____ - **Jurisprudência da crise: das questões prévias às perplexidades**. In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luis Pedro Pereira (orgs.) - **O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos**. Coimbra: Editora Almedina, 2014. ISBN: 978-972-40-5704-0.

ALEXY, Robert - **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. ISBN 978-85-392-0073-3.

AMARAL, Gustavo - **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-115507-7.

ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. NR 217975/04.

ANDRADE, Fernando Gomes de - **Da autolimitação ao ativismo judicial: um estudo acerca da releitura da teoria da separação dos poderes pelo poder judiciário brasileiro no Supremo Tribunal Federal** [em linha]. Lisboa: Repositório da Universidade de Lisboa, 2016. [Consult. 07 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<http://hdl.handle.net/10451/25370>>.

BALKIN, Jack M - **Constitutional Redemption. Political Faith in an unjust world**. Cambridge: Harvard University Press, 2011 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN: 978-85-309-5775-9.

BARCELLOS, Ana Paula de - **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011. ISBN: 978-857-14-7801-5.

BARRETO, Vicente de Paulo - **Reflexões sobre os Direitos Sociais** [em linha]. Coimbra: Boletim de Ciências Económicas XLVI da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. [Consult. 05 de agosto de 2020]. Disponível na internet: <<http://hdl.handle.net/10316.2/24867>>.

BARROSO, Luís Roberto - **Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática** [em linha]. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado Vol. 13, Renovar, 2009. [Consult. 05 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>.

_____ - **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo** [em linha]. Rio de Janeiro: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, nº 21, 2012. [Consult. 20 de janeiro de 2020]. Disponível na internet: <<https://doi.org/10.12957/rfd.2012.1794>>.

_____ - **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os Papeis das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais nas Democracias Contemporâneas** [em linha]. Rio de Janeiro: Revista Direito e Praxis da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. vol. 09, n. 04, 2018. [Consult. 22 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>>.

_____ - **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. ISBN: 978-850-20-9126-9.

_____ - **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed.. Editora Saraiva, São Paulo, 1999. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. ISBN 85-02-01938-4.

_____ - **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. ISBN: 85-7147-561-X.

BEDIN, Gilmar Antonio; SCHONARDIE, Elenise Felzke - **Acesso à Justiça, Direitos Humanos e Mediação**. Curitiba: Editora Multidea, 2013. ISBN 978-85-86265-54-9.

_____ - **Os Direitos Humanos e o Acesso à Justiça: Uma Análise Histórico-Conceitual de um Direito Fundamental para a Convivência Humana Pacífica** [em linha]. Ijuí: Revista Direito em Debate, v. 27, n. 50, 2018. [Consult. 02 de julho de 2020]. Disponível na internet: <<https://doi.org/10.21527/2176-6622.2018.50.75-86>>.

BIEBACK - **Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen** *apud* FRANCO, Ana María Suárez - Los límites constitucionales a las medidas regressivas de carácter social en Alemania: una aproximación al análisis doctrinal in: COURTIS, Christian **Ni un paso atrás: la prohibición de regressividad em materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. ISBN: 987-9120-90-6.

BILCHITZ, David - **Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence** [em linha]. South Africa Journal on Human Rights, 2017. [Consult. 19 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<https://doi.org/10.1080/19962126.2003.11865170>>.

BILLIMORIA, Percival; SAGAR, Faraz Alam - **Kesavananda Bharati v. State of Kerala and The Basic Structure Doctrine** [em linha]. India Corporate Law, 2017. [Consult. 12 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://corporate.cyrilamarchandblogs.com/2017/09/kesavananda-bharati-v-state-kerala-basic-structure-doctrine/>>.

BOBBIO, Norberto - **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão. Trad. Carlos Nelson Coutinho. ISBN: 978-85-352-1561-8.

BOTELHO, Catarina Santos - **Os Direitos Sociais em Tempos de Crise: Ou revisitar as normas programáticas**. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN: 9789724069197.

_____ - **Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social?** [em linha]. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, Vol. I/II, pp. 259-294, 2015. [Consult. 04 de agosto de 2020]. Disponível na internet: <<https://ssrn.com/abstract=2911142>>.

BRONZE, Fernando José - **Metodologia do Direito (Guião de um curso)**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020. ISBN: 978-989-26-1545-5.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip - **Tragic Choices: The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York: W. W. Norton & Company, 1978. ISBN: 978-039-30-9085-7.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN: 978-85-309-5775-9.

CANAS, Vitalino - **O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos**. Lisboa: Repositório da Universidade de Lisboa, 2016. [Consult. 15 de julho de 2020]. Disponível na internet: <<http://hdl.handle.net/10451/26307>>.

CANELA JUNIOR, Osvaldo - **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário** [em linha]. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. Tese de Doutorado em Direito Processual. [Consult. 04 de agosto de 2020]. Disponível na internet: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/pt-br.php>>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN: 978-972-32-2286-9.

_____ - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed. 14. reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2011. ISBN: 978-972-40-2106-5.

_____ - **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN: 978-972-32-1593-9.

_____ - **Um olhar Jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política e a Politicização da Justiça** [em linha]. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), v. 245, 2007. [Consult. 21 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v245.2007.42122>>.

_____ - **Tomemos à Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. ISBN: 978-85-02-21263-3.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan - **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

_____ - **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. ISBN: 978-85-882-7828-6.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique - **Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques?** [em linha]. Jus Politicum, n. 7. [Consult. 10 de julho de 2020]. Disponível na internet: <<http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-a-t-il-une-conception-des-libertes-publiques-402.html>>.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel - **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. Rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. ISBN: 978-85-392-0277-5.

COMPARATO, Fabio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-18739-9.

CORDEIRO, Karine da Sila - **Direitos Fundamentais Sociais Dignidade Da Pessoa Humana E Mínimo Existencial: O Papel do Poder Judiciário** [em linha]. Porto Alegre: repositório da PUC do Rio Grande do Sul (tese de doutorado), 2016. [Consult. 09 de julho de 2020]. Disponível na internet: <<http://hdl.handle.net/10923/8512>>.

CORREIA, Fernando Alves - **Justiça Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2019. ISBN: 978-972-40-7741-3.

COURTIS, Christian - **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad em materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. ISBN: 987-9120-90-6.

CRISAFULLI, Vezio - **Lezioni di Diritto Costituzionale**. 4. ed. Padova: CEDAM, 1976 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN: 978-85-309-5775-9.

CROIRIE, Benedita Mac - **Os direitos sociais em crise?** In A Crise e o Direito Público: VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-políticas, 2013. Pedro Gonçalves; et al. (Coordenadores). [Consult. 04 de agosto de 2020]. Disponível na internet: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf>.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. - **The Scientific Study of Judicial Activism** [em linha]. Minneapolis: Minnesota Law Review, N. 06-23, 2006. [Consult. 26 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://ssrn.com/abstract=939768>>.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da - **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Editora juspodivm, 2011. ISBN: 978-857-76-1377-9.

DA SILVA, José Afonso - **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. ISBN: 85-7420-686-5.

DOBROWOLSKI, Silvio - **A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo** [em linha]. Florianópolis: Revista CCJ, v. 16, n. 31, 1995. [Consult. 07 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://doi.org/10.5007/%25x>>.

DOS SANTOS, Luiz Elias Miranda - **Ativismo Judicial e a Concretização dos Direitos Sociais** [em linha]. São Paulo: Revista Estudos Jurídicos UNESP, a 17, n 25, 2013. [Consult. 02 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4816060.pdf>>.

DOUGLAS, Davison M. - **The Rhetorical Uses of Marbury V. Madison: The Emergence of a 'Great Case'** [em linha]. North Caroline: Wake Forest Law Review, Forthcoming, 2003. [Consult. 28 de abril de 2020]. Disponível na internet: <<https://ssrn.com/abstract=392784>>.

DOW, David R - **America's Prophets. How Judicial Activism makes America Great**. Westport: Praeger, 2009 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN: 978-85-309-5775-9.

DUARTE, Alexandra Isabel Francisco - **Condições de formulação das políticas públicas: o caso da generalização do ensino profissional, 2004-2009** [em linha]. Lisboa: ISCTE-IUL, 2015. Tese de doutoramento. [Consult. 03 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<http://hdl.handle.net/10071/11324>>.

DWORKIN, Ronald - **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Trad. Jeferson Luiz Camargo. ISBN: 85-336-1012-2.

_____ - **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Trad. Nelson Boeira. ISBN: 85-336-1513-2.

_____ - **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Trad. Luis Carlos Borges. ISBN: 85-336-1220-6.

EASTERBROOK, Frank H - **Do Liberals and Conservatives differ in Judicial Activism?** [em linha]. Chicago: University of Colorado Law Review, Vol. 73 (4), 2002. [Consult. 05 de maio de 2020]. Disponível na internet: <https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/1136/>.

FRANCO, Ana María Suárez - Los límites constitucionales a las medidas regressivas de carácter social en Alemania: una aproximación al análisis doctrinal in: COURTIS, Christian **Ni un paso atrás: la prohibición de regressividad em materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. ISBN: 987-9120-90-6.

FRENCH, Robert - **Judicial Activists: Mythical Monsters?** [em linha]. Sidney: Australasian Legal Information Institute, Vol 12, 2008. [Consult. 27 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<http://www5.austlii.edu.au/au/journals/SCULawRw/2008/6.pdf>>.

GUSTIANI, Riccardo - **Teoría y ideología de la interpretación constitucional**. Madrid: Editora Trotta, 2008. Tradução de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. ISBN: 978-84-8164-981-9.

GRAU, Eros Roberto - **Despesa Pública: Conflitos entre princípios e eficácia das regras jurídicas** [em linha]. Revista Trimestral de Direito Público, n. 2, 1993. [Consult. 16 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45730/47450>>.

GREEN, Craig - **An Intellectual History of Judicial Activism** [em linha]. Atlanta: Emory Law Journal, Vol. 58, No. 5, p. 1195, 2009. [Consult. 22 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://ssrn.com/abstract=1410728>>.

GRINOVER, Ada Pellegrini - **O controle das políticas públicas pelo poder judiciário** [em linha]. São Paulo: Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 7, n. 7, 2010. [Consult. 04 de agosto de 2020]. Disponível na internet: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>.

HÄBERLE, Peter - **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de bonn**. Madrid: Dykison, 2003.

HIERRO, Liborio L. - **Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy** [em linha]. Valência: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30, 2007 ISSN: 0214-8676. [Consult. 17 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<https://doxa.ua.es/article/view/2007-n30>>.

[los-derechos-economico-sociales-y-el-principio-de-igualdad-en-la-teoria-de-los-derechos-de-robert-alexey/pdf](#)>.

HIRSCHL, Ran - **The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts** [em linha]. Palo Alto: Annual Review of Political Science, v. 11, 2008. [Consult. 07 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://doi.org/10.1146/annurev.polisci.11.053006.183906>>.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. - **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999. ISBN: 0-393-32033-2.

JELLINEK, Georg - **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. ISBN: 968-16-5950-3.

KELSEN, Hans - **Jurisdição constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Editora Martini Pontes, 2003. Tradução de Alexandres Krug. ISBN BS-336-1473-X.

_____ - **Teoria Geral do Estado e do Direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000. Tradução de Luis Carlos Borges. ISBN: 85-336-0950-7.

_____ - **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN 83-336-0836-5.

KMIEC, Keenan D. - **The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"**. California: California Law Review from University of California, v. 92, pp. 1441 a 1478, 2004. ISSN 0008-1221.

LAIN, Corinna Barrett - **Upside-Down Judicial Review** [em linha]. Richmond, Virgínia: Law Faculty Publications from University of Richmond, 2012. [Consult. 26 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<https://scholarship.richmond.edu/law-faculty-publications/46/>>.

LAMBERT, Edouard - **Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis, l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois** [em linha]. Paris: Marcell Giard & Cie – Libraires-Éditeurs, 1921. [Consult. 25 de abril de 2020]. Disponível na internet: <<http://bibdig.biblioteca.unesp.br/handle/10/6661>>.

LENZA, Pedro - **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 2014. ISBN: 978-85-53-60650-4.

MÂNICA, Fernando Borges - **Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas** [em linha]. Cadernos da Escola de Direito, v. 1, n. 8, 2008. [Consult. 16 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2580>>.

MARANIELLO, Patricio Alejandro – El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional [em linha]. Buenos Aires: Universidade de Buenos Aires, 2008. [Consult. 28 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>>.

MARTINS, Flávio - **Direitos Sociais em tempos de crise econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Edição Kindle. ISBN 978-65-555-9142-2.

MARSHALL, William P. - **Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism** [em linha]. Boulder: University of Colorado Law Review, Vol. 73, 2002. [Consult. 14 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.330266>>.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-115507-7.

MENDES, Gilmar Ferreira - **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge; ALEXANDRINO, José de Melo - **As Grandes Decisões dos Tribunais Constitucionais Europeus: Portugal** [em linha]. Lisboa: Universidade de Lisboa. [Consult. 04 de agosto de 2020]. Disponível

na internet: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Miranda-Jorge-Alexandrino-Jose-de-Melo-Grandes-decisoes-dos-Tribunais-Constitucionais-Europeus.pdf>>.

MIRANDA, Jorge - **Atos Legislativos**. Coimbra: Editora Almedina, 2019. ISBN: 978-972-40-7812-0.

MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito Constitucional**. Vol. 2. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019. ISBN: 978-972-54-0520-8.

_____ - **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-7217-3.

_____ - **Manual de Direito Constitucional, tomo IV: Direitos Fundamentais**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN: 978-972-32-1613-4.

_____ - **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. ISBN: 978-972-32-1098-9.

MORAES, Alexandre; et al. - **Constituição Federal Comentada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. ISBN 978-85-309-8241-6.

MORAES, Alexandre de - **Direito Constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2017. ISBN: 978-85-97-01129-6.

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

NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. ISBN: 978-972-32-1445-1.

_____ - **Direitos Sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN: 978-972-32-1805-3.

_____ - **Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVELINO, Marcelo - **Curso de Direitos Constitucional**. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. ISBN: 978-85-442-0827-4.

OLSEN, Ana Carolina Lopes - **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2018. ISBN: 978-85-3627-604-5.

PEREIRINHA, José - **Política social: Fundamentos da actuação das políticas públicas**. Lisboa: Universidade Aberta, 2008 *apud* FERREIRA, José Nicolau Nobre - **Políticas sociais municipais: o caso dos municípios da Lezíria do Tejo** [em linha]. Lisboa: Repositório do Instituto Universitário de Lisboa, 2017. [Consult. 06 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<http://hdl.handle.net/10071/13693>>.

PÁSARA, Luis - **Estado de Derecho y Sistema de Justicia en América Latina** [em linha]. Lima: Revista Oficial del Poder Judicial, n. 1, 2007. [Consult. 29 de junho de 2020]. Disponível na internet: <https://revistaoficialpoderjudicial.com/index.php/Revista_Oficial_Poder_Judicial/issue/view/7>.

PISARELLO, Gerardo - **Derechos sociales y principio de no regresividad en España**. In COURTIS, Christian - **Ni un paso atrás: la prohibición de regressividad em materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. ISBN: 987-9120-90-6.

POGREBINSCHI, Thamy - **Democracia pragmática: pressupostos de uma teoria normativa empiricamente orientada** [em linha]. Rio de Janeiro: Revista de Ciências Sociais, Vol 53, N3, 2010. [Consult. 29 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://doi.org/10.1590/S0011-52582010000300005>>.

POSNER, Richard A. - **"The Meaning of Judicial Self-Restraint"** [em linha]. Bloomington: Indiana Law Journal, vol. 59:1, 1983. [Consult. 14 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol59/iss1/1>>.

QUEIROZ, Cristina - **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justicialidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN: 978-972-32-1428-4.

RAMOS, Elival da Silva - **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. ISBN: 978-85-02-62228-9.

RAWLS, John - **Justiça como equidade: uma reformulação**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. ISBN: 85-336-1752-6.

_____ - **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000. ISBN: 85-08-07394-1.

_____ - **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. ISBN: 85-336-0681-8.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luis Pedro Pereira (orgs.) - **O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaio Críticos**. Coimbra: Editora Almedina, 2014. ISBN: 978-972-40-5704-0.

ROSE-ACKERMAN, Susan - **Análise econômica progressista do direito: e o novo direito administrativo**. In: MATTOS, Paulo; PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga (orgs.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. ISBN: 978-857-32-6290-2.

ROSSI, Julieta - **La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** In COURTIS, Christian - **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad em materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. ISBN: 987-9120-90-6.

ROUX, Theunis - **Understanding Grootboom: A Response to Cass R. Sunstein** [em linha]. Edmonton: Constitutional Forum Constitutionnel Review, vol. 12, n. 1, 2 e 3, 2001. [Consult. 04 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://doi.org/10.21991/C9S953>>.

SACRAMENTO, Monique da Silva - **O princípio da proteção da confiança legítima na jurisprudência do Tribunal Constitucional português em tempos de crise económico-financeira** [em linha]. Coimbra: Repositório científico da Universidade de Coimbra, 2016. [Consult. 12 de agosto de 2020]. Disponível na internet: <<http://hdl.handle.net/10316/42035>>.

SAFFON, Maria Paula; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio - **Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia** [em linha]. Rosario: Estudios Socio-Jurídicos, [S.l.], v. 13, n. 1, pp. 75-107, 2011. ISSN 2145-4531. [Consult. 30 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1511>>.

SAMPAIO, Jorge Silva - **O Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. ISBN: 978-97-2322-254-8.

SANTIAGO, Marcus Firmino - **Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade** [em linha]. Rio de Janeiro: Passagens - Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica: vol. 7, no .2, pp. 277-297, 2015. [Consult. 28 de abril de 2020]. Disponível na internet: <<https://doi.org/10.15175/1984-2503-20157204>>.

SANTOS, Michelle Carvalho; OLIVEIRA, Leandro Correa de - **O mito de Marbury v. Madison: a questão da fundação da supremacia judicial**. Curitiba: Revista de Investigações Institucionais da Universidade Federal do Paraná, vol. 5, nº 3, 2018. [Consult. 28 de abril de 2020]. Disponível em:<<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v5i3.56030>>. ISSN 2359-5639.

SANCHÍS, Luis Prieto - **Justicia constitucional y derechos fundamentales**, Madrid: Trotta, 2003.

_____ - **Los derechos sociales y lo principio de igualdad sustancial**. In Direitos fundamentais sociais: Estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. Helder Baruffi (org.). Dourados, MS: Universidade Federal da Grande Dourados, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012. ISBN 978-85-7348-789-3.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel - **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. ISBN: 978-85-4721-642-9.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner - **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações** [em linha]. Porto Alegre: Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 24, 2008. [Consult. 26 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<https://revistadoutrina.trf4.jus.br/>>.

SARMENTO, Daniel - **O mínimo existencial** [em linha]. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Cidade, vol. 08, n. 4, 2016. [Consult. 23 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<https://doi.org/10.12957/rdc.2016.26034>>.

SCHMITT, Carl - **La Defensa de la Constitución**. Manuel Sanchez Sarto (Trad.). Madrid: Tecnos, 1998 *apud* ANDRADE, Fernando Gomes de - Da autolimitação ao ativismo judicial: um estudo acerca da releitura da teoria da separação dos poderes pelo poder judiciário brasileiro no Supremo Tribunal Federal [em linha]. Lisboa: Repositório da Universidade de Lisboa, 2016. [Consult. 07 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<http://hdl.handle.net/10451/25370>>.

SECONDAT, Charles-Louis de. (Barão de La Brède e de Montesquieu) - **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. ISBN: 85-336-0553-6.

SEGALL, Eric - **Reconceptualizing the Judicial Activism Debate as Judicial Responsibility: A Tale of Two Justice Kennedys** [em linha]. Tempe: Arizona State Law Journal, Vol. 41, 2009. [Consult. 27 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://ssrn.com/abstract=1478669>>.

SILVA, Liliane Coelho da - **A ideia de mínimo existencial de acordo com a teoria rawlsiana** [em linha]. Derecho y cambio social, 2015. [Consult. 06 de julho de 2020]. Disponível na internet: <https://www.derechocambiosocial.com/revista042/A_IDEIA_DE_MINIMO_EXISTENCIAL.pdf>.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel - **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. ISBN: 978-85-7700-627-4.

STREK, Lenio Luiz - **Jurisdição Consistucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN: 978-85-309-7948-5.

TORRES, Ricardo Lobo - **O mínimo existencial e os direitos fundamentais** [em linha]. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 177, 1989. [Consult. 23 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v177.1989.46113>>.

TUSHNET, Mark - **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 2000. ISBN: 978-06-9107-035-3.

URBANO, Maria Benedita - **Curso de Justiça Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2016. ISBN: 978-972-40-6194-8.

_____ - **Estado de necessidade económica e financeira e o papel do Tribunal Constitucional** [em linha]. In A Crise e o Direito Público: VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-políticas, 2013. Pedro Gonçalves; et al. (Coordenadores). [Consult. 03 de agosto de 2020]. Disponível na internet: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf>.

VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal - **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics**. New York: New York University, 1995 *apud* ANDRADE, Fernando Gomes de - Da autolimitação ao ativismo judicial: um estudo acerca da releitura da teoria da separação dos poderes pelo poder judiciário brasileiro no Supremo Tribunal Federal [em linha]. Lisboa: Repositório da Universidade de Lisboa, 2016. [Consult. 07 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<http://hdl.handle.net/10451/25370>>.

VÁSQUEZ, Rocío Díaz - **El activismo judicial de la jurisdicción constitucional en el marco de la democracia** [em linha]. Barranquilla: Justicia Juris, vol 11, n 2, 2015. [Consult. 30 de abril de 2020]. Disponível na internet: <<http://ojs.uac.edu.co/index.php/justicia-juris/article/view/763>>.

VILLALOBOS, Marco Feoli - **El Nuevo Protagonismo de los Jueces: Una Propuesta para el Análisis del Activismo Judicial** [em linha]. Antofagasta: Revista de Derecho da Universidad Católica del Norte, n. 2, pp. 173-198, 2015. [Consult. 30 de junho de 2020]. Disponível na internet: <<https://www.redalyc.org/pdf/3710/371043382006.pdf>>.

YOUNG, Ernest A. - **Judicial Activism and Conservative Politics** [m linha]. Boulder: University of Colorado Law Review, vol. 73, n 4, pp. 1139-1216, 2002. [Consult. 14 de maio de 2020]. Disponível na internet: <https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1878>.

YOUNG, Katharine G. - **The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content** [em linha]. Boston: Boston College Law School Faculty Papers. Yale International Law Journal, n. 33, pp. 113-175, 2008. [Consult. 08 de julho de 2020]. Disponível na internet: <<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1920&context=lsfp>>.

YUNG, Corey Rayburn - **Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts** [em linha]. Boston: Nw. U. L. Rev, Vol. 105, 2015. [Consult. 26 de maio de 2020]. Disponível na internet: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr/vol105/iss1/1>>.