

1 INTRODUÇÃO

O constitucionalismo contemporâneo tem exercido um papel importante na proteção e promoção dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos sociais uma vez que o reconhecimento da supremacia formal e axiológica da Constituição Federal e da exequibilidade plena destes direitos tem se admitido a sua exigibilidade perante os poderes públicos.

Com a ascensão político-institucional e o amplo processo de judicialização, o Poder Judiciário tem exercido importante papel na realização dos direitos fundamentais garantindo o acesso aos cidadãos as prestações necessárias e a adjudicação aos bens essenciais à fruição dos seus respectivos direitos.

Todavia, os excessos do ativismo judicial tem gerado preocupações uma vez que a concretização dos direitos sociais no âmbito do controle judicial ignora que no sistema representativo o campo adequado para a conveniência da decisão política é a deliberação pública e o controle social respectivo.

Em tal vértice, o arcabouço normativo tributário de arrecadação e vinculação das contribuições previdenciárias insere-se no sistema de garantia e proteção dos direitos sociais que encontra na Seguridade Social o campo adequado para a concessão das prestações necessárias a garantia do mínimo existencial.

Os limites do ativismo judicial realizado com fins de promoção do mínimo existencial diante do papel exercido pela seguridade social no fornecimento da adjudicação de bens e oferecimento de serviços necessários à fruição dos direitos sociais é o tema posto em debate neste trabalho.

Analisa-se em que medida, uma vez que a seguridade social garante a adjudicação das prestações necessárias para a satisfação dos direitos sociais, o Poder Judiciário apenas pode atuar de forma excepcional, tão somente quando verificada a real incapacidade de oferecimento pela Administração Pública e a efetiva necessidade pelo administrado.

Para tanto de início analisa-se os direitos sociais de forma a determinar o grau de sua exigibilidade. Após, verifica-se o papel do ativismo judicial na garantia da concretização de tais direitos fundamentais pela via jurisdicional. Por fim, confronta-se o papel da Seguridade Social na realização do mínimo existencial de forma a delimitar limites à atuação do Poder Judiciário de ordem técnica, financeira e administrativa.

2. OS DIREITOS SOCIAIS E A EXIGIBILIDADE

Na nossa experiência constitucional antes restrita a Constituições Garantistas que tutelavam as liberdades formais como repositórios de promessas vagas¹, os direitos sociais remetidos à esfera programática de meras linhas diretoras aos poderes públicos e tidos como dotadas de eficácia limitada², passam a gozar de exequibilidade plena, permitindo sejam os bens e interesses que tutelam exigíveis perante o Estado³.

Ascende com o declínio do Estado Providência e tendo por fundamento as declarações e pactos internacionais, a tese da indivisibilidade dos direitos humanos⁴. Segundo a construção, os direitos sociais se identificam como uma segunda geração ou ciclo dos direitos fundamentais, porém, sua exigibilidade se sujeita a certos parâmetros.

Com alicerce no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵, esta doutrina distingue os direitos civis e políticos dotados de auto-aplicabilidade e, portanto, assegurados de forma imediata pelo Estado, dos direitos sociais que se sujeitam a *realização progressiva* pelos poderes públicos até o *máximo dos recursos disponíveis*⁶.

Isto decorria da impossibilidade de aplicabilidade integral dos direitos sociais em um curto período de tempo, diante de sua demanda por recursos econômicos em um contexto de

¹ Não é incomum a existência formal de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido. Como e.g. tem-se a Constituição de 1969 que garantia os direitos à integridade física e a vida, com as prisões ilegais, a tortura e o desaparecimento de pessoas na ditadura. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 61.

² A aplicabilidade restrita das normas de natureza programática decorreria da fluidez de suas disposições e da inexistência de instrumentos jurídico-processuais capazes de garantir sua concretização BONAVIDES, Paulo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003 p. 564-565. Compreendendo que as relações econômico-sociais são disciplinadas apenas por normas programáticas, vide: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Capítulo IV Em especial p 140-142.

³ As normas constitucionais tenham caráter imediato ou prospectivo como regras de conduta emanadas do Estado são dotadas de eficácia jurídica. Assim, incidem e regem as situações de vida produzindo os seus efeitos próprios, e, diante de sua inobservância espontânea deflagram mecanismos de aplicação coativa. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação...* ob cit. p 248 e 274.

⁴ Dentre os adeptos desta tese: BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5-6. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional Tomo IV Direitos Fundamentais*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998. p 86-87. PIOSEVAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3ed atual. São Paulo: Max Limonad, 1997. p 193-200. MELLO, Celso de Albuquerque. *O §2º do artigo 5º da Constituição Federal* in: TORRES, Ricardo Lobo (Org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 7.

⁵ O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais com adesão de mais de 120 Estados-Partes atribuí aos indivíduos um catálogo extenso de direitos de segunda geração e impõe deveres de atuação para os Estados, que implicarão em uma obrigação no plano internacional, diante da sistemática da *international accountability*. Consulte o teor completo no *site* da internet: <http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm> acesso em 14.10.09.

⁶ Artigo 2º §1º do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Embora a partir desta concepção extraída do Pacto as normas veiculadoras dos direitos sociais tenham natureza essencialmente programática, segundo a autora, isto não impede a sua exigibilidade perante o Poder Judiciário e não desvincula os demais poderes públicos de sua séria e responsável observância. PIOVESAN, Flávia. Ob. cit. p. 195 e 198-199.

escassez e escolhas dramáticas, que imporiam a *adoção de medidas econômicas e técnicas*, isoladas ou em conjunto pelo Estado em cooperação internacional de forma graduada.

Neste ponto, a tese sustentada encontra alguns impasses, em especial, a restrição da eficácia dos direitos sociais, vistos como fundamentais, à intermediação do poderes públicos⁷. Admitir que, por exemplo, a promoção da medicina de urgência se condicione a agenda de governo é retornar ao período de pouca virtualidade jurídica dos direitos sociais⁸.

Em razão disto, é recorrente a criação de balizas pelos juristas, que buscam definir uma posição entre os extremos apresentados – a exigibilidade imediata de todos direitos sociais e a dependência para sua concretização dos poderes constituídos – capaz de delimitar um núcleo mínimo exigível de prestações positivas dos direitos sociais.

Certa perspectiva, parte da premissa de que as normas constitucionais conformam de modo distinto os postulados que orientam a ordem econômica e social. Enquanto algumas disposições possuem a estrutura lógico-normativa de regras definindo direitos outras ordenam interesses com um caráter prospectivo.⁹

As normas programáticas indicam os fins sociais almejados, através de proposições diretivas imediatamente observáveis e projeções de comportamento de efetivação progressiva inserto no universo das possibilidades do Estado e da Sociedade. Embora não gerem direitos a prestações para os seus titulares, produzem conseqüências desde o início de sua vigência¹⁰.

Em outra vertente, as normas constitucionais definidoras de direito veiculam bens e interesses sociais conceitualmente qualificáveis como direitos subjetivos, que são pronta e diretamente exigíveis dos poderes públicos. Estas regras, todavia, produziriam efeitos de ordens variadas investindo os jurisdicionados em posições jurídicas diferentes.

⁷ Dentre outros impasses tem-se: a banalização da temática dos direitos da liberdade sem fortalecimento dos direitos da justiça; a consideração de que apenas os direitos sociais demandam custos econômicos para a sua realização; o fundamento na idéia de justiça social que postula a distribuição de riqueza social entre classes, mas não leva à adjudicação de parcelas dessa riqueza a indivíduo concreto dentre outros. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 52-53.

⁸ Ademais importaria na violação dos direitos individuais e políticos, cujo exercício pressupõe a garantia mínima do bem-estar, que envolve a realização de condições econômicas e sociais básicas. Condicionar, por exemplo, a promoção da educação básica fundamental à discricionariedade administrativa e conformação legislativa seria permitir que uma geração dependesse, em último grau, da “vontade” dos poderes públicos para poder exercer substancialmente a liberdade de expressão ou o direito ao voto.

⁹ Desta forma inexistira um modo de normatização uniforme na consagração dos direitos sociais pela Constituição, derivada da opção do Constituinte pela disposição em uma estrutura jurídica heterogênea, gerando normas com distintos graus de exigibilidade. Sobre o tema vide: BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional...* ob. cit. Capítulo V e *Interpretação...* ob. cit. p. 246-275. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p 275-350.

¹⁰ Objetivamente produziram por efeitos desde o início de sua vigência: revogam os atos normativos anteriores incompatíveis; vinculam o legislador à sua realização; informam a interpretação e aplicação da lei pelo Poder Judiciário; e, condicionam a atuação da Administração Pública. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional...* ob cit. p. 156.

Dadas normas permitiriam que situações fossem prontamente desfrutáveis dependentes apenas da abstenção pelos os poderes públicos. Outras ensejariam a prática de determinadas prestações positivas pelo Estado. Por fim, certas contemplariam interesses que dependeriam da edição de norma infraconstitucional integradora.¹¹

Note, porém, que todos os direitos para alcançar a sua efetividade dependem da prática de prestações positivas e negativas pelos poderes públicos. Este dever estatal na concretização dos direitos sociais pode ser disposto em *níveis de obrigações estatais*, identificadas desde o dever de respeitar e proteger, até assegurar e promover o acesso aos bens sociais¹².

Outra tese busca a afirmação dos direitos sociais através da redefinição de sua jusfundamentalidade¹³. Com esteio em algumas teorias do direito e da filosofia política¹⁴, os direitos sociais seriam fundamentais apenas quanto o seu núcleo essencial, ou seja, as condições mínimas indispensáveis para uma existência humana digna¹⁵.

Por conseqüência, na realização dos direitos sociais são definidas duas medidas que confluem para o equilíbrio entre liberdade e justiça, resultantes da impossibilidade de se promover os bens e interesses sociais em toda sua *extensão* e a necessidade de garantir a sua efetividade ao menos em *profundidade* na sua dimensão mínima.

Um vetor refere-se ao dever de *maximização* pelo Estado do conteúdo dos direitos sociais que integra o mínimo existencial, impondo a sua realização na dimensão máxima através

¹¹ É o que ocorre, segundo o autor, respectivamente com: o direito de greve (artigo 9º), que depende da abstenção do Estado de reprimir e punir o exercício pelos seus titulares; o direito à proteção da saúde (artigo 196) que requerer a definição de políticas sociais e econômicas voltadas a sua realização; e o direito à proteção em face da automação na forma da lei (artigo 7º inciso XXVII) que depende da regulamentação pelo legislador ordinário.

¹² Em síntese, corresponderia a obrigação do Estado de: respeitar o acesso do indivíduo aos bens sociais; proteger o seu exercício perante terceiros; assistir o titular quando este não puder por si só exercê-lo; e promover as condições para que os titulares do direito tenham acesso aos bens. ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. *Apuntes Sobre La Exigibilidad Judicial de Los Derechos Sociales* in SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 139-141.

¹³ Não tem o presente trabalho, por objetivo, se aprofundar sobre a questão da jusfundamentalidade dos direitos sociais, ainda não pacífica na doutrina brasileira. Busca apenas apresentar essa vertente, que traz um novo desenho da essencialidade às discussões da exigibilidade dos direitos sociais. Como principal adepto desta tese, vide: TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial*. Ob. cit. Capítulo II. Em especial p. 53-81.

¹⁴ Na construção dos princípios básicos de justiça, por John Rawls, o tratamento desigualitário com a proteção do mínimo social surge como forma de garantir a imparcial igualdade de oportunidade. Na teoria do direito de Jürgen Habermas, encontra-se no direito à garantia das condições de vida como um dos cinco *status* dos direitos fundamentais. Na obra moralista de Van Parijs, na influência das idéias do princípio da diferença e da maximização do mínimo, que fundamentam seu liberalismo solidarista.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo...* ob. cit. p 54-62. Vide, ainda, as perspectivas de Rawls, Walzer e Alexy vide: BARCELLOS, Ana Paula de. *O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy* in TORRES, Ricardo Lobo (Org). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002. p. 23-42.

¹⁵ Este direito que coincide em parte com o núcleo duro dos direitos sociais possui designações distintas nas várias ordens jurídicas. A doutrina alemã refere-se ao mínimo existencial *Existenzminimum*. A jurisprudência norte-americana titula como proteção mínima *minimal protection*. A legislação brasileira prefere adotar a expressão, *mínimos sociais*, acolhida pela lei 8.742/93.

da promoção de prestações negativas e positivas, insuscetíveis de restrições pelos poderes públicos e plenamente garantidos pela jurisdição¹⁶.

Outro diz respeito ao dever de *otimização* no que excede este conjunto básico realizável também por políticas públicas, mas exigíveis originariamente por via do exercício da cidadania reivindicatória, e de forma subsidiária pelo Poder Judiciário, observada as reservas de distintas ordens a que estão sujeitos.

Observa-se, portanto, uma tendência progressiva iniciada com a superação do caráter programático dos direitos sociais e o reconhecimento de sua dimensão subjetiva, da delimitação de sua exigibilidade perante o Poder Judiciário, de forma a permitir a sua concretização no mundo dos fatos, dentro dos limites e possibilidades da Constituição.

Neste sentido, as últimas teorias, tidas de forma correlata, viabilizam um ponto ideal entre a inegável impossibilidade de se declarar a jusfundamentalidade de todas as regras que veiculam bens e interesses sociais e a indiscutível inviabilidade de tornar-se exigível todas as prestações decorrentes dos direitos sociais¹⁷¹⁸.

Adstringir a análise da aplicabilidade dos direitos sociais à delimitação do seu núcleo essencial permite dotar de exigibilidade direta e imediata suas normas apenas quanto a um conteúdo que se identifique com as *condições mínimas para uma existência humana digna e pressupostos iniciais para a participação democrática*¹⁹.

Naquilo que exorbitar este microcosmo, os direitos sociais possuem exigibilidade mediata condicionada sua concretização à intermediação pelos poderes públicos, através das

¹⁶ Enquanto o mínimo existencial corresponde ao último conteúdo essencial dos direitos individuais e sociais, é um núcleo irredutível e indisponível, insuscetível de ponderação e restrições pelo legislador. Porém, todos os direitos possuem limites intransponíveis. Estas restrições a que se sujeitam os direitos sociais em sua jusfundamentalidade serão abordadas no tópico pertinente a controle judicial.

¹⁷ É o que ocorre com o artigo 193 ao estabelecer que a Ordem Social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social, veiculando os bens e interesses *supra* como princípios e diretivas de atuação para os poderes públicos e não direitos que investem os seus titulares com um poder de ação. Neste sentido, também: BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional...* ob cit. p. 118-119. Sobre as possibilidades de conformação jurídica dos direitos sociais, vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...* ob. cit. p. 464-466.

¹⁸ Assim, por exemplo, o direito à moradia não investe todos no poder de exigir prontamente acesso a habitação pelo Estado. Dentre o universo de prestações, como a habitação para as pessoas de classe média, apenas algumas são exigíveis, enquanto necessárias para garantir as condições essenciais para uma existência humana digna, como a garantia de moradia aos indigentes e às pessoas que não tem teto. Neste sentido: TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo...* ob. cit. p. 268-269 Sobre o tema vide: ARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição, Algumas Anotações a respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia* in: MELLO, Celso de Albuquerque e TORRES, Ricardo Lobo (Dir.) *Arquivos de Direitos Humanos* n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 137-191.

¹⁹ Como ilustração, no que tange ao direito de educação, são prestações passíveis de exigibilidade perante o Poder Judiciário, aquelas referentes à educação fundamental e o ensino médio, essenciais como condições iniciais para o exercício das liberdades, em especial, de ação, expressão e de associação, permitindo que o indivíduo possa buscar um projeto razoável para a sua vida e seja capaz de participar da deliberação sobre os bens e interesses almejados para a vida em sociedade.

escolhas dramáticas realizadas, nos limites de sua esfera de conformação ou discricionariedade, em um contexto de multiplicidade de atribuições e escassez de recursos econômicos.

Garante-se, portanto, por esta via, a promoção dos bens e interesses sociais em vista a legitimidade democrática, preservando um núcleo essencial - que corresponde às condições para o exercício da cidadania - e o espaço dos poderes públicos na otimização progressiva destes direitos, em uma proposta eficaz na tensão entre constitucionalismo e democracia.

Neste sentido, destaca-se o papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais através da concessão mediante provimento judicial do conteúdo necessário a garantia do exercício da cidadania, quando não garantido pelas searas democráticas, sob pena de excesso no ativismo judicial.

O tema será tratado a seguir.

3 O ATIVISMO JUDICIAL E OS DIREITOS SOCIAIS

Com a Constituição Federal de 1988 houve processo de ampla disciplina de matérias políticas e sociais, que antes sujeitas ao campo da legislação que passam a se submeter apenas a regulamentação pelas normas infraconstitucionais, garantindo maior segurança e estabilidade jurídica em face das ingerências fugazes dos poderes constituídos²⁰.

Com a previsão exaustiva dos bens e interesses sociais na lei fundamental e a respectiva subtração das questões da vida política e social do alcance do legislador, essas passaram a encontrar fundamentos imediatos nas normas constitucionais sujeitando-se ao controle de adequabilidade dos atos legislativos e administrativos com a lei fundamental.

Esses novos paradigmas importam um novo papel das cortes judiciais na promoção dos valores constitucionais, que aliado ao acréscimo da demanda social por justiça e a recuperação das garantias institucionais, resulta na ascensão político-institucional do Poder Judiciário e na expressiva judicialização das questões políticas e sociais.

No vértice da ascensão político-institucional do Poder Judiciário, a recuperação das liberdades democráticas e das garantias institucionais dos membros da magistratura com a

²⁰ Surge no pós-guerra na Europa como reação aos governos nazistas e facistas e a desconfiança da democracia em massa que fizeram surgir substantivas cartas de direito e potentes tribunais constitucionais. No Brasil há enorme ambição do texto constitucional de 1988 em um compromisso com as transformações sociais e a concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista de Direito GV. São Paulo. Jul/dez 2008. p. 443-444.

redemocratização brasileira, permitiram um campo de independência e imparcialidade na aplicação do direito vigente e na interpretação das normas constitucionais²¹.

No campo da judicialização, as questões políticas e sociais que aprioristicamente estariam sujeitas ao campo do processo político majoritário e exteriorizadas na conformação legislativa e discricionariedade administrativa passam a ser decididas pelo Poder Judiciário na preservação da supremacia da Constituição e dos bens e valores por ela veiculados²².

É aferida através da atribuição aos órgãos de controle de constitucionalidade da resolução de conflitos de competência relativo ao exercício do poder estatal, do controle do exercício da conformação legislativa e discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário e do emprego das normas constitucionais na argumentação dos atores políticos.

Como efeito observa-se um crescente exercício das ações abstratas pelos atores políticos e sociais, que amplia a influência da Constituição sobre as relações políticas, bem como, a atuação do Supremo Tribunal Federal na decisão de matérias essenciais para a sociedade.

Em um cenário de judicialização das questões políticas e sociais, bem como, de déficit de legitimidade e representatividade das instâncias democráticas, observa-se o exercício de um papel ativo das cortes judiciais na concretização dos valores e fins veiculados pela constituição, usualmente designado de ativismo judicial.

O ativismo judicial corresponde a uma atuação intensa e ativa do Poder Judiciário em questões políticas e sociais que caberiam precipuamente aos demais poderes, de forma a

²¹ Com a redemocratização ampliou-se a demanda por justiça na sociedade brasileira, pela redescoberta da cidadania e conscientização dos indivíduos sobre os seus direitos. Neste ambiente, os juízes passaram a desempenhar um papel simbólico no imaginário coletivo, na defesa da justiça e dos direitos. BARROSO, Luís Roberto. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil* in: BARROSO, Luís Roberto (Org). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil: Livro Comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro, Renovar: 2007. p. 35.

²² Toda decisão legislativa é pré-disciplinada por normas constitucionais, idôneas, portanto, a regular de forma explícita ou implícita qualquer aspecto da vida política e social. Isto importa no reconhecimento da inexistência de qualquer questão que não esteja sujeita ao controle de parametricidade com a Constituição, sem desconsiderar que existem questões de natureza política sujeitas ao princípio majoritário, porém, compreender que existem outros princípios a serem preservados na ordem constitucional. GUASTINI, Riccardo. *A Constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana* in: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs). *A Constitucionalização do Direito...* Op. Cit. p. 276.

garantir a concretização dos valores e fins veiculados pelas normas constitucionais e preservar a supremacia axiológica e formal da Constituição²³²⁴.

Sua origem é apontada no início do século XX com as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos²⁵ e a partir da década de 1950 do Tribunal Constitucional Alemão e Italiano²⁶ na tutela dos direitos fundamentais, se notabilizando no Brasil nos últimos anos com decisões sobre importantes questões políticas e sociais pelo Supremo Tribunal Federal²⁷.

Envolve a aplicação direta e imediata da Constituição em situações não expressamente contempladas no texto constitucional, diante de omissão ou violação por disciplina normativa pelo legislador ou ato concreto do administrador, com vistas à garantia de proteção ou concretização dos valores e fins constitucionais²⁸.

Abrange a invalidação de atos normativos emanados do Poder Legislativo ou Administrativo de constitucionalidade discutível, ou seja, com adoção de critérios menos

²³ O termo ativismo judicial foi empregado pela primeira vez em 1947 pelo historiador e político Arthur Schlesinger Jr. em artigo na revista *Fortune*, todavia, não há um consenso sobre a sua definição, adotando alguns autores um critério quantitativo - para definir como a atuação demasiada do Poder Judiciário nas decisões dos demais poderes - e outros um critério qualitativo - de forma minimalista ou maximalista - na concretização dos valores constitucionais, que adotamos neste trabalho. Sobre o tema vide: DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade* in: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de. NOVELINO, Marcelo. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. São Paulo: Jus Podvim, 2011. p. 460-464

²⁴ Como visto, não sendo a judicialização uma opção política do Poder Judiciário, mas uma decorrência do desenho institucional vigente, uma vez provocados em razão do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional cabe aos juízes e tribunais se manifestarem, todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que importará em um *ativismo judicial* – na concretização dos valores e fins constitucionais em atenção a supremacia axiológica da constituição – ou em uma *autocontenção judicial* – na preservação do ato legislativo ou administrativo em atenção ao princípio democrático, razão pelo qual, não se confunde judicialização das questões políticas e sociais com ativismo judicial.

²⁵ Inicialmente o ativismo judicial foi utilizado de forma conservadora permitindo a legitimidade para a segregação racial (*Dred Scott vs. Sanford* em 1857) e invalidação de leis sociais (*Lockner v. New York* em 1905), porém, no período de 1953 e 1969 sob a presidência de Earl Warren foram tomadas as decisões progressistas em matéria de direitos fundamentais, como em relação a segregação racial nas escolas públicas (*Brown vs. Board of Education* em 1954), a incriminação do uso de pílulas anticoncepcionais (*Griswold vs. Connecticut* em 1965) entre outras. Sobre o tema vide: BARROSO, Luís Roberto. *A Americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos* in: *Temas de direito constitucional*. t. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 144 e seguintes.

²⁶ Na Alemanha, o Tribunal Constitucional fixou que a lei fundamental não era ordem neutra de valores, mas que consagrava uma ordem objetiva instrumental à garantia dos direitos fundamentais (BVerfGE7, 198 (205)). Porém, assim como na Itália, tentou suavizar os impactos políticos da sua decisão, como, por exemplo, advertindo sobre as suas omissões para a sua correção ou advertindo sobre uma revogação em caso de não atuação legislativa retificadora. Sobre o tema, vide: VALLE, Vanice Regina Lírio do, *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Juruá, 2009. p. 28

²⁷ A título exemplificativo, podemos citar, algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que denotam um ativismo judicial: a fidelidade partidária, a vedação do nepotismo, a verticalização das coligações partidárias e cláusula de barreira, o direito a greve no serviço público dentre outros.

²⁸ Como, por exemplo, no caso das uniões homoafetivas (ADPF 132) onde inexistia regra constitucional expressa que tutelasse as relações ou prescrevesse a aplicação do regime de união estável, bem como, não há vedação da norma do artigo 226 §3º que ao tratar de homem e mulher buscou a superação da desigualdade na relação de casamento e não impedir a aplicação do regime às uniões homoafetivas. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal com fundamento na dignidade da pessoa humana aplicou o regime das uniões estáveis a essa nova modalidade de família. Sobre o tema, vide: BARROSO, Luís Roberto. *O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil*. Revista do Ministério Público do RJ. n. 27. p. 155 e ss.

rígidos do que aqueles onde inexistente patente e ostensiva violação da Constituição, com vista à preservação da hierarquia das normas constitucionais.²⁹

Por fim, compreende a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público capazes de impedir violação ou garantir a concretização de direitos e fins constitucionais, em especial, mediante o controle judicial sobre os programas de políticas públicas de forma a assegurar o acesso a prestações a bens e serviços essenciais.³⁰

No Brasil o ativismo judicial está diretamente relacionado com a crise de legitimidade e representatividade democrática, que gera um descolamento entre os órgãos representativos e a sociedade, e a incapacidade ou desinteresse em atender as demandas sociais, produzindo um deslocamento do exercício da cidadania para o âmbito do Poder Judiciário.

A redução da deliberação política ao processo eletivo³¹, a histórica e pernicioso influência econômica dos agentes políticos sobre o eleitor³² e a captação dos agentes políticos por grupos de interesse³³, conduz a um distanciamento entre representante e representando promovendo estreitamento do debate político que se transfere para os órgãos judiciários.

²⁹ Como, por exemplo, no caso da verticalização (ADI 3685) onde o artigo 2º da Emenda Constitucional 52 de 8 de Março de 2006 alterava o artigo 17 §1º da Constituição da República, fixando data para alteração, em violação ao princípio da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16). O Supremo Tribunal Federal para proteger a norma constitucional, que embora não tivesse uma violação frontal perderia sua eficácia, declarou inconstitucional a emenda constitucional dando a norma do artigo 16 o status de cláusula pétrea embora não se enquadre ao rol de cláusulas elencadas na Constituição. Sobre este tema consulte-se: GALLACCI, Fernando Bernardi. *O STF e as Cláusulas Pétreas: O ônus argumentativo em prol da governabilidade?* São Paulo: SBDP, 2011. p. 25-27.

³⁰ Como, por exemplo, as ações judiciais relativas à concretização de prestações necessárias a fruições de direitos sociais (alimentação, saúde e moradia...) concedidas pelos órgãos do Poder Judiciário como, por exemplo, a distribuição de medicamentos e determinação de terapia. O Supremo Tribunal Federal na ADPF 45/DF se manifestou, no sentido, que não obstante a formulação e a execução das políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, neste domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo, de modo que não podem proceder com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Sobre o tema, em seus limites e possibilidades, vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Do Controle Jurídico ao Controle Social: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC .volume 77. dez 2011.

³¹ Trata-se de fenômeno com fundamentos diversos, que variam desde a impossibilidade de participação devido às condições de pobreza extrema e baixo nível de educação de grande parte da população, da dificuldade de acesso às informações sobre as questões políticas e a falta de tempo para debater e manifestar sobre tais assuntos, até mesmo a descrença de que sua participação seja capaz de influenciar na ação pública. BARCELLOS, Ana Paula de. *Papéis do Direito Constitucional no Fomento do Controle Social Democrático: Algumas Propostas Sobre o Tema da Informação* in RDE ano 3. N. 12. Out/dez 2008. p. 82-84.

³² Remonta ao período colonial brasileiro a adoção de um modelo *patrimonialista* marcado pelo predomínio da corrupção, nepotismo e uso do poder econômico que se exterioriza até os dias atuais na corrupção persistente e nas políticas paternalistas que marcam a política brasileira. Sobre o tema, vide: FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 15 ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.

³³ A captura de partidos e candidatos por grupos de interesse que patrocinam as campanhas eleitorais para posteriormente cobrar favores, por meio da satisfação de políticas distributivas a seu favor é uma das formas de captura, mas não único meio de influência dos grupos de interesse, em especial, econômicos, na captura dos membros do Congresso. Sobre o tema, vide: MANCUSO, Wagner Pralon. *O Lobby da indústria no Congresso Nacional*. São Paulo: EDUSP, 2007. p. 110.

O desinteresse dos atores políticos em atender questões de interesse social onde há um desacordo moral razoável na comunidade, de forma a evitar os desgastes promovidos pelo debate e os riscos da responsabilização política nas eleições, tornam o Poder Judiciário uma instância decisória política de questões polêmicas³⁴.

O processo de hipertrofia legislativa com a explosão de legislação infraconstitucional e regulamentação infralegal, bem como, a atecnicidade da produção legislativa com a criação de conceitos jurídicos indeterminados desencadeiam a ampliação dos conflitos na sociedade e litigiosidade, bem como, o potencial criativo e margem de discricionariedade do Judiciário³⁵.

As omissões legislativas na regulamentação de preceitos impostas pela Constituição que impede o exercício dos direitos pelos representados, aliado a instituição de mecanismo próprio de controle de constitucionalidade pela via concentrada e a utilização de ação constitucional na via incidental, impõe a intervenção judicial na decisão política.

Por um lado é inegável que o cenário brasileiro ainda é marcado por estrutura deficitária, desperdício de recursos, desvios de verbas e ineficiência dos agentes estatais, que resultam na precariedade dos serviços prestados na promoção dos direitos fundamentais³⁶ e tornam constante a necessidade de controle de políticas públicas³⁷.

Porém, isto não significa um controle judicial ilimitado, que permita ao juiz sob o manto da realização dos valores e bens constitucionais, promover o exercício de preferências políticas através de programas públicos, em descon sideração a falta de legitimidade, a nítida limitação técnica e as distorções que pode gerar no sistema globalmente considerado³⁸.

³⁴ Dentre outros fatores, o ativismo judicial é exercido em contextos de inércia intencional pelos demais poderes de Estado. Em casos que são politicamente custosos com temas profundamente custosos sem perspectiva de consenso na sociedade, como as uniões homoafetivas, abertura dos arquivos da ditadura militar e aborto, as instâncias democráticas abrem espaço para atuação ativista repassando os custos políticos para os tribunais que não passam pelo crivo do voto popular após suas decisões. VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, margarida Maria Lacombe e SILVA, Alexandre Garrido. *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: A judicialização da política e o ativismo judicial*. In: Anais do I Forum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos, 2009. p. 44-45.

³⁵ A hipertrofia do direito legislado e a produção de leis vagas reforçam e alimentam a possibilidade do direito judicial transferindo para o Poder Judiciário a decisão sobre conflitos que caberiam ser dirimidos no âmbito político. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 87.

³⁶ Isto resta demonstrado na pesquisa que aponta que os recursos destinados à área social dos três níveis federativos em todas as regiões do país em 1995 eram três vezes maiores que o volume de recursos necessários para a erradicação da pobreza no Brasil. BARROS, Ricardo Paes, HENRIQUES, Ricardo e MENDONÇA, Rosane. *A Estabilidade Inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil*. Rio de Janeiro: Ipea, 2001. p. 723.

³⁷ Realizar o controle judicial das políticas públicas não importa em garantir que esses programas de ação alcançaram a sua finalidade, todavia, a intervenção de mais um protagonista no processo de decisão política, maximiza a sua possibilidade e amplia o direito de participação da comunidade, inclusive, com a proteção das minorias. APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008. p 135.

³⁸ Torna-se claro tais aspectos, na hipótese em que o juiz diante da precariedade dos hospitais públicos municipais ao revés de ordenar seja fornecido o atendimento médico-hospitalar, ainda que em instituições privadas de saúde, determina a construção de uma unidade no local, descon siderando, dentre outros, a carência de outras regiões,

Embora a Constituição veicule as opções fundamentais da sociedade não deve ser utilizada como instrumento de modelagem de *todos* os espaços sociais, ignorando a área livre de conformação utilizada pelos agentes políticos para conduzir com a participação dos atores sociais as deliberações públicas na busca pela solução das demandas contemporâneas.³⁹

Neste sentido, incontestemente a inserção da seguridade social dentre as políticas públicas estatais que buscam garantir a concretização dos direitos sociais e, portanto, a esfera adequada para implementação das prestações necessárias a garantir o mínimo existencial configurando um limite à atuação do Poder Judiciário.

O tema será tratado a seguir.

4. A SEGURIDADE SOCIAL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

A seguridade social enquanto conjunto integrado de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde e assistência e previdência social, é financiada de forma mista pela adoção do modelo *assistencial* – custeio direto por meio do orçamento fiscal, mediante a cobrança de impostos em geral – e *contributivo* – pagamento de contribuições sociais impostas aos agentes de processo produtivo⁴⁰.

Através da instituição de um sistema misto de custeio, baseado no equilíbrio entre as dotações orçamentárias, busca-se garantir uma independência e necessária estabilidade financeira dos órgãos previdenciários, capaz de permitir a consecução de suas finalidades institucionais exteriorizada na promoção de planos e programas de ações que concretizem aqueles direitos sociais de forma universal.⁴¹

inclusive, em situações mais graves, que não foram beneficiadas por não ter exercido o direito de acesso à justiça e a necessidade da observação dos demais preceitos constitucionais, como a exigência de previsão orçamentária.

³⁹ As deliberações públicas enquanto conduzidas pelo governo, no respectivo espaço de conformação, permite que as decisões políticas brotem voluntariamente do espaço social. FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil: uma visão geral. *Interesse Público*. ano 9. n. 44. p. 65-66.

⁴⁰ Assim dispõe o Artigo 195 da Constituição de 1988 ao prever o financiamento da seguridade social de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos dos entes federativos e das contribuições sociais instituídas pelo próprio constituinte.

⁴¹ Consagra a Constituição de 1988 um sistema de seguridade social de caráter universal que objetiva garantir o direito à saúde, à assistência e a previdência a todos mediante uma universalidade de cobertura e atendimento, que fundada na solidariedade social (Art. 3º I) rompe com a lógica econômica do seguro privado, ou seja, a rígida correlação entre prêmio e benefício, exceto quanto ao benefício previdenciário que ainda se condiciona a contribuição direta do beneficiário. SPAGNOL, Werther Botelho. *As Contribuições Sociais no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 141.

Neste tocante, diversificando as fontes de financiamento da seguridade social foram instituídas pela Constituição contribuições sociais devidas: ao empregador, a empresa e a entidade a ele equiparadas; do trabalhador e demais segurados da previdência social, excluída sua incidência sobre aposentadoria e pensão do regime geral de previdência social; da receita de concursos de prognósticos; e do importador de bens ou serviços do exterior.

No Direito Brasileiro, embora houvesse no Império a previsão de contribuição direta que na legislação recaía sobre montepios⁴², é apenas na República com a Constituição de 1934 que surge a contribuição do empregador⁴³, confirmada pela Constituição de 1967⁴⁴ e ampliada com a Emenda Constitucional 01 de 1969 que previu competência da União para instituir outras contribuições para custeio de encargos da Seguridade social⁴⁵.

Porém, é na Constituição de 1988 voltada a promoção dos direitos fundamentais que se amplia o fenômeno da *parafiscalidade*, com a previsão de extenso rol de contribuições sociais, que envolvem não apenas o financiamento da Seguridade e a tutela da saúde, assistência e previdência social como no regime anterior, mas também garantem os recursos necessários à concretização dos demais direitos sociais, em especial, trabalhistas.

Essas contribuições sociais têm como característica principal ou elemento essencial⁴⁶ a afetação do produto de sua arrecadação às despesas genéricas com a seguridade social⁴⁷, que fundada na idéia da *solidariedade* ao grupo apresenta duplice efeito: impede destinação distinta

⁴² Há quem sustente que devido a previsão implícita do Artigo 15 inciso X da atribuição da Assembléia Geral para fixar anualmente despesas públicas e repartir a contribuição direta, na qual por legislação, era a contribuição para montepios configura na Constituição de 1824 a primeira previsão constitucional das contribuições. MACHADO, Brandão. *São Tributos as Contribuições Sociais?* In: *Direito Tributário Atual*, v. 7/8. São Paulo: Resenha Tributária, 1987-88.

⁴³ Assim, dispõe o artigo 121 §1º alínea h que será observado pela legislação do trabalho, assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte.

⁴⁴ O artigo 158 inciso XVI prevê que previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, no casos de doença, velhice, invalidez e morte.

⁴⁵ Está no artigo 21§2º I a competência da União para instituir contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente a parte da União no custeio dos encargos da previdência social.

⁴⁶ Para as contribuições sociais *stricto sensu* o destino da arrecadação configura elemento essencial, uma vez que sua razão de ser é cumprir a finalidade a favor do mesmo grupo que efetua o seu pagamento. GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura sui generis)*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 239 e 240

⁴⁷ Neste tocante, distinguem-se essas contribuições sociais específicas, que tem fulcro no Artigo 195 da Constituição de 1988 e finalidade de custeio ou financiamento da seguridade social, das contribuições sociais *gerais* que tem fulcro no Artigo 56 do ADCT, Artigo 212 §5º e Artigo 239 da Constituição de 1988 que possuem como finalidade o financiamento suplementar de direitos sociais *latu sensu* previstos no artigo 6º e 7º da Constituição de 1988.

daquela finalidade constitucional⁴⁸ e enseja o direito subjetivo dos seus contribuintes de sua aplicação nos gastos efetivos ou devolução das contribuições pagas⁴⁹.

Todavia, embora o desenho institucional delineado pela Constituição de 1988 para a Seguridade Social com financiamento pela afetação das contribuições sociais *stricto sensu* busque trazer maior efetividade a implementação daqueles direitos sociais universais, sua concretização encontra óbices na *regulamentação legislativa, implementação de políticas públicas* e, especialmente, na *aplicação dos recursos*⁵⁰.

No âmbito da regulamentação legislativa, a existência de um complexo de leis distintas que regulamentam cada um dos setores sociais - a saúde, assistência social e previdência - editadas em conjunturas políticas e econômicas distintas e sem coordenação dos atores envolvidos com essas políticas, torna difícil a articulação de um sistema eficaz de proteção social⁵¹.

No que se refere às políticas públicas, as trajetórias institucionais e técnicas distintas desses setores produziram a desarticulação entre saúde, assistência social e previdência, obstaculizando o desenvolvimento de promoção de ações intersetoriais, resultando na fragmentação dos programas e políticas públicas da Seguridade Social, conduzindo a poucos avanços práticos na concretização desses direitos sociais.⁵²

⁴⁸ Os fins constitucionalmente pretendidos revelam uma diretriz constitucional, que não permite nem o legislador ao regulamentar a contribuição e tão pouco ao administrador ao arrecadá-las a destinar ou tredestinar o seu produto de arrecadação para finalidade diversa da prevista na Constituição. CALMON, Sacha. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 46.

⁴⁹ Uma vez que o regime tributário das contribuições especiais se baseia em um regime pressuposto, o contribuinte não tem apenas o dever de contribuir com o financiamento dos gastos para qual foi exigida, mas também um direito subjetivo a devolução das cotas satisfeitas se o gasto na se realiza efetivamente. BEREJO, Alvaro Rodriguez. *Introducción al estudio del derecho financiero: un ensayo sobre los fundamentos teóricos del Derecho Financiero*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1976 p. 95.

⁵⁰ Se a incorporação da noção de Seguridade após a Constituição de 1988 implicou no redimensionamento significativo das três políticas que a integram introduzindo a noção de direitos sociais universais como parte da condição de cidadania, antes restrita apenas aos beneficiários da Previdência Social, pode se afirmar que a Seguridade Social, tal como inscrita na Constituição de 1988, não foi ainda, de fato, implementada. MONNERAT, Gisele Lavinias e SOUZA, Rosimary Gonçalves de. *Da Seguridade Social à intersectorialidade: reflexões sobre a integração das políticas sociais no Brasil*. Polêm!ca Revista Eletrônica. v. 11. n. 4. p 42.

⁵¹ Embora reestruturado o sistema de proteção social no Brasil com a Constituição de 1988 em um modelo público com tendência universalista, redistributivismo, à inovação na estrutura administrativa e a responsabilização pública, todavia, num contexto em que o endurecimento das pressões dos credores externos, a disputa por recursos escassos, a desmobilização da sociedade e uma série de outros fatores enfraqueceram a coalizção de apoio àquele ideário, a legislação que regulamentou a Seguridade Social traçou os rumos da separação das três áreas: a Lei Orgânica da Saúde (n. 8.080, de 1990), as leis 8.212 e 8.213, de 1991 (do Custeio e dos Planos de Benefícios da Previdência), e a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742, de 1993) inviabilizando a clareza de proposições e efetivação prática do novo modelo de Seguridade Social. TEIXEIRA Solange Maria. *Políticas Sociais no Brasil: A histórica (e atual) relação entre o "público" e o "privado" no sistema brasileiro de proteção social*. Sociedade em Debate. jul/dez 2007. p. 57.

⁵² Neste tocante, torna-se necessária a construção de uma institucionalidade própria para a Seguridade Social com a: formulação de mecanismos próprios como conselhos, conferências e outras formas de geração/consolidação de políticas de Seguridade; criação de políticas integradas com mútua implicação nas áreas de previdência, saúde e assistência; e, convivência entre políticas seletivas no interior de sistemas universais mediante a compatibilização

Por fim, no que tange a aplicação de recursos, os reiterados contingenciamentos das verbas destinadas a políticas sociais, sua utilização como instrumentos de ajuste fiscal do governo e o seu desvio para financiamento de atividades alheias à Seguridade Social dificultam a implementação de políticas capazes de gerar a fruição efetiva daqueles direitos sociais⁵³.

A parafiscalidade insere-se no sistema de proteção social organizado pelo Estado, enquanto financiamento fiscal dos planos de ação estatal voltados ao patrocínio dos direitos sociais e condições mínimas de vida, que baseado no princípio da *solidariedade*, impede a repartição do encargo financeiro decorrente de benefícios auferíveis apenas por certo grupo para toda a sociedade⁵⁴.

O mínimo existencial, que envolve as condições fundamentais para uma vida com dignidade⁵⁵, mas envolve pressupostos essenciais para o funcionamento adequado do próprio sistema jurídico-democrático que constituem matriz irredutível, indisponível e insuscetível de restrição pelos poderes públicos e controlados pela jurisdição.

Assim, abrange a adjudicação pelos poderes públicos das prestações materiais necessárias à fruição do direito à liberdade e a igualdade, permitindo que o indivíduo possa

de direitos universais com inclusão social. FLEURY, Sonia. *A Seguridade Social Inconclusa*. Disponível em: <http://app.ebape.fgv.br/comum/arq/Seguridade.pdf> p.14. Acesso em 05.03.2013.

⁵³ A ausência de repasse imediato e gestão própria tanto das contribuições gerais destinadas à Seguridade Social quanto daquelas vinculadas a outros programas sociais, conferem a União autonomia para alocar recursos de acordo com suas necessidades fiscais, seja mediante não execução das despesas autorizadas na lei orçamentária pela não liberação dos recursos, seja pela sua conversão em recurso de livre aplicação. ARAÚJO, Érika Amorim. *Análise das Contribuições Sociais no Brasil*. Brasília: Cepal, 2005. p. 56-57.

⁵⁴ Para parte da doutrina, a solidariedade do grupo erigida à princípio de justiça fundamenta a cobrança das contribuições sociais da seguridade social em geral. SIQUEIRA, Vanessa Huckleberry Portella. *A Solidariedade do Grupo e as Contribuições Sociais*. Revista de Direito da Procuradoria Geral. n. 61. 2006. p. 362. Para outros autores, a solidariedade não é fundamento que informa as contribuições sociais *stricto sensu*, pois no subsistema da saúde e da assistência social, não há proteção irrestrita da sociedade no primeiro e cobertura assistencial independente de contribuição. IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Parafiscalidade: Ascensão e Queda das Contribuições Sociais*. Revista Brasileira de Direito Previdenciário. nº 1. Fev/Mar 2011. p. 31

⁵⁵ Neste sentido, Ana Paula de Barcellos, ao se referir ao mínimo existencial considera a distinção entre um núcleo essencial que deve ser reconhecida eficácia jurídica positiva e para além deste núcleo onde se desenvolvem outras modalidades de eficácia jurídica na preservação do espaço da política e das deliberações majoritárias. Barcellos, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. cap. VII, em especial p. 248.

⁵⁶ É o que ocorre, por exemplo, com a educação fundamental e a medicina preventiva e de urgência que correspondendo respectivamente ao núcleo essencial do direito à educação e saúde, poderiam ser exigidas pelos indivíduos que precisem perante o Poder Judiciário sem restrições. Já o ensino superior e o médio e a medicina curativa exorbitariam este conteúdo, razão pelo qual, dependeriam da progressiva realização pelos poderes públicos. Torres, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 54, 130, 255 e 267.

exercer efetivamente sua autonomia na esfera privada e pública⁵⁷ e tenha possibilidade de participar e cooperar de forma igualitária no processo político democrático⁵⁸.

Por efeito, a rigor cabe à articulação pelos poderes públicos dos programas de ação governamental inseridos dentro da Seguridade Social que coordenem os meios colocados à disposição, harmonizando as atividades estatais e privadas, para a realização destes objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados⁵⁹.

Por conseguinte, a Administração Pública, *in casu*, exerce um papel relevante na elaboração, execução e implementação das políticas públicas da Seguridade Social, permitindo na sua coordenação com os poderes orgânicos e a articulação dos elementos complexos do sistema - estrutura, recursos e pessoas - um maior grau de efetividade da ação governamental⁶⁰.

Inclui no âmbito da criação e execução orçamentária ao determinar as prioridades e a destinação dos recursos públicos na gestão econômica e financeira do Estado⁶¹, inclusive, firmando quais prestações serão realizadas, através de *escolhas difíceis* em um contexto de *escassez de recurso* e de multiplicidade de demandas.⁶²

⁵⁷ Como ilustração, no que tange ao direito de educação, não envolve apenas as prestações referentes à educação fundamental, pois o ingresso nos níveis mais avançados de ensino depende da capacidade de cada um e envolve a necessária igualdade de condição, ou seja, o acesso ao Ensino Médio, permitindo que o indivíduo possa buscar um projeto razoável para a sua vida (faculdade) e seja capaz de participar da deliberação política de forma igualitária com os demais.

⁵⁸ A igualdade envolve, em certa medida, uma igualdade econômica e social razoável que permita que todos os indivíduos e grupos em um contexto de pluralismo tenham condições e se vejam motivados a cooperar no processo político democrático. É inverossímil sustentar que uma pessoa que não tem acesso a alimentação adequada ou a saúde curativa, bem como, um grupo hipossuficiente sem saneamento básico ou acesso a programas sociais, sejam capazes de participar do debate democrático em igual condição com os demais indivíduos e grupos.

⁵⁹ Neste ponto, há uma interpenetração da esfera política na ciência jurídica, resultante da crescente preocupação dos juristas com a realização dos direitos sociais, ampliando a comunicação entre estes dois subsistemas sociais: as ciências políticas e o direito. Sobre as conseqüências e as possíveis vantagens e riscos desta correlação, vide por todos: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. Cap IV. Em especial p 241-244.

⁶⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. Ob cit. p. 249. Neste sentido, as políticas públicas coordenadas por agentes com a participação democrática e respeito às redes sociais, garantindo os arranjos institucionais adequados e a deliberação popular nas decisões, viabilizam o desenvolvimento da sociedade. Sobre o tema, vide: SCHMIDT, João Pedro. *Capital social e políticas públicas* in: LEAL, Rogerio Gesta e ARAUJO, Luiz Ernane Boresso de. *Direitos sociais e políticas públicas: Desafios contemporâneos*. Tomo II. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003. Em especial p. 446-456.

⁶¹ Isto envolve além de promover as prestações relativas aos direitos sociais, fixar a receita tributária e patrimonial, determinar a redistribuição de rendas, bem, como promover o desenvolvimento econômico e equilibrar a econômica, através do equilíbrio entre as receitas, despesas e investimentos nos planos anuais ou plurianuais. Sobre o orçamento, vide: TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. cap. VIII, em especial p. 172.

⁶² Caberia ao Poder Legislativo a atribuição de definir as prioridades dentre as múltiplas demandas existentes em um contexto de carência de recursos públicos, em razão da legitimidade e responsabilidade advinda do processo majoritário, bem como do melhor conhecimento das receitas disponíveis e das necessidades sociais. Neste sentido: TORRES, Sílvia Faber. Direitos sociais prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 783-785.

Embora entenda-se que o cerne da questão não é a indisponibilidade financeira⁶³, mas de falta de planejamento e execução orçamentária⁶⁴ inevitável que não cabe ao Poder Judiciário emitir corriqueiramente decisões de alocação ou sequestro de verbas necessárias à prestações de concretização aos direitos fundamentais ignorando o planejamento estatal subjacente.

Em especial, por faltar o conhecimentos de ordem técnico-científica necessários à ordenação das políticas públicas, que possui a Seguridade Social. Dispõe a Administração Pública de um conjunto de informações referentes a *demandas*, *métodos* e *recursos* hábeis a imprimir uma gestão profissional na persecução do interesse público.⁶⁵

Cabe aos poderes públicos a organização da estrutura, bens e pessoas colocados à disposição, de forma a imprimir na gestão pública, a otimização na promoção dos direitos sociais, de forma que quando atua na sua *microjustiça* desencadeia distorções no sistema globalmente considerado que inviabilizam a eficiência da atuação estatal.⁶⁶

Isto porque, ainda sob um sistema processual centrado nas ações individuais, há tratamento *atomizado* do conflito e limitação a participação de atores *imediatamente envolvidos*⁶⁷, o processo judicial se torna campo inadequado com restritos atores envolvidos para interferir sobre as políticas públicas⁶⁸ da Seguridade Social.

⁶³ De fato, a questão não tem por objeto central a indisponibilidade financeira, pois uma vez que a captação de recursos públicos é realizada de forma permanente pelo Estado, há permanente possibilidade de garantia dos direitos sociais, seja através da abertura de créditos suplementares ou da previsão no exercício financeiro seguinte. O que frustra a realização dos direitos sociais é a opção política de não alocar verbas destinada às prestações relativas aquele direito, sendo o argumento da exaustação orçamentária utilizado para encobrir as escolhas trágicas, que excluíram a tutela de determinado direito. Sobre o tema, vide: GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 212-215.

⁶⁴ Neste sentido, não cabe, portanto, o Estado utilizar de sua própria torpeza para furtar-se da obrigação de efetivar o direito social. Ao contrário, a alegação da insuficiência de recursos para a efetivação destes direitos, deve ser demonstrada por meio da indicação do planejamento, dotação orçamentária e aplicação dos recursos que torne inviável a realização do núcleo não essencial. VAZ, Anderson Rosa. *A cláusula da reserva do financiamento possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos, econômicos, sociais e culturais*. RDCI 66/27 e 36.

⁶⁵ Insere-se, portanto, no contexto de transição da Administração Pública Burocrática à Gerencial, marcada pela *autonomia*, com a especialização e flexibilidade de seus entes e órgãos e *profissionalização* com a adoção de técnicas e métodos voltados a emprego eficiente das estruturas, recursos e pessoas na gestão pública. Sobre o tema, confira: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ob. cit., p. 22-25.

⁶⁶ Isto decorre da visão restrita do Poder Judiciário, que ignora o gerenciamento de recursos *limitados* que busca equacionar as demandas *ilimitadas* da sociedade, bem como, os impactos que a sua decisão pode gerar em um contexto de escassez de recursos e escolhas trágicas, promovendo uma desorganização na gestão pela Administração Pública, que passa a se dedicar ao atendimento das demandas individuais ao invés dos programas coletivos. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva... cit., p. 33.

⁶⁷ Observa-se, portanto, o caráter nitidamente privatista do sistema, de forma que os instrumentos processuais de garantia foram criados precipuamente para a proteção dos direitos individuais e demonstram-se inadequados para a proteção efetiva dos direitos sociais, que envolve questões de justiça distributiva de natureza multilateral. SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais... cit., p. 580-581.

⁶⁸ Aponta a doutrina, como dificuldades para tutela dos direitos sociais pelos instrumentos processuais vigentes: a questão da legitimidade ativa e a inexistência de mecanismos de participação adequada para os titulares; a exigência de uma ampla dilação probatória sobre a matéria, que encontra limites em algumas ações como *mandado*

Claro que não se ignora os limites da Seguridade Social ao garantir as prestações necessárias a garantia do mínimo existencial e, portanto, que os poderes constituídos não possam dispor livremente dos direitos sociais gerando o esvaziamento da eficácia de suas normas a título de proteção da democracia.⁶⁹

No Estado Brasileiro marcado pela miséria e desigualdade social, capaz de excluir grande parcela da sociedade das condições mínimas para uma existência digna e a participação efetiva no processo democrático, a atuação do Poder Judiciário na concretização das políticas públicas permitiu garantir o núcleo essencial dos direitos sociais.

Porém, é necessário que a atuação do Poder Judiciário em proteção ao princípio democrático, bem como, na garantia da própria efetividade das políticas públicas apenas ocorra quando o Sistema de Seguridade Social demonstrar incapaz de atender efetivamente o cidadão que almeja a prestação requerida.

5 CONCLUSÃO

Com o processo de redemocratização e a promulgação de uma Constituição Cidadã com o compromisso de promover a superação das desigualdades sociais e econômica além da ampla consagração dos direitos sociais houve um movimento de busca da garantia da eficácia e implementação dos referidos direitos fundamentais.

Sob tal viés, o Poder Judiciário exerce importante movimento no reconhecimento da exigibilidade perante os poderes públicos dos direitos sociais e na determinação de realização de políticas públicas capaz de garantir a sua concretização, em especial, no que se refere à proteção do mínimo existencial.

Todavia, em um Estado Democrático de Direito além da proteção dos preceitos constitucionais deve haver a tutela do princípio democrático com o reconhecimento que a seara adequada para exercício da cidadania e a tomada de decisão política é eminentemente nos órgãos representativos, realçando o papel do Poder Executivo na realização dos direitos sociais.

Neste sentido, a atuação do Poder Judiciário na garantia do mínimo existencial além da observância de pressupostos – as prestações necessárias à uma vida digna e exercício da

de segurança; e a inexistência de mecanismos suficientes para garantir a execução das sentenças que condenam o Estado. Sobre o tema: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Ob. cit., p. 161-163.

⁶⁹ Isto por que a ideia de democracia não se limita ao governo da maioria, porém, compreende outros princípios e o respeito aos direitos da minoria. Assim, enquanto o processo político majoritário se move por interesses, a lógica democrática se inspira em valores, restando ao Poder Judiciário preservar diante da soberania popular e governo da maioria, a limitação do poder e os direitos fundamentais. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional...* cit., p. 382-91.

cidadania – deve ocorrer somente quando demonstrar a real incapacidade de atendimento e a efetividade necessidade da prestação.

Em que pese as dificuldades que a Seguridade Social enfrenta em um país com grandes demandas sociais e problemas econômicos o sistema possui políticas públicas articuladas para a garantia das prestações necessárias a concretização dos direitos sociais auxiliando na proteção do mínimo existencial.

Por efeito, qualquer atuação desarticulada do Poder Judiciário ao revés de contribuir com a concretização dos direitos sociais pode gerar distorções no sistema gerando efeitos perniciosos ao macrosistema de proteção social o que demanda, portanto, limites no ativismo judicial como forma de garantir o mínimo existencial.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. *Apuntes Sobre La Exigibilidad Judicial de Los Derechos Sociales* in SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

ARAÚJO, Érika Amorim. *Análise das Contribuições Sociais no Brasil*. Brasília: Cepal, 2005. p. 56-57.

BARCELLOS, Ana Paula de. *O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy* in TORRES, Ricardo Lobo (Org). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

_____. *Papéis do Direito Constitucional no Fomento do Controle Social Democrático: Algumas Propostas Sobre o Tema da Informação* in RDE ano 3. N. 12. Out/dez 2008.

BARROS, Ricardo Paes, HENRIQUES, Ricardo e MENDONÇA, Rosane. *A Estabilidade Inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil*. Rio de Janeiro: Ipea, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil: Livro Comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro, Renovar: 2007.

_____. *A Americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos* in: *Temas de direito constitucional*. t. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BEREJO, Alvaro Rodriguez. *Introducción al estudio del derecho financiero: un ensayo sobre los fundamentos teóricos del Derecho Financiero*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1976.

BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional* 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALMON, Sacha. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 46.

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade* in: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de. NOVELINO, Marcelo. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. São Paulo: Jus Podvim, 2011.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 15 ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.

GALLACCI, Fernando Bernardi. *O STF e as Cláusulas Pétreas: O ônus argumentativo em prol da governabilidade?* São Paulo: SBDP, 2011.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura sui generis)*. São Paulo: Dialética, 2000.

GUASTINI, Riccardo. A Constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana in: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs). *A Constitucionalização do Direito...*

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Para-fiscalidade: Ascensão e Queda das Contribuições Sociais*. Revista Brasileira de Direito Previdenciário. nº 1. Fev/Mar 2011.

MACHADO, Brandão. *São Tributos as Contribuições Sociais?* In: *Direito Tributário Atual*, v. 7/8. São Paulo: Resenha Tributária, 1987-88.

MANCUSO, Wagner Pralon. *O Lobby da indústria no Congresso Nacional*. São Paulo: EDUSP, 2007.

MELLO, Celso de Albuquerque. *O §2º do artigo 5º da Constituição Federal* in: TORRES, Ricardo Lobo (Org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional Tomo IV Direitos Fundamentais*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

MONNERAT, Gisele Lavinias e SOUZA, Rosimary Gonçalves de. *Da Seguridade Social à intersectorialidade: reflexões sobre a integração das políticas sociais no Brasil*. Polêm!ca Revista Eletrônica. v. 11. n. 4.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Do Controle Jurídico ao Controle Social: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC .volume 77. dez 2011.

PIOSEVAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3ed atual. São Paulo: Max Limonad, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SCHMIDT, João Pedro. *Capital social e políticas públicas* in: LEAL, Rogério Gesta e ARAUJO, Luiz Ernane Boresso de. *Direitos sociais e políticas públicas: Desafios contemporâneos*. Tomo II. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIQUEIRA, Vanessa Huckleberry Portella. *A Solidariedade do Grupo e as Contribuições Sociais*. Revista de Direito da Procuradoria Geral. n. 61. 2006.

SPAGNOL, Werther Botelho. *As Contribuições Sociais no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TEIXEIRA Solange Maria. *Políticas Sociais no Brasil: A histórica (e atual) relação entre o "público" e o "privado" no sistema brasileiro de proteção social*. Sociedade em Debate. jul/dez 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Curso de direito financeiro e tributário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Silvia Faber. Direitos sociais prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VALLE, Vanice Regina Lírio do, *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Juruá, 2009.

VAZ, Anderson Rosa. *A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos, econômicos, sociais e culturais*. RDCI 66/27 e 36.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, margarida Maria Lacombe e SILVA, Alexandre Garrido. *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: A judicialização da política e o ativismo judicial*. In: Anais do I Forum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista de Direito GV. São Paulo. Jul/dez 2008.