

VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

D597

Direitos sociais e políticas públicas III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fabio Fernandes Neves Benfatti; Gabrielle Scola Dutra; Zélia Luiza Pierdoná. – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-146-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito Governança e Políticas de Inclusão

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. VIII Encontro Virtual do CONPEDI (2; 2025; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

Apresentação

A presente obra é fruto dos artigos apresentados no Grupo de Trabalhos “DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III”, coordenado pelos professores Fábio Fernandes Neves Benfatti, Gabrielle Scola Dutra e Zélia Luiza Pierdoná, no âmbito do VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, evento organizado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), que reúne as pesquisas desenvolvidas por pesquisadores da área do Direito, com a temática central: Direito, Governança e Políticas de Inclusão, realizado entre os dias 24, 25, 26 e 27 de junho de 2025.

As pesquisas desenvolvidas no âmbito das políticas públicas e dos direitos sociais desempenham papel fundamental na formulação, implementação e avaliação de ações governamentais voltadas à promoção da justiça social e à redução das desigualdades.

As apresentações do GT foram organizadas em três blocos temáticos, nos quais os autores tiveram a oportunidade de expor suas pesquisas. Cada bloco foi encerrado com um espaço destinado ao debate, permitindo a troca de ideias, questionamentos e contribuições por parte dos participantes. Essa dinâmica favoreceu a ampliação do diálogo acadêmico, o aprofundamento das reflexões e o enriquecimento coletivo das discussões propostas.

A seguir, apresenta-se a descrição dos artigos apresentados em cada um dos blocos:

O artigo “POLÍTICAS PÚBLICAS E OMISSÃO ESTRUTURADA: O ESTADO E A (IN) VISIBILIDADE DE MULHERES EM TERRITÓRIOS DE DESASTRES SOCIOAMBIENTAIS” (Autoria: Luana Cristina da Silva Lima Dantas) propõe uma análise

O artigo “POLÍTICA PÚBLICA DE CERTIFICAÇÃO E TITULAÇÃO DE TERRITÓRIO - JUDICIALIZAÇÃO E GOVERNANÇA: DESAFIOS INSTITUCIONAIS PARA AS COMUNIDADES QUILOMBOLAS” (Autoria: Adriana Silva Tanisue) analisa os desafios institucionais enfrentados pelas comunidades quilombolas no processo de certificação e titulação de seus territórios, com foco na judicialização e na governança das políticas públicas relacionadas.

O artigo “A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA PARA PESSOAS AUTISTAS NO BRASIL” (Autoria: Suellen Gardenia Santos Bastos) aborda a inclusão escolar de crianças com Transtorno do Espectro Autista (TEA), a partir de uma análise dos desafios complexos, envolvendo aspectos legais, pedagógicos, estruturais e atitudinais.

O artigo “DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL AO NEOLIBERALISMO: NEGÓCIOS JURÍDICOS PÚBLICOS SUSTENTÁVEIS E DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO” (Autoria: Bruno Luiz Sapia Maximo e Marlene Kempfer) parte de uma leitura sistemática da Constituição de 1988 para defender que é possível a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, nos termos do artigo 174 da Constituição, por meio da celebração de negócios jurídicos sustentáveis, com empresas que possuam responsabilidade social. Dessa forma, Estado e empresas atuarão em busca da concretização de direitos sociais, imprescindíveis para a realização do direito humano ao desenvolvimento.

O artigo “INTERVENÇÃO NORMATIVA E DE INCENTIVO DO ESTADO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO: FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA, DIREITO SOCIAL À MORADIA E A SEGURANÇA JURÍDICA DO SISTEMA REGISTRAL BRASILEIRO” (Autoria: Karina Costanzi Fernandes e Marlene Kempfer) defende que é imprescindível garantir às pessoas a titulação com registro imobiliário, nos termos previstos na Lei nº 13.465/2017, o que representa uma intervenção normativa e de incentivo (art. 174 da Constituição Federal de 1988), fundamental para a inclusão no sistema econômico, com real possibilidade de realizar justiça social.

O artigo “CONCENTRAÇÃO URBANA - AMÉRICA LATINA, CARIBE E BRASIL: O CONFRONTO MORADIA X HABITAÇÃO - CONTORNOS DA PERIFERIA SOCIAL” (Autoria: Rogerio Luiz Nery Da Silva e Pedro Rogerio Gomes Nery da Silva) tem como objetivo provocar uma reflexão entre a situação urbana latino-americana/caribenha e o contexto do Brasil atual, com vistas a equacionar soluções às fragilidades do espaço urbano para atendimento das necessidades diretas e indiretas de habitação, mediante a adoção de políticas públicas específicas ou conexas de médio prazo.

O artigo “POLÍTICAS PÚBLICAS E REGULAÇÃO DIGITAL: A CONSTITUIÇÃO COMO FERRAMENTA DE GOVERNANÇA” (Autoria: Beatriz Soares Ferreira Braga) analisa os desafios jurídicos e institucionais associados à incorporação da inteligência artificial (IA) no setor público brasileiro, destacando a necessidade de um marco regulatório compatível com os princípios constitucionais. A crescente utilização de algoritmos em políticas públicas, aliada à coleta massiva de dados, apresenta riscos à privacidade, à equidade e à transparência, exigindo uma resposta normativa que vá além da regulação técnica.

O artigo “A POLÍTICA PÚBLICA DE GRATUIDADE DOS REGISTROS DE NASCIMENTO E ÓBITO COMO GARANTIDORA DE CIDADANIA NO BRASIL” (Autoria: Monica Olivo , Odisséia Aparecida Paludo Fontana e Luciane Aparecida Filipini Stobe) verifica o papel da política pública de gratuidade universal dos registros de nascimento e óbito como garantidora de cidadania.

O artigo “POLÍTICAS PÚBLICAS DE INTEGRAÇÃO DE IMIGRANTES A PARTIR DA TEORIA DE CAPACIDADES E LIBERDADE DE AMARTYA SEN” (Autoria: Emanoele Cristina da Silva Carraro , Odisséia Aparecida Paludo Fontana e Luciane Aparecida Filipini Stobe) parte da premissa de que integrar imigrantes em um novo país é um desafio que abrange fatores sociais, econômicos e culturais. Este artigo adota como fundamento teórico o papel da teoria das capacidades e liberdade de Amartya Sen, como um elemento essencial

O artigo “ALÉM DO TETO: DIREITO À MORADIA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE E SUA EFETIVAÇÃO DIANTE DO DÉFICIT HABITACIONAL BRASILEIRO” (Autoria: Dirceu Pereira Siqueira e Isabela Teixeira de Menezes Reino) examina o direito à moradia como direito da personalidade e sua efetivação frente ao déficit habitacional brasileiro. Através da análise secundária dos dados do relatório "Déficit Habitacional no Brasil – 2016-2019" da Fundação João Pinheiro, investiga-se como os componentes do déficit habitacional revelam violações aos direitos da personalidade dos indivíduos afetados.

O artigo “FILHOS DA MORTE: PROTAGONISTAS DO CICLO DA VIOLÊNCIA E A (IN) EFICÁCIA DA LEI COMO PROTEÇÃO AOS ÓRFÃOS DO FEMINICÍDIO” (Autoria: Elaine Cristina Vieira Brandão e Ilton Garcia Da Costa) analisa o crime de feminicídio, com vistas a apontar os impactos desse crime no Brasil, com relação às suas vítimas indiretas: os órfãos do feminicídio – filhos da morte, vulnerabilizadas e invisibilizadas pela atenção do Estado e de parte da sociedade, o que as colocam como protagonistas do ciclo de violência ao qual estão inseridos, perpetuando de maneira progressiva esse grave problema social em nosso país.

O artigo “CADEIA PRODUTIVA DO AÇAÍ: DA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO DO PECONHEIRO ÀS MUDANÇAS NA RELAÇÃO DE TRABALHO E FAMILIAR OCASIONADOS PELA GLOBALIZAÇÃO DO FRUTO” (Autoria: Arielle Bianka dos Santos Calumby, Francisco Sérgio Silva Rocha e Valena Jacob Chaves) analisa os impactos da globalização na cadeia produtiva do açaí, destacando a precarização do trabalho dos peconheiros e as transformações nas dinâmicas familiares das comunidades ribeirinhas do Pará. Tradicionalmente consumido de forma local, o açaí tornou-se um produto de interesse global, o que intensificou a exploração dos trabalhadores e gerou mudanças sociais significativas.

O artigo “POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO

Gabriel Antinolfi Divan) aborda a problemática da fundamentalidade dos chamados “direitos sociais” em termos constitucional, em confronto com a lógica neoliberal, que lhe serve de entrave. O texto focaliza uma duplicidade de efeitos e visualização dessa lógica neoliberal, que se apresenta de forma biunívoca, tanto como ideologia governamental minimalista e precarizante como quanto discurso de subjetividade, forjando novas formas de cidadania.

O artigo “DESENVOLVIMENTO HUMANO, SOCIEDADES DESIGUAIS E DIREITOS HUMANOS” (Autoria: Anna Paula Bagetti Zeifert, Vitória Agnoletto e Eduardo Franco da Rosa) analisa as vulnerabilidades que afligem parcela significativa da população brasileira, o que requer uma avaliação que possa conduzir a uma compreensão dos motivos, dimensões e consequências, de maneira a orientar a formulação de políticas sociais que possam colaborar na sua mitigação.

O artigo “A EFETIVAÇÃO DAS NORMAS SOBRE DIREITOS SOCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A ÓTICA DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR” (Autoria: Thiago Phileto Pugliese) discute o papel do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, na democratização do acesso aos direitos sociais, e em que medida essa atuação pode ser considerada legítima, sob a ótica do conceito de constitucionalismo transformador. Busca, ainda, compreender o papel dos Poderes Estatais e apresentar condições, para que se possa falar em convergência no desempenho de suas funções típicas, que concretizem os comandos constitucionais em larga escala.

O artigo “A PRECARIEDADE NO CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO: POLÍTICAS PÚBLICAS, PROTEÇÃO DE DADOS, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO” (Autoria: Daniel David Guimarães Freire) analisa criticamente a interseção entre capitalismo da precariedade, inteligência artificial (IA), proteção de dados e Direito. A partir das contribuições teóricas de Alena Azmanova e Slavoj Žižek, discute como a precariedade socioeconômica, antes restrita a grupos marginalizados, tornou-se um traço estrutural das

considerado um governo de muitos. A participação efetiva ou inclusão real no processo decisório é constatada quando a população tem suas necessidades atendidas. Para traçar o cenário de evolução desses direitos, é apresentado um resumo histórico das previsões nas sete constituições brasileiras.

O artigo “ENTRE O PASSADO E O PRESENTE: A EXCLUSÃO HISTÓRICA DOS CIGANOS E O DIREITO À MORADIA” (Autoria: Jéssica Andrade Santiago e Thais Novaes Cavalcanti) apresenta a história cigana, juntamente com a origem do racismo por eles enfrentados, desde o início do nomadismo. Além disso, pretende mostrar qual é a situação atual desta etnia e se a Constituição Federal de 1988, com os direitos fundamentais, especialmente o de moradia, está tendo plena eficácia, alcançando essa etnia, historicamente marginalizada pela sociedade não-cigana.

O artigo “A ATUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: O PAPEL DA PROCURADORIA PÚBLICA PARA ALÉM DA REPRESENTAÇÃO JUDICIAL OU DA FASE DE CONTROLE” (Autoria: Emerson Affonso da Costa Moura) problematiza a atuação da procuradoria municipal, no que se refere às políticas públicas, defendendo o redimensionamento do papel estrito de advocacia estatal de defesa dos interesses do ente público, para, no exercício de suas funções de consultoria e assessoria, contribuir com as demais etapas do ciclo de políticas públicas na concretização dos bens e valores da ordem constitucional plural, no Estado Democrático de Direito.

O artigo “DESIGUALDADES SOCIAIS E IDENTIDADE: COMPREENDENDO O PAPEL DOS INDICADORES SOCIAIS DO BRASIL NA CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA” (Autoria: Kenza Borges Sengik , Marcus Geandré Nakano Ramiro) apresenta uma análise da identidade, num contexto de um país com desigualdades multidimensionais. Os índices sociais comprovam as desigualdades sociais no Brasil, de modo que é imperioso observá-los ao estudar a temática “identidade”.

Zélia Luiza Pierdona

Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACKENZIE)

A EFETIVAÇÃO DAS NORMAS SOBRE DIREITOS SOCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB A ÓTICA DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR

THE IMPLEMENTATION OF NORMS ON SOCIAL RIGHTS BY THE JUDICIARY IN BRAZIL: ANALYSIS OF THE PERFORMANCE OF THE FEDERAL SUPREME COURT FROM THE PERSPECTIVE OF TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM

Thiago Phileto Pugliese ¹

Resumo

A Constituição Brasileira de 1988 apresenta uma vasta gama de previsões em seu texto, pois, sendo um documento analítico, perpassa por vários aspectos, desde a formação do Estado e de seus Poderes, até o que se espera da organização da sociedade a que ela se destina. Firme no sentido de não permitir que a realidade brasileira no contexto autoritário viesse a se repetir, o Constituinte Originário encarregou-se de pormenorizar os direitos fundamentais e sociais a serem resguardados pela ordem jurídico-constitucional, fixando neles o ponto de partida para a construção de uma nova ordem democrática. Entretanto, atualmente, o Estado Brasileiro ainda está longe de alcançar o quanto programado pela Carta Política, sobretudo em razão da fragilização crescente de direitos sociais, mais especificamente do direito à educação básica. No presente artigo, discutir-se-á o papel do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, na democratização do acesso aos direitos sociais, e em que medida essa atuação pode ser considerada legítima sob a ótica do conceito de constitucionalismo transformador. Por derradeiro, busca compreender o papel dos Poderes Estatais e apresentar condições para que se possa falar em convergência no desempenho de suas funções típicas, que venha a concretizar os comandos constitucionais em larga escala.

Palavras-chave: Direitos sociais, Judiciário, Constituição, Direito à educação, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

especially due to the growing weakening of social rights, more specifically the right to basic education. In this article, we will discuss the role of the Judiciary, notably the Federal Supreme Court, in the democratization of access to social rights, and in To what extent this action can be considered legitimate from the perspective of the concept of transformative constitutionalism. Finally, it seeks to understand the role of the State Powers and present conditions so that one can speak of convergence in the performance of their typical functions, which will materialize the constitutional commands on a large scale.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Judiciary, Constitution, Right to education, Supreme court

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Fundamentais, nas concepções doutrinárias constitucionais nacionais e internacionais, se inserem em uma grande diversidade de sentidos semânticos, que buscam traduzir o mesmo significado: são prerrogativas inerentes ao ser humano, que buscam estabelecer um “dever ser” apropriado, de modo que o gênero humano alcance vida digna quando inserido no Estado.

Sob o ponto de vista teórico, há uma corrente majoritária que defende que os direitos humanos, por mais fundamentais que sejam, são direitos geracionais, ou seja, nascidos em um processo histórico-cultural ao passo em que as lutas sociais em prol da defesa de novas liberdades foram conquistando poderes. Ressalta-se, aqui, que o estudo proposto dispensa a dicotomia, visto tratar-se de uma única categoria de direitos humanos.

Diante disso, o presente artigo visa demonstrar as características destes direitos, com vistas a demonstrar a convergência entre os conceitos de direitos humanos, fundamentais e sociais, de modo que o estudo unificado de sua teoria auxilie nas conclusões desta pesquisa.

Ademais, visa discutir sobre a materialidade dos direitos sociais, possibilitando a sua análise através da teoria do constitucionalismo transformador, que enxerga a Constituição não apenas como norma jurídica, mas sim como um projeto político de mudanças profundas que perpassam as estruturas e mecanismos do Estado, com o objetivo de concretizar, a longo prazo, o Estado de Direito estabelecido em seu texto.

Nessa esteira, debruçar-se-á sobre a teoria da separação de poderes frente aos Direitos Fundamentais, analisando a atuação do Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário no 1.008.166/SC, buscando estabelecer em que medida a Corte age amparada no viés transformador da Constituição de 1988, e quais são os elementos que a levam a um ativismo judicial injustificado.

A abordagem metodológica adotada para produção deste é o método dedutivo, ao passo em que se buscou analisar, através do processo interpretativo, as nuances e complexidades dos direitos fundamentais. Com este intuito, foi realizada revisão bibliográfica substancializada no levantamento de artigos científicos publicados em periódicos qualificados, bem como obras paradigmáticas relacionadas aos tópicos centrais, além da legislação e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2 A COMPREENSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais, comumente, são associados à expressão “geração”, que por sua vez, ganhou notoriedade pela exposição teórica do jurista Francês Karel Vasak, em 1979. A teoria geracional, então, demarca três gerações dos referidos direitos, associando cada uma delas um lema da Revolução Francesa “*liberté, égalité, fraternité*”, respectivamente, em português, “liberdade, igualdade, fraternidade” (Souza, 2017, p. 301-302).

A tese supramencionada aborda uma análise cronológica de como os Direitos Fundamentais passaram a integrar os ordenamentos jurídicos dos mais variados Estados. Em outras palavras, estuda-se o processo de positivação dos direitos do homem em fases distintas, notadamente como conquistas da humanidade em três espécies dimensionais.

Com efeito, essa perspectiva considera que o reconhecimento e proteção dos direitos do homem ocorreu lentamente e de modo gradual, perpassando por um processo histórico-cultural, ou seja, na medida em que as lutas sociais foram ganhando força esses direitos foram surgindo como essenciais à sociedade democrática. Bobbio (1992, p. 5) ressalta nesse contexto:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Atualmente, o ideário de gerações de direitos possui relevante repercussão e majoritária aceitação, especificamente pela doutrina constitucional brasileira, que por sua vez, teve como principal defensor Paulo Bonavides, onde discorreu sobre uma quinta geração, considerando o rol de direitos estabelecido por Vasak lacunoso:

Karel Vasak o classificara entre os direitos da fraternidade, fazendo avultar, acima de todos, o direito ao desenvolvimento; o mais característico, portanto, em representar os direitos da terceira geração. Tão característico e idôneo quanto a liberdade o fora em relação aos da primeira geração, a igualdade aos da segunda, a democracia aos da quarta e doravante a paz há de ser com respeito aos da quinta. De último, a fim de acabar com a obscuridade a que ficara relegado, o direito à paz está subindo a um patamar superior, onde, cabeça de uma geração de direitos humanos fundamentais, sua visibilidade fica incomparavelmente maior. (Bonavides, 2006, p. 85).

Ocorre que, em razão da sua própria essência, é inviável o enquadramento dos Direitos Humanos em uma teoria esquematizada e/ou multifásica, que se funda em substratos jurídicos

metodicamente distintos, como o lema da Revolução Francesa. Em que pese o alcance dessa teorização, o empenho de enquadrar direitos inatos em esquemas pré-definidos e metodologicamente estruturados incorre em um conglomerado de equívocos.

Estabelecer uma conceituação uníssona às normas concernentes aos direitos fundamentais, face a múltipla diversidade de disposições que as disciplinam é, em verdade, incomensurável, devido à sua natureza multifacetada.

Decerto, a tentativa arriscada de tal pretensão requer zelo, pois uma definição estática pode levar a uma compreensão superficial, limitadora e cerceadora da efetivação máxima esperável, ignorando-se, por via lógica, suas complexidades e nuances.

Esta incumbência pode ser falha caso se tente, equivocadamente, vincular a existência dos direitos fundamentais a gerações ou dimensões. Isto porque as circunstâncias que os originam, a cada momento distinto vivenciado, “não os seccionam no tempo ou no espaço; ao contrário, estratificam-nos como aptidão para a prática de atos na sociedade compondo o hábito de liberdade da pessoa cujo exercício é assegurado pelo próprio direito fundamental” (Brito, 1993, p. 68).

Notadamente, condicionar o surgimento de direitos a determinadas dimensões, significa afastar o aspecto da indivisibilidade. De igual modo, poder-se-ia incorrer no esgotamento do objeto de cada descendência. Assim sendo, a evolução desses direitos na contemporaneidade resulta em várias categorias, que por sua vez, não se entrelaçam à ideia de gerações. Nesse sentido, Edvaldo Brito aduz que:

Essa evolução, também, não autoriza a classificação em dimensões, porque não importa o conteúdo de cada qual, pois, sob o aspecto jurídico, há de ser considerado, apenas, que se trata de prerrogativa do homem, enquanto ser dessa categorização, entre os animais (Brito, 1993, p. 7).

Gomes Canotilho (1998, p. 362) assevera, outrossim, que “a ideia de generatividade geracional também não é totalmente correta: os direitos são de todas as gerações”. Essa ideia de geração, então, não afronta apenas o caráter terminológico, mas ainda o viés ontológico, na medida em que o estudo dessas prerrogativas demonstra características peculiares, dentre estas, a inexauribilidade.

De igual modo, evidencia-se que “qualquer direito é humano, portanto, é descabida a dicotomia direito fundamental versus direito humano. Trata-se de uma única categoria” (Brito, 1993, p. 61).

Realizadas tais pontuações, convém destacar que há uma natureza dos direitos fundamentais que possibilita a atribuição de uma função social, visto que toda pessoa, individualmente, possui uma certa tarefa a executar na sociedade (Brito, 1993, p. 12). Assim, é possível subdividi-las em quatro: direito natural, direito subjetivo público, direito coletivo e direito indivisível.

Considerando esse cenário, a primeira caracterização - o direito natural-, traz consigo a noção de que o homem já nasce com direitos, porque “ele integra o patrimônio do ser humano, uma vez que é elemento constitutivo de sua dignidade” (Brito, 1993, p. 67).

O direito natural, nesse ângulo, não sofre influência da doutrina jusnaturalista tampouco segue a doutrina medieval de São Tomás de Aquino, pela qual, “professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo” (Sarlet, 1998, p. 38). É natural porque é inato, portanto, o homem é possuidor pela sua própria natureza de ser humano.

Nessa sequência, é subjetivo público pois, em razão da sua fonte, que pode ser a Constituição ou instrumentos internacionais - por exemplo, tratados e convenções - se exerce de modo oponível o direito de exigir do Estado ou de outros entes públicos o cumprimento de deveres, a tutela de direitos ou a abstenção de determinados atos. (Santi, 1992).

No mesmo sentido, Sarlet (1998, p. 152) indica que, geralmente, quando se refere “aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário”.

Ademais, é coletivo quando engloba a sua natureza ligada à função social, refletindo-se a necessidade de harmonizar o exercício das liberdades individuais com o bem-estar coletivo e justiça social. Conforme doutrina de Lenon Duguit (1975, p. 236), essa natureza significa deixar a esfera individual de ser um direito especificamente do indivíduo para converter-se em uma função social.

Em continuidade, Duguit (1975, p. 236-237) destaca que a função social requer a responsabilidade de desempenhá-la da melhor forma possível, refletindo a ideia de que os direitos fundamentais não são tão somente proteções passivas, mas envolvem deveres ativos, implicando no desenvolvimento da individualidade física, moral e intelectual em prol da sociedade.

Por sua vez, a quarta característica dos direitos fundamentais – que corresponde a um direito indivisível –, corrobora com a tese de que não se comporta a existência de gerações ou dimensões (Brito, 1993). Nesta conjectura, todos os direitos humanos são parte de um todo unificado, visto que, reiterando, são inatos.

Isto posto, é discutível a validade dogmática de uma teoria que, ignorando a estrutura própria dos direitos, vale-se dos momentos históricos como fator exclusivo para classificação dos direitos fundamentais, “não exteriorizando caráter suficientemente precioso para poder ser utilizada como noção jurídica válida” (Pizzorusso, 2001, p. 291).

Ademais, as características discorridas chamam descrevem, em grande medida, os chamados direitos sociais e sua função na direção da atuação do Poder Público. Como visto, torna-se quase indissociável a teoria que estuda os direitos fundamentais, entendidos como aqueles inerentes à existência do homem, e os direitos que se manifestam com a sua efetiva vivência em sociedade, comportando-se ambos como duas partes de um mesmo todo.

Pelo exposto, evidente é o fato de que, afirmar que os direitos humanos nasceram em gerações, desprestigia-se, invariavelmente, a sua condição de inerente à essência humana, uma vez que se desconsidera suas características e seu caráter terminológico, além disso se poderia imaginar um esgotamento em cada marco geracional.

3 REFLEXÕES SOBRE A MATERIALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS EM UM CONTEXTO DE CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR NO BRASIL

Robert Alexy defende que “sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Se a recíproca é verdadeira, isso já é duvidoso” (Alexy, 2008, p. 50). Para o autor, por vezes, ela não se demonstra verdadeira quando normas de direitos fundamentais não outorgam direitos subjetivos.

É recomendável, então, oferecer tratamento ao conceito de norma de direito fundamental considerando-o mais amplo que a conceituação de direito fundamental. Dessa forma, em continuidade a essa ideia, se torna mais “conveniente que basear o conceito de norma de direito fundamental em critérios substanciais e/ou estruturais é vinculá-lo a um critério formal, relativo à forma de sua posituação” (Alexy, 2008, p. 68).

Notório que Robert Alexy, malgrado não propugne um sistema de direitos fundamentais fechados, notadamente recorre ao positivismo para delinear o conceito de normas de direito fundamental, recorrendo a base conceitual e estrutural da Constituição alemã. Dessa forma, ter-se-ia uma ótica puramente estrutural, na medida em que a definição elementar do que seja um direito fundamental se atrela mais a atuação política.

Nesse passo, Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 36), sustenta que os direitos fundamentais representam um conglomerado de direitos da pessoa humana reconhecidos expressamente ou de forma implícita na Constituição Federal de 1988, destacando a importância de uma cultura constitucional sólida.

Em contrapartida, Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 162) relaciona o conceito à noção de normas que exercem a função de disciplinar a atuação estatal, impondo-se o dever de “proteger a vida humana, no seu nível atual de dignidade, buscando realizar, em última instância, a felicidade humana”. Tal pensamento estabelece que esses direitos são lastreados pelas nuances da dignidade da pessoa humana.

Pode-se perceber que em ambas as concepções é possível estabelecer que os direitos sociais também ocupam o epicentro da preocupação constitucional em regular os comportamentos da sociedade muito além do mero “dever ser”, auxiliando na construção de um sistema estatal de integração com vistas a efetivar as normas prescritas.

O raciocínio de defesa em prol da existência de um sentido formal dos direitos fundamentais positivados, dos quais derivam outros direitos, especificamente em sentido material, é aderido também por Gomes Canotilho (1998, p. 117). Logo, a partir dos direitos constitucionalmente positivados há sequencialmente derivações.

Sob o ponto de vista da materialidade, há quem apresente um fundamento de equiparação do rol de direitos fundamentais não abarcados na norma aos direitos fundamentalmente positivados, visto que possuem um conteúdo que lhes é inerente.

Como aponta Ingo Sarlet, os direitos fundamentais em sentido material são aqueles “que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.” (Sarlet, 1998, p. 95).

Sob esse viés, a materialidade não deriva do direito positivado, mas sim da percepção e valoração social, as quais possibilitam outorgar o status de um direito revelado como fundamental. Nesse condão, José Afonso da Silva (2003, p. 178) constata que sem os direitos

fundamentais a pessoa humana não sobrevive, haja vista que não se realiza ou sequer convive com os demais. Assim, esse traço de essencialidade estabelece, juntamente com o reconhecimento formal, a sua efetividade material. Em posição oposta, mas reconhecendo o papel da dignidade da pessoa humana no tocante aos direitos fundamentais Sarlet pontua que:

A idéia de que os direitos fundamentais integram um sistema no âmbito da Constituição foi objeto de recente referência na doutrina pátria, com base no argumento de que os direitos fundamentais são, em verdade, concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa Lei Fundamental (Sarlet, 1998, p. 83).

É salutar, aqui, a ideia de que os direitos fundamentais nascem com o indivíduo, assim sendo, não se trata, por via lógica, de uma mera concessão advinda do Estado. O exposto, afinal, faz crer que o fato dessas “prerrogativas constarem de uma lista em um documento normativo—por exemplo, a Constituição Jurídica—não significa que, somente, assim, a proteção do indivíduo faça-se perante seu próprio Estado” (Brito, 2024, p. 65).

Neste ponto, cabe pontuar a concepção de Alexy (2008, p. 45) acerca do sistema de posições jurídicas fundamentais, nomeada pelo autor como “direitos a algo”, cuja estrutura está dividida e classificada em dois tipos: os direitos a ações negativas e os direitos a ações positivas.

De forma associativa, como a própria nomenclatura traduz, o direito à ação negativa constitui o chamado direito de defesa que, quando positivados, impedem o Estado de praticar os atos em que se pretende repelir. Na Constituição Brasileira de 1988, os exemplos encontram-se nos artigos 6º e 7º, onde consta o extenso rol de direitos sociais.

Por sua vez, os direitos de ações positivas se subdividem em dois grupos: aqueles cujo objeto é uma ação fática e aquele em que se concentra na ação normativa. Brevemente, “a irrelevância da forma jurídica na realização da ação para a satisfação do direito é o critério para a distinção entre direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas” (Alexy 2008, p. 45). Assim, enquanto o primeiro diz respeito a prestações do Estado, o segundo se relaciona com o direito à criação de normas.

Nesse sentido, quando se fala em dimensão dos direitos fundamentais, a sua concepção não se interliga a gerações sob a perspectiva histórica de positivação, mas sim a estrutura de dimensão objetiva e subjetiva desses direitos. A clara diferenciação, para Gilmar Mendes (1999, p. 10) está em:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como

elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Decerto, as normas de direitos fundamentais ostentam um duplo caráter. A dimensão objetiva, por sua vez, para Canotilho (1992, p. 544) “vincula um sujeito em termos objectivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto”. Assim sendo, como elemento da ordem jurídica de uma coletividade determinam “o objetivo, os limites e o modo de cumprimento” das tarefas estatais (Hesse, 1998, p. 241).

Sequencialmente, a dimensão subjetiva, consubstancia-se, conforme abordado nos tópicos anteriores, na possibilidade que tem o seu titular - o indivíduo ou a coletividade - “de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades, o direito à ação ou mesmo as ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora de direito fundamental em questão” (Hesse, 1998, p. 241).

Com vistas a dar ampla concretude às normas de direitos fundamentais, compreendidas como os direitos humanos e sociais, a própria Teoria da Constituição foi se moldando através do tempo, passando a se preocupar não somente com a organização do Estado e dos Poderes, ou com a previsão genérica de direitos abstratos. Arguelhes e Sussekind (2022, p. 2560) aduzem que as Cartas Magnas se transformaram em verdadeiros projetos políticos de mudança social, por meio de estruturas e métodos pré-estabelecidos por elas próprias. Daí surge o constitucionalismo transformador.

A especificidade do Constitucionalismo Transformador está além da existência de um texto que promete saúde, justiça social, educação e proteção à dignidade humana, entre outras cláusulas que seriam transformadoras em sociedades marcadas por desigualdade e exclusão. É necessário considerar também a cultura jurídica, a comunidade profissional e as instituições que interpretam, aplicam e constroem argumentos com base nesse texto (Arguelhes; Sussekind, 2022, p. 2563).

Em vista disso, é possível constatar, já na Constituição de 1988, sinais das influências do constitucionalismo transformador na forma pela qual estão elencados os direitos sociais e como ela cria caminhos para a sua efetividade. Como exemplo máximo está o rol do art. 7º, no qual o Constituinte Originário não se limitou apenas à previsão da garantia do salário mínimo, mas listou de forma exaustiva todos os direitos trabalhistas, com o fim de não deixar margens à flexibilização hermenêutica.

Além disso, é possível encontrar padrões constitucionais parecidos quando se trata do direito à educação e à previdência social, tendo em vista que esses são os mais notórios pontos a ensejar discussões sobre a existência ou não de um direito subjetivo à prestação.

Em sua doutrina, Sarlet (1998, p. 201) considera que em alguma medida é possível se falar em direito subjetivo à prestação, não obstante as críticas expostas por alguns teóricos. Em primeiro lugar, chama atenção ao fato da carência de concretização dos direitos sociais em virtude da incompletude da norma, e não relacionado à extensão do direito a ser prestado. Para melhor explicar o que o autor aduz, imagine-se que exista uma norma que prevê o direito à moradia de forma universalizada, mas que essa norma não vem acompanhada de nenhuma proposta estrutural que venha a tornar possível a sua eficácia e efetividade. Daí o autor retira a noção de carência de concretização pela incompletude da norma.

Na mesma linha, o Sarlet (1998, p. 206) segue discorrendo sobre a problemática da reserva do possível, e até que ponto o Constituinte detém competência para estabelecer políticas públicas a partir da criação de normas revelando um possível abalo ao princípio da separação de poderes. Um outro aspecto que é intrínseco aos dois já citados é a efetiva disponibilidade dos recursos materiais, já que, por mais que os direitos à prestação fossem estabelecidos na seara legislativa, ficaria a cargo do Poder Executivo torná-los palpáveis.

Na presente pesquisa, a preocupação de Sarlet (1998, p. 206) reveste-se de especial relevância, sobretudo no tocante à atuação do Poder Judiciário, tendo em vista que a cultura judicial brasileira tem se enlanguescido em grande escala, permitindo que os juízes e tribunais tenham cada vez mais competência para opinar e fazer determinações que visem a manutenção ou adequação de certas políticas públicas, com o fim de fazer cumprir os direitos sociais nos moldes estabelecidos pela Constituição.

4 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O tema sobre a judicialização dos direitos sociais denota intervenção decisória do Poder Judiciário, circunstância esta capaz de afetar políticas públicas e democráticas. Imediatamente, provável consequência do enlarguecimento desse poder decisório pode incorrer, como é o caso recorrente, na ampliação de poderes que seriam, via de regra, reservadas às competências dos Poderes Legislativo e Executivo.

No Brasil, o princípio da separação de poderes está descrito no art. 2º da Carta Política de 1988, dispondo que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Ao Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo da Justiça Brasileira, conforme dicção do art. 102 da aludida Lei Maior, coube o papel de Guardião da Constituição, sendo esta nomenclatura própria da sua competência de Corte Constitucional.

Sobre a independência e harmonia, Moraes (2007, p. 179) escreve que os “interesses e relações sociais de ordens diversas, que a razão demanda que sejam confiados a poderes e pessoas distintas, que pressupõem habilitações e condições especiais, são confundidos, olvidados ou sacrificados”.

Ocorre que, a Constituição Federal de 1988 ampliou demais a gama de competências do STF, colocando-o em situações em que atua na prática mais como um tribunal político do que jurídico. A hiperconcentração de poderes em um único órgão põe em xeque a própria ideia da teoria dos três poderes, segundo a qual explica o seu idealizador:

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares (Montesquieu, 2000, p. 47).

Essa divisão encontra fundamento na própria ideia de constitucionalismo, já que o objetivo primário deste movimento fora abolir com o sistema monárquico, que concentrava todos os poderes na figura de um Rei, e criar uma Constituição que viesse a distribuir esses poderes em um sistema de freios e contrapesos, conforme ensina Alexandre de Moraes (2007, p. 171). Nessa linha, Cintia Lages (2008, p. 12) observa que a teoria desenvolvida pelo Barão de Montesquieu cumpriu o propósito de descentralização do poder:

A teoria da separação de poderes de Montesquieu possibilitou a redefinição do poder do Estado como poder limitado. Ao chamar a atenção para o perigo de se concentrar em um só órgão todos os poderes do Estado, afirmou que o mesmo deveria ser dividido em funções distintas atribuídas a órgãos estatais diversos, propondo uma separação de funções equilibrada.

Todavia, distanciando-se dos conceitos apresentados, em setembro de 2022, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgou um dos casos mais emblemáticos da história da Corte.

Oportunidade em que estabeleceu que o acesso às creches e pré-escolas é direito público subjetivo das crianças em idade apropriada para frequentar tais instituições de ensino.

A decisão, então, foi tomada por unanimidade de votos no Recurso Extraordinário (RE) no 1.008.166/SC, que foi interposto pelo Município de Criciúma. A discussão realizada pela corte é oriunda de um mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público Estadual em desfavor do Município, que negou a matrícula em creche pública ante a inexistência de vagas disponíveis. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina manteve a sentença, reafirmando que as crianças têm o direito de frequentar uma instituição pública de ensino compatível com sua idade e fase escolar.

Diante disso, o Município, então, interpôs recurso extraordinário alegando que decisão exarada pelas instâncias anteriores representaria afronta à separação dos poderes, na medida em que não cabe ao Poder Judiciário impor a destinação de recursos para construção de creches e pré-escolas.

Na inicial, o requerente sustentou que a Constituição Federal garante apenas a obrigatoriedade do ensino fundamental, de modo que a inclusão de criança em estabelecimento de educação infantil não configura direito público subjetivo, a ser efetivado de forma imediata. Aduziu, ainda, que o acórdão impugnado violara diretamente os arts. 2º e 37 da Constituição Federal ao determinar que o ente público realize despesas públicas sem prévia autorização orçamentária.

Por outro lado, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso extraordinário. Asseverou, em síntese, que o direito à creche está diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, consubstanciando-se em verdadeiro direito subjetivo, insubordinado a razões orçamentárias e insuscetível de dilações administrativas. O parecer recebeu a seguinte ementa:

Direito a creche. Normas da Constituição que geram direito subjetivo de caráter fundamental a que crianças na idade própria recebam dos poderes públicos a educação infantil. Inexistência de ofensa à separação de poderes. Descabimento do argumento da reserva do possível orçamentário (Brasil, 2023, p. 10).

Ao fim do julgamento, o Tribunal, por unanimidade, decidiu declarar o direito à educação infantil como prerrogativa constitucional indisponível, entendendo que o acesso a creches e pré-escolas é um direito público subjetivo das crianças com idade adequada para frequentar estas instituições:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. GARANTIA DE VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA ÀS CRIANÇAS DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE. AUTOAPLICABILIDADE DO ART. 208, IV, DA CF/88. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que assegura às crianças de zero a cinco anos de idade a primeira etapa do processo de educação básica mediante o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (art. 208, IV, da Constituição Federal).

2. O Estado tem o dever constitucional de garantir o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão estatal e violação a direito subjetivo, sanável pela via judicial. Precedentes: ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 15/9/2011; AI 592.075-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 4/6/2009, e RE 384.201-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ de 3/8/2007.

3. O Poder Judiciário pode impor à Administração Pública a efetivação de matrícula de crianças de zero a cinco anos de idade em estabelecimento de educação infantil, sem que haja violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

4. Ex positis, voto no sentido de, no caso concreto, NEGAR PROVIMENTO ao recurso extraordinário interposto pelo Município de Criciúma.

5. A tese da repercussão geral fica assim formulada: 1. A educação básica em todas as suas fases – educação infantil, ensino fundamental e ensino médio – constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.

2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo.

3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica (Brasil, 2023, p. 3-4).

Ou seja, restou consignado, na prática, a existência de um direito subjetivo à prestação conforme sustentado por Sarlet (1998, p. 206), estabelecendo o STF que muito embora prerrogativa mantenha a estrutura trilateral entre o titular, o objeto e o destinatário, constata-se uma plena vinculatividade que possibilita a imposição ao Estado à realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental social.

Sobre o comprometimento dos recursos públicos na efetivação do mínimo existencial dos direitos prestacionais, o autor considera que sempre haverá onerosidade em maior ou menor grau, a depender do contexto político e econômico do Estado. Todavia, destaca que essas prestações não se prendem e não se fundamentam nessas questões, e sim na necessidade de fazer valer a imposição constitucional dos direitos à prestação, que devem ser tratadas com prioridade dentro do planejamento orçamentário do Estado (Sarlet, 1998, p. 197).

Discussão similar ocorreu no STF no julgamento do mencionado recurso. Em seu voto, o ministro Alexandre de Moraes aludiu que a Constituição Federal, em tempo que positiva

direitos como acesso à saúde e à educação, também determina a necessidade de respeito aos orçamentos públicos. Em sua visão, o tribunal deve atuar considerando a existência de limites orçamentários, proferindo decisões que sejam passíveis de cumprimento (Brasil, 2023, p. 72).

No mesmo sentido, o ministro Edson Fachin afirmou que a Corte está atenta à exequibilidade de suas decisões, mormente daquelas que definem a realização de prestações positivas, claramente onerosas ao Estado e dependentes da disponibilidade de recursos públicos (Brasil, 2023, p. 116).

Entretanto, na mesma linha teórica de Sarlet (1998, p. 197), os Ministros entenderam que aquele não era o momento de considerar somente as questões orçamentárias, e sim de fazer valer um direito prestacional importante à manutenção da dignidade na formação social humana.

Todavia, é necessário analisar dentro das circunstâncias desse fato o papel do Supremo Tribunal Federal, levando em consideração o princípio da separação de poderes. Luís Roberto Barroso (2009, p. 247) leciona que o STF reúne competência dual, tanto de Suprema Corte (sendo a instância extraordinária dentro da organização da justiça), quanto a de Corte Constitucional (reunindo atribuições de exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos).

Barroso (2009, p. 147) segue lecionando que, para além da dualidade das competências do STF, o próprio sistema jurídico brasileiro é de tradição mista, extraíndo características tanto do sistema civil law, quanto do sistema common law. Em vista disso, as atribuições outorgadas ao STF são tem extensão e capacidade para transformá-lo em um “super poder”, de modo que é muito fácil cair na armadilha do ativismo judicial caso não haja prudência.

Para Barroso (2009, p. 147-148) esse ativismo se concretiza quando os atores políticos buscam reverter as duas derrotas no âmbito judicial. Por meio de uma ação de controle concentrado, por exemplo, presentes os requisitos de admissibilidade, o STF é obrigado a se manifestar sobre o caso, podendo muitas vezes ir de encontro à decisão dos parlamentares, que são expressões vivas da democracia representativa que se funda o Brasil.

Contudo, por mais que o caso apresentado possa revelar um padrão de comportamento que pode ser entendido como ativismo judicial, é importante destacar o viés transformador da Constituição vigente, possibilitando que a atividade interpretativa dos juízes e tribunais tenham o condão de transformar certa realidade estagnada, quando há regras dirigentes em xeque.

Quanto a isso, Arguelhes e Sussekind (2022, p. 2575-2576) observam que os juízes são os atores centrais, ainda que não exclusivos, da perpetuação do constitucionalismo transformador, tendo em vista que tribunais são instituições especializadas em identificar e remediar violações a direitos, e os tribunais constitucionais, em especial, são instituições desenhadas para identificar e remediar violações à constituição de maneira mais geral.

Desta forma, consideram que se a Constituição obriga certas transformações sociais por meio da positivação de direitos, e se a constituição é um texto jurídico, é inevitável que tribunais constitucionais ocupem um papel central na sua implementação.

O CT exigiria um amplo poder judicial de interpretar e aplicar a constituição de maneira ampla, inclusive para declarar inconstitucionais ações e omissões dos outros poderes. Um sistema de controle de constitucionalidade de escopo reduzido ou excessivamente deferente a decisões técnicas ou políticas seria insuficiente por várias razões: para proteger de direitos sociais, como condição necessária para a própria democracia; para mitigar a tradição "hiperpresidencialista" do constitucionalismo da região; para proteger minorias étnicas e de gênero que estão em situação de vulnerabilidade (Arguelhes; Sussekind, 2022, p. 2576).

Deste modo, é justificável a atuação judicial com vistas a garantir a efetividade dos direitos sociais, quando esta reveste-se das diretrizes e mecanismos outorgados pela Constituição para que se exerça o seu viés transformador. Entretanto, na medida em que os juízes passam a agir à margem das diretrizes constitucionais, isto é, ignorando as normas de natureza dirigente que objetivam concretizar as normas de direito social nos moldes por ela estabelecidos, revela-se um ativismo judicial infundado e sem respaldo na teoria constitucional moderna.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, é salutar que a afirmação de que os direitos humanos fundamentais surgiram em gerações, vai contra a sua característica precípua de ser inato, invariavelmente, inerente ao ser humano. Porém, quando se fala em gerações há de se ter em mente a sua concepção estrutural em dimensão objetiva e subjetiva.

Tendo em vista todos os conceitos apresentados ao longo deste artigo, vislumbra-se os direitos fundamentais como normas de altíssima relevância dentro da envergadura constitucional, ao passo que deles irradia os valores que inauguraram o Brasil como um Estado Social de Direito. Dentro desta ótica, por esses direitos se tratarem, em sua essência, de normas

postas no âmbito da própria Constituição, eles são carregados de um viés valorativo que norteia todo o ordenamento jurídico que regulam.

Conforme restou demonstrado, os direitos sociais são intrínsecos à própria teoria dos direitos fundamentais, haja vistas que estes têm o condão de garantir que a vida em sociedade se alinhe aos moldes estabelecidos pela Constituição, com vistas a garantir a concretização dos projetos sociais que ela inaugura.

Paralelo a isso, o sistema de separação de poderes revela-se como verdadeira garantia do cidadão frente ao arbítrio do Estado, impedindo que o gestor ou governante acumule poderes que venham a culminar em tirania, ato incompatível com a realidade democrática. Nessa linha, o Poder Judiciário, notadamente na figura do Supremo Tribunal Federal, ao exercer o seu papel de guardião da Constituição, deve agir com cautela na resolução de alguns casos que têm o condão de ultrapassar os limites de suas competências.

Entretanto, restou demonstrado, sob a lente da teoria do constitucionalismo transformador, que é legítima a atuação da Suprema Corte quando o objetivo é efetivar em larga escala os projetos políticos de mudanças profundas que a Constituição traz em seu bojo, sobretudo em razão da inércia dos poderes ordinários, observando sempre os impactos orçamentários de suas decisões e a reserva do possível, porém não se limitando a estas amarras.

Outrossim, é preciso que haja meios de efetivação dos direitos fundamentais dentro da normalidade democrática, com cada poder assumindo o seu papel de fazer valer o Estado inaugurado pela Carta Política de 1988, sob pena de esvaziar-se a sua razão de existir. Muito embora o constitucionalismo transformador estabeleça os juízes e tribunais como os seus maiores propagadores, é inegável que os poderes eminentemente políticos têm que ser cada vez mais instado a participar deste compromisso democrático, já firmado quando da promulgação da Lei Maior.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARGUELHES, Diego Werneck; SÜSSEKIND, Evandro Proença. Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e “engenharia social judicial”. *Direito e Práxis*, v. 13, n. 4, 2022, p. 2557-2594. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/5rmnMfnPDY84csYFWGtNzDG/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 31 out. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

BRASIL. Constituição Federal. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário no 1.008.166/SC. Relator: Min. Luiz Fux. Plenário. DJe 20/04/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357440806&ext=.pdf>. Acesso em: 31 out. 2024.

BRITO, Edvaldo. Limites da Revisão Constitucional. 1a ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. In: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul et al. Direitos Fundamentais e Justiça. Porto Alegre, HS Ed, 2007-, Belo Horizonte, Forum. v. 2, n. 3, p. 82–93, abr./jun., 2008. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127>. Acesso em: 10 nov. 2024.

BUENO, Pimenta. Direito público brasileiro e análise da constituição do império. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993; _____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3a ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LAGES, Cintia Garabini. Separação dos poderes: tensão e harmonia. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 58, out 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5223%3E>. Acesso em: 10 nov. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Jurídica Virtual, Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1011/995>. Acesso em: 12 nov. 2024.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Introdução, trad. E notas de Pedro Vieira Mota. 7a ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 21a ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SARLET, Ingo W. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SOUZA, Maicon Melito de. A evolução histórica das fontes basilares dos direitos fundamentais. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 12, n. 1, p. 299- 316, jun. 2017. ISSN 1983-4225. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/341/pdf>. Acesso em: 30 nov. 2024.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 1999; _____. Curso de direito constitucional positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VILHENA VIEIRA, Oscar. Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.