

A BUSCA DOS DIREITOS SOCIAIS PERANTE O ESTADO-JUIZ: UMA ANÁLISE SOBRE O PAPEL REPRESENTATIVO DO PODER JUDICIÁRIO E A PARCIALIDADE POSITIVA

THE SEARCH FOR SOCIAL RIGHTS ON THE STATE-JUDGE: AN ANALYSIS ON THE REPRESENTATIVE ROLE OF THE JUDICIARY AND POSITIVE PARTIALITY

Gabriela Natacha Bechara¹

João Victor Nardo Andreassa²

Teófilo Marcelo De Arêa Leão Júnior³

RESUMO

Os direitos sociais são o corolário da importância que se deu aos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Contudo, estes direitos, que dependem de uma atuação ativa por parte dos entes públicos, não são implementados em sua integralidade para a população. Esta prestação deficitária ocasiona a busca destes direitos perante o Poder Judiciário, pela judicialização das políticas públicas e a atuação por meio do ativismo judicial. Nisto reside a importância do estudo. Desta forma, apresenta-se o seguinte problema: o papel representativo e a parcialidade positiva do juiz são legitimadores de uma atuação ativa do Poder Judiciário na promoção de direitos sociais? A resposta a este problema é o objetivo geral. Os objetivos específicos se consubstanciam no exame dos direitos sociais e a sua não implementação, a busca pela concretização destes perante o Poder Judiciário, bem como o estudo do papel representativo e a parcialidade positiva do juiz. Utilizar-se-á do método dedutivo, para que, a partir de certas premissas gerais, seja possível chegar a conclusões específicas sobre o problema posto. Conclui-se que o papel representativo e a parcialidade positiva do juiz são legitimadores de uma atuação ativa do Poder Judiciário na elevação de direitos sociais, pois esta forma de julgar pode ser a exclusiva maneira de o indivíduo ter o seu direito social desenvolvido satisfatoriamente.

Palavras Chave: Ativismo Judicial; Dignidade da pessoa humana; Igualdade material; Judicialização das políticas públicas; Reserva do possível.

ABSTRACT

Social rights are the corollary of the importance that was given to fundamental rights in the Federal Constitution of 1988. However, these rights, which depend on active action on the part

¹ Doutora e mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professora da Graduação e do Mestrado do Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Advogada.

² Mestrando em Direito pelo Programa de Estudo Pós-Graduado em Direito - Mestrado, do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, RA: 595284. Bolsista CAPES/PROSUP na modalidade Auxílio para Pagamento de Taxas. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - Uni-FIO. Advogado. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3615-7707>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1664472017925284>.

³ Pós-doutor em Direito pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE / Bauru-SP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Graduado pela Faculdade de Direito de Marília, hoje Curso de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, mantida pela Fundação Eurípides Soares da Rocha. Líder do Grupo de Pesquisa: Direitos Fundamentais Sociais - DIFUSO. Autor de obras e artigos científicos. Professor da Graduação e do Mestrado do Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Advogado.

of public entities, are not implemented in their entirety to the population. This deficit benefit leads to the search for these rights before the Judiciary, the judicialization of public policies and the action through the judicial activism. This is the importance of study. In this way, the following problem is presented: the representative role and positive partiality of the judge are legitimizing an active action of the Judiciary in the promotion of social rights? The answer to this problem is the overall objective. The specific objectives are based on the examination of social rights and their non-implementation, the search for their implementation before the judiciary, as well as the study of the representative role and the positive partiality of the judge. The deductive method will be used, so that, from certain general premises, it is possible to reach specific conclusions on the problem posed. It is concluded that the representative role and positive partiality of the judge are legitimizing an active action of the Judiciary in the elevation of the social rights, because this way of judging can be the exclusive way for the individual to have his social right developed satisfactorily.

Keywords: Judicial Activism; Dignity of the human person; Material equality; Judicialization of public policies; Reservation of the possible.

Introdução

O Estado Constitucional de Direito preconiza, como ponto basilar de sua estrutura, a dignidade da pessoa humana. Sucedendo um período de diversas ausências de direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 trouxe o espírito da jurisdição constitucional, calcada na proteção de direitos fundamentais.

Para que se tenha uma vida minimamente digna, há de se ter a realização dos direitos fundamentais sociais. São estes mandamentos constitucionais que determinam a obrigatoriedade de concretização de direitos básicos como a propriedade, educação, saúde, transporte, lazer, entre outros que são disciplinados na Carta Política brasileira.

Por característica essencial, os direitos sociais necessitam de uma atuação mais acentuada por parte do Poder Público. Como regra, os direitos sociais são satisfeitos por meio de políticas públicas. Ocorre que, a realidade brasileira demonstra que estes direitos não estão sendo implementados de forma satisfatória.

O cidadão, em face de lhe ser declarado um direito na Lei Maior, mas não sendo cumprido efetivamente, recorre ao Poder Judiciário, como maneira última de ver seus direitos sendo satisfeitos. Disto decorre a judicialização das políticas públicas e a atuação por intermédio do ativismo judicial.

Em razão desta corrida ao Judiciário, demonstra-se a importância de estudar os direitos sociais, sua falta de implementação satisfatória e os mecanismos que podem legitimar uma possível atuação promocional de direitos sociais por parte do julgador.

Desta forma, tem-se como hipótese de pesquisa o estudo da seguinte questão: o papel representativo e a parcialidade positiva do juiz são legitimadores de uma atuação ativa do Poder Judiciário na promoção de direitos sociais? Destaca-se que a resposta desta questão é o objetivo geral deste artigo, tendo como objetivos específicos o exame dos direitos sociais disciplinados na Constituição Federal e não implementados, a busca pela concretização destes perante o Poder Judiciário, com a judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial, bem como o estudo específico do papel representativo e a parcialidade positiva do juiz diante das disparidades sociais presentes no Brasil.

O tema proposto será trabalhado pelo método dedutivo, com duas premissas, uma maior tratando dos direitos sociais previstos na Lei Maior e não implementados e outra menor, que expõe as características da busca dos direitos sociais diante do Poder Judiciário, relacionando as duas premissas para se determinar como um papel representativo e uma parcialidade positiva podem legitimar a atuação jurisdicional promotora de direitos sociais. Utilizar-se-á de pesquisas bibliográficas e documentais como procedimentos metodológicos.

Com relação ao caminho percorrido, por primeiro, será realizada uma análise da Constituição Federal de 1988 como inovadora ao disciplinar diversos direitos fundamentais em seu corpo, com ênfase nos direitos sociais, demonstrando seu aspecto fundamental à sociedade. Demonstra-se, também, a não verificação destes direitos e os possíveis causadores dos óbices à sua realização.

Em seguida, será trabalhada a procura de efetivação dos direitos sociais perante o Estado-juiz, averiguando os fenômenos da judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial, destacando suas especialidades, diferenciando-os e enfatizando seus benefícios e riscos.

Por fim, será discutido o papel representativo do Poder Judiciário, o seu dever ante as desigualdades e mazelas da sociedade brasileira e a parcialidade positiva do juiz, apresentando-os como instrumentos de atuação positiva na consumação de direitos sociais. No encerramento, será feita uma conclusão sobre o tema proposto.

1 A Não Implementação dos Direitos Sociais Disciplinados na Constituição Federal

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988 enumera e preconiza como seu fundamento, principalmente com base na dignidade da pessoa humana,

diversos direitos fundamentais, mostrando-se muito avançada em relação as Cartas Políticas anteriores.

Destaca-se, por princípio, os direitos de liberdade, que ganharam uma atenção especial, até mesmo pelo período em que foi elaborada, pós ditadura miliar, onde estes direitos não eram respeitados. Como expressa Barroso (2018, p. 241), o período da ditadura militar é marcado por uma exceção quanto a direitos fundamentais.

Ao longo do período de exceção, a teoria constitucional oscilou entre dois extremos, um relacionado a um pensamento constitucional tradicional e o outro partindo para a teoria crítica do direito, com forte influência marxista (BARROSO, 2018, p. 242). “Com a promulgação da Constituição de 1988, teve início a luta teórica e judicial pela conquista de efetividade pelas normas constitucionais” (BARROSO, 2018, p. 243).

Os direitos de fraternidade, que adquiriram força após a Segunda Guerra Mundial também tiveram o devido destaque e positivação na Lei Maior. É possível dizer que, pela primeira vez na história, essas matérias foram tratadas com a merecida relevância (SARLET, 2015, p. 64).

Além dos direitos de primeira dimensão (liberdade) e de terceira dimensão (fraternidade), tem-se na Constituição Federal um denso conteúdo sobre os direitos sociais. Estes são aqueles direitos de segunda dimensão, englobando, além dos direitos sociais, os direitos culturais e econômicos (SARLET, 2015, p. 47).

Como exemplo de direitos sociais disciplinados na Lei Maior de 1988, pode-se citar o direito a assistência social, saúde, trabalho, educação, entre outros (SARLET, 2015, p. 47). Ressalta-se, desde já, que os direitos sociais não se resumem àqueles prestacionais, mas também se compõem de liberdades sociais, como a liberdade de sindicalização, direito de greve, férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo, etc. (SARLET, 2015, p. 48).

Com a prescrição de direitos sociais na Carta Magna, inaugurava-se uma concepção socioeconômica adequada à realidade nacional e com finalidade de transformação estrutural da sociedade brasileira (TAVARES, 2018, p. 597-598). Como expressa Bonavides (2019, p. 383), “os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas”.

Apesar da grande importância dos direitos sociais para a sociedade, principalmente pela necessidade de superação das imensas desigualdades sociais existentes no Brasil, que adoecem a cidadania pelo não respeito à dignidade da pessoa, estes são constantemente contestados.

Direitos e objetivos sociais podem ser mais ou menos absolutos, de forma que os direitos fundamentais dão consistência a ordem política e direitos particulares (LOPES, 2001,

p. 124). Há quem conteste o caráter fundamental dos direitos sociais (SARLET, 2009, p. 217). Contudo, pode-se constatar que estes direitos têm uma dimensão positiva e negativa, e deverão ser respeitados, por serem garantidores de um mínimo de vida digna, a proteção do espaço de liberdade e mesmo de alguns bens jurídicos (SARLET, 2009, p. 220).

Não se pode simplesmente desconsiderar a decisão do constituinte de declarar tais bens jurídicos como relevantes, ou seja, fundamentais, devendo-se assegurar a máxima eficácia e efetividade a estes direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 222-223).

Os direitos sociais, para que possam ser realizados, necessitam de uma atuação positiva estatal na promoção de políticas públicas. Em razão disto, acrescenta-se uma dificuldade maior em sua implementação.

Tavares (2018, p. 598), sobre o tema, disserta que a realização do Pacto Social depende de sua prática pela sociedade, pelas instituições e do imaginário que incute, principalmente, no cotidiano do agente público.

Ainda como expressa Lopes (2001, p. 126-127), a natureza dos direitos sociais inscritos na Constituição tem caráter de direitos que precisam de situações criadas, ao contrário dos direitos previstos no artigo 5º que tem natureza de direitos de liberdade e limites constitucionais ao Estado. Os direitos sociais se distinguem não só apenas por serem coletivos, mas por exigirem remédios distintos, tendo implicação na discussão de uma justiça distributiva (LOPES, 2001, p. 127).

Os novos direitos sociais têm característica especial, uma vez que não são exequíveis individualmente, não significando que não possam ser exigidos juridicamente, em alguns casos, como se exige direitos subjetivos (LOPES, 2001, p. 129). Em regra, dependem para que tenham eficácia, da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, pela sua generalidade e publicidade (LOPES, 2001, p. 129).

A prestação material dos direitos sociais pelo Estado brasileiro, mostra-se como uma das mais importantes tarefas de um Estado Democrático Social de Direito. Aquele que não tem os direitos sociais básicos implementados, vive à margem da dignidade, pois nunca estará livre da dependência. Bonavides, sobre a importância da realização dos direitos sociais para a democracia no Estado brasileiro, ensina que:

O Estado social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributiva, sem a qual não haverá democracia nem liberdade (BONAVIDES, 2019, p. 387).

Apesar da imperiosidade de realização destes direitos fundamentais para que se tenha uma justiça social, o que se pode verificar é uma crise na realização dos mandamentos constitucionais. Alguns fatores se mostram como óbices à realização dos direitos sociais pelo Estado.

O primeiro óbice que se pode vislumbrar é àquele ligado a interesses econômicos. Como expressa Tavares (2018, p. 598), há no Brasil uma rotina de bloqueio de direitos sociais, em razão de interesses do poder econômico que, de forma sorrateira, perpetuam relações de domínio social, impedindo um avanço democrático e um real desenvolvimento socioeconômico do País. Nas palavras de Bonavides (2019, p. 388), “a igualdade material faz livres aqueles que a liberdade do Estado de Direito da burguesia fizera paradoxalmente súditos”.

Em um clima contrário aos direitos sociais, formam-se diversas cúpulas empresariais retrógradas, em conjunto com lideranças políticas, que ameaçam os avanços proclamados pela Lei Maior de 1988, sendo que, as vontades privatistas em detrimento dos direitos sociais básicos, denotam esta vertente (BONAVIDES, 2019, p. 390).

O segundo óbice diz respeito à limitação orçamentária dos entes públicos. Este impedimento é constantemente alegado como escusa genérica para a não implementação satisfatória dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, que necessitam de recursos financeiros para a realização de políticas públicas.

O principal argumento utilizado para trazer a luz a limitação orçamentária diante da não prestação de preceitos fundamentais, é a teoria da reserva do possível. A teoria da reserva do possível tem raízes no Tribunal Constitucional Alemão, mais notadamente, em um acórdão que tratou da reclamação de um cidadão alemão quanto às restrições de quantidade de acesso ao ensino superior da medicina, que supostamente impactaria em violação ao direito de livre escolha da profissão (NUNES JUNIOR, 2009, p. 173).

O Tribunal Constitucional Alemão expressou que poderia existir certa limitação a esses direitos, em razão de restrições orçamentárias, sempre que a efetivação destes direitos sociais extravasasse o mínimo vital (NUNES JUNIOR, 2009, p. 173-174).

Nesta decisão, que ficou conhecida como *Numerus Clausus*, a teoria da reserva do possível não se refere direta e unicamente a existência de recursos materiais suficientes para concretização do direito social, mas sim a razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação (MÂNICA, 2007, p. 180-181).

Tratando especificadamente da realidade brasileira e como a teoria da reserva do possível é tratada em território nacional, Mânica (2007, p. 181) disciplina que a interpretação

feita de tal teoria no Brasil fez dela uma teoria da reserva do financeiramente possível, na medida que considerou como limite dos fundamentais sociais a suficiência de recursos públicos e a previsão orçamentária da respectiva despesa. Houve, pois, uma distorção na aplicação instituto estrangeiro.

Um necessário contraponto que se deve fazer com a reserva do possível é o mínimo vital. O mínimo vital tem íntima ligação com a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2018, p. 649). Atualmente, exige-se um mínimo existencial, com o mínimo de inserção social, que se consubstancia em algo mais abrangente do que o mínimo de sobrevivência, que se bastava apenas com a vida humana, mesmo que sem dignidade (SARLET, 2018, p. 651).

Desta forma, não cabe a utilização da reserva do possível como desculpa generalizada pela não concretização dos direitos básicos sociais. Entretanto, este argumento pode ser observado em inúmeras petições pelos Tribunais, quando os entes federativos são demandados pela sua ineficiência.

Mânica (2007, p. 182) manifesta que não basta a mera alegação de inexistência de recursos, mas sim, a comprovação de ausência de recursos, na denominada exaustão orçamentária. Contudo, a reserva do possível teria poder para afastar a intervenção do poder judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, mas, apenas naquela hipótese de comprovação de ausência completa de recursos orçamentários suficientes para tanto (MÂNICA, 2007, p. 182). Desta forma, segundo Mânica (2007, p. 184), isso significa que as pretensões deduzidas perante o poder judiciário deverão ser analisadas por meio da ponderação de bens, com base no critério de proporcionalidade.

Acerca da aplicação da reserva do possível, Nunes Junior (2009, p. 193) vai mais adiante, ao propagar que este instituto só poderia ser suscitado em caso de absoluta inexistência de recursos, inclusive para fins não prioritários. Deste modo, a teoria da reserva do possível seria de aplicação excepcional do ordenamento brasileiro, dizendo respeito apenas a discussões de realização dos direitos sociais que extrapolem o conceito de mínimo vital e que não estejam abarcados por normas constitucionais que atribuam direitos públicos e subjetivos (NUNES JUNIOR, 2009, p. 196). Além disso, com relação à discricionariedade, o juízo discricionário não envolve identificação dos fins, apenas dos meios adequados para atingir o objetivo (NUNES JUNIOR, 2009, p. 201).

Nunes Junior (2009, p. 221) conclui pela impossibilidade total de aplicação da teoria da reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro, dado que em relação aos direitos sociais mínimos, não se pode alegar insuficiência de recursos econômicos, mas sim, em

definições de prioridades. Aplicar-se-ia a reserva do possível apenas em países mais evoluídos na promoção dos direitos sociais (NUNES JUNIOR, 2009, p. 221).

Dada a realidade social de exclusão do indivíduo pela não prestação material satisfativa, por parte do Poder Executivo e do Poder Legislativo, dos direitos sociais básicos, como a saúde, educação, moradia, transporte, entre outros, o cidadão tem buscado, com grande frequência, a efetivação destes direitos perante o Poder Judiciário.

2 A Busca dos Direitos Sociais Perante o Poder Judiciário

Os Tribunais brasileiros, em todas as suas instâncias, estão inundados de ações cuja finalidade é buscar a efetivação dos direitos sociais negligenciados pelo Executivo e Legislativo. Desta busca diante do Poder Judiciário, surgiu a discussão sobre a legitimidade do Judiciário em decidir sobre estas questões que, tipicamente, pertenceriam aos outros poderes.

Com relação a possibilidade de provocar o Judiciário em casos de omissões estatais relativas a direitos fundamentais, Lopes (2001, p. 113) instrui que a teoria do direito ocidental está fundada, há algum tempo, sobre uma mesma categoria: o direito subjetivo. O direito subjetivo é o direito de ação, sendo que a falta de ação disponível significa a inexistência ou inexigibilidade do direito (LOPES, 2001, p. 113). Observa-se um despreparo jurídico para lidar com o tema, que parece ser um problema tão grande quando a gravidade das questões sociais brasileiras (LOPES, 2001, p. 114).

Lopes (2001, p. 129-130) ao discorrer sobre o Judiciário como arena de conflitos contributivos e a política pública como objeto de demandas populares, dita que, os direitos sociais, para terem uma eficácia completa, demandam uma ação concreta do Estado, e não simplesmente uma possibilidade de agir em juízo.

Destaca-se que há uma complexidade na organização das contas públicas e, normalmente, as políticas públicas que proporcionam que o cidadão usufrua de um direito social, tem custos significativos aos cofres públicos e, apesar de serem necessários, dependem de um preparo. Sobre o tema, Lopes preleciona:

Uma política pública, juridicamente, é um complexo de decisões e normas de natureza variada [...]. A falta de reflexão sobre o complexo de normas que aí se entrelaçam pode ser fonte de trágicos mal-entendidos. Começamos afirmando que ao Estado não são dadas muitas opções; uma política de educação, ou saúde, ou preservação do meio ambiente dependerá sempre, mais ou menos do seguinte: gastos públicos, de curto, médio e longo prazo e

legislação disciplinadora das atividades inseridas em tais campos (LOPES, 2001, p. 131-132).

Apesar disto, quando o Poder Judiciário é chamado a decidir nestes casos, muito pouco disto é levado em consideração. Em razão disto, há de se analisar, também, as formas como vêm se nominando a atuação judicial, pelo ativismo judicial e a judicialização das políticas públicas.

Por princípio, faz-se necessário expor que os dois institutos não são sinônimos. Barroso (1996, p. 25) explica que o ativismo é uma escolha pelo modo mais proativo de se interpretar o texto constitucional, de forma a potencializar o seu alcance e resolver de forma mais efetiva as demandas judiciais. Já a judicialização é um fato que é próprio do estado constitucional adotado depois da Constituição Federal de 1988, não sendo uma vontade política do julgador, mas uma obrigação que lhe incumbe, sem alternativa (BARROSO, 1996, p. 25).

Tratando-se dos direitos sociais, um exemplo de judicialização são as demandas que objetivam a concessão de medicamentos não prescritos em políticas públicas (MACHADO, 2011, p. 47), já que, a judicialização se põe na seara da falta de realização de políticas públicas governamentais.

O ativismo é comumente suscitado na atuação judicial voltada à resolução de demandas difíceis, em que, o julgador se baseia em uma interpretação desafixada do texto positivado, com a finalidade de solucionar, de forma mais adequada, o caso concreto.

A despeito de ter uma finalidade digna, o ativismo judicial e a judicialização das políticas públicas merecem algumas ressalvas. Um dos problemas que pode se apresentar, é a utilização deste instituto como uma maneira de decidir de acordo com apegos pessoais, afastando-se do procedimento original (SANTOS, 2016, p. 153). Streck (2017, p. 126) também adverte que a concretização da Constituição não pode depender de subjetivismos.

Contudo, com os devidos cuidados, pode-se pensar no ativismo e, no caso mais específico dos direitos sociais, a judicialização das políticas públicas, como ferramentas na defesa daqueles que estão esquecidos pelo Poder Público. Cambi (2018, p. 25) ressalta que “a função básica da Constituição é suprimir certas decisões do processo político”.

O Judiciário pode agir para reequilibrar a balança quando um grupo subjuga o outro. Destaca-se nisto que, o Judiciário, quando provocado adequadamente, pode ser um instrumento de formação de políticas públicas, permitindo-se, pelo debate judicial, o avanço da democracia ao permitir discussões de temas relevantes, exigindo, com mais ou menos sucesso, a racionalidade das propostas divergentes (LOPES, 2001, p. 136-137).

Desta maneira, permitindo-se que o Judiciário atue de forma a implementar direitos fundamentais, seja pela atuação atípica do ativismo judicial ou pela judicialização de políticas públicas, há de se estudar uma possível mudança de papel do Judiciário e, junto a isto, uma reinterpretção da imparcialidade do juiz. É o que passar-se-á a fazer no próximo tópico.

3 O Papel Representativo no Poder Judiciário na Promoção de Direitos Sociais e a “Parcialidade Positiva do Juiz”

Uma vez que os direitos sociais não são satisfatoriamente implementados pelo Poder Público e há uma grande demanda pela realização daqueles perante o Poder Judiciário, faz-se necessário discorrer sobre a legitimidade deste na promoção de direitos.

Após a revolução francesa, diversos países da Europa Continental buscaram, por intermédio da codificação, a identificação plena do direito com a lei, com um legislador onisciente e onipotente (CAMBI, 2018, p. 101). O direito haveria de ser abstrato e geral, para todos, afastando-se do caos do *Ancien Regime*, sendo a codificação o germe do positivismo jurídico (CAMBI, 2018, p. 101).

Como herança deste positivismo exegético, criou-se a figura do juiz não mais como a boca da lei, mas ainda um julgador distante da realidade social que o cerca, passando do preceito fundamental da imparcialidade do juiz, para um estado de indiferença com as partes que estão diante do Estado-juiz.

Souza (2018, p. 144) descreve que esta neutralidade de julgamento, defronte aos conflitos, tanto internos, quanto externos ao magistrado, o eleva a uma imagem pública de um corolário de super-humano. Esta imagem divina do juiz, é, na verdade, “um produto de manipulação da imaginação coletiva que passa a assimilar e exigir uma conduta do juiz nessa perspectiva” (SOUZA, 2018, p. 144).

Em razão do quadro de desigualdade social existente no Brasil, o juiz apático e distante da realidade brasileira, não mais atende aos anseios da jurisdição constitucional. Decidir, sem levar em conta as disparidades existentes, pode não ser a solução mais justa ao caso levado ao Judiciário. Sobre a necessidade de mudança de postura do juiz no processo, Souza expõe:

Em decorrência dessa composição socioeconômica que perpassa o processo penal e civil moderno brasileiro, não se pode mais continuar numa visão clássica e retórica de que o juiz deve permanecer neutro e imparcial diante dessa carga ideológica capitalista neoglobalizada que se constata

empiricamente no meio social, econômico e cultural, e que gera reflexos na relação jurídica processual (SOUZA, 2018, p. 205).

Com relação à jurisdição constitucional, Barroso (2018, p. 259) expressa que “o Tribunal tem, como função principal, o exercício da jurisdição constitucional, que se traduz na interpretação e aplicação da Constituição, tanto em ações diretas como em processos subjetivos”.

O Poder Judiciário exerce, precipuamente, um papel contramajoritário. Isto significa que o julgador deverá decidir de acordo com a teoria do direito, sendo justo, sem se deixar levar pela tirania que a maioria possa querer impor. Esta função é o que assegura a democracia no direito.

Sobre o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, Barroso (2018, p. 260) destaca que este continua sendo a legitimidade democrática da jurisdição constitucional assentada na proteção de direitos fundamentais e na proteção das regras do jogo democrático. Contudo, pode-se vislumbrar que o aspecto contramajoritário, isolado, não basta para garantir a efetivação dos direitos fundamentais para todos. Ganha força, em razão disto, também o aspecto representativo.

Abordando-se o papel representativo do Supremo Tribunal Federal, Barroso (2018, p. 265) disserta que é fora de dúvida que o modelo tradicional de separação dos Poderes já não dá mais conta de justificar a estrutura de funcionamento do constitucionalismo contemporâneo.

Uma das maneiras de se exercer este papel representativo na promoção de direitos, é por meio da parcialidade positiva do juiz. Este modo de agir tem como “finalidade a efetivação material dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal” (SOUZA, 2018, p. 237).

A imparcialidade tem grande importância no Estado Democrático de Direito, prestando-se “à defesa e proteção do interesse social e do interesse público em geral” (NERY JUNIOR, 2016, p. 162). A independência do juiz, de igual forma, está intimamente ligada à imparcialidade e é a revelação do juiz natural (NERY JUNIOR, 2016, p. 174), estando presente na Constituição Federal de 1988, como se pode vislumbrar no artigo 5º, inciso XXXVII expressando que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e inciso LIII, que diz: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (BRASIL, 1988).

Não há como se discutir a importância desta vertente negativista do princípio da imparcialidade como o consectário do liberalismo do século XVIII, uma vez que as hipóteses de impedimento e suspeição do juiz asseguram o exercício livre de interesses da função jurisdicional exercida no processo (SOUZA, 2018, p. 236). Porém, não basta que o princípio

da imparcialidade seja validado apenas por critérios negativos ou proibitivos (SOUZA, 2018, p. 236).

Segundo Souza (2018, p. 205), há necessidade de que o juiz possa reconhecer as diferenças sociais, culturais, econômicas e, de igual forma, a carga ideológica neoglobalizante que manipula os resultados do processo. Ainda, há de se reconhecer que a visão simplesmente idealista e abstrata do processo, em que este é guiado apenas pela igualdade meramente formal, somente piora as desigualdades reais e materiais na relação jurídica processual (SOUZA, 2018, p. 206).

Portanto, tratar de forma igual o Estado, que deveria promover os direitos sociais fundamentais, e o cidadão, que está em situação de ausência de dignidade, promovendo uma ação judicial para que possa ter satisfeito um direito básico, como a saúde, é propagar a dessemelhança.

A parcialidade positiva do juiz seria a atuação para igualar as partes na relação processual. Mais do que isto, haveria o desempenho ativo para igualar o indivíduo em situação de hipossuficiência social aos demais cidadãos que usufruem de tais direitos que aquele não desfruta.

A função positiva, por sua vez, informa materialmente o agir do magistrado, para que ele leve em consideração no desenvolvimento válido e regular da relação jurídica processual os aspectos instrumentais necessários para a construção de uma sociedade mais *justa, solidária, erradicando-se a pobreza e as desigualdades sociais, econômicas, culturais etc.* (SOUZA, 2018, p. 238).

A redução das desigualdades sociais, na promoção do desarraigamento dos males sociais existentes no Brasil, é uma tarefa de todos, sejam eles os atores públicos ou privados. O Poder Judiciário, desta forma, não está imune a este dever constitucional.

Sendo dever da República a construção de uma sociedade mais justa, solidária, erradicando-se a pobreza e as desigualdades sociais, e sendo a atividade jurisdicional uma atividade proveniente da República Federativa do Brasil, não há dúvida de que a *realização desses fins e a execução dessas tarefas* também hão de ser desenvolvidas no âmbito do processo civil ou penal (SOUZA, 2018, p. 238).

Ademais, para além de um papel puramente representativo, as cortes desempenham um papel de mover a história adiante, quando esta está emperrada (BARROSO, 2018, p. 270). Neste sentido, Lopes (2001, p. 143) complementa ao expressar que, ao Judiciário cabe desempenhar seu papel histórico num Estado Democrático, dar conta do modelo de Estado,

sociedade e dos conflitos em que está inserido, escapando da ilusão liberal mais simples que seu objetivo se reduz a proteger a propriedade privada em detrimento das reformas sociais que se necessita.

A aplicação de um juízo de justiça distributiva fica prejudicada com o sistema social que não consegue distribuir proporcionalmente, premiando os mais espertos, bem-nascidos, etc. (LOPES, 2001, p. 141). Este aspecto do Poder Judiciário ganhou força após a Constituição Federal de 1988, principalmente no principal Tribunal pátrio.

O Supremo Tribunal Federal passou a desempenhar, de forma simultânea, o papel contramajoritário habitual e uma função representativa, atendendo demandas sociais relevantes que não foram satisfeitas pelo processo político majoritário (BARROSO, 2018, p. 279-280). Ainda segundo Barroso, (2018, p. 279-289) a Corte está comprometida com a promoção de valores republicanos, o aprofundamento democrático e o avanço social, o qual se desempenha atualmente pelo caminho do meio, sem timidez, nem arrogância (BARROSO, 2018, p. 279-280).

Destaca-se que a jurisdição constitucional somente deve se impor nos casos em que a contrariedade à Constituição for evidente, e se houver afronta a direito fundamental ou comprometimento dos pressupostos do Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2018, p. 276). Por se tratar de uma competência perigosa, deverá ser exercida com grande cautela, ante o risco democrático que ela representa (BARROSO, 2018, p. 270).

Estas reservas devem ser lembradas, uma vez que, o papel representativo, bem como a parcialidade positiva na promoção de direitos sociais, são ferramentas a serviço destes que se mostram possíveis aos julgadores. Todavia, de igual forma como salientado no segundo tópico deste artigo, não se está a apresentar uma carta branca para que o julgador decida conforme sua consciência e padrões morais íntimos.

A atuação totalmente discricionária do juiz, de forma desapegada à teoria do direito, fere a democracia. As decisões judiciais que utilizem estes mecanismos apresentados devem respeitar a integridade e coerência nos julgamentos. Não se pode deixar a promoção de um direito como se fosse uma loteria, em que o resultado dependerá do julgador, e não do direito.

Por fim, destaca-se que, os direitos sociais, uma vez que fundamentais, devem ser realizados pelo Estado. Pelas suas características prestacionais, exigem uma atuação ativa do Poder Público para a criação de políticas públicas, como meios para a satisfação dos preceitos sociais.

Defronte às desigualdades materiais existentes na sociedade brasileira, e a não implementação por parte dos entes públicos dos direitos sociais de forma satisfatória, o Poder

Judiciário poderá atuar de maneira positiva. Isto poderá se dar por intermédio de uma parcialidade positiva do juiz e a manifestação de um papel representativo na promoção dos direitos sociais dispostos na Constituição Federal.

Conclusão

O caráter fundamental dos direitos sociais é indiscutível. Os mandamentos constitucionais que os resguardam, o fazem pelo motivo de serem os garantidores do mínimo que se espera em uma democracia social. A igualdade material depende diretamente da realização das políticas públicas essenciais à utilização dos bens sociais.

Apesar deste aspecto basilar, a realidade é a de insatisfatória efetivação dos direitos disciplinados na Constituição Federal. Esta prestação deficitária se dá por diversos fatores, como interesses econômicos de alguns, que se alimentam da desigualdade brasileira, ou mesmo a incapacidade administrativa de diversos entes públicos no país.

A população, que observa seu direito social encartado na Lei Maior, quer a sua concretização, independentemente do motivo de o seu direito não ter sido atendido. Ocasionalmente, desta forma, a judicialização das políticas públicas e a atuação pelo ativismo judicial.

Com exceção das decisões solipsistas, que impõe a consciência do magistrado ao caso posto diante do Estado-juiz, a judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial podem contribuir para a satisfação e evolução dos direitos sociais. Vários direitos são efetivados somente após uma discussão judicial, com diversos atores da sociedade apresentando suas visões sobre o tema, como amigos da corte.

A atuação do julgador, pois, ganha destaque na consumação dos direitos sociais. O juiz afastado da realidade social, que decide apenas pela igualdade formal, não mais atende os anseios sociais atuais. O papel representativo do Poder Judiciário adquire mais importância na jurisdição constitucional.

Como maneira de externar este papel representativo, a parcialidade positiva do juiz, como uma ferramenta garantidora de equidade processual, equiparando aqueles que são socialmente desiguais, mostra-se como uma possibilidade de atuação judicial. Há de se fazer, novamente, a ressalva de que não se defende a discricionariedade exacerbada. A atuação do julgador terá de obedecer aos limites constitucionalmente estabelecidos, como forma, inclusive, de democracia no processo. A integridade e coerência são essenciais à Justiça.

Expressa-se, desta forma, que a primeira premissa, maior e verdadeira, demonstra que os direitos sociais dispostos na Constituição Federal são direitos fundamentais, intimamente ligados à dignidade da pessoa humana e não estão sendo desempenhados de modo suficiente.

A segunda premissa, menor e igualmente verdadeira, expõe que esta não concretização dos direitos sociais leva os cidadãos a recorrerem ao Poder Judiciário, gerando a judicialização das políticas públicas e o desempenho da função julgadora com ativismo.

Da análise das duas premissas verdadeiras se conclui que o papel representativo e a parcialidade positiva do juiz são legitimadores de uma atuação ativa do Poder Judiciário na promoção de direitos sociais, pois esta forma de decidir pode ser a única maneira de o cidadão ver o seu direito social evoluir em grau satisfatório.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *In*: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André (coordenadores). **Separação dos poderes**: aspectos contemporâneos da relação entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. – Salvador: Juspodivm, 2018. p. 239-280.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e Legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**: Cadernos do Centro de Ciências Sociais. - Vol. I, Nº 1 (1996) - Rio de Janeiro: UERJ, CCS, 1996. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em 08 jan. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional** – 34 ed. – atual. – São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 10 jan. 2020.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário – 2. ed. – São Paulo: Almedina, 2018.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. *In*: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo, Malheiros: 2001. p. 113-143.

MACHADO, Edinilson Donizete. **Ativismo judicial**: limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras jurídicas, 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista brasileira de direito público** – ano 5, n. 18, jul./set., 2007. p. 169-186.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: (processo civil, penal e administrativo) – 12. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988** – estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais – São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

SANTOS, Raphael de Souza Almeida. **Por uma teoria da decisão judicial**: a crítica hermenêutica do direito como blindagem ao protagonismo judicial no Brasil – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional – 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais, mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos fundamentais – algumas aproximações. *In*: TOFFOLI, José Antônio Dias (organizador). **30 anos da constituição brasileira**: democracia, direitos fundamentais e instituições. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 643-661.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coordenadores). **Direitos fundamentais e o estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 213-253.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz** – São Paulo: Almedina, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? – 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

TAVARES, André Ramos. Direitos sociais e sua “evolução judicial” nos 30 anos da Constituição do Brasil. *In*: TOFFOLI, José Antônio Dias (organizador). **30 anos da constituição brasileira**: democracia, direitos fundamentais e instituições. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 597-619.