



Editora Unoesc

Série *Dissertações e Teses*



Os direitos fundamentais sociais na democracia contemporânea: desafios de efetivação e o papel do poder judiciário

Daniela Regina Riboli



Editora Unoesc

Série *Dissertações e Teses*



Os direitos fundamentais sociais na democracia contemporânea: desafios de efetivação e o papel do poder judiciário

Daniela Regina Riboli

© 2017 Editora Unoesc
Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc
É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da editora.
Fone: (49) 3551-2000 - Fax: (49) 3551-2004 - www.unoesc.edu.br - editora@unoesc.edu.br

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro
Capa: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

R486d Riboli, Daniela Regina.
Os direitos fundamentais sociais na democracia contemporânea: desafios de efetivação e o papel do poder judiciário / Daniela Regina Riboli. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2017. – (Série Dissertações e Teses, v. 2)
154 p. ; il. ; 23 cm.

ISBN 978-85-8422-098-4

1. Direitos fundamentais. 2. Poder judiciário. I. Título.
II. Série

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Ildo Fabris
Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria
Lindamir Secchi Gadler

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Jovani Antônio Steffani
Eliane Salet Filippim

Carlos Luiz Strapazzon
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I - CONSIDERAÇÕES INICIAIS	5
CAPÍTULO II - FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	11
2.1 ORIGEM E CONCEPÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .13	
2.2 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS, POLÍTICOS E JURÍDICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	26
2.3 OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	31
2.4 OS DIREITOS SOCIAIS E SUA CONCEPÇÃO PRESTACIONAL.....	36
2.5 DIREITOS SOCIAIS E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL.....	42
CAPÍTULO 3 - PROTAGONISMOS PRÓATIVOS NA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	47
3.1 DEMOCRACIA EM SEUS ASPECTOS.....	49
3.2 DIVERSOS MODELOS DE DEMOCRACIA: DEMOCRACIA DELIBERATIVA, PARTICIPATIVA E REPRESENTATIVA	55
3.3 ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	58
3.4 O PAPEL DOS DIVERSOS ATORES SOCIAIS NA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	64
3.4.1 O Poder Judiciário	68
3.4.2 O Poder Legislativo.....	73

3.4.3 O Poder Executivo e suas políticas públicas	76
CAPÍTULO IV - ATIVISMO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA	89
4.1 CONCEPÇÕES DE ATIVISMO JUDICIAL	91
4.2 A INÉRCIA LEGISLATIVA	99
4.3 O CUSTO DOS DIREITOS SOCIAIS: RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL.....	102
4.4 A PROBLEMÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL QUE FRAGILIZA A DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA	111
4.5 O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SOBERANIA: DESAFIOS DE EQUILÍBRIO DAS INSTITUIÇÕES REPUBLICANAS	120
CAPÍTULO V - CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	131
REFERÊNCIAS	145

CAPÍTULO I

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os direitos fundamentais sociais estão protegidos no texto Constitucional, sendo uma garantia de relevante importância para a sociedade atual. Com relação à efetivação destes direitos sociais, diversos são os problemas enfrentados. Assim, inicialmente admite-se que, por diversas situações, estes direitos sociais são ineficazes, ou seja, não são efetivos, e, partindo-se dessa ideia de falta de concretização, serão evidenciados os problemas que dificultam esta garantia constitucional.

Desse modo, no presente livro, serão identificados alguns dos desafios encontrados para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, analisando em quais âmbitos o Poder Judiciário desempenha a sua função e qual o papel de sua atuação na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Assim, no primeiro capítulo evidenciar-se-á algumas considerações sobre os direitos fundamentais e os direitos sociais, bem como a sua positivação na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Para isso, o ponto de partida é a análise da evolução histórica dos direitos fundamentais através do qual se buscará esclarecer a diferença terminológica entre direitos fundamentais e direitos humanos, bem como a importância das Declarações de Direitos Humanos no processo de positivação desses direitos fundamentais.

À luz da Constituição Federal do Brasil de 1988 estudar-se-á como estão positivados os direitos fundamentais, bem como as suas garantias. Nesse aspecto, serão analisados os pontos positivos e negativos da positivação e das inovações trazidas pela Constituição.

E por oportuno, serão analisados os direitos sociais em uma concepção que os inclui no rol dos direitos fundamentais, abordando as implicações de uma positivação em âmbito constitucional. Para tanto, são evidenciadas as principais teorias e classificações, bem como a importância e as implicações do reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais em face às garantias constitucionais do Estado Brasileiro.

No segundo capítulo, será analisada a democracia e os seus modelos, o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito, assim como o papel que os três Poderes desempenham na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Cada um dos três Poderes desempenha uma função típica de sua responsabilidade, que garante que eles atuem em harmonia entre si, bem como garantam que cada um irá executar o seu papel da melhor forma. Assim, ao Poder Judiciário recai o papel de ser o guardião da Constituição; ao Poder Legislativo, a função de legislar; e ao Executivo, o de executar.

As políticas públicas são uma forma do Poder Executivo concretizar os direitos fundamentais sociais. Assim, será abordada a definição de políticas públicas, para que, com a conceituação, seja possível verificar o que realmente é política pública, qual a sua função e objetivo.

Neste sentido analisar-se-á quais são os principais problemas resultantes da judicialização das políticas públicas, considerando-se que é uma questão muito discutida e controvertida, visto que trata de interferências nas competências dos três Poderes.

A partir disso serão demonstradas algumas considerações sobre o papel ativo do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais frente ao princípio da separação dos Poderes, analisando-se desse modo, com o seu surgimento, tanto a concepção quanto a importância que este princípio possui para evitar decisões arbitrárias.

Ainda, buscar-se-á um aprofundamento na atuação mais ativa do Poder Judiciário, na concretização dos direitos fundamentais sociais, e verificar se existe afronta ao princípio da separação dos Poderes, em que se busca entender se é uma mera função do Poder Judiciário ou se está atuando de forma interventiva.

No terceiro capítulo, será demonstrada a concepção de ativismo judicial, a diferença entre o fenômeno do ativismo judicial e da judicialização e a autocontenção da atuação do Poder Judiciário, sendo

analisada a restrição que tanto o ativismo quanto a judicialização precisam ponderar para não intervir demasiadamente na esfera de atuação dos outros poderes.

Trata-se de uma discussão de extrema relevância porque o Poder Judiciário é o guardião da Constituição Federal.

A inércia do Poder Legislativo também é um dos temas que serão abordados, visando a identificar quais são os problemas que ocorrem ante a falta de um Poder Legislativo mais ativo, atuante, que legisle as situações específicas.

Para efetivar os direitos fundamentais sociais é necessário investimento financeiro, visto que todos eles geram custos, pois mesmo os de caráter negativo precisam de ações positivas para serem assegurados. Assim, é de fundamental importância ser respondida a questão que diz respeito à efetivação da proteção conferida pela Constituição Federal aos direitos fundamentais sociais, os quais exigem a necessidade de um mínimo existencial e uma reserva do possível, visto que não é possível garantir tudo a todos.

A discussão de que o ativismo judicial fragiliza a democracia também será ponderada no terceiro capítulo, buscando-se identificar quando e se a atuação ativa do Poder Judiciário prejudica a democracia.

E para encerrar o terceiro capítulo deste livro, serão estudados os desafios enfrentados para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, visando a encontrar o equilíbrio entre a atuação dos três Poderes baseado na soberania do povo, em que todo Poder emana do povo e visa a garantir os direitos eleitos por ele como prioridades. Assim, a busca é a de identificar a relação dos desafios que são encontrados na efetivação dos direitos fundamentais sociais, no cenário proposto.

CAPÍTULO II
FUNDAMENTOS
DE LEGITIMIDADE
DEMOCRÁTICA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS

O presente livro busca identificar os desafios e o papel do Poder Judiciário para efetivar os direitos fundamentais sociais. Para tanto é importante iniciar este primeiro capítulo com a análise da evolução histórica dos Direitos Fundamentais e de como surgiu a necessidade de positivação desses direitos.

Os fundamentos e concepções dos direitos fundamentais sociais auxiliam na compreensão da relevância que esses direitos possuem e do papel que desempenham na sociedade contemporânea.

A partir dos direitos fundamentais sociais, precisamente na Constituição Federal de 1988, buscar-se-á entender na continuidade deste livro a proteção que esses direitos possuem no texto Constitucional, bem como a concepção prestacional dos direitos fundamentais sociais que dão o embasamento teórico necessário para a análise das dificuldades em efetivar esses direitos.

2.1 ORIGEM E CONCEPÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como ponto de partida, serão abordados os fundamentos dos direitos fundamentais por meio da concepção do que são esses direitos e, para tanto, parte-se de considerações a respeito da evolução histórica, bem como da definição e da diferença/semelhança entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Na análise da evolução histórica dos direitos fundamentais, pode-se observar o que foi importante e o que impulsionou inicialmente a criação dos chamados direitos humanos e dos direitos fundamentais, além de ser possível vislumbrar o que ensejou a idealização desses direitos.

Dallari (2010, p. 206) aponta que documentos legislativos da Antiguidade já demonstravam uma grande preocupação com os direitos fundamentais, entendendo serem os direitos que nascem com o homem e que se impõem acima da vontade de qualquer governante. O documento

mais antigo que, segundo alguns autores, pode ser o que ensejou a criação das Declarações de Direitos foi a Magna Carta da Inglaterra, do ano de 1215. Esta Carta consagrou a restrição do poder absoluto do monarca, sendo um avanço. Não tinha caráter universal e não era oponível a qualquer governo.

Dessa forma, Silva (2011, p. 173) explica que o estudo da evolução histórica dos direitos humanos permite concluir que a inspiração das Declarações de Direitos do Homem foi tanto as reivindicações quanto as lutas em busca da garantia de direitos, uma vez que as declarações dos direitos humanos foram formadas através de inúmeras lutas históricas.

De tal modo, a declaração de direitos do homem surgiu através de lutas e reivindicações da sociedade que buscavam a garantia de seus direitos. Com a conquista dessa declaração, as pessoas almejavam uma grande mudança com a proteção dos direitos à igualdade e à liberdade.

A Revolução Francesa foi um outro marco histórico importante, pois em meio a essa revolução foi criada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no ano de 1789. Este foi um momento que demarcou o início de uma nova época, constituindo-se em uma grande mudança e de muito entusiasmo, pois o povo via a possibilidade de decidir sobre o seu destino. Nesta declaração havia uma finalidade especificamente política de garantir a liberdade e a igualdade diante da lei, garantindo dessa forma os direitos naturais (BOBBIO, 1992, p. 86-87).

A sociedade viu na Revolução Francesa uma possibilidade de decidir sobre o seu destino, em que os direitos individuais foram se solidificando cada vez mais, também graças à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em estavam garantidos os direitos naturais.

Os direitos garantidos nas declarações inicialmente constavam apenas em documentos dos povos, em particular. Posteriormente começaram a fazer parte das Constituições dos países, passando também a integrar o preâmbulo dessas Constituições, dando uma relevância

maior a estes direitos, pois passaram a fazer parte das normas que estão positivadas em Constituições (SILVA, 2011, p. 175).

Em um primeiro momento o direito natural, ou do homem, não estava escrito em documento algum, pois eram meramente desejos e aspirações da sociedade, mas com o passar do tempo, com as lutas e revoluções, estes direitos começaram a ser incluídos em Cartas e Declarações de Direitos. Com isso, sua garantia passou a ser maior, demonstrando relevância pelo fato de estarem escritos, ou seja, positivados.

Assim, como resultado das grandes lutas que foram inspiração dos primeiros direitos do homem, foi preciso que eles fossem reconhecidos por serem inatos ao ser humano. A positivação nas Constituições de cada país contribuiu para isso. O reconhecimento dos Direitos Humanos e a sua dimensão moral não foram suficientes para garantir o mínimo de efetividade e implantação. Dessa forma, restou a necessidade de que esses direitos fossem positivados, visando a um grau de objetividade (LEAL, 2000, p. 51).

Com o cumprimento dos direitos previstos na Declaração, os países estarão atendendo ao objetivo que é o reconhecimento da efetivação dos direitos do homem, mas, quando não são atendidos, esses direitos constantes das Declarações se tornam apenas uma esperança da sociedade.

Na Declaração Universal de Direitos do Homem foi depositada a confiança das minorias para a garantia de igualdade, em que não haja nenhuma distinção em razão de sexo, religião e raça, em que todos sejam respeitados, garantindo-se desse modo a dignidade humana. Ocorre que, se os países não efetivarem e criarem meios de cumprir o que está escrito nas Cartas e Declarações, esses direitos serão meramente esperanças (BONAVIDES, 2012, p. 593). Ressalta-se que uma parcela da doutrina entende que essa Declaração foi o marco inicial do reconhecimento dos direitos fundamentais.

Por sua vez, Rousseau (2000, p. 53) explica que as leis divinas têm grande importância para a justiça, mas não para serem seguidas e obedecidas pelas pessoas, já que não têm a coerção necessária para se tornarem obrigatória. Já a lei positivada é obrigatória, tendo sanção a quem descumpre, sendo isso importante porque é nessa lei que estão demonstrados quais são os direitos e os deveres de cada um.

É evidente a importância da positivação dos direitos garantidos nas Declarações de Direitos Humanos e de sua inserção nas Constituições de cada país, uma vez que os direitos, estando positivados, serão, em tese, efetivamente respeitados e cumpridos, pois há uma sanção prevista em casos de descumprimento. Afinal, de modo geral, sem uma coerção para o cumprimento da lei, a mesma não será cumprida e respeitada pelas pessoas e pelo Estado.

Neste sentido, vê-se a importância da positivação dos direitos humanos, para que eles tenham força de coagir as pessoas a cumprirmos. Da mesma forma, destaca-se que a lei em seu fundamento já expressa um compromisso. A respeito dessa obrigação que uma positivação em lei representa, Hobbes refere que lei não é meramente um conselho a ser seguido, mas sim expressa uma ordem, um mandamento que foi acertado entre as partes anteriormente (HOBBS, 1983, p. 78).

A positivação dos direitos humanos é um reflexo da garantia que os cidadãos buscam verem assegurados no texto Constitucional de seu país, mas além desta segurança, resta a necessidade de que exista uma forma de sanção para os que descumprem essas normas. Neste ponto se identifica a importância da positivação, visto que proporciona maior garantia em caso de descumprimento.

A inclusão de um capítulo para tratar dos direitos e garantias individuais na Constituição Federal foi justamente para que estivessem incluídos no direito positivo dos Estados e, assim, tivessem plena eficácia, uma vez que o grande problema identificado nas Declarações de Direitos

é a sua eficácia, porquanto as Declarações não possuem a mesma força, a Organização das Nações Unidas e outros Estados apenas podem fazer protestos, sem muitos efeitos, e isso teria garantido na prática a inclusão destes direitos nas Constituições de cada Estado. Assim, a ONU aprovou diversos documentos que fixavam regras mais precisas e concretas que asseguravam os direitos dos diversos grupos especiais, como mulheres, crianças, deficientes (DALLARI, 2010, p. 213).

A sociedade clamava pela garantia dos direitos essenciais dos seres humanos, e o reconhecimento pelas Declarações ainda não tinha força suficiente para que pudesse ser exigida uma efetividade dos direitos fundamentais. Neste ponto, é possível observar que restou a necessidade de que os países incluíssem os direitos fundamentais no rol dos direitos da Constituição, pois as organizações populares teriam apenas forças para fazer protestos e não sanções para obrigar a cumprir e efetivar tais direitos. Com esta inclusão, as Declarações acabam por conseguir conquistar um objetivo, pois tornam mais próxima de uma consciência do país a busca por efetividade e garantia de direitos fundamentais.

O texto das Declarações pode não atingir sua finalidade e acabar sendo um texto meramente romântico se os países não se prepararem com meios e órgãos para cumprir as regras estabelecidas e, também, criar a consciência de que esses direitos são invioláveis (BONAVIDES, 2013, p. 597). Assim, a positivação dos direitos fundamentais em cada País garante a proteção aos direitos fundamentais.

Dessa forma, os direitos humanos fundamentais, uma vez positivados, são considerados leis, visto que já se encontram inseridos nas Cartas constitucionais dos países, não sendo considerados apenas conselhos, mas mandamentos que devem ser respeitados e efetivados.

É possível verificar uma diferença significativa entre a Declaração de Direitos Humanos dos Ingleses e Americanos com a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em que os destinatários desses

direitos são apontados como completamente diferentes. Bonavides é quem faz esta comparação entre tais declarações, observando que, na primeira, os direitos eram diretamente destinados aos barões, enquanto que, para a declaração francesa, não existiam classes privilegiadas na medida em que os direitos eram garantidos a todos, sem qualquer privilégio em função de classe social. Por isso, trata-se de um exemplo a ser seguido por todas as outras declarações do mundo (BONAVIDES, 2012, p. 580).

Portanto, a Declaração Francesa de 1789 foi um modelo para ser adotado por outros povos, pela sua simplicidade em garantir o direito à igualdade, já que não concebe a existência de grupos ou pessoas privilegiadas. Vislumbrando ser modelo e inspiração para as Constituições, a Declaração Universal de Direitos do Homem traz a garantia de direitos de liberdade que ainda não estavam positivados.

Após a Segunda Guerra Mundial, foram novamente postos em discussão os problemas dos direitos fundamentais e, em 26 de junho de 1945, foi aprovada a Carta das Nações Unidas, para que os Estados juntos defendessem a paz mundial. Mas entenderam, na época, que era necessário haver justiça social e, assim, surgiu a ideia de uma Declaração de Direitos que reorganizasse o Estado através de diretrizes. O trabalho de elaboração dessa declaração começou no ano de 1946 e foi aprovado na sessão ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, tendo como título Declaração Universal dos Direitos Humanos (DALLARI, 2010, p. 212).

Esta Declaração é composta por trinta artigos e, no seu preâmbulo, há a proclamação dos direitos fundamentais feita pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Através desta proclamação, o autor compreende que estes direitos existem independentemente de qualquer vontade ou formalidade. Sendo assim tratados, ninguém pode retirá-los do indivíduo (DALLARI, 2010, p. 212).

Com o surgimento da Declaração iniciou-se uma busca também por efetividade destes direitos, sendo que a primeira conquista foi realidade: a de ver os direitos do ser humano reconhecidos e, uma vez reconhecidos, passam a existir independente de qualquer formalidade, embora a busca por efetividade apenas se inicie.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi o ponto de maior liberdade conquistada, direito este que nenhuma Constituição ainda havia positivado. Esta declaração de 10 de dezembro de 1948 serviu como inspiração para as Constituições e foi mais além, buscando ser mais do que pura inspiração, visando a ser a essência da Constituição, deixando de existir como algo meramente ideológico (BONAVIDES, 2012, p. 592-593).

Um dos objetivos das Declarações de Direitos do Homem foi tornarem-se um ideal a ser conquistado pelas Constituições dos países, despertando em cada um a necessidade de incluir esses direitos em seus textos constitucionais, pois, caso isso não ocorra, a declaração não terá efetividade.

Através do passado, veio a Declaração para trazer valores essenciais. Ocorre que não se pode simplesmente pensar no passado e esquecer-se de garantir e atualizar os direitos dos indivíduos, para não se chegar ao ponto de ser uma fórmula vazia. Assim, para o desenvolvimento da humanidade, há grande relevância a história para formar o progresso em busca de um objetivo (BOBBIO, 1992, p. 34).

As Declarações de Direitos Humanos, ao longo do tempo, serviram de exemplo e alicerce para a positivação e tentativa de efetividade dos direitos considerados mínimos e essenciais para uma vida digna do ser humano.

É de extrema importância referir que não foi apenas na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que houve proteção aos direitos humanos, a qual foi, sem dúvida, uma declaração decisiva e inspiração para outros instrumentos, mas existiram pactos adotados pelas Nações

Unidas que seguiram esses ideais e também buscaram proteger os direitos humanos (TRINDADE, 1991, p. 02).

Embora tais instrumentos não possuam um caráter mandamental, eles exercem um papel efetivo de proteção aos direitos humanos, uma vez que, entre todos os instrumentos que asseguram essa proteção, é possível vislumbrar que a base se encontra na luta por proteção de direitos básicos: a sobrevivência dos seres humanos.

Em nenhum momento se esgota a busca pela proteção dos direitos humanos, pois sempre é necessário que sejam garantidas às pessoas as condições básicas. Não é uma responsabilidade apenas do Estado, mas essencialmente precisa ser protegida pelo Estado. Os mecanismos de proteção, seja a Declaração de Direitos Humanos, sejam os pactos assumidos pelo Estado, essas Convenções se complementam para exercer a função principal de todos: a de proteger cada vez mais os indivíduos (TRINDADE, 1991, p. 04).

Os instrumentos que surgiram na época das Declarações de Direitos, em decorrência da necessidade de proteção aos cidadãos mais necessitados, tinham como objetivo principal despertar nos Estados a ideia de que precisavam proteger e amparar o ser humano nos momentos de hipossuficiência.

Há uma grande confusão na doutrina e falta de distinção entre a concepção de alguns termos, como é o caso dos direitos humanos, os direitos do homem e os direitos fundamentais e, principalmente, sobre o real significado que estes termos expressam.

No entendimento de Silva (2011, p. 178), direitos fundamentais do homem é a expressão que exprime de forma mais clara o significado desses direitos, uma vez que significa que as pessoas não vivem sem eles, sendo garantidos a todos de forma igual, para a espécie humana.

Assim, para o autor, o termo que melhor expressa os direitos do homem é direitos fundamentais do homem, pois são os direitos inatos aos

seres humanos pelo simples fato de terem nascido. Conceito esse que, evidentemente, não é consensual na doutrina.

De outra banda, a distinção feita por Canotilho (2003, p. 393) referente às expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” é no sentido de que os direitos do homem são os direitos de todas as pessoas, um direito natural, resguardado em todos os tempos. Já os direitos fundamentais são esses direitos de todas as pessoas restringidos em um espaço de tempo. Considerando que os direitos fundamentais seriam os direitos naturais positivados.

Piovesan também contribui com seu entendimento a respeito do termo direitos humanos. Adota a autora a “[...] concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual eles são concebidos como unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam.” (PIOVESAN, 2010, p. 13). A autora optou em utilizar a expressão direitos humanos, explicitando o sentido de representar uma unidade indivisível e, também, em que se encontra o direito à igualdade e à liberdade inerentes ao termo.

Com referência às citadas nomenclaturas, terminologias utilizadas para expressar os direitos fundamentais e os direitos humanos, Sarlet (2010, p. 29) explica que direitos fundamentais seriam os direitos do homem que estão positivados na Constituição de um Estado, enquanto os direitos humanos seriam os direitos do ser humano, mas em uma esfera de positivação internacional, como as Cartas e Declarações, destinados a todos os povos em todos os tempos.

Assim, por essa concepção, a diferença entre as terminologias “direitos fundamentais” e “direitos humanos” está no âmbito da positivação dos direitos, uma vez que estando positivada na Constituição de um país é direito fundamental, enquanto que se estiver positivada no âmbito internacional (em Declarações e Tratados) será direito humano.

Essa diferenciação de terminologia, concebida por Sarlet, é a adotada no presente livro.

Segundo Bobbio (1992, p. 17), diversas vezes tentou-se definir o que seriam os direitos humanos, mas sempre se cai no mesmo fundamento de que direitos do homem são aqueles que lhe são inatos, que lhe são devidos pelo simples fato de ser homem e que estes direitos não podem ser renunciados.

Dessa forma, o entendimento do autor é de que os direitos humanos são os direitos que nascem com a pessoa, que não podem ser renunciados, e que nascem pelo simples fato de ser humano. Ainda no que tange ao conceito de direitos humanos, não é possível encontrar uma única explicação, ou uma definitiva, para o fato de não ser pacífico este conceito na doutrina, conforme evidenciado.

Historicamente, o conceito de direitos humanos, conforme constatado, não se apresenta de forma unânime e, assim, ele pretende garantir a abordagem de diversos temas e elementos efetivamente constitutivos de seu entorno e de sua natureza, sendo que a história não quer apenas ser a razão ou a justificativa, mas sim um indicador de onde e o que precisa debater (LEAL, 2000, p. 50). Afinal, os direitos humanos não são meramente direitos que se objetivam efetivar; eles vão além disso quando também têm como objetivo debater os assuntos que envolvem estes direitos para que seja possível mostrar a razão e efetivá-los.

Bonavides (2010, p. 153) entende que os direitos naturais têm por objetivo somente justificar a positivação, visto que possuem uma fonte sacrossanta de valores sociais e, por serem valores, a sua função é a de amparar os direitos que estão positivados, sendo que os direitos naturais, para se concretizarem, não precisam de outra norma com força coercitiva, bastando apenas a consciência por ser uma idealização.

Neste sentido, os direitos naturais são direitos que transmitem algo ideal, o que é considerado relevante para as pessoas, que possuem

importância, auxiliando para que o legislador possa transformá-los em lei. Os direitos naturais têm como função auxiliar a positivação, dando amparo e suporte para os legisladores criarem as normas, partindo-se do pressuposto que a população entende ser importante assegurá-los.

Bonavides (2013, p. 593) destaca que todos aqueles que pensam que as Declarações de Direitos Humanos apenas trazem uma noção abstrata, algo ideal, sendo uma ilusão, estão equivocados porque, na verdade, essas Declarações trazem o valor sem o qual as Constituições e os Tratados não teriam essência no sentido de valores que fundamentam o que está positivado.

Dessa forma compreende-se que as Declarações são importantes, pois, mesmo não possuindo o poder de coerção, como é o caso de uma Constituição, servem para desempenhar o papel de fundamentar, dar valor e essência aos textos Constitucionais.

A partir disso, destaca-se que a expressão “direitos fundamentais” surgiu primeiramente na França com a ideia de relação jurídica de direitos e garantias individuais que se estabelecem entre o cidadão e o Estado. Posteriormente, foi entendido que Direitos Fundamentais seriam todos os direitos positivados, o que causou uma confusão, pois, sem positivá-los, estes seriam jusnaturalismo sem grau de eficácia (LEAL, 2009, p. 28).

Assim, resta demonstrar a importância da positivação para os direitos, uma vez que trazem nessa positivação toda a força de coerção para que sejam cumpridas as leis e não sejam meramente normas morais sem efetividade, não se esquecendo de que os direitos naturais possuem um papel importante na positivação, pois é nos direitos naturais que se encontra o amparo de fundamentação e de importância para a positivação.

É importante destacar, por sua vez, que há os que entendem que direitos fundamentais somente os são quando estiverem positivados em uma Constituição, porquanto, caso isso não ocorra, esses direitos são meramente esperanças e ideais. Os direitos naturais dos indivíduos, ou

seja, aqueles direitos que nascem com o ser humano, são os considerados direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 377). Portanto, trata-se de outra concepção.

Conforme se observou, não há pacificidade na conceituação quanto às expressões direitos humanos e direitos fundamentais, sendo possível verificar que, por direitos humanos, os autores entendem como os direitos inatos a cada pessoa por sua natureza humana e que, por direitos fundamentais, os direitos positivados.

Trindade (1991, p. 631) refere que o Brasil, em seu texto Constitucional, protege os direitos humanos e este fato comprova que direitos humanos estão garantidos não apenas nos tratados internacionais de que o Brasil é parte. É importante para a eficácia dos direitos humanos a sua inclusão no direito constitucional e que eles não estejam apenas no direito internacional, pois essa proteção interna demonstra o respaldo tanto internacional quanto no texto constitucional que os direitos fundamentais se encontram.

O autor explica que é muito relevante o fato de encontrar a proteção aos direitos humanos no texto constitucional, pois mostra a importância que estes desempenham para a sociedade. A proteção a esses direitos não é apenas discutida no âmbito internacional, mas também é trazida à prática, à proximidade para com os cidadãos, apresentando o quanto são indispensáveis serem protegidos.

Mas a principal crítica aos direitos humanos não é em relação à sua falta de fundamento absoluto ou sua justificação, e sim a falta de conseguir exigibilidade de tais direitos, pois, quando se trata de efetivação e de ações para concretizar, encontra-se o grande problema (BOBBIO, 1992, p. 24). Não é meramente o seu caráter absoluto e relativo que vem gerando críticas aos direitos humanos, mas é o fato da dificuldade em conseguir efetivar e exigir à prestação desses direitos.

Portanto, através das revoluções e guerras, pode-se perceber o início da luta das pessoas pela garantia de direitos mínimos que lhes garanta uma vida digna, direitos estes que são considerados inatos ao simples fato de serem considerados como nascidos juntos com o homem. Assim a busca por esses direitos culminou com diversas Declarações de Direitos Humanos que tinham como objetivo a garantia dos mesmos.

Assim, em consequência das Declarações de Direitos, as Constituições de determinados países passaram a conter no rol dos direitos assegurados esses direitos do homem. Em algumas das Constituições esses direitos estavam garantidos no preâmbulo, o coração de uma Constituição, uma vez que lá estão assegurados os direitos que irão nortear a Carta constitucional. Esta positivação dos direitos humanos nas Constituições resulta nos direitos fundamentais quais sejam os direitos inatos do ser humano que estão positivados na lei maior de um país.

Destaca-se que algumas Constituições exerceram um importante papel em relação à influência do constituinte de 1988, uma vez que não só a brasileira, mas também outras Constituições que foram resultado da vivência de regimes autoritários, os quais foram superados e deram ensejo a Declarações e Constituições. Algumas delas: “Constituição Italiana de 1947, a Lei Fundamental da Alemanha, de 1949. Mais recentemente, há que se destacar a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Constituição Espanhola de 1978.” (SARLET, 2008, p. 66).

O momento histórico vivenciado pelo Brasil até então era o regime autoritário, semelhante a outros países que viveram essa ditadura, e isso aproximou os países no sentido de incluírem a garantia aos direitos fundamentais em seus textos constitucionais.

Ao mesmo tempo em que evidenciavam os direitos necessários para os cidadãos viverem de forma digna, refletiam o que cada um desejava e, assim, serviram de incentivo para que os países positivassem tais direitos em seus textos constitucionais.

Então a grande importância das Declarações de Direitos Humanos não pode ser esquecida, mesmo que por si só não possuíssem forças suficientes para promover a efetivação, pois não se pode esquecer que, caso não tivessem o apoio das Declarações, esses Direitos possivelmente não estariam nas Constituições dos países atualmente.

2.2 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS, POLÍTICOS E JURÍDICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Neste ponto é necessário fundamentar e entender o que são os direitos fundamentais sociais, partindo do momento histórico em que começaram a surgir, bem como qual é o caráter destes direitos, o que visam a assegurar e algumas classificações que a doutrina aponta.

Inicialmente, para compreender-se a importância dos direitos sociais para a coletividade, é necessário passar por momentos históricos que foram o marco inicial da proteção destes direitos.

A Revolução Industrial e a Contrarrevolução social tiveram um papel considerável para o advento dos direitos sociais. Naqueles anos, com o surgimento da máquina a vapor, houve um conflito muito grande, pois até então tudo era produzido de forma lenta e em pouca quantidade e, desse momento em diante, passava a ser produzido em grandes quantidades e de forma mais ágil (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 79).

Diversas pessoas passaram a morar na cidade em busca de melhores oportunidades e condições de vida nas fábricas, com uma procura muito grande e poucas vagas. Em decorrência dessa situação, as pessoas começaram a se acumular nas periferias, vivendo com recursos insuficientes, pois estavam desempregadas. Essa falta de emprego fez com que as pessoas se sujeitassem a qualquer salário ou jornada de trabalho para poder sobreviver, e isso começou a enriquecer os donos das

empresas, pois contavam com uma mão de obra muito barata de pessoas que se sujeitavam a qualquer condição (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 79-80).

O fato dos donos de fábricas contarem com pessoas que se sujeitavam a qualquer situação para ter um trabalho e receber algum rendimento ocasionou maior exploração por parte desses proprietários, pois, quanto mais os seus funcionários trabalhavam por menores salários, mais lucrativo seria. Em virtude disso, as pessoas trabalhavam por salários precários.

Mas, aos poucos, começou uma insatisfação dos trabalhadores com relação à pobreza, à falta de higiene na fábrica, ao trabalho demasiado, e foi assim que os operários começaram a se reunir escondidos para tentar buscar uma alternativa para vencer esses problemas. Assim passaram a se rebelar e lutar por melhores condições de trabalho por meio de greves, fechamento de fábricas, máquinas quebradas, tudo isso para demonstrar a insatisfação da classe dos trabalhadores (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 81-82).

As rebeliões e greves que os trabalhadores realizaram foram a forma encontrada por eles para poder mostrar que não estavam mais satisfeitos com aquela situação, que precisava ser revertida urgentemente, pois eles não aguentavam mais trabalhar em condições de escravos.

Da mesma forma, a Contrarrevolução social foi também liderada pelos trabalhadores, que conseguiram fazer com que o Estado começasse a editar leis, mesmo que poucas, para proteção do trabalhador, pois até então o Estado não intervinha na relação entre os trabalhadores e os donos das fábricas. E foi assim que começou a surgir, nas Constituições dos Estados, a proteção dos direitos sociais (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 81).

Os direitos sociais na Constituição Federal Brasileira estão dentro do capítulo dos direitos fundamentais, o que lhes atribui o caráter de um direito fundamental. Os direitos sociais dominaram o século XX, sendo juntamente com os direitos culturais e econômicos os direitos de segunda geração. Estes direitos nasceram junto com o princípio da igualdade, sendo este princípio

a razão de eles serem dos direitos de segunda geração, em que também estão incluídos os direitos coletivos (BONAVIDES, 2012, p. 582).

Os direitos sociais inicialmente estiveram vinculados a idealismos, visto que foram proclamados pelas Declarações. Primeiramente, a normatividade foi pequena, pois era duvidosa a eficácia destes direitos e sua natureza exigia uma prestação material do Estado (BONAVIDES, 2013, p. 583).

Por terem um caráter ideológico, os direitos sociais foram desacreditados porque necessitavam de uma prestação do Estado e ainda não era assegurada a eficácia destes direitos. Ainda esperar por uma intervenção ou prestação material do Estado nas relações privadas era algo estranho a realidade vivenciada.

Os direitos sociais foram reconhecidos e protegidos em tratados e pactos internacionais, antes dos direitos civis e políticos. Demonstrando, assim, a importância que os direitos sociais historicamente apresentam para os cidadãos.

Krell (1999, p. 240) entende que os direitos sociais são direitos de segunda geração, tendo passado por uma fase duvidosa em que precisam que o Estado crie os meios de garantir. Destacando que não são direitos contra o Estado e sim direitos que visam a ser garantidos por meio do Estado, que, para o gozo destes direitos, faz-se necessária uma prestação material por parte do Poder Público.

Esta necessidade de uma contraprestação material do Estado faz com que os direitos fundamentais sociais sejam desacreditados inicialmente, mas esta prestação é a garantia de que o Estado criará meios de garantir os direitos essenciais à vida dos cidadãos.

Como não existia um instrumento processual para proteger os direitos sociais, assim como havia quanto aos direitos da liberdade, esses direitos passaram por uma fase questionada. Mas, após essa crise dos

direitos sociais, as Constituições começaram a incluí-los com aplicabilidade imediata conforme os direitos de liberdade (BONAVIDES, 2012, p. 582).

Nesse diapasão, até chegar à fase da aplicabilidade imediata, os direitos fundamentais sociais passaram por um longo processo de ajustes pela falta de mecanismos de aplicabilidade e proteção.

Bonavides (2012, p. 583) explica que os direitos sociais fizeram com que surgisse uma consciência de proteção quanto à instituição, em que era valorizado não apenas o indivíduo identificado, mas sim o indivíduo em abstrato sem identificação específica.

Em decorrência disso, começou a mudar a ideia de proteção, passando da proteção pessoal para a necessidade de proteger as instituições, a sociedade, sem especificar o indivíduo.

Por outro lado, para se conquistar uma “sociedade livre, justa e solidária”, é necessário concretizar os direitos sociais, visto que a busca pela redução das desigualdades também se concretiza através de direitos sociais, tanto que são objetivos do Estado Brasileiro (BONAVIDES, 2012, p. 680).

A busca pela proteção da sociedade traz à tona alguns direitos considerados indispensáveis para o Estado Democrático Brasileiro, que deve ser uma sociedade livre, justa e solidária, para que, com isso, seja efetivada a diminuição de desigualdades.

Os direitos fundamentais sociais são de todas as pessoas que fazem parte da comunidade, não sendo de um grupo específico, mas de todos. Em consequência disso, é importante ressaltar que, mesmo que sejam de todos, as ações governamentais não necessariamente precisam agradecer a todos em quantidades iguais (LEDUR, 2009, p. 82).

Os direitos fundamentais sociais não beneficiam apenas algumas pessoas da comunidade, mas visam a reduzir as desigualdades entre grupos sociais, não sendo obrigatório dar o mesmo peso a todos os grupos, pois objetivam reduzir as desigualdades entre os mesmos e equilibrar as relações.

Canotilho (2003, p. 477) ainda discorre a respeito dos direitos sociais, reconhecendo-os como direitos originários a prestações, uma vez que, ao mesmo tempo em que se reconhece os direitos, assume-se a garantia em contrapartida de projetos que deem a base material para esses direitos com exigibilidade imediata.

No que se refere aos direitos sociais prestacionais, os mesmos garantem direitos à sociedade, mas para a sua aplicabilidade efetiva são necessárias ações concretas, as denominadas prestações do Estado.

Vislumbrando pelo lado da estrutura, os direitos fundamentais sociais se caracterizam por uma ação positiva que se concretiza por um fazer de responsabilidade dos Poderes públicos; o destinatário não é apenas o Estado e sim os cidadãos, tendo em vista que existem direitos que não necessitam de um conteúdo prestacional. Entende Queiroz (2006, p. 16-18) que tanto os direitos, liberdades e garantias, quanto os direitos econômicos, sociais e culturais, são direitos fundamentais, visto que ambas as categorias incluem expectativas. Dessa forma, por ambas terem a mesma natureza de direitos fundamentais, os direitos de defesa também requerem condições de exercício e garantia.

Os direitos fundamentais sociais não necessitam apenas de prestações por parte do Estado, mas também de responsabilidade dos cidadãos, destacando que, pelo fato dos direitos, liberdades e garantias demonstrarem expectativas, assim como os direitos sociais e culturais, são considerados direitos fundamentais buscando condições para serem efetivados e garantidos.

A partir disso, a garantia dos direitos fundamentais sociais objetiva contemplar o princípio da dignidade humana em que as pessoas tenham uma vida digna, em uma sociedade mais livre e solidária (LEDUR, 2009, p. 83).

Os direitos fundamentais sociais, ou considerados assim, visam a proteger os cidadãos lhes assegurando uma vida digna com uma sociedade melhor, com as desigualdades reduzidas, buscando através

da contrapartida do Estado garantir melhores condições de vida para a sociedade.

Um dos fundamentos dos direitos fundamentais sociais está amparado na luta por justiça, que é um fundamento ético que visa a um desenvolvimento e uma garantia dos direitos essenciais para a dignidade da pessoa humana e que fazem parte do Estado Democrático de Direito (BARRETO, 2003, p. 130).

É possível identificar que a dignidade da pessoa humana é um fundamento que impulsiona a busca pela concretização dos direitos fundamentais, pois é uma motivação uma vez que, através da dignidade da pessoa humana, concretizam-se vários direitos essenciais, pois para que o cidadão possa viver com dignidade devem ser-lhe garantidas condições mínimas de sobrevivência.

Os direitos sociais visam a concretizar os direitos que a sociedade entendeu que eram importantes, e que possuíam um caráter moral acima de tudo, mas não surgiram apenas com o intuito de reparação ou de caridade e sim para garantir os direitos e concretizar o que a Constituição preconiza como fundamental.

Assim, os direitos fundamentais sociais são considerados como direitos fundamentais de segunda geração, que surgiram juntamente com o direito de igualdade. São também elevados a valores supremos, sendo considerados como prioridades pelo texto Constitucional. Por estes dois fatores são considerados iguais aos direitos, liberdades e garantias.

2.3 OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Os direitos fundamentais estão garantidos na Constituição Brasileira de 1988, denominada “Constituição Cidadã”. De tal modo, estudar-se-á esta proteção aos direitos fundamentais. No preâmbulo,

pode-se observar a instituição de um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a busca pela garantia de liberdades individuais e sociais, sendo estas alguns dos valores mais importantes (BRASIL, 1988).

A organização estrutural dos direitos fundamentais na Constituição se dá em um título e em capítulos deste título, sendo que o título II expressa: “dos direitos e garantias fundamentais”. Na sequência, iniciam-se os capítulos, sendo o capítulo I “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, o capítulo II é “dos direitos sociais”, no capítulo III expressa “da nacionalidade”, no capítulo IV explana “dos deveres políticos” e por fim no capítulo V estão elencados “dos partidos políticos” (BRASIL, 1988).

Os direitos sociais estão assegurados na Constituição Federal de 1988, no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, no capítulo II “Dos Direitos Sociais”, em três artigos 6º, 7º e 8º e seus incisos e parágrafos. O artigo 6º, prevê a garantia do direito à educação, saúde, alimentação, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade à infância e a assistência social aos desamparados. No artigo 7º, estão assegurados os direitos do trabalhador, para a garantia de um trabalho digno.

A Constituição Federal já em sua organização distribuiu os direitos que são considerados fundamentais dentro do grande título das garantias fundamentais e os classificou em capítulos. Já no primeiro título da Constituição estão “Dos princípios fundamentais”, que significa dizer que são os princípios norteadores, os quais expressam os fundamentos e os objetivos da Carta Magna, que serão importantes na garantia dos direitos do povo brasileiro.

O Constituinte elevou a garantia da dignidade da pessoa humana com um status de princípio, demonstrando assim a sua relevância nos direitos fundamentais (LEAL, 2000, p. 165). Assim sendo, os direitos fundamentais são os princípios norteadores da Constituição Brasileira os que ensejam os objetivos desta e ainda considera que a dignidade da pessoa humana possui status de princípio.

Para qualquer criação e interpretação de normas, deve-se levar em conta como fundamento o comando que adota o Estado Democrático de Direito, em que suas prioridades são as demandas dos campos sociais, incentivando suas políticas. Dessa forma, como todas as normas são baseadas no comando de um Estado Democrático de Direito, pode-se perceber que a eficácia dos poderes do Estado é medida pela busca, respeito e garantia dos direitos humanos ou fundamentais (LEAL, 2000, p. 173).

Para a concretização de um Estado Democrático de Direito é necessário levar em conta a importância de respeitar e garantir os direitos fundamentais. A Constituição Federal garante ainda uma aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais.

O artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal dispõe que “[...] as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.” (BRASIL, 1988). Portanto, no artigo 5º da Constituição está assegurada a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, para que não seja necessário ficar aguardando outras considerações e ações para conseguir a exigibilidade e aplicabilidade rápida destes direitos.

A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais gera ao poder público a responsabilidade da eficácia máxima e de torná-los diretamente aplicáveis (PIOVESAN, 2010, p. 85). Ainda, no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal está previsto que, além dos direitos assegurados nesta constituição, não são afastados os direitos previstos em tratados internacionais de que façam parte, contanto que estejam de acordo com os princípios adotados pela Constituição (BRASIL, 1988).

Veja-se que o legislador abriu a possibilidade de direitos que podem ser considerados direitos fundamentais, não sendo necessário que estejam unicamente positivados na Constituição, podendo os mesmos constar em tratados internacionais. Desse modo, Sarlet (2010, p. 71) explica que o artigo referido está materialmente aberto, uma vez que possibilita expressamente que sejam reconhecidos direitos fundamentais

que não estão ali escritos, podendo estar subentendido no restante do texto constitucional, bem como em tratados internacionais.

Assim sendo, resta destacar a importância dada aos direitos fundamentais, pois os mesmos podem estar espalhados no texto constitucional, não necessariamente tendo que estar no capítulo das garantias fundamentais. Ainda, no texto constitucional, não se pode observar claramente uma teoria que domine em relação aos direitos fundamentais pelo fato de que a Constituição tem um caráter compromissório.

Da mesma forma, não se pode verificar que no texto constitucional tanto em relação aos direitos fundamentais quanto na parte organizacional haja a ideia de um sentido independente, em relação a estarem concentrados apenas em um local os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte dos direitos de ordem econômica e social podem estar fora da Constituição (SARLET, 2010, p. 65).

A Constituição de 1988 foi um marco importantíssimo para o Brasil, uma vez que, após anos de ditadura, houve a mudança para um regime democrático e o reconhecimento dos direitos humanos. Desse modo a Constituição ficou entre as Constituições mais avançadas por ter uma ampla garantia dos direitos fundamentais (PIOVESAN, 2010, p. 25). Esta mudança da ditadura para um Estado Democrático foi a base para os direitos humanos serem positivados na Constituição, garantindo à sociedade direitos mínimos de uma vida digna.

Merece ser destacado o fato da inclusão dos direitos sociais como um capítulo dentro do título “direitos fundamentais”, o que significa dizer que os direitos sociais são considerados direitos fundamentais sociais. Deste modo, a relevância dos direitos fundamentais conferida pela Constituição são uma consequência das reações sociais e do próprio constituinte ao cerceamento das liberdades fundamentais da população (SARLET, 2010, p. 65-66).

A efetividade e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana expressam o real sentido dos direitos fundamentais que estão positivados na Constituição brasileira. Da mesma forma, Piovesan também aponta que a Carta de 1988 priorizou a valorização dos direitos sociais, elencando como essencial a dignidade da pessoa humana, uma vez que orienta e caracteriza o perfil da Constituição (PIOVESAN, 2010, p. 31).

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 6º tratou dos direitos sociais, estabelecendo que a educação, saúde, trabalho, moradia, lazer entre outros são os direitos sociais, considerados como valores supremos. Ocorre que, na doutrina, existe uma dificuldade em lidar com o valor supremo dos direitos sociais. Assim, esses direitos acabam sendo rebaixados à hierarquia normativa, permanecendo à espera de uma regulamentação para terem efeito (BARRETO, 2003, p. 107-108).

A questão da efetividade dos direitos fundamentais sociais tem suscitado diversas discussões, mas uma em especial destaca o fato de estarem assegurados na Constituição e possuírem um valor supremo, ou seja, possuem o grau mais elevado de direitos que existe no país.

O constituinte previa a mesma categoria hierárquica que atribuiu para os direitos civis e políticos: a de ser norma jurídica essencial, ao passo que listou os direitos sociais entre os valores supremos do Estado Democrático de Direito. Em consequência disso, entende o autor Vicente de Paulo Barreto que existe igualdade entre os direitos sociais e direitos civis e políticos (BARRETO, 2003, p. 108).

Por serem considerados de valor supremo, tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos sociais merecem tratamento igual, pois ambos estão previstos na mesma categoria hierárquica.

Sustenta o autor Barreto (2003, p. 110) que os direitos sociais não estão hierarquicamente inferiores aos direitos civis e políticos, nem que estão para reparar situações de injustiça meramente, bem como não

possuem apenas um caráter de caridade, passando a ter um caráter de exigência moral para concretizar os objetivos do texto constitucional.

Os direitos fundamentais sociais estão garantidos tanto na Constituição quanto em Tratados internacionais, sendo a Constituição um marco muito importante para o Brasil, já que o país tinha acabado de vivenciar a ditadura e estava clamando por direitos que assegurassem condições mínimas de vida digna.

2.4 OS DIREITOS SOCIAIS E SUA CONCEPÇÃO PRESTACIONAL

Neste tópico, são tratados os direitos sociais em sua concepção de direito prestacional e, para tanto, será seguido o autor Robert Alexy, observando-se a classificação do autor para compreender em que categoria se encontram os direitos fundamentais sociais. É importante destacar que, para entender em que categoria se encontram os direitos fundamentais sociais na teoria do autor, é necessário entender a concepção prestacional explicada, bem como as divisões que fazem referência a direitos e a ações positivas e negativas.

Alexy (2008, p. 193-195), em seu texto Teoria dos Direitos Fundamentais, tem em sua base uma tríplice divisão da seguinte forma: direitos a algo, liberdades e competências. Na estruturação dos direitos a algo, está a divisão dos direitos fundamentais em dois grandes grupos: o das ações negativas e o das ações positivas.

O autor classifica o direito a algo em dois grandes grupos: o das ações positivas e das ações negativas. As ações negativas e as ações positivas também se subdividem em grupos.

Por ações negativas o autor explica que são o direito dos cidadãos a ações negativas contra o Estado, os chamados direitos de defesa. Dentre os quais estariam: os direitos de que o Estado não embarace ou não impeça qualquer ação do titular dos direitos; os direitos de que não

se afete algumas situações do titular de direitos como por exemplo a inviolabilidade do domicílio, pois com esta se assegura o direito de viver e ser saudável; a garantia de que as ações negativas estatais não eliminem posições jurídicas do titular, sendo exemplo o proprietário (ALEXY, 2008, p. 196-199).

Nessas divisões em que o autor faz é importante compreender que os dois grandes grupos são o das ações positivas e o das ações negativas, sendo que até o momento foram analisadas as classificações das ações negativas, que compreendem o direito a uma ação negativa do Estado, os chamados direitos de defesa, que visam a assegurar aos titulares dos direitos que o Estado não impeça as ações, não interfira e não derogue determinadas normas que garantem os direitos dos cidadãos.

Para entender melhor a classificação de Alexy é importante observar que existem dois grupos: de um lado estão os direitos negativos e, do outro, os direitos positivos, sendo que os direitos a ações positivas classificam-se em ação positiva fática e de ação positiva normativa. Estes dois grupos das ações positivas terão maior destaque no presente trabalho, visto que compreendem os direitos fundamentais sociais.

A segunda divisão, a das ações positivas, divide-se em ação positiva fática e ação positiva normativa, sendo que o direito à ação positiva fática, quando se supõe um direito a uma prestação ou auxílio estatal, ajuda através de subsídios já a ação positiva normativa, trata-se de “direitos a atos estatais de criação de normas.” (ALEXY, 2008, p. 202).

Nesse sentido as ações positivas fáticas representam o auxílio estatal de forma material, em que o ente desembolsa subsídios para que sejam efetivados e garantidos os direitos.

Por outro lado a ação positiva normativa precisa apenas ações estatais para que normas sejam criadas e protejam os direitos dos cidadãos, não necessitando que sejam aplicados recursos financeiros para custeá-los.

Nesse mesmo segmento, Bonavides (2012, p. 685) entende que o *status* positivo significa as prestações que o indivíduo recebe do Estado através das exigências, em que são valorados os pedidos dos seres humanos feitos ao poder público, garantindo os direitos fundamentais com o princípio da participação da vontade da população nas decisões do Estado.

Dessa forma, para realizá-los são necessárias prestações do Estado, as quais nada mais são do que desejos e pedidos da sociedade, de sorte que Bonavides entende por *status* positivo as prestações recebidas pelo indivíduo do Estado. Neste sentido, os direitos fundamentais sociais foram resultados das lutas da sociedade e, na maior parte delas, buscava-se uma maior participação da sociedade na concretização dos direitos sociais através de ações governamentais (LEDUR, 2009, p. 780).

Na mesma linha do *status* positivo, vem o autor Canotilho com a ideia de que para a concretização dos direitos sociais eram necessárias ações do Estado, com a participação da sociedade na escolha dessas ações. Quanto aos direitos coletivos, Canotilho (2003, p. 421) explica que não são os direitos humanos de um cidadão de carne e osso, mas são os direitos de cidadãos não identificados individualmente.

No sentido de participação da sociedade e prestações do Estado, observa-se que não é o ser humano individualmente considerado, mas sim o indivíduo genericamente identificado como coletividade.

A concepção do que é possível compreender sobre direitos à prestação não é tão restrita quanto se imagina, mas é uma definição bem mais ampla do que normalmente se entende.

Para compreender o que pode ser objeto de um direito à prestação, Alexy (, 2008, p. 442) explica que pode ser desde a proteção do cidadão contra outro cidadão através de normas organizacionais e procedimentais e que podem chegar a ser prestações em dinheiro, sendo esta uma conceituação bem ampla sobre o direito à prestação. Em alguns casos pode ser associado o direito à prestação à ideia de direitos que poderiam

ser adquiridos de particulares, caso houvesse meios financeiros e estivesse à disposição uma oferta suficiente.

Alexy explica que, por direito à prestação, deve-se entender não somente a proteção de um cidadão em face de outro, mas também a proteção aos direitos que o indivíduo poderia adquirir caso existisse disponibilidade no mercado e recursos financeiros. Dessa forma verifica-se que o direito à prestação é mais amplo.

Explica Alexy (2008, p. 442-443) que não deve ser entendido o direito à prestação somente dessa forma. Primeiro porque os direitos fundamentais sociais considerados como direitos à prestação, em parte, estão ligados a prestações fáticas e, em parte, a prestações normativas, visto que ao mesmo tempo a sociedade exige que o Estado se abstenha de uma intervenção, que proteja o titular, que o Estado inclua o titular nos procedimentos, que o Estado tome medidas benéficas. Resumindo, que o Estado inclua o direito de defesa, de proteção de procedimentos e direito à prestação fática.

A partir disso, é possível entender que os direitos à prestação não são meramente os direitos garantidos aos cidadãos em face de outros, mas se entendem à garantia de que o Estado os assegure, protegendo o titular do direito por meio de ações fáticas ou através de normas que seriam as ações normativas, legislando para assegurar aos indivíduos a proteção dos seus direitos fundamentais.

Esta concepção de direito à prestação é importante para o presente trabalho para distinguir e determinar a classificação dos direitos fundamentais sociais, os quais é possível identificar que se encontram nas ações positivas, nos direitos a prestações em sentido estrito.

Alexy (2008, p. 444) divide os direitos a prestações da seguinte forma: em sentido amplo são os direitos à proteção, direitos à organização e procedimento; e os direitos à prestação, em sentido estrito.

Assim os direitos fundamentais sociais são parte dos direitos à prestação em sentido estrito, explicando que são direitos que o cidadão possui em face do Estado ou, se o indivíduo dispusesse, poderia obter de particulares.

Apresenta Alexy (2008, p. 505-506) alguns argumentos favoráveis e alguns argumentos contrários aos direitos fundamentais sociais, sendo que o principal ponto de partida de um argumento favorável está baseado na liberdade, sustentando o autor que deve existir a liberdade de escolha entre as alternativas permitidas e que a liberdade depende de atividades estatais, destacando ele a importância da liberdade fática e adicionando que o importante para o indivíduo deve ser juridicamente garantido. Eis o primeiro argumento favorável.

O segundo argumento relaciona-se com o primeiro, referindo-se ao que é essencial, explicando que os direitos fundamentais devem expressar o que é necessário para que o indivíduo possa desenvolver a sua dignidade na comunidade (ALEXY, 2008, p. 506).

Os argumentos que representam as objeções aos direitos fundamentais sociais se dividem em dois: um formal e um substancial. O formal se refere à questão da vinculação e, caso os direitos fundamentais sociais sejam lhe vinculados, eles deslocam a política social que era de competência do parlamento para a competência do Tribunal constitucional (ALEXY, 2008, p. 509-510).

Isso ocorre porque, nessa teoria, compreende-se que os direitos fundamentais sociais, em sua maioria, são indeterminados, uma vez que não é possível mensurá-los especificamente quanto à prestação necessária. Podendo, por exemplo, referir-se ao direito ao trabalho, que vai de garantir um emprego até um auxílio-desemprego (ALEXY, 2008, p. 509-510).

Por sua vez, o argumento substancial refere que os direitos fundamentais sociais colidem com as normas constitucionais materiais,

sendo necessário destacar que os direitos fundamentais sociais são direitos custosos e que, para a realização dos mesmos, é necessário que o Estado distribua aquilo que recebeu através de impostos e taxas (ALEXY, 2008, p. 509-510).

Portanto, é possível vislumbrar que os direitos a prestações abrangem não apenas as ações positivas fáticas, mas também as ações positivas normativas e que os direitos fundamentais sociais estão enquadrados nas ações positivas fáticas, que expressam os direitos a prestações em sentido estrito.

Da mesma forma que Alexy classifica os direitos fundamentais, Sarlet também os classifica, visto que este os divide em dois grandes grupos: direitos de defesa e os direitos à prestação em sentido amplo.

Por direitos de defesa, Sarlet (2010, p. 260) explica que são os direitos de liberdade e igualdade. Já nos direitos à prestação em sentido amplo, o autor os divide em direitos à prestação em sentido estrito e direitos à proteção e participação na organização e procedimento. Nos direitos fundamentais, a prestação, em sentido amplo, resguarda a participação da sociedade na organização dos direitos. Já nos direitos fundamentais, na prestação em sentido estrito, estão os direitos que necessitam de uma prestação material do Estado como contrapartida.

Para Sarlet, os direitos fundamentais sociais, em sentido estrito, dependem de uma contrapartida do Estado, de uma prestação material. Por outro lado, em sentido amplo, tratam tanto desta prestação material quanto da participação da sociedade na discussão da organização dos direitos e nos procedimentos.

Na concepção de Alexy, autor alemão, a classificação dos direitos fundamentais se dá através de dois grandes grupos, que dividem os direitos de defesa e os direitos a prestações em sentido amplo. Este sentido amplo abarca a ideia de direito à proteção e participação na organização dos direitos e os direitos a prestações em sentido estrito, que exigem uma

contraprestação do Estado. Importante destacar que Alexy considera que os direitos a prestações podem ser em sentido amplo e sentido estrito, uma vez que abrangem também, como um direito à prestação, a participação na organização e nos procedimentos e não apenas a ideia de prestação como uma contrapartida material do Estado.

2.5 DIREITOS SOCIAIS E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

Neste tópico, é estudada a proteção garantida na Constituição para os direitos fundamentais sociais, tendo em vista a relevância do tema, sendo o caso de quando o legislador considerou como cláusulas pétreas.

Os direitos fundamentais são tão importantes que o constituinte assegurou-lhes o caráter de cláusulas pétreas na Constituição, para que estes direitos fossem limitados à reforma constitucional (SARLET, 2010, p. 73). Assim, pela importância desses direitos e por serem considerados cláusulas pétreas, os mesmos restam limitados à reforma, não podendo ser alterados nem por emendas, o que confere maior proteção ante aos outros direitos.

Piovesan descreve que os direitos e garantias fundamentais possuem uma proteção maior, visto que explica que o constituinte priorizou esses direitos, incluindo-os nas cláusulas pétreas da Constituição de 1988 (PIOVESAN, 2010, p. 33). Pode-se observar que os direitos fundamentais são de extrema importância para a Constituição porque são cláusulas pétreas, tendo-lhes sido conferidas aplicabilidade imediata, e porque esses direitos são os que norteiam todo o texto da Constituição.

Embora sejam compreendidos como integrantes das chamadas cláusulas pétreas ainda existe a discussão em relação a considerar os direitos sociais como direitos fundamentais ou não. Sarlet aborda com firmeza o tema e os considera desta forma.

Na Constituição brasileira de 1988, observa-se que ainda há uma discussão quanto à expressão a ser utilizada, uma vez que são encontrados termos como direitos humanos, direitos e garantias fundamentais. Sarlet (2010, p. 66) entende que, como está no título “direitos e garantias fundamentais”, este é um título genérico que expressa que os subtítulos que lhe seguem fazem parte dos direitos fundamentais, mesmo sendo individuais ou coletivos. Por isso, entende-se serem direitos fundamentais.

A partir do estudo dos direitos fundamentais na Constituição Federal do Brasil, percebe-se a garantia que os direitos sociais possuem, considerando serem também direitos fundamentais.

Da mesma forma, tendo em vista a grande importância dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro, Bonavides entende que estes direitos receberão uma garantia mais elevada, da mesma forma que a concedida às garantias individuais, entendendo também que não há diferença de valor entre os direitos individuais para com os sociais (BONAVIDES, 2012, p. 680).

Percebe-se que, tanto Bonavides quanto Sarlet, consideram que os direitos sociais são direitos fundamentais, entendendo que não existe distinção entre ambos, já que estão garantidos no título dos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, a disposição no texto constitucional é considerada como argumento relevante para a corrente que defende que são direitos fundamentais sociais.

Essa força normativa, apresentada por Bonavides (2012, p. 680), é observada quanto à inclusão dos direitos sociais nas cláusulas pétreas da Constituição Federal, tendo assim a mesma proteção dos direitos de liberdades, sendo que não podem ser feitas emendas que tentem suprimir estes direitos.

Desse modo, houve uma valorização dos direitos sociais como decorrência de terem sido elevados a direitos fundamentais, o que lhes assegurou a valoração como cláusulas pétreas, reduzindo a possibilidade

de serem alterados. Na Constituição Brasileira houve uma grande valorização quanto aos direitos sociais, pois estes passaram a fazer parte do rol dos direitos fundamentais, pois as organizações sindicais tiveram influências para a redemocratização do país (LEDUR, 2009, p. 77).

Nesse contexto, considerar os direitos sociais como direitos fundamentais implica em imputar a estes direitos uma carga de valorização, uma vez que vem junto o peso de ser cláusula pétrea e de servir para nortear a Constituição. Além dos direitos sociais serem considerados direitos fundamentais, é importante observar que estes trazem consigo uma forte proteção aos direitos da sociedade.

Para Barreto (2003, p. 112), a justificativa da falta de efetividade dos direitos sociais está amparada na ideia de que os direitos humanos seriam apenas os direitos civis e políticos. Além de alguns sustentarem que os direitos fundamentais sociais não são reconhecidos como tais. Assim, uma das principais formas de negar a efetividade dos direitos sociais é a sua negação quanto a ser direito fundamental, pois se tornam sem aplicabilidade imediata, deixam de ser cláusula pétrea, tornando-se assim suscetível da reserva do possível.

Leivas (2006, p. 89) entende que, pelos direitos fundamentais sociais estarem positivados no texto constitucional, fazem com que este tenha natureza constitucional e dessa forma acaba por ter as mesmas garantias que os demais direitos fundamentais possuem.

Outras importantes proteções previstas na Constituição em relação aos direitos fundamentais sociais é o caráter de aplicabilidade imediata, pois, com isso, não há necessidade de aguardar-se por outras ações a serem aplicados. A outra proteção é a de que não são afastados os tratados internacionais referentes a este assunto, desde que estejam de acordo com os princípios da Constituição (BRASIL, 1988).

Portanto os direitos fundamentais sociais possuem uma forte proteção na Constituição Federal de 1988, sendo elas: ser cláusula pétrea,

aplicabilidade imediata, aplicação direta de tratados internacionais sobre o tema e o fato de ser considerado como um direito fundamental.

Por todo o exposto, é possível concluir que os direitos sociais mereceram especial tratamento do legislador pátrio que os alçou na condição de direitos fundamentais, dotados de especial proteção que objetivou a sua concretização da melhor forma possível.

CAPÍTULO 3
PROTAGONISMOS
PRÓATIVOS NA DEMOCRACIA
CONTEMPORÂNEA EM
FACE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS SOCIAIS

3.1 DEMOCRACIA EM SEUS ASPECTOS

Neste capítulo serão abordados os temas referentes à democracia, analisando-se os aspectos filosóficos, a democracia no Estado de Direito e o Estado Democrático. Após, os diversos modelos de democracia, entre os quais há a participativa, a representativa e a deliberativa, finalizando-se com o estudo do papel dos atores sociais na democracia contemporânea para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Para iniciar o estudo da democracia, é importante observar a sua concepção, verificando o que alguns filósofos entendem por democracia através de uma conceituação que demonstra também algumas de suas características. A definição de democracia não é algo rígido, pois existem algumas divergências no sentido de entender qual a função e para que ela serve. Atualmente, a democracia está muito desacreditada no Brasil e, por isso, é relevante estudá-la para compreender qual o papel que desenvolve atualmente e o que pode melhorar no auxílio da concretização dos direitos fundamentais.

Rousseau entende que de uma forma rígida não vivemos a democracia, de modo que não existe a possibilidade de um grupo grande, que é a sociedade, comandar um grupo pequeno, que são os governantes, e que o povo não iria se reunir para decidir as coisas públicas sempre. Explica também que é importante que a pessoa que cria as leis não seja a mesma que irá aplicá-la para evitar interferência de interesses privados nos públicos. É importante compreender que o autor escreve esta ideia de democracia em sua obra de 1780 (ROUSSEAU, 2001, p. 71).

Segundo Rousseau, a democracia é a participação do povo nas escolhas e decisões do Estado e que não vivemos em uma verdadeira democracia pelo fato de não existir a possibilidade de todos se reunirem para exporem a sua opinião em todas as situações.

Rousseau já vislumbrava a crise na democracia desde 1780 conforme. Atualmente também vivemos essa crise na democracia, onde o povo não acredita em seus representantes. O que leva a refletir sobre até que ponto é possível considerar que o governo da maioria é a democracia, porque não é possível vislumbrar a democracia apenas como o voto nas eleições a cada quatro anos, mas é preciso que exista mais participação para efetivar os direitos tão sonhados pelos cidadãos.

Aristóteles (2002, p. 221-214) entende que a democracia é o oposto de oligarquia, explicando ainda que a democracia possui alguns princípios tais como a liberdade e a liberdade baseada na igualdade, que significa dizer viver como quiser. O filósofo ainda defende que a soberania deve estar nas mãos da massa do povo e que esta maioria fixe o que é justo e de direito. Dessa forma, a democracia é compreendida por ser a decisão da maioria sobre o que é justo e legítimo, ao contrário da oligarquia, que entende que apenas os mais abastados podem julgar o que é justo.

No entendimento de Aristóteles por democracia, é possível ser entendido que não podem apenas as pessoas com dinheiro votar ou decidir o que é justo, mas que todos devem ter o direito de expor o seu pensamento de forma livre. Não apenas o voto da maioria é a democracia, mas também o debate pelo que é justo e o dever de estabelecer os valores que são comuns a todos ou, pelo menos, a maioria.

A Constituição Federal é o meio pelo qual é possível garantir a efetividade da democracia, uma vez que nela estão dispostos os princípios basilares da sociedade, levando em consideração o que é importante e justo para a população.

Queiroz (2009, p. 398-399) explica o que é democracia através do significado da origem da palavra:

Vários podem ser os significados do termo “democracia” (demokratia). As palavras em grego Kratos (poder) e demos (povo) fornecem uma aproximação ao conceito.

A democracia é o poder do povo. Mas deve existir alguma congruência entre o conceito de democracia, compreendido como um conjunto de valores, e a democracia compreendida como um conjunto de estruturas institucionais de governo.

Assim, para a autora citada, a democracia é o poder do povo, tendo em vista a origem do termo. Destaca que deve existir uma coesão entre a compreensão de democracia como conjunto de valores e como estruturas institucionais de governo.

A autora ainda descreve a necessidade de uma “contrademocracia”, tendo em vista que o governo da maioria corre riscos de virar uma tirania, sendo necessário que esta maioria esteja caracterizada como uma elite em critérios como educação e experiência, sendo importante também que as elites circulem, que haja a troca dessas pessoas. Daí vem a ideia dessa “contrademocracia” para que as eleições sejam uma forma de autorização, mas que seja complementada por outras formas de participação popular. Dessa forma, a “contrademocracia” quer trazer a ideia de que não apenas de quatro em quatro anos deve-se buscar a participação do povo, mas nos demais períodos através de deliberações (QUEIROZ, 2009, p. 401-405).

O ponto da “contrademocracia”, citado pela autora, tem em vista o fato de os cidadãos não conseguirem a efetividade em seus direitos, o que os faz buscá-la no Poder Judiciário, como uma forma de vislumbrar a garantia, e isso ocorre, entre outros motivos, pelo fato de que o cidadão não está conseguindo demonstrar as suas prioridades, pois apenas participa na votação sem realizar o acompanhamento necessário das escolhas das prioridades. Assim, a criação de algumas formas de identificar as prioridades da sociedade de tempos em tempos, mas de forma mais curta e mais próxima, facilitaria a efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Para Dallari (2010, p. 311-312), um elemento essencial para a democracia é a vontade de o povo prevalecer diante da vontade de qualquer indivíduo, sendo extremamente relevante a supremacia da

vontade do povo. Caso isto não ocorra não existe democracia. Assim a opinião de uma pessoa ou de um grupo não deve preponderar frente à vontade geral do povo. Esta vontade deve ser livremente formada e livremente externada. A vontade livremente formada significa que tudo deve ser discutido sem restrições, dando à população diversas escolhas. A vontade livremente externada quer dizer que essa vontade tem que ser livre, sem nenhuma coação.

É importante ser destacado que, para a formação de uma democracia, são relevantes dois pontos: a possibilidade de escolhas dos cidadãos e que essa escolha seja livre de qualquer coação, devendo a vontade ser geral do povo e não apenas de um indivíduo ou de um grupo.

Dessa forma, pode-se compreender por democracia a participação do povo nas escolhas do que é importante para a sociedade, não ficando apenas nas mãos das pessoas que possuem dinheiro. Ressalta-se que não pode existir qualquer tipo de coação na formação da vontade.

O ponto principal para a democracia é que a vontade do povo deve ser externada, não podendo ficar escondida. Diversas podem ser as formas de externar a vontade do povo, sendo uma delas o voto, mas não pode ser considerada como a única saída.

Silva (2009, p. 125-126) entende que democracia é o poder nas mãos e na vontade do povo, sendo um instrumento de concretização dos direitos fundamentais através de valores essenciais da convivência humana,

A democracia desenvolve um papel muito relevante na sociedade, mas precisa ser ainda mais debatida para buscar-se entender quais são as necessidades da sociedade para poder colocá-las em prática, pois, se a democracia é a representação da vontade do povo, esta precisa ser observada.

A democracia pode ser vista como um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais sociais, uma vez que os mesmos são formados através de uma valoração de determinada coisa pela sociedade.

Bonavides (2010, p. 523) explica que a democracia pode ser compreendida como um direito de quarta geração, visto que não é possível se ter igualdade ou justiça se não for compreendida através da democracia.

Para alguns autores, a democracia é entendida como um sistema exercido pelos cidadãos e que o Estado não pode tratar estes cidadãos que são os destinatários dos direitos apenas como consumidores, mas é importante entender que os cidadãos possuem a tarefa de gestores e de fiscalizadores. É muito comum falar que os cidadãos não estão exercendo sua democracia, fato este que ocorre porque estão sendo omissos ao colocar em prática o texto Constitucional. Assim, pode-se dizer que há democracia quando esta estiver sendo executada ou em casos que exista a possibilidade de exigir os direitos fundamentais por meio de ações constitucionais, visando ao máximo à inclusão da maioria (DEL NEGRI, 2007).

No cenário atual da democracia verifica-se que alguns valores estão sendo invertidos, ao passo que o povo está sendo considerado como consumidor e não como o detentor do poder, quem tem a função de decidir e fiscalizar.

Canotilho (2003, p. 1418) explica duas características que distingue a democracia vislumbrada como uma forma de governo distinta das demais formas: “A democracia distingue-se de todas as formas de governo autocráticos porque se caracteriza por um sistema de regras, primárias e fundamentais, que estabelecem: (1) quem está autorizado a tomar decisões colectivas; (2) quais os processos para essa tomada de decisões.”

As duas questões destacadas pelo autor determinam a sua distinção em relação às demais formas de governo, tornando-se claro que deve ser observado quem está autorizado a tomar decisões pelos demais, bem como a formação desta tomada de decisão, vislumbrando dessa forma que, para a democracia, é importante quem toma as decisões pelos demais e como estas decisões são tomadas. Sendo assim, os requisitos que

fazem parte da formação da democracia, bem como da concretização dos direitos fundamentais, são importantes para efetivar os direitos através de meios que consigam atingir a maioria dos cidadãos.

Canotilho (2003, p. 1418) explica que, na definição de democracia, devem ser destacados alguns pontos:

De um modo mais informativo, uma definição mínima de democracia implica: (a) participação de um número tão elevado de cidadãos quanto possível; (b) regra da maioria para a tomada de decisões colectivas e vinculantes; (c) existência de alternativas reais e sérias que permitam opções aos cidadãos de escolher entre governantes e programas políticos; (d) garantia de direitos de liberdade e participação política.

Na definição de democracia, segundo o autor, é necessária a participação do máximo possível de cidadãos, sendo imprescindível que a maioria tome as decisões e que os cidadãos tenham opção de escolha, além de que se toma por igualmente necessária a garantia dos direitos de liberdade e de participação na política. Esses pontos destacados pelo autor refletem a essência da democracia, visto que buscam concretizar os direitos e as prioridades dos cidadãos, tentando fazer com que sejam efetivadas as prioridades da maioria e não apenas a vontade do governante.

É importante destacar algumas teorias que evidenciam a forma do avanço da democracia, sendo elas, segundo Canotilho (2003, p. 1409), a teoria pluralista da democracia, a teoria elitista da democracia e a teoria do ordo-liberalismo.

Pela teoria pluralista compreende-se que a formação da vontade democrática é realizada através de grupos demonstrados pela exigência dos mesmos, tentando reunir as suas prioridades. Pela teoria elitista, a democracia é uma forma de domínio dos que possuem melhores condições, resumindo-se em não ser para o povo, mas para o poder da

elite escolhida pelo povo. Por fim, a teoria do “ordo-liberalismo”, em que a democracia deve ser utilizada para a escolha do que deve ser considerada e valer como lei (CANOTILHO, 2003, p. 1409-1413).

Por meio destas teorias é possível destacar alguns pontos importantes para a democracia e alguns que são negativos. Quando a vontade do povo é realizada através de grupos, estes buscam demonstrar a sua necessidade, buscando debater e concretizar os direitos que cada um precisa. Quando se pensa na teoria elitista, vislumbra-se o ponto negativo, pois somente a elite chega à escolha das prioridades da sociedade e a elite não consegue, muitas vezes, vislumbrar as necessidades dos grupos de baixa renda, dos que estão em condições de necessidade.

3.2 DIVERSOS MODELOS DE DEMOCRACIA: DEMOCRACIA DELIBERATIVA, PARTICIPATIVA E REPRESENTATIVA

A democracia contemporânea é composta por três modelos de democracia: a democracia representativa, a participativa e a deliberativa, sendo objetivo do presente livro analisar os três modelos, suas concepções e a importância quanto aos direitos fundamentais sociais.

A democracia representativa significa que o poder que o povo possui e a sua vontade são operacionalizados através de representantes, os órgãos do Estado, e a vontade do Estado é formada juntamente com a vontade do povo, sendo que se espera que as decisões do Estado levem em consideração a opinião pública (LEDUR, 2009, p. 136).

Por democracia representativa, compreende-se que é a participação popular, mas de forma indireta, em que são eleitos os representantes do povo, através do voto, nas eleições. Esses representantes assumem o exercício da função governamental, participando assim o povo na formação da vontade do governo, sendo que o eleito pratica os atos em nome do povo (SILVA, 2009, p. 137-138).

Na democracia representativa é possível vislumbrar que o poder emana do povo por ser uma característica da própria democracia, mas exercida de forma diferente, pois na democracia representativa é exercido através de representantes escolhidos pelo cidadão e, nas decisões, eles levam em consideração a vontade do povo, sendo assim de forma indireta a participação do cidadão.

Enquanto na democracia representativa são eleitos representantes para externar a vontade do povo, na democracia participativa busca-se uma maior participação do cidadão, o que lhe exige mais, mas lhe é garantido o direito a participar de outras formas na formação da vontade do Estado (LEDUR, 2009, p. 147).

Por democracia participativa, Silva (p. 141-142) compreende que é a participação direta e pessoal do cidadão para formar os atos de governo, e alguns exemplos de participação dar-se-iam através da iniciativa popular: o referendo popular, o plebiscito e a ação popular.

A democracia participativa desenvolve um papel muito importante, pois é a esperança de prevenir que os direitos fundamentais sejam afetados, entendida assim pelo fato de ser uma forma direta de expressar a vontade, sem intermediações, que ocorre no caso da representatividade (BONAVIDES, 2010, p. 371).

Esta maior participação do cidadão de forma direta representa a democracia participativa, em que a atuação do povo é mais pessoal na formação da vontade, através de plebiscito e referendo que são alguns exemplos.

Na linha da democracia participativa, vem a democracia deliberativa, mas com algumas diferenças: na democracia deliberativa a busca pela participação do cidadão não é apenas individualmente para a formação da vontade, com a votação do que é melhor individualmente, através de uma estatística, pois nesse caso a participação do povo é na

discussão e na elaboração da formação de uma opinião da coletividade (LEAL, 2011, p. 64).

Na democracia deliberativa a participação do cidadão na formação da vontade se dá de uma forma diferente, pois é através de debates, discussões que se busca formar uma opinião em conjunto para obter uma melhor solução e resposta.

Assim, é possível concluir que cada modelo de democracia é diferente, sendo que a democracia representativa é a participação do povo de forma indireta, através de representantes.

Por sua vez, a democracia participativa é a participação do povo na formação da vontade de forma mais direta por meio de plebiscitos e referendos. Já a democracia deliberativa são os cidadãos discutindo, pesquisando, deliberando conjuntamente sobre o que é melhor para assim chegarem a uma decisão coletiva.

Torres (2003, p. 20) explica que, em relação ao aspecto funcional, a democracia se divide em: participativa e deliberativa. Na primeira compreende-se por democracia participativa as reivindicações na busca dos direitos através de uma cidadania ativa. Na segunda que é a democracia deliberativa, sobre a qual compreende-se como um diálogo entre a sociedade que busca um consenso para a distribuição dos bens.

Dessa forma, na busca pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, é possível identificar que os aspectos funcionais da democracia tanto deliberativa quanto participativa visam a concretizar as prioridades da sociedade, uma vez que o poder emana do povo e para ele é que deve ser retornada a segurança dos direitos.

Para dar efetividade a democracia é necessário misturar um pouco de cada uma dessas formas, não apenas uma democracia entendida nesse tópico como o poder do povo, é necessário reunir as características boas de cada modelo, para que não seja apenas representativa e nem somente deliberativa, mas um meio termo para incluir de forma mais ativa

a participação popular para que não seja apenas no momento de votar e eleger os representantes.

Deste modo, esses três modelos de democracia que formam a democracia contemporânea fazem parte da discussão desse livro, que busca evidenciar a melhor forma de efetivar os direitos fundamentais sociais, partindo do estudo das concepções de cada modelo para, posteriormente, observar como são assegurados estes direitos.

3.3 ESTADO DE DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No presente tópico será estudado o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito e suas aproximações. Para iniciar esta análise é importante compreender como é formado o Estado, bem como o que se entende por Estado, passando depois para o exame específico de cada tópico.

Preliminarmente, na concepção de Estado é possível observar que estão abarcados alguns elementos, que são importantes para vislumbrar-se a função do Estado na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Para explicar o Estado, Alexandre de Moraes se utiliza da obra de Jellinek, segundo o qual seriam necessários três elementos para a formação do Estado, sendo eles o poder/soberania, a população e o território (JELLINEK apud MORAES, 2010, p. 3).

Com base nisso, para a formação do Estado é necessário que exista um território com população definida e que se detenha a soberania. Junto com o surgimento do Estado, começou também a função de racionalização e humanização, para a proclamação dos direitos humanos, tendo em vista a necessidade de serem assegurados pelo Estado (MORAES, 2010, p. 3).

Merece destaque que, juntamente com o surgimento do Estado, houve a necessidade de começar a serem positivados e proclamados

os direitos humanos, visto que o Estado possui a responsabilidade de assegurar para os cidadãos.

No mesmo sentido, Cristina Queiroz explica que somente existe Estado se tiver os três elementos básicos/essenciais, sem os quais não é possível considerar a existência, visto que é necessário que exista um território e o povo para que se tenha um poder de governar, pois de nada adianta ter o poder se não tiver em quem e em que local fazer determinações.

Queiroz (2009, p. 24-25) explica que o Estado é uma forma de organização das sociedades políticas, composta pela oposição de governantes e governados, para manutenção da ordem, com controle das relações da sociedade. Ainda, analisa que somente se constituiria Estado se tivesse esses três elementos: povo, território e poder político.

Na responsabilidade de manutenção da ordem e controle das relações da sociedade é possível entender como o dever do Estado em efetivar e garantir os direitos previstos na Constituição, ou seja, que estão incluídos, buscar ao máximo cumprir os direitos fundamentais sociais para que os cidadãos deste Estado tenham uma vida com melhores condições, protegidos contra ações arbitrárias.

Para a autora referida, o povo é o elemento humano do Estado que possui vínculo de nacionalidade ou cidadania. Território é um determinado espaço delimitado por fronteiras que podem ser marítimas, terrestres e aéreas; e sem o território não existe o poder do Estado, porque é essencial para a formação do Estado essa característica. Poder político está caracterizado pela fixação de regras e o fato da possibilidade de fazer cumprir, podendo exigir a força, caso seja necessário. O poder político é composto pelos órgãos e suas funções que desenvolvem o Legislativo, Executivo e Judiciário (QUEIROZ, 2009, p. 29-30).

Como referido anteriormente, sem cada uma dessas três partes não há que se falar em um Estado, pois existe a necessidade de que haja o

poder, mas existe também a necessidade de que haja subordinados para este poder.

Merece destaque o fato de que o poder político possui força para fazer cumprir as suas determinações, sendo composto pelos três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, que são também objeto de estudo do presente livro, o qual se propõe a analisar suas funções como atores sociais responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Por outro lado, Silva (2005, p. 98) entende que o Estado é composto por quatro requisitos essenciais e não três como entendem os doutrinadores referidos, sendo eles: o poder soberano, um povo, um território e finalidade.

O autor acrescenta um requisito essencial que é a finalidade, os objetivos e os fundamentos que o Estado possui, que estão dispostos no texto Constitucional, mas mais do que estar previsto no texto Constitucional é ser considerado como finalidade para garantir a efetividade dos direitos ali previstos.

Para entender o que significa o Estado de Direito, após ser analisado o que é o Estado e como ele é composto, recorre-se ao que Kant explica, uma vez que o autor Paulo Bonavides também se utiliza da explicação desse autor para definir o que é o Estado de Direito.

Explicando que o Direito são as condições que permitem que a vontade de cada um coexista com a dos demais; já o Estado entende como a união de homens sujeitos às leis do Direito (KANT apud BONAVIDES, 2009, p. 110).

Desta forma, o Estado compreende a possibilidade da existência da vontade de cada cidadão existindo juntamente com a dos demais. Essa possibilidade de coexistirem tais vontades é que o autor entende ser o Direito, e o Estado como as pessoas sujeitas às leis criadas pelo direito.

Dworkin (2005, p. 6-7) explica que o Estado de Direito traz duas concepções diferentes, cada uma defendida por seus seguidores, sendo

que a primeira concepção o autor chama de centrada no texto legal, que seria uma corrente mais restrita, que defende que não há estipulação em relação ao conteúdo das regras estarem nos textos jurídicos. Já a segunda concepção está centrada nos direitos e pressupõe que os cidadãos possuem direitos e deveres que são morais entre si e políticos com o Estado e com o todo. Com relação a esta concepção centrada nos direitos o autor explica que seria a concepção pública mais definida sobre os direitos individuais.

Neste sentido o autor explica que pode haver duas concepções diferentes para a ideia de Estado de Direito, sendo que a primeira corrente está centrada no texto legal e a segunda está centrada nos direitos.

Na mesma linha, Moraes (2010, p. 5) explica a necessidade de algumas características específicas para identificar um Estado de Direito:

O Estado de Direito caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: (1) primazia da lei, (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo.

Todas estas características são de extrema relevância para os temas abordados neste livro, visto que se analisa o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas alguns pontos precisam ser destacados, pois a primazia da lei demonstra a importância que ela exerce, bem como demonstra que as funções dos poderes devem observar

essas características do Estado de Direito, para buscar evitar arbítrios e abusos de poder.

A separação dos poderes aqui, vista como uma forma de garantir a liberdade dos cidadãos, evidencia a proteção de direitos essenciais. Os direitos fundamentais são reconhecidos e garantidos no Estado de Direito, fazendo com que esta forma seja observada por todos, pois as características do Estado de Direito são princípios norteadores dos países.

Do mesmo modo, Bonavides define o que entende por Estado de Direito, defendendo que o papel principal do Estado de Direito é defender o cidadão.

Para Bonavides (2010, p. 326), o Estado de Direito não é uma forma de governo nem de Estado: refere-se na confiança depositada pelos cidadãos nos governantes, para que estes exerçam o papel de executar e proteger os direitos constitucionais.

Portanto, a confiança é depositada pelos governados nos governantes para que estes efetivem e cumpram com as expectativas que o cidadão deposita, com relação à garantia dos direitos entendidos como essenciais ao ser humano, bem como que, neste Estado de Direito, o cidadão consiga vislumbrar uma segurança e proteção deve ser respeitada.

Depois de analisar o Estado de Direito, neste livro pesquisar-se-á o Estado Democrático de Direito, definido na Constituição Federal de 1988 como o escolhido para ser adotado pelo Brasil.

Silva (2005, p. 117-118) explica que o Estado de Direito teve sua origem na era liberal e tem seu fundamento no princípio da legalidade, levando em conta tudo que estiver definido em lei. O autor destaca que isso teve grande importância para os direitos do homem; já o Estado Democrático precisa da participação do povo, através de votações, plebiscitos, sendo que o princípio democrático busca garantir os direitos humanos dos cidadãos.

Neste sentido, o Estado Democrático busca e precisa que o povo participe, sendo incluídas formas de participação do povo, incluído a democracia sobre todos os elementos do Estado.

Ainda, para Moraes (2010, p. 6):

O Estado Democrático de Direito, caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como com o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais.

Segundo o autor, o Estado segue normas que sejam democráticas, demonstradas estas através de eleições, que o povo escolhe e vota de tempo em tempo para seus representantes e que estas autoridades públicas devem respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos.

No preâmbulo da Constituição e no artigo 1º, é possível identificar que o Estado Democrático de Direito é o adotado pelo Brasil, sendo também um de seus princípios fundamentais:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

TÍTULO I Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] (BRASIL, 1988).

Desse modo, no preâmbulo estão dispostas as diretrizes e os fundamentos da ordem de um país e está descrito que o Brasil optou por ser um Estado Democrático, que tem isso como norteador de suas ações.

Assim sendo, é possível identificar que o Estado Democrático de Direito é um princípio de nosso Estado que visa a assegurar a todos os cidadãos o acesso e a participação, através de votações, para demonstrar o que entende como objetivo da vida em comunidade. É também uma forma de o povo buscar as garantias fundamentais almejadas.

Portanto é possível compreender-se que o Estado é composto por três elementos essenciais: poder/soberania, população e território, sendo esta a concepção adotada pela doutrina majoritária. Destaca-se, porém, que, segundo José Afonso da Silva seriam quatro os elementos essenciais: o povo, o poder soberano, o território e a finalidade.

A democracia deve fazer parte de todos esses elementos, pois, nas diversas situações em que o povo necessitar, deve ser incluído o princípio democrático para que o povo participe das escolhas do Estado.

Esse ponto aqui tratado é importante, pois declara que a democracia em alguns momentos fica fragilizada pela atuação do Poder Judiciário, conforme será analisado a seguir.

3.4 O PAPEL DOS DIVERSOS ATORES SOCIAIS NA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Muitos são os papéis dos diversos atores sociais para concretizar e efetivar os direitos fundamentais sociais. Inicialmente, é importante destacar que os atores sociais aqui tratados, responsáveis por essa efetivação através de suas funções, são os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Primeiramente, é analisada a justificativa da divisão das funções em poderes, entendendo a essência do princípio da separação dos poderes, bem como a harmonia que deve haver entre eles, para depois, de forma específica, analisar quais são as funções de cada um e suas contribuições para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

José Afonso da Silva, afirma que as funções dos Poderes fazem parte do governo:

O governo é, então, o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político. Este se manifesta mediante suas funções que são exercidas e cumpridas pelos órgãos de governo. Vale dizer, portanto, que o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. (SILVA, 2005, p. 108).

De tal modo, é possível compreender que os órgãos são responsáveis por executar e cumprir a vontade do Estado, através do governo, mas que, mesmo sendo o poder considerado uno e indivisível, ele se desdobra para que possa cumprir diversas funções, determinando que cada uma tenha suas funções especiais mais bem definidas e desempenhadas.

Bonavides (2010, p. 340-341) explica que uma forma de resistir ao Poder absoluto foi o surgimento do princípio da separação dos poderes, com o qual se teria uma descentralização. Um exemplo disso é que existiria um órgão responsável por elaborar leis. Havendo essa descentralização, seria possível retirar o monopólio e os privilégios, buscando um governo livre por meio dessa separação de poderes.

As funções exercidas pelos Poderes têm como responsabilidade representar e colocar em prática a vontade do povo, exercida pela democracia, mas, para evitar que o poder esteja apenas nas mãos de

uma pessoa ou de um dos poderes, é que surgiu o princípio da separação dos poderes, vislumbrando atingir um balanceamento nas funções e atribuições, mas com todos buscando concretizar e efetivar os direitos fundamentais sociais e evitar decisões e ações arbitrárias.

O princípio da separação dos poderes surge com Montesquieu,¹ para evitar a tirania. Por isso, inicialmente será analisado esse princípio para posterior análise de uma possível intervenção de um poder na esfera do outro, verificando-se se meramente seria uma função do Poder Judiciário interferir na fiscalização da atuação dos outros poderes.

Montesquieu (2008, p. 169) concebe que existem três Poderes, compreendidos como o Poder Legislativo, responsável por legislar; o Executivo, responsável por executar; e o Judiciário, responsável por julgar. Entende-se que caso ocorra a concentração destes poderes nas mãos de um só estaria tudo perdido, pois se encontrariam arbitrariedade e opressão, uma vez que o mesmo monarca iria criar leis tirânicas e as executar tiranamente.

O princípio da separação dos poderes surgiu do ideal de Montesquieu, ao entender que cada poder possui suas funções características e que concentrar todas estas funções nas mãos de um só acabaria acarretando em arbitrariedades e opressão para os cidadãos. Assim, com essa divisão de competências, é importante a tal ponto que estabelece limites para cada um realizar a sua função.

Segundo Bonavides (2010, p. 45), a separação dos poderes é a divisão entre as autoridades públicas do poder, para que este não fique concentrado apenas nas mãos de um e assim tenha estabelecido limites para os que governam.

¹ Montesquieu foi considerado o mentor da separação dos poderes e recebeu os méritos pelo fato de que foi com ele que a separação dos poderes ganhou maior clareza. No entanto, Aristóteles e Locke já haviam anteriormente mencionado o tema em suas obras.

Nessa divisão de poderes existem elementos caracterizadores que estabelecem uma harmonia entre a atuação de cada um dos órgãos, para que nenhum atue em uma competência que não lhe é inerente.

Silva (2009, p. 108-109) entende que a divisão dos poderes está caracterizada por confiar a cada órgão uma função governamental e não apenas para um órgão, possuindo dois elementos básicos: a especialização funcional e a independência orgânica. O primeiro significa que cada órgão é especializado para exercer uma função; já no segundo, além de haver função especializada, há independência quanto aos outros para realizar as ações.

No princípio da separação dos poderes, está assegurado que cada um possui suas funções e é independente, devendo esses poderes ter relações harmônicas no exercício de suas atribuições para que assim possam trabalhar e assegurar os direitos aos cidadãos.

É possível compreender que a independência dos poderes se realiza quando um poder não precisa da vontade dos outros, que nas suas atribuições próprias não é necessário consultar ou ter autorização, pois cada órgão é livre para organizar os seus serviços (SILVA, 2009, p. 110).

A relação entre os poderes deve ser de respeito e harmônica, para que cada um possa realizar as suas atribuições sem depender do outro, mas principalmente ter suas decisões respeitadas pelos outros poderes, mantendo uma harmonia sem conflitos. Dessa forma cada um dos poderes possui a independência ao realizar o seu trabalho, não sendo um subordinado ao outro.

Ainda é importante destacar que, quando se pesquisa sobre a separação dos poderes e a sua independência, a característica de que eles devem ser harmônicos entre si, deve haver um equilíbrio na busca do bem comum, sendo um sistema de freios e contrapesos, buscando harmonizar a relação entre os órgãos e evitar arbítrios (SILVA, 2009, p. 110). Logo, não deve haver intervenções quanto à atuação dentro das competências.

O sistema de freios e contrapesos tem como objetivo garantir que entre os três poderes haja ponderação e equilíbrio de atuação para buscar pelo bem comum evitando que um poder queira comandar o outro.

Uma estratégia adotada para moderar o poder político no liberalismo foi a separação dos poderes, sendo a proposta de que o poder não se concentre apenas nas mãos de um dos poderes que é responsável por decisões. Assim, a decisão é distribuída entre os órgãos, *controlando-se* arbitrariedade (SOUZA NETO, 2006, p. 31-32).

O princípio da separação dos poderes surgiu com a ideia de evitar abuso de poder e arbitrariedade e, dessa forma, quando um poder precisa intervir na atuação de outro poder a principal preocupação é que não se tenha decisões arbitrárias. Mas, em alguns casos, é necessária esta intervenção para garantir os direitos que estão assegurados na Constituição Federal.

A independência e autonomia dos poderes não excluem que, em determinados casos, seja possível um órgão interferir na atuação do outro, visto que existe a ideia de freios e contrapesos. Para que um poder consiga intervir em outro é necessário que seja para assegurar algo aos cidadãos. Destarte, mesmo com o ideal de separação dos poderes, estes podem se comunicar entre si para essa concretização de direitos fundamentais sociais.

Portanto, faz parte do Estado Democrático de Direito a separação dos poderes por suas funções, para que consigam cumprir com a efetivação dos direitos fundamentais, assumidos como princípio e fundamento, visando isto a evitar decisões arbitrárias e possibilitando que um poder possa auxiliar o outro na busca do bem comum.

3.4.1 O Poder Judiciário

Busca-se aqui identificar qual a função que desempenha o Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais, já que a principal

função é ser o guardião da Constituição Federal, visto que, através desta função, tem-se a possibilidade de alterar decisões que sejam tomadas para prejudicar os cidadãos em suas necessidades básicas, as quais os impedem de terem melhores condições de vida.

O Poder Judiciário é o guardião da Constituição e das leis, buscando preservar os princípios da legalidade e da igualdade, bem como a solução de conflitos. É um Poder independente e imparcial para poder garantir a aplicação da Constituição (MORAES, 2010, p. 504-505).

Para poder exercer a sua função de colocar em prática os direitos garantidos na Constituição é necessário que o Poder Judiciário seja independente e imparcial, principalmente imparcial, para que assim consiga aplicar o direito nos casos em que os outros poderes os ferem, quando não cumprem e não efetivam os direitos fundamentais.

Esse fato acarreta uma grande discussão, pois a intervenção de um poder na esfera de atuação do outro pode ser entendida como uma ofensa ao princípio da separação dos poderes. Mas é importante ressaltar que, em alguns momentos, essa interferência é de extrema importância e necessidade, para poder assegurar o Estado Democrático de Direito. E nesses casos, a interferência do Poder Judiciário na esfera dos demais poderes é indispensável para garantir a harmonia e a efetividade dos direitos essenciais aos cidadãos.

O Estado possui a função jurisdicional, que impõe o ordenamento jurídico de forma coativa quando há necessidade, sendo uma função típica do Poder Judiciário julgar um caso concreto aplicando a lei sempre que lhe for posto um conflito de interesses (MORAES, 2010, p. 507).

Entre as funções que o Estado exerce, um ponto merece destaque: a possibilidade de coação na aplicação da lei em casos de necessidade. Quando não está sendo cumprida a lei, o Poder Judiciário tem o condão de impor a obrigação, fazendo com que os conflitos de interesse sejam

decididos. E esta intervenção do Poder Judiciário também é tema do presente livro, mas será abordada no próximo capítulo.

A função jurisdicional inicialmente era compreendida como uma função do Estado, com a função de dizer a quem o direito socorre em caso de conflito. A jurisdição é inerte e apenas se manifesta se for provocada, ficando restrita àquilo que foi pedido. Esta noção, com o decorrer do tempo, passou a ser ultrapassada, tendo em vista a realidade do Brasil, pois, com a injustiça social, é necessário que se tenha um Poder Judiciário atuante, que tenha o poder da ação transformadora (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 170-171).

O Poder Judiciário precisa ser atuante para buscar efetivar os direitos fundamentais sociais, pois, com a injustiça social que ocorre atualmente, é necessário que este Poder possa auxiliar e ser um garantidor para o povo de seus direitos.

É importante ressaltar as funções da atividade judicial, pois não é um poder político e nem um Poder Legislativo e está subordinado às decisões das instituições democráticas (STRAPAZZON; GOLDSCHMIDT, 2013).

De tal modo, o Poder Judiciário não é composto por representantes do povo eleitos em votações, mas composto por magistrados que são profissionais, sendo para isso independentes e inamovíveis, não podendo ser subordinados por outros cidadãos, o que tenciona buscar uma justiça que seja capaz de dirimir os conflitos. Nesse sentido, é a posição de Queiroz (2009, p. 101):

O Poder judicial é de entre os poderes do Estado o “menos perigoso” (least dangerous) no computo do funcionamento global do sistema. É um poder independente, inamovível, imparcial e actuado através de uma magistratura profissional e responsável. É também um poder passivo. Os tribunais não buscam os litígios a dirimir, antes só podem actuar mediante acções e queixas que lhe sejam presentes segundo os processos devidos em direito. O poder judicial tem por

função dizer o direito (juris dicere) em todos os casos que lhe sejam presentes.

Portanto, os magistrados exercem o seu papel para resolverem os conflitos que existem na sociedade, para defender os cidadãos e para que ninguém seja privado de seus direitos. Somente atuam quando são chamados, não estão presentes em tudo, somente quando solicitados, e precisam ser acionados para interferirem em algo. O fato de serem imparciais, inamovíveis e independentes, tem como finalidade que não sejam coagidos a decidir em favor do lado mais forte economicamente, buscando manter uma igualdade entre as partes.

Sendo assim, a principal função do Poder Judiciário, a de dizer o direito, garantindo e assegurando na Constituição Federal, para que os cidadãos não sejam privados de seus direitos e também não sofram abusos de autoridades.

Silva (2005, p. 108) explica que a função jurisdicional tem a função de dizer o direito nos casos concretos, aplicando o direito para assim resolver os casos, dirimindo os conflitos de interesses.

Nos últimos anos, foi possível verificar uma busca maior pelo Poder Judiciário, ou seja, os cidadãos têm procurado mais a justiça, buscando garantia de seus direitos através do Poder Judiciário.

Atualmente as decisões judiciárias têm merecido destaque em jornais e nos diálogos dos cidadãos, observando que os indivíduos estão dando maior relevância para as decisões do Poder Judiciário. Ou seja, os cidadãos estão observando mais, prestando a atenção para as decisões do Poder Judiciário (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 1).

Assim, o Poder Judiciário tem desenvolvido um papel de extrema importância na vida dos cidadãos, sendo que, muitas vezes, estes depositam sua confiança na resolução de algum conflito.

Nesta função jurisdicional em que o Judiciário está sendo acionado para auxiliar na resolução de conflitos, há situações em que a sociedade busca um amparo, alguém que poderá protegê-la.

A jurisdição busca proteger o direito, respondendo aos anseios da sociedade, pois se não responder correrá o risco de não ser efetiva, pois não estará resolvendo o problema conforme a sociedade necessita e deseja (GOLDSCMIDT, 2009, p. 172).

No art. 5º, XXXV, da Constituição Federal encontra-se assegurada a garantia de que qualquer lesão ou ameaça aos direitos pode ser apreciada pelo Poder Judiciário, conforme se verifica:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (BRASIL, 1988).

Trata-se de garantia de que o Poder Judiciário poderá apreciar toda e qualquer lesão ou ameaça aos direitos, a qual impõe ao Judiciário tal atribuição, uma vez que, quando outros poderes estiverem lesando os direitos dos cidadãos, estes podem buscar guarida no Poder Judiciário para ver seus direitos assegurados, sem que isso seja considerada uma intervenção na separação dos poderes.

Tendo em vista o exposto, é possível compreender que a principal função do Poder Judiciário é a de ser o guardião da Constituição Federal, atuando sempre que chamado para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, assegurando com medidas coercitivas caso haja o descumprimento. É um poder que é independente e profissional, composto por magistrados imparciais para a concretização da função,

evitando assim qualquer interferência dos poderes mais fortes e com maior força econômica, buscando garantir uma igualdade entre as partes.

É possível vislumbrar também que todo conflito de interesses pode ser levado à apreciação do Poder Judiciário, sendo sua função aplicar a lei para resolver os casos concretos.

No caso do presente estudo, a função do Poder Judiciário desempenha um papel muito importante na efetivação dos direitos fundamentais sociais, visto que, se o poder público não estiver cumprindo com o que está assegurado na Constituição Federal, o cidadão pode levar a demanda ao Poder Judiciário e obter uma decisão que obrigue o poder público a cumpri-la. Trata-se de efetivar o direito buscado pelo cidadão, quando este entender estar sendo lesado.

3.4.2 O Poder Legislativo

No presente tópico serão analisadas as funções do Poder Legislativo, pois, assim como o Poder Judiciário, desenvolve um papel muito importante na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

O Poder Legislativo é composto por representantes do povo, que possuem a incumbência de criar as leis, explicando de uma forma mais genérica e ampla a sua função. A autora Queiroz (2009, p. 57) explica que: “Em teoria o Poder Legislativo cria as leis, regras de natureza geral e abstracta, dotadas de relativa permanência, editadas pela assembleia representativa dos cidadãos no Estado.”

De tal modo, a função do legislador é criar leis, de forma geral e abstrata, buscando abranger e assegurar os direitos dos seus cidadãos. É pelo Poder Legislativo que são criadas leis que regulamentam a efetivação dos direitos fundamentais sociais, de forma ampla e abstrata, visando a atingir a todo o povo.

A atuação do Poder Legislativo é sempre atual, posto que visa manter a legislação aplicável às situações que estão ocorrendo no dia a dia da população. Não pode ser uma função separada da atualidade pois normas defasadas não garantem a efetividade dos direitos sociais dos cidadãos.

A inovação é um ponto importante para que as leis não fiquem velhas demais e não tenham mais aplicabilidade aos casos concretos. Dessa forma, a função do Poder Legislativo também precisa ser sempre atualizada para que possa cumprir com as expectativas dos seus representados. Em muitos casos, os direitos que estão esperando proteção são os direitos fundamentais. E essa é a maior contribuição do Poder Legislativo: criar leis para concretizá-los de forma mais atual, buscando agir na necessidade dos cidadãos.

Cada órgão possui funções típicas e atípicas. As funções típicas do Poder Legislativo são de legislar e fiscalizar; já as funções atípicas são administrar e julgar, como, por exemplo, quando se precisa dispor sobre sua organização (MORAES, 2010, p. 416).

Estas funções atípicas do Poder Legislativo são importantes, pois demonstram que os poderes são independentes, que possuem poderes sobre sua própria organização, a qual não é dependente dos demais Poderes. Por outro lado, não é somente o Poder Legislativo que tem competência para legislar, pois os outros poderes também possuem, mas de forma mais restrita, atipicamente.

Em relação à função do Poder Legislativo, é possível identificar como sendo a de criar as leis, de forma geral. Porém o Poder Legislativo é detentor da primazia, uma vez que não está centralizado apenas nele. Um exemplo de limitação da soberania parlamentar é o referendo, que acaba sendo uma limitação do Poder Legislativo para tomar decisões, frente à soberania popular (QUEIROZ, 2009, p. 57-58).

Por conseguinte, conclui-se que criar as leis é uma função que o Poder Legislativo exerce por ter preferência, excelência, mas também, em alguns momentos sofre limitações, pois é eleito para representar a vontade do povo, e em determinadas situações é necessário que não fique apenas nas mãos dos legisladores o ato de definir assuntos de extrema importância para toda a população. Então, nestes casos, há a limitação dessa soberania através de referendo, para buscar a opinião direta dos cidadãos, visto que deve prevalecer a soberania popular.

Entre outras, a separação dos poderes foi importante, pois nela ficou mais forte a função de representatividade e de deliberação atribuídos ao Poder Legislativo (QUEIROZ, 2009, p. 58).

A autora destaca que o Poder Legislativo em sua função de criar leis, tendo em vista a separação dos poderes para que cada poder possa exercer com primazia a sua atribuição, teve um melhor resultado ao que pôde deixar transparecer mais a sua função e responsabilidade de representar o povo e discutir sobre o que é importante para os seus representados.

A deliberação de questões importantes para a sociedade em alguns casos passa por plebiscitos e referendos, mas principalmente deve passar pelos critérios rigorosos de análise e discussão do Poder Legislativo. Pois indispensável que sejam discutidas todas as possibilidades positivas e contrárias as legislações a serem criadas.

Assim, encontra-se uma relação com a efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois para serem efetivados precisam estar positivados e, muitas vezes, não apenas na Constituição Federal, mas em leis mais específicas, ficando claro que a função do Poder Legislativo perante os direitos fundamentais é de assegurá-los através da edição de legislações que os protejam.

Dworkin (2005, p. 24) explica que o Legislativo é eleito pelo povo, mas faz mais do que simplesmente aprovar dispositivos. É o Legislativo

que escolhe as políticas gerais de Estado e delimita o que o Estado deve seguir e respeitar. E assim esta atuação faz parte da democracia através do respeito a seus princípios.

Dessa forma, a atuação e função do Poder Legislativo não é meramente legislar, mas acima disso é decidir e escolher as políticas gerais que irão definir a atuação do Estado em um Estado Democrático de Direito.

Para a definição de políticas gerais de Estado é indispensável uma atuação democrática e deliberativa, onde os representantes do povo possuem a atribuição de discutir, opinar e valorar tudo que é importante para a população que o escolheu como representante.

Nestes termos, a atuação do Poder Legislativo vai além de um mero criador de leis, passa por deliberações e decisões, mas principalmente visa identificar e proteger os direitos considerados indispensáveis para a vida dos cidadãos.

3.4.3 O Poder Executivo e suas políticas públicas

Neste tópico, serão analisadas as funções do Poder Executivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais, através de sua atribuição de colocar em prática os direitos dos cidadãos, as políticas públicas que são um meio de alcançar a concretização destes direitos. Ainda, as discussões em relação à judicialização destas políticas públicas, para cuja efetividade encontram-se alguns obstáculos.

Inicialmente, observa-se que o chefe do Poder Executivo é eleito pelos cidadãos, podendo estes escolher quem melhor representa as suas ideias e objetivos, sendo que o presidente possui diversas responsabilidades, pois possui em suas mãos a confiança do povo.

No Brasil existe a tradição presidencialista que começou na Constituição do ano de 1891, determinando que o chefe do Poder Executivo seria eletivo da nação. Assim, o Poder Executivo tem como função principal

a prática dos atos de chefia de Estado, de governo e de administração, sendo esta chefia confiada ao presidente da república. Assim, a função típica do Poder Executivo é o de administrar a coisa pública, mas, de forma atípica, também exerce a função de legislar através de medidas provisórias e julgar conflitos administrativos (MORAES, 2010, p. 472).

Conforme visto, a função do chefe do Poder Executivo é a de comandar o país, administrando os bens, nos quais devem ser aplicados os recursos, tendo como base o bem comum do povo.

Ao Poder Executivo, segundo Queiroz (2009, p. 95-96), cabe a execução das leis como sua função principal em que o órgão é responsável pela condução da política interna e externa, dirigindo a administração interna e externa do país através de negociações internacionais, acordos internacionais, bem como possui a função de dirigir a administração pública central civil e militar.

Entre as funções citadas anteriormente de administrar os recursos públicos, explica a autora que outras funções desempenhadas pelo Poder Executivo são as de administrar em negociações internacionais, então se observa que possuem a responsabilidade de representar o povo nas esferas internacionais também, bem como defender o povo em caso de necessidade. Tudo isto está restringido à lei, pois deve sempre observar o que a legislação prevê, buscando assim evitar decisões arbitrárias.

Silva (2005, p. 108) explica como é a função do Poder Executivo:

A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: *intervenção, fomento e serviço público*.

Além de executar o que está previsto na legislação, o Poder Executivo não está restrito apenas à função de executar leis, mas tem sua função expandida a fim de atender as necessidades da população, além de ser representado por um cargo político, precisa decidir o que é melhor para a sociedade.

Neste sentido de executar as leis e buscar dar concretude aos princípios garantidos na Constituição, encontram-se alguns meios que o Poder Executivo pode utilizar para efetivar os direitos fundamentais sociais, que são as políticas públicas.

Os direitos fundamentais, em sentido estrito, dependem de uma contrapartida do Estado em que são efetivados e concretizados através de políticas públicas. Pode ser observado que as políticas públicas são um instrumento para a concretização dos direitos fundamentais sociais.

Souza (2006, p. 26) entende que, nas políticas públicas, o governo tem a possibilidade de colocar em prática as suas ideias da campanha eleitoral, conforme se verifica: “A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real.” (SOUZA, 2006, p. 26).

Nesse sentido, as políticas públicas concretizam, colocam em prática toda a estratégia, o plano e os programas que os governantes apresentaram na campanha, transformando uma proposta para uma realidade concretizada.

Como representantes do povo, devem ser observadas as necessidades da população para pôr em prática por meio de políticas públicas que visam atingir aos menos favorecidos que estão muitas vezes em situações de hipossuficiência para saúde, educação, moradia entre outros.

Bucci (2002, p. 253) entende que, para o direito, as políticas públicas são o instrumento de ação do governo, buscando alcançar metas e melhorias coletivas. E para conseguir concretizar estas metas e melhorias

é necessário desenvolver um planejamento de atuação, destacando as prioridades.

Como já referido é indispensável que as prioridades estejam bem claras para os representantes do povo, pois só assim poderão ser aplicadas essas melhorias para a coletividade e que assim possam surtir resultados positivos na vida diária dos cidadãos e não apenas mudanças que não possuem o condão de melhorar a vida do povo, posto que relevante apenas para alguns e não para a coletividade. Sendo assim as prioridades devem ser da coletividade e não de apenas um cidadão.

No estudo das políticas públicas é possível observar que é necessária uma agenda com estratégias, autores, recursos, instituições, e níveis de governo capazes de resolver a situação problema apresentada (PROCOPIUK, 2013, p. 141).

Compreendendo que as políticas públicas são programas e envolvem uma organização, um planejamento, a escolha de prioridades, e que as mesmas possuem um objetivo a ser alcançado, identifica-se que estas buscam atender ao interesse público, concretizando direitos.

Ao buscar realizar os objetivos e finalidades das políticas públicas, essas precisam ser muito bem estruturadas, pois precisam de agentes capacitados para tais funções, recursos programados e destinados especificamente para esta prioridade e cronogramas com estratégias de solução dos problemas.

Para entender a concepção de política pública no direito é importante observar e unir a esfera jurídica e a política, sendo que, nas políticas públicas, a política não é no sentido partidário e sim no sentido de organização do poder, buscando o interesse público (BUCCI, 2002, p. 242).

A busca do interesse público está diretamente relacionada com o objetivo das políticas públicas, pois estas são programas que visam a assegurar e promover direitos, voltando mais uma vez a necessidade de ser organizada.

Procopiuk (2013, p. 138) explica que a política pública está relacionada com o interesse público, porque afeta a todos os membros da comunidade, *sendo assim necessário* tomar conhecimento de como elas são formadas, implementadas e avaliadas. Sendo desenvolvidas por políticos e pela Administração pública.

Na organização de uma política pública é necessária uma avaliação criteriosa das prioridades, uma vez que estas são necessárias geralmente em situações em que a sociedade depende do Poder Público.

As políticas públicas decorrem de situações em que a sociedade não consegue resolver sozinha os problemas que afetam a coletividade, buscando recursos para enfrentar esses problemas coletivos através da mobilização político-administrativa com a busca e distribuição de recursos, podendo estes recursos ser públicos, privados ou da sociedade civil (PROCOPIUK, 2013, p. 138).

Neste sentido de organização de políticas públicas não se pode afastar a ideia de que são protegidos os direitos sociais através de recursos financeiros custeados pelo Estado.

A pretensão que o Estado visa a concretizar por meio de políticas públicas são pensadas em termos coletivos, mesmo que os beneficiários sejam indivíduos. Estas políticas públicas possuem um papel onde o Estado, através de um sistema de serviço público, concretiza os direitos *sociais de que os cidadãos necessitam, destacando* que as políticas públicas são o meio para cumprir o fim que são os direitos sociais (BITENCOURT, 2012, p. 210).

Por meio de serviços públicos é que o Estado visa a concretizar os direitos fundamentais sociais, em que coloca na prática a atuação de direitos que são indispensáveis aos cidadãos. Dessa forma, podem ser compreendidos, em parte, como individuais, pois atendem o direito de um beneficiário, mas estes direitos são pensados de forma coletiva para que alcancem, posteriormente, os beneficiários em suas necessidades.

Para o desenvolvimento adequado de uma política pública é necessário mais do que metas e mobilização financeira de recursos, é preciso pesquisar e ter conhecimento sobre a área na qual se pretende desenvolver uma política pública.

Elevando o nível de conhecimento, alguns atores envolvidos nessas políticas são os pesquisadores, os profissionais da administração pública na busca pela obtenção de resultados eficientes, e, por fim, os políticos com o caráter ideológico que avalia as políticas públicas e seus resultados (PROCOPIUK, 2013, p. 139).

Nas políticas públicas, além de todo o planejamento, organização com despesas é necessário avaliar se o retorno daquela política pública está sendo eficaz ou não. Por isso que é tão importante a identificação clara e objetiva das prioridades da população, para que os fins da política pública implementada possam ser eficazes, sem risco de se tornarem ineficazes em seus resultados.

Políticas públicas não podem ser implementadas sem o mínimo de estudo, pesquisa e análise dos possíveis resultados, pois sem observar esses requisitos não se terão resultados positivos e estarão sendo dispendidos recursos financeiros, mão de obra qualificada para um resultado ineficaz ou não desejado pelos cidadãos.

Para se obter sucesso nas políticas públicas é necessário conhecer o objeto, assim é importante o debate, a discussão para definir as finalidades da política pública, tendo a participação de toda a sociedade, pois são os mais interessados (SILVA, 2012, p. 66).

O debate para definir as prioridades das políticas públicas está diretamente relacionado à democracia, onde todos devem ser ouvidos para expressar os direitos que precisam ser assegurados e garantidos por meio das políticas públicas.

Souza (2006, p. 36-37) sintetiza alguns elementos que considera principais nas políticas públicas: são materializados através do governo,

mas envolvem vários atores; são mais abrangentes; buscam alcançar objetivos; são políticas de longo prazo; implicam implementação, execução e avaliação.

Então, é possível compreender que as políticas públicas são ações e programas de governo, que necessitam de um planejamento, uma organização com fins e recursos bem definidos, estudando o caso concreto verificando todas as possibilidades de melhor efetivação dos direitos fundamentais sociais, debatendo o tema o máximo possível para que seja possível encontrar a melhor forma com a participação da sociedade, sem esquecer que também podem ser ações de entidades privadas buscando o interesse da coletividade.

Atualmente algumas questões são levadas para serem apreciadas pelo Judiciário, fato este que tem dado ensejo para muitos debates. Para este livro essa judicialização é de extrema importância, pois aqui serão analisados quais são os problemas possíveis de identificar quando uma política pública é judicializada.

No Brasil, quando todos os assuntos estão sendo judicializados e esperando por uma decisão do Poder Judiciário, ocorre que determinados assuntos não podem ser decididos pelo STF. Um exemplo é o conceito do que é vida, um conceito difícil que depende de muitos especialistas, retirando do Poder Legislativo e Executivo essa discussão, podendo trazer uma série de problemas caso não se encontre uma definição coerente. Assim como no exemplo da vida, várias outras situações trazem este questionamento, de que seria correto o fato de as definições estarem apenas nas mãos dos 11 ministros do STF, sem envolver os atores sociais especializados neste debate (STRECK, 2013, p. 182).

A interferência na definição do que é vida é um exemplo de um dos problemas enfrentados no caso de interferência do Poder Judiciário em definir determinado direito ou bem. Assim, existe uma ordem cronológica

e de responsabilidades para a criação de uma política pública para que ela tenha um bom resultado.

Bucci (2002, p. 249) explica que o direito administrativo é responsável por concretizar os direitos garantidos no direito constitucional, pois, assim, o Poder Legislativo é competente para tomar as decisões referentes às políticas públicas e à administração cabe executá-las. O tipo ideal da política pública seria aquele em que o governo e o Poder Legislativo traçam conjuntamente as diretrizes para, posteriormente, a Administração executá-las.

Cabe ao executivo a responsabilidade de executar uma política pública, visto que cada poder possui funções específicas e o conhecimento de suas atribuições. Um poder interferindo na esfera do outro acaba por ferir o princípio da separação dos poderes.

A relação das políticas públicas e a separação dos poderes traz à tona algo mais complexo: o problema de saber a quem cabe formular as políticas públicas, ou seja, se cabe ao o Poder Executivo ou ao Poder Legislativo. Assim, seria tranquilo se fosse seguida a linha do Legislativo como representante do povo definir os objetivos e os organizar em lei para que o Executivo faça a função de execução. Ocorre que é necessária, na formação da política pública, a participação do Executivo, fato que afronta nitidamente a separação dos poderes, sendo que o Executivo assume as responsabilidades para concretizá-las (BUCCI, 2002, p. 269-270).

Assim, com cada poder realizando as suas funções, não haveria que se falar em ferir o princípio da separação dos poderes, pois cada um dominaria os assuntos de sua competência e atuaria até os respectivos limites. Essa interferência é um dos problemas da judicialização de políticas públicas.

É possível identificar que as políticas públicas se submetem à apreciação do Poder Judiciário, em função da garantia constitucional de que qualquer lesão ou ameaça aos direitos será apreciado pelo Poder Judiciário. Assim, se for verificada uma ameaça aos direitos, as políticas

públicas representam um direito e também serão apreciadas, mas não a questão da qualidade ou adequação (BUCCI, 2006, p. 31).

Em relação à interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, esta pode ser em casos de ameaça a direitos como garantidor dos mesmos. Mas o Poder Judiciário não possui o poder de qualificar se a política pública adotada é adequada.

Em um caso excepcional, o Judiciário pode atuar na função de formular política pública, conforme se pode verificar.

Algumas decisões do STF têm delineado a questão dos limites do controle Judiciário nas políticas públicas relacionadas com a independência dos poderes, bem como com a questão orçamentária e limitações financeiras, visto que o Judiciário não tem a função de formular e implementar políticas públicas, mas pode passar a ter excepcionalmente quando os órgãos descumprirem os encargos político-jurídicos que comprometam a integralidade dos direitos individuais ou coletivos dispostos na Constituição Federal (BUCCI, 2006, p. 34-35).

Nas funções do Poder Judiciário, não existe a formulação e implementação de políticas públicas, até porque não tem condições de gerenciar os gastos e a disponibilidade de recursos. Assim, sua função não é a de criação e desenvolvimento de políticas públicas mas apenas analisar o controle dos vícios dos atos administrativos, sem adentrar a esfera de mérito.

A Administração Pública se encarrega de executar objetivos e interesses da sociedade para que prepondere o interesse coletivo ao interesse individual (PROCOPIUK, 2013, p. 12).

Na intervenção de um poder na esfera do outro existe uma inversão na seleção de prioridades, visto que existe o órgão competente para identificar o que é essencial e urgente a ser realizado pela administração, bem como o que está dentro do orçamento.

Quando um poder é obrigado a cumprir alguma determinação, esta decisão obrigatória faz o papel de escolha, pois o poder público terá

que priorizar isso antes de outras opções, quem sabe até mais urgentes e relevantes (BUCCI, 2002, p. 273).

Assim, com a decisão obrigando cumprir determinado ato, valores financeiros são envolvidos, fazendo com que algo que era prioridade na administração tenha que passar para um segundo plano, uma vez que a determinação judicial passa a ser a prioridade. E então o Judiciário faz o papel de selecionar prioridades, função esta que não é sua.

Esta questão se coloca quanto à teoria da reserva do possível em que os direitos possuem custos e que isso deve ser observado, pois pode haver a concorrência dos direitos que serão implementados. Dessa forma, o efeito indesejado das ações judiciais está na questão de transferir ao Poder Judiciária a seleção de prioridades, o planejamento das políticas públicas (BUCCI, 2006, p. 36).

Conseqüentemente, outro problema da judicialização de políticas públicas é o fato de inverter as funções e outro poder desenvolver o papel de fazer a seleção de prioridades, bem como o estudo e planejamento das políticas públicas.

Com essa transmissão do poder de escolha discute-se que exista uma afronta também à democracia, pois o povo escolhe os seus representantes para que possam votar e escolher as prioridades por eles.

Bucci (2002, p. 271) sugere que seria importante se o Executivo realizar as políticas públicas por suas próprias iniciativas, seguindo limites aprovados pelo Legislativo.

A sugestão apontada por Bucci é tentar minimizar a interferência e os prejuízos que a judicialização pode causar na efetivação das políticas públicas. Em alguns casos é realmente necessário que o Judiciário intervenha para assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas, noutros casos, apenas uma boa atuação de cada poder pode ajudar a solucionar alguns problemas.

Portanto, é possível compreender que os problemas enfrentados pela judicialização das políticas públicas se resumem em uma afronta ao princípio da separação dos poderes, visto que cada um possui a sua função, a inversão da escolha das prioridades, pois, quando um poder é obrigado a cumprir determinada ordem judicial, não pode escolher entre outras políticas públicas, porquanto tem que cumprir a ordem. Dessa forma, observa-se que não existe controle de políticas públicas, mas sim de discricionariedade administrativa e controle de constitucionalidade.

E por fim, outra problemática enfrentada é a discussão da representatividade, uma vez que vivemos em uma democracia e são escolhidos os representantes por meio do voto e decidir dessa forma o que é melhor para a sociedade, e no momento que troca essa função de escolha não se tem uma pessoa eleita pelo voto do povo para dar prioridade ao que é mais importante. O que acarreta na inversão da representatividade trazida pela democracia, onde não mais os representantes do povo decidem as prioridades necessárias para os cidadãos.

A atuação de todos os poderes do Estado na efetivação dos direitos fundamentais sociais é, sem dúvida, necessária e imprescindível, visto que, através de cada poder, o Estado concretiza a garantia de direitos mínimos.

É de extrema importância que as pessoas que fazem parte do Estado, cumprindo com as ações políticas, tenham a sensibilidade de conseguir identificar quais são as necessidades sociais e realizar políticas públicas direcionadas a enfrentar estes problemas. Através destas ações concretas busca-se acesso aos direitos sociais. Neste contexto, é necessário que o povo tenha a consciência de exercer a sua cidadania não apenas de forma passiva, pelo voto, mas pela atuação ativa, acompanhando todas as ações realizadas posteriormente para identificar se estão sendo cumpridas as ações que foram propostas (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 160).

A atuação do Estado através de seus integrantes precisa revelar a vontade do povo, da coletividade, através dos programas desenvolvidos.

É necessário chegar mais perto dos cidadãos e garantir os direitos que não estão sendo garantidos. Por isso Goldschmidt refere a importância do acompanhamento das ações concretas do Estado pelos cidadãos, pois são eles que possuem o papel de identificar as necessidades e protegê-las.

Não é apenas a cada quatro anos que se exerce a democracia no Brasil, através do voto, e sim por meio de manifestações e acompanhamento das decisões tomadas. Por isso é necessário o envolvimento e participação dos cidadãos mais de perto e não apenas na hora do voto.

Assim, foi possível evidenciar algumas situações em que a democracia pode estar contribuindo para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, sendo que, através dos representantes do povo em suas funções, busca-se uma atuação na concretização destes direitos que são a finalidade do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO IV
ATIVISMO JUDICIAL
E EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS NA DEMOCRACIA
CONTEMPORÂNEA

4.1 CONCEPÇÕES DE ATIVISMO JUDICIAL

Nos últimos anos, é possível perceber uma busca maior pelo Poder Judiciário, ou seja, os cidadãos têm procurado mais a justiça, buscando a efetivação de seus direitos através do Poder Judiciário.

Para iniciar o presente tópico é interessante compreender como surgiu o Poder Judiciário, pois assim é possível entender que influência ele possui entre os cidadãos de determinada localidade.

A formação do Poder Judiciário iniciou em Colônia, pelas relações pessoais que existiam, nas quais os magistrados partiam para as localidades para representar as intenções do local, mas o que realmente acontecia era que estes magistrados acabavam defendendo os interesses das metrópoles. Compreendendo, assim, que os magistrados não eram distantes, imparciais, pois não estavam afastados da elite (LEAL, 2007, p. 17).

Inicialmente os magistrados não estavam exercendo sua função de forma imparcial, pois sofriam diversas interferências em seu pensamento, na forma como viviam, e, assim, uma consequência foi adotar a linha de pensamento das metrópoles.

Mas a real função dos magistrados estava em representar as intenções da localidade, resguardando seus direitos, fato que, com o decorrer do tempo, passou a ter uma relevância muito maior, pois os cidadãos passaram a buscar mais o Poder Judiciário.

Na figura do magistrado é possível identificar que a comunidade local vislumbra uma autoridade, pois possui a função de guardião, preza pelos costumes, pela segurança de todos (LEAL, 2007, p. 24).

Desse modo, conclui-se que a figura do juiz surgiu para assegurar à sociedade os seus direitos, para ser guardião dos seus direitos, inicialmente visto como uma pessoa diferente que busca resguardar os costumes da localidade, trazer em sua função maior a garantia e a segurança dos direitos do povo.

Na função do Poder Judiciário está cada vez mais depositada a confiança de efetivar os anseios do povo, sendo que em alguns casos essas decisões são tomadas por inevitáveis influências políticas, pois atuam nas esferas do Legislativo.

Para Dworkin (2005, p. 6), ao explicar essa influência política destaca a distinção importante entre dois tipos de argumentos políticos: o de princípio político e o de procedimento político, dos quais os juízes podem valer-se ao tomar suas decisões. Os argumentos de princípio político são os que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, já os argumentos de procedimento político são os que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público.

Dessa forma, são destacadas duas importantes distinções políticas entre os argumentos de procedimento político e os argumentos de princípio político, sendo que os primeiros visam ao fato de que a decisão promova e desempenhe o bem-estar e o interesse do público. Já os segundos são os que buscam os direitos políticos.

Os argumentos de procedimento político e de princípio político desempenham um papel importante, visto que os direitos fundamentais sociais, na maioria das vezes, são escolhas políticas, pois visam ao interesse da coletividade. E estes argumentos podem e muitas vezes devem ser considerados pelos julgadores nas decisões dos casos concretos.

Atualmente, as decisões judiciais têm merecido destaque em jornais e nos diálogos dos cidadãos, observando que os indivíduos estão dando maior relevância para as decisões do Judiciário (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 1).

O Poder Judiciário tem desenvolvido um papel de extrema importância na vida dos cidadãos, sendo que, muitas vezes, estes depositam sua confiança na resolução de algum conflito.

Hodiernamente, recai a responsabilidade para o Poder Judiciário de garantir a justiça, não apenas de garantir o direito dos cidadãos, mas de assegurar a paz entre as instituições. Assim, cada vez mais o Judiciário é acionado para resolver os problemas sociais (GARAPON, 2001, p. 99-100).

Constata-se dois fenômenos ou consequências desta busca da sociedade por uma solução que venha do Poder Judiciário – sendo a primeira a judicialização e, a segunda, o ativismo judicial –, as quais possuem definições distintas, conforme será visto mais adiante.

Algumas vezes pela falta de atuação dos outros poderes é que se vislumbrou a necessidade de que o Poder Judiciário intervisse e fosse o Guardião da Constituição e protegesse os direitos dos cidadãos lesados.

Iniciando por um conceito mais geral, Gesta Leal explica a concepção de ativismo judicial que seria uma mudança normativa pelas decisões do Poder Judiciário, ou seja, os casos concretos analisados e decididos pelo Poder Judiciário alterando normas (LEAL, 2011, p. 1-2).

Barroso entende que o ativismo judicial é uma participação mais ampla do Poder Judiciário para a efetivação de direitos constitucionais e com uma maior interferência na atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo. O Judiciário tem a possibilidade de uma interpretação no caso concreto em um sentido mais amplo, podendo expandir o alcance e o sentido do que está na Constituição (BARROSO, 2009, p. 6).

Portanto, é possível compreender o ativismo judicial como uma atuação do Poder Judiciário mais ampla, na concretização dos direitos garantidos na Constituição através do exame de um caso concreto, quando não ficou clara a norma pelo Poder Legislativo. Esta atuação se dá através das decisões que acabam em alguns casos por criar novas normas.

Quanto às origens do ativismo judicial, estas remetem à ideia de jurisprudências norte-americanas, de quando a Suprema Corte teve uma atuação proativa confrontando o presidente Roosevelt com a mudança

da orientação jurisprudencial contrária à intervenção estatal (BARROSO, 2009, p. 7).

Para compreender o ativismo é importante entender a sua origem, que surgiu através de decisões das Cortes americanas contrariando a intervenção estatal, tendo sido considerada uma atuação ativa.

Diferente do ativismo, segundo Barroso (2009, p. 3), a judicialização pode ser compreendida como:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional Brasileiro.

Dessa forma, é possível compreender a judicialização como a transferência de poder para que os órgãos do Poder Judiciário passem a decidir as questões que possuem grande repercussão. Em outras palavras é trazer os conflitos para que o Poder Judiciário dê uma solução.

Pela judicialização é bem nítida a identificação de que as instituições estão desacreditadas, posto que o povo não espera pela atuação do legislativo e executivo, depositando a confiança nas mãos do judiciário.

Como o Poder Legislativo e o Poder Executivo estão um pouco desacreditados no Brasil, a ideia é Constitucionalizar as matérias para que assim elas se transformem em direitos e possam ser buscados no Poder Judiciário, através de ações judiciais, fato este que possibilita levar ao

Poder Judiciário as questões referentes às políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 4).

A constitucionalização de diversos direitos e a busca pelo Poder Judiciário é que tem gerado uma discussão acerca de uma possível afronta ao princípio da separação dos poderes, pois o Judiciário estaria atuando na esfera dos outros poderes.

Streck (2013, p. 179) explica a diferença entre judicialização e ativismo, pois a judicialização ocorre em decorrência de competências dos poderes que não são cumpridas, abrindo espaço para buscar-se no Judiciário o cumprimento de tais direitos. Já o ativismo, conforme o autor, é dependente da visão de cada julgador, explicando, ainda, que este não faz bem à democracia.

Dessa forma, é possível identificar a diferença que existe entre esses dois fenômenos, pois a judicialização é a garantia da proteção ao direito de acesso à justiça; já o ativismo é a interpretação mais abrangente do que consta no texto constitucional. Ainda é possível identificar que existe uma possibilidade de tentar conter esta atuação do Poder Judiciário ao passo que fere a democracia.

Ao trazer para o Poder Judiciário a definição de prioridades e a ampliação da legislação, corre-se o risco de afrontar a democracia, pois passa para os juízes o poder de decisão e escolha, o que em determinadas situações pode acarretar outros problemas.

Barroso (2009, p. 7) explica que o oposto do ativismo judicial é a autocontenção judicial, em que o Poder Judiciário busca reduzir a interferência na atuação do Poder Legislativo e Executivo. Um exemplo desta autocontenção é abster-se de interferir na definição das políticas públicas.

O exemplo citado reflete um dos problemas da atuação do Judiciário na esfera dos outros poderes, pois, na medida em que retrata que o Judiciário através desta autocontenção, busca não interferir

na definição das políticas públicas, o que não exclui da apreciação do Judiciário outras questões referentes às políticas públicas.

O princípio da separação dos poderes também busca ser um balizador para que nenhum poder atue demasiadamente ou ultrapasse os limites de suas funções, para que o poder não se concentre apenas em um poder e deste emane decisões arbitrárias. Assim, é possível compreender que o princípio da separação dos poderes também possui a atribuição de regular a intervenção exagerada de um poder na esfera do outro.

Importante destacar que a separação dos poderes é relevante, mas também não é possível esquecer que o Judiciário possui a função de garantir direitos constitucionais nos casos em que não estejam sendo assegurados pelos outros poderes.

Barroso (2009, p. 9-10) explica que o ativismo tem um ponto positivo, mas também tem um ponto negativo: o positivo é o de que o Judiciário está atendendo demandas que o parlamento não conseguiu atender, mas que o ativismo deve ser algo eventual, visto que as críticas sejam no sentido dos riscos para a legitimidade democrática, a politização indevida da justiça e limitação da capacidade do Judiciário.

Portanto, observa-se que o ativismo judicial e a judicialização são fenômenos distintos, em que o ativismo é uma interpretação mais abrangente e a judicialização são os problemas que a sociedade leva ao Judiciário. Em nenhum destes casos pode-se dizer que é o Poder Judiciário que está chamando a competência para si, uma vez que a todos está assegurado o direito do acesso ao Poder Judiciário, o que traz à tona toda a discussão dos problemas dessa atuação.

Assim, é necessária uma análise minuciosa para compreender esses fenômenos, não sendo algo simples, visto que envolve o Poder Judiciário que assegura às sociedades diversos direitos.

O ponto positivo do ativismo traz novamente a discussão de que o Poder Legislativo precisa ser atual em suas leis, não podendo estar

desatualizado, pois causa a necessidade de que algum órgão supra a sua ineficácia. Assim com a atuação do legislativo bem atual o ativismo se tornará cada vez mais excepcional e assim poderá ser positivo.

Inicialmente a função do juiz seria apenas de garantir o que a lei prevê, mas não é mais suficiente apenas a lei para fundamentar a decisão do juiz; na sentença é necessário buscar fontes externas, pois a lei sozinha não pode fundamentar o sistema jurídico. Ademais, a lei teve um descrédito porque não é possível aceitar leis tão abstratas e rígidas que estejam distantes da realidade (GARAPON, 1999, p. 40-41).

As leis sempre foram expressão da vontade popular, uma vez que visam a assegurar os direitos reivindicados por eles, mas com o tempo a lei passou a não ser suficiente para fundamentar as decisões, sendo necessário utilizar dos princípios também, e o juiz acaba exercendo a função de administrar, interpretar o que a lei prevê, juntamente com o que os princípios norteiam como garantias, para assim proferir uma decisão, sendo que esta por muitas vezes acaba por criar uma nova linha de pensamento e de garantia.

Os textos parlamentares estão sendo atrapalhados pelas alianças e contratos de cooperação, realizados entre o governo e os legisladores, fazendo com que a lei não expresse a vontade do povo, sendo apenas expressão da vontade das alianças políticas realizadas. Sendo assim, a lei acaba tornando-se algo inacabado, mas que precisa ser finalizado pelos magistrados (GARAPON, 1999, p. 41).

A influência das alianças políticas reflete de forma direta na criação das leis, ou seja, na função do Poder Legislativo, pois acabam por definir apenas o que é prioridade para aquela aliança, sem finalizar determinadas leis necessárias para os cidadãos. Como o autor acima citado entende que as leis inacabadas precisam ser finalizadas, dessa forma é necessária esta finalização para poder aplicar, pois normas muito abstratas não conseguem refletir a necessidade do povo.

Nesta seara, a função do Poder Judiciário de dizer o direito, aplicar o que a Constituição expressa, não pode ser resumida apenas nisso: ela precisa ser ampliada para dar amparo aos direitos pleiteados pela sociedade.

Ainda, a lei inacabada precisa ser ampliada para ser concreta e efetiva, função essa que está recaindo ao Poder Judiciário para torna-la aplicável ao caso concreto dos cidadãos.

Dessa forma, para concretizar o que está assegurado na Constituição não se pode contar apenas com uma alteração nas normas processuais para serem mais ágeis. É necessário exercer a hermenêutica responsável, o que significa dizer a aplicação do direito conforme os anseios e desejos da sociedade, sendo essa hermenêutica responsável uma forma de aproximar a Constituição formal da Constituição real (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 173).

A hermenêutica responsável traz a discussão de que, nas interpretações que ensejam a decisão judicial, é necessário analisar de forma muito responsável os anseios da sociedade, para que, compreendendo isso, seja possível proferir uma decisão mais justa e com menos formalidades que acabam por protelar a garantia dos direitos.

O autor ainda explica que é o povo quem dá legitimidade para a Constituição, não sendo justo que a Constituição se dê contra esse povo. Pois a Constituição foi constituída através da vontade do povo, não tendo sentido em ser contrária à vontade popular (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 174).

Dessa forma, o Poder Judiciário desempenha um papel muito importante na efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois em diversos momentos o Estado não cumpre o que está determinado pela Constituição, necessitando assim que os cidadãos recorram ao Poder Judiciário. Conforme citado pelo autor Goldschmidt, não é possível aceitar que a Constituição não seja cumprida e que, ao contrário disso, estejam

sendo descumpridos os preceitos que garantam direitos básicos dos cidadãos que passaram a integrar esse rol por escolhas do povo.

É possível vislumbrar a necessidade de que em determinadas situações o ativismo judicial seja indispensável e positivo para suprir as lacunas deixadas pelos outros poderes, quando não estão sendo cumpridos os direitos garantidos pela Constituição Federal.

4.2 A INÉRCIA LEGISLATIVA

Após a análise da concepção do ativismo judicial, bem como de sua composição, é de extrema importância pontuar-se as consequências existentes pelo fato do Poder Legislativo não exercer a sua função de forma eficaz, pois se encontra inerte em várias situações que necessita de uma regulamentação específica.

Neste sentido, o autor Eros Grau apresenta um questionamento que coloca em discussão a inversão de ordem de atuação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Grau (2013, p. 16) indaga se é o Legislativo ou o Judiciário o responsável por produzir as normas jurídicas, uma vez que hoje as decisões estão nas mãos do judiciário e que destas decisões é que são feitas as normas, averiguando, assim, que não mais são interpretadas as normas e, sim, as decisões do Judiciário, das interpretações, e disso é que surgem as normas.

O questionamento apresentado por Eros Grau traz o enfoque de que, diversas vezes, estão sendo invertidas as funções de cada Poder, em que a função de Legislar é do Poder Legislativo, mas acaba exercendo essa função após as decisões do Poder Judiciário. Em determinados casos, isso é uma consequência da falta de atuação do legislador, que não regulamenta as situações novas.

Não é possível concluir que o Poder Judiciário erra quando realiza o trabalho que não foi concluído pelo Poder Legislativo, ao passo que não pode deixar os cidadãos sem a proteção necessária para seus direitos.

E, assim, merece destaque a função que os juízes desempenham, pois está em suas mãos o papel de interpretar e aplicar a lei a cada caso, principalmente em situações em que a lei não é explícita.

Legislar não é uma função simples, mas precisa ser muito clara e abarcar a maior parte dos possíveis direitos e situações que irão surgir por força da nova norma.

Ainda, Grau (2013, p. 19-20) discorre que os juízes possuem a função de decidir, não de acordo com o que entende ser justo, mas de acordo com o direito, aplicando o direito, o que está disposto na Lei e na Constituição. Mas também é sua função interpretar, pois as leis são gerais e abstratas, precisando assim de interpretação para aplicar a cada caso.

Dessa forma, resta demonstrar a importância do juiz, pois ele interpreta a lei que é geral e abstrata e aplica ao caso concreto, uma vez que cada caso é diferente do outro, precisando de uma análise individualizada.

Assim, para o juiz exercer o seu papel precisa que sejam criadas leis para lhe dar suporte e fundamentação nas decisões. Nos casos em que a Lei é abstrata ou ampla demais, o juiz precisa se fazer valer de outros fundamentos para concretizar o direito dos cidadãos. E neste ponto é que surgem as grandes discussões em relação ao Poder Judiciário interferir na esfera de atuação dos outros poderes e, assim, ferir a democracia.

Mas essa inversão ocorre porque os cidadãos estão desacreditados quanto ao governo e acabam por depositar sua confiança apenas no Poder Judiciário e porque os legisladores acabam por demorar demasiadamente para editar leis que cheguem mais próximas efetivamente dos cidadãos, o que não é o ideal.

Neste sentido, é uma tarefa difícil para os juízes, em alguns momentos, precisarem legislar por não ser uma função desse poder e

porque não conseguem identificar a vontade do povo, que é concretizada através das eleições democráticas, na escolha dos representantes para buscarem as garantias que o povo almeja. Tendo em vista estas funções típicas do Poder Legislativo, é uma missão complexa aos juízes entenderem o que os legisladores pretendem concretizar.

Dworkin (2005, p. 24-25) discorre acerca do que é possível identificar quando é questionada a vontade do legislador, nos casos em que esta não se mostra de forma explícita:

Quando um juiz indaga o que os legisladores devem ter pretendido realizar, ele quer perguntar que políticas ou princípios ajustam-se mais naturalmente à lei que aprovaram. Quando o indaga o que teriam feito se lhes exigissem que respondessem à pergunta que têm diante de si, quer perguntar que respostas decorrem das políticas ou princípios se ajustam mais naturalmente à lei que aprovaram. Nenhuma questão é realmente psicológica ou histórica; todas colocam a mesma pergunta básica numa roupagem psicológica ou histórica.

O autor explica que, quando o juiz questiona o que quer dizer o legislador, é para compreender os princípios que melhor se enquadram na situação fática.

A inércia dos legisladores acaba fomentando o ativismo judicial, pois os juízes precisam ser mais concretos em suas decisões e não podem ser embasadas em legislações abstratas e amplas demais.

Com relação a estes questionamentos referentes a entender a intenção constitucional, Dworkin (2005, p. 50) explica que existem duas correntes: uma que defende que, mesmo com dificuldades, é necessário se esforçar para entender a intenção coletiva nas situações de interpretação controversa porque será a única forma de evitar que os juízes decidam de forma abstrata ou com base apenas em princípios que acabam por

ameaçar a democracia; e a outra corrente que menciona que tentar entender a intenção coletiva será infrutífero e não encontrará justificativa.

A corrente que entende ser importante a busca pela intenção do legislador coletivo no momento do debate, envolvendo os princípios que nortearam as decisões, demonstra que estas serão importantes para os juízes compreenderem a essência da legislação. Mas isso não é uma tarefa fácil e, em muitas situações, o magistrado não consegue compreender a verdadeira intenção do legislador, pois esta não está explícita e acaba por decidir de forma diversa com relação ao que era a intenção da lei.

Isso é uma consequência da inércia legislativa, pois quando não desenvolve sua função de legislar de forma clara, explicitando os princípios que foram utilizados como base, bem como mostrando aos juízes o caminho para decidir de acordo com o que foi debatido, acaba por passar ao magistrado a missão de compreender a vontade do povo, ou seja, a vontade do legislador que representa a democracia.

4.3 O CUSTO DOS DIREITOS SOCIAIS: RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

Neste capítulo do livro será analisada a relação entre os três poderes quanto ao princípio da separação dos poderes e o ativismo judicial através do qual se tem decisões de efetivação dos direitos sociais.

Na busca pela efetivação dos direitos sociais encontram-se alguns obstáculos, os quais serão analisados no presente livro, tais como o fato de os direitos sociais prestacionais, em regra, exigirem uma prestação do Estado, pois estão vinculados à distribuição e destinação de recursos, o que exige uma relevante dimensão econômica. Já os direitos de defesa, por serem caracterizados por condutas omissivas, a princípio não são caracterizados pela dimensão econômica, porque independente da dimensão econômica podem ser garantidos (SARLET, 2010, p. 284).

Sarlet entende que os direitos sociais são divididos entre os que precisam de uma prestação positiva do Estado e os que não precisam de nenhuma atuação do Poder Público, conforme já foi visto.

Além do fator de interferência na função de cada poder quanto à criação de normas, referente ao Poder Legislativo, é importante destacar que também geram conflitos pelo fato de os direitos sociais dependerem, geralmente, de uma prestação positiva do Estado, realizada por meios econômicos, fato este que interfere na competência do Poder Executivo, que possui a discricionariedade na escolha da destinação do dinheiro público.

Assim, é possível compreender que os direitos sociais relativos às prestações geram custos porque necessitam de uma ação positiva do Estado, através de recursos e até mesmo de recursos humanos para a proteção dos direitos.

O que Sarlet (2010, p. 285) demonstra é que este fator custo não é um impeditivo para a implementação jurisdicional dos direitos fundamentais, porque não é dependente da relevância econômica. Com relação aos direitos a prestações, os seus custos assumem papel importante para a efetivação.

Os custos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais acabam, por diversas vezes, sendo obstáculos para a sua efetivação. Em regra, isso não deve ser um impeditivo da realização destes direitos, mas merecem uma análise detalhada as teorias que defendem a reserva do possível e o mínimo existencial, pois caracterizam o debate sobre os custos dos direitos.

É importante ser destacado que está diretamente relacionada com a efetivação desses direitos a existência de meios para cumprir essas obrigações, uma vez que a limitação dos recursos limita também a efetivação dos direitos, ressalvando que, em todos os casos, a falta

de recursos não pode ser um impeditivo para a efetivação dos direitos (SARLET, 2010, p. 286).

Sarlet entende que, em diversas situações, os custos são obstáculos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais por possuírem um caráter prestacional e dependerem de uma atuação positiva do Estado, porque a limitação de recurso limita também a efetivação dos direitos. Mas ao mesmo tempo destaca que não deve apenas se vincular ao caráter econômico para efetivar esses direitos de extrema relevância.

De outro lado, Flávio Galdino explica que todos os direitos geram custos, visto que qualquer ação que o Estado desenvolva vai necessitar de alguma atuação ou ter alguma despesa. O autor defende de forma clara a sua teoria se utilizando de fundamentos dos autores Sunstein e Holmes.

Existe uma grande discussão na efetivação dos direitos fundamentais, que se depara com o problema dos custos, dos valores que precisam ser investidos. Pois, de um lado, leva-se em consideração o custo para a implementação e, de outro lado, encontra-se a significação social, a importância que esse direito possui (GALDINO, 2007, p. 210).

O conflito que se apresenta quando é discutida a efetivação dos direitos fundamentais sociais é, de um lado, os custos que esta efetivação demanda e, de outro lado, o interesse da sociedade, sendo que este muitas vezes deve prevalecer, pois é necessário também que a democracia esteja presente neste impasse, pois algumas escolhas do Estado, realizadas pelo caráter democrático deste, acabam por influenciar na efetivação de outros direitos. Quando um é escolhido, outro pode estar sendo preterido.

A preocupação apresentada por alguns autores está voltada para o caso da discussão dos custos dos direitos diminuírem a sua proteção, pois não se busca uma diminuição na garantia dos direitos, mas mudar a extensão da proteção desses direitos para adequar melhor as condições econômicas, permitindo assim que o Poder Público possa organizar

melhor os investimentos, já que são escassos e insuficientes (GALDINO, 2007, p. 259).

Deste modo, a preocupação está em não diminuir a proteção dos direitos fundamentais sociais, mas tentar adequar a efetivação às condições econômicas que se possui, pois os recursos são escassos e precisam ser planejados de forma a atender, da melhor maneira, a garantia dos direitos fundamentais. Neste ponto é importante ressaltar que as políticas públicas são fortes instrumentos para que o Estado concretize os direitos fundamentais sociais, pois atenderá de forma mais ampla os casos mais específicos, sendo que, com estudos e análises das necessidades dos cidadãos, é possível identificar o ponto que mais precisa de auxílio e atuar de forma mais forte nele, aproveitando melhor os recursos.

Neste sentido o autor Galdino (2007, p. 252) busca explicar o custo dos direitos e, para fundamentar o seu pensamento, apresenta a teoria de Sunstein e Holmes, autores estes que são o suporte e fundamento da teoria de que direitos não nascem em árvores, nem o dinheiro para custear estes direitos.

Para esclarecer e definir bem o seu pensamento, o autor começa explicando a diferença mais conhecida entre direitos fundamentais positivos e negativos, sendo que os positivos demandam de uma prestação estatal e já os negativos independeriam de qualquer atuação positiva do Estado. Exemplificando que o fato de não ser turbada uma propriedade privada demonstraria ser esta uma obrigação negativa, pois seria um não fazer e a obrigação de entrega de merenda escolar seria uma obrigação de fazer, caracterizando-se desse modo uma obrigação positiva (GALDINO, 2007, p. 223-225).

A definição de direitos fundamentais positivos e negativos é importante para depois compreender a teoria de Flavio Galdino, pois o fato de os direitos fundamentais negativos, em regra, não precisarem de uma prestação do Estado é que gera a grande discussão. Corriqueiramente,

a concepção encontrada é a de que os direitos positivos precisam que o Estado atue para concretizá-los e, já os negativos, não dependem desta atuação prestacional.

Mas Galdino (2007, p. 252-253) explica que houve uma evolução no pensamento em relação a direitos positivos e negativos, pois, neste ponto, busca explicar que todos os direitos fundamentais são positivos e que demandam de uma ação positiva, uma prestação pública para serem efetivados, demonstrando que também os direitos de liberdade são afetados pela falta de recursos.

A essência do pensamento desse autor está no argumento de que, tanto direitos positivos quanto os direitos fundamentais negativos, dependem de uma atuação do poder público. Isto porque qualquer ação que vise à concretização dos direitos fundamentais irá gerar algum custo e precisará de uma atuação, podendo ser com investimentos financeiros de forma direta ou indireta, sendo que esta última se vislumbra quando é necessária a omissão ou proteção por meio de pessoal que também gera despesas para o Estado.

Neste sentido, todos os direitos seriam positivos, uma vez que dependem das instituições públicas para serem efetivados, sendo que os direitos somente irão existir caso haja orçamento para isso, entendendo-se que não há direitos totalmente negativos, pois sempre precisam de uma prestação estatal. Prestação esta que pode ser uma ação ou até mesmo uma omissão.

A situação de todos os direitos precisarem de uma prestação do Estado é um dos fatos que têm levado à necessidade de gerir e distribuir bem as finanças públicas, pois até as decisões para as quais devem ser os investimentos que precisam ser realizados necessitam ser discutidas e observar a vontade do povo. Até porque qualquer ação ou até mesmo omissão geram custos e devem ser considerados nos direitos a serem efetivados.

A atividade jurídica dependente da economia, mas vislumbra a relação que possui, visto que os custos têm relação com a garantia do direito. Em alguns casos são citadas as escolhas trágicas em que a escassez de recursos faz com seja salientado o que a sociedade possui de preferências (GALDINO, 2007, p. 266).

Não devem ser analisados os direitos fundamentais sociais apenas no aspecto econômico, transformando-os meramente em uma possibilidade de concretização se existir recursos suficientes, pois, se for analisado somente desse ponto de vista, nunca haverá recursos suficientes para efetivar nenhum direito fundamental e a sociedade não vislumbrará a garantia de direitos mínimos para a sobrevivência. Nesse aspecto, é relevante desenvolver políticas que tenham a função de realizar os direitos, mas com economia nos recursos.

Mais uma vez se destaca a importância de políticas públicas bem estruturadas, com objetivos claros e específicos, pois os recursos dispendidos para essas políticas será bem utilizado, sem risco de ser ineficaz. Assim, a boa utilização desses recursos financeiros concede a possibilidade de que sejam realizadas mais políticas públicas, onde os desperdícios serão evitados.

Os direitos possuem direta relação com os custos, pois para serem garantidos os direitos é necessário investimento financeiro e, assim, acabam por demandar um custo, pois nada acontece sem que haja uma despesa. Portanto, os recursos financeiros precisam ser bem geridos para que não acabem sendo ineficazes. Em algumas situações, é necessário escolher entre concretizar um direito e outro, pois os recursos financeiros existentes não são suficientes para atender a todos, sendo assim, nessas situações, é preciso ter responsabilidade na escolha para sacrificar um mínimo possível.

A justificativa da exaustão dos recursos muitas vezes é utilizada para encobrir as escolhas trágicas, visto que, por causa dessas escolhas, não se torna possível a efetivação de outros direitos (GALDINO, 2007, p. 284).

As escolhas trágicas são as decisões que o Estado precisa tomar em determinadas circunstâncias para efetivar os direitos fundamentais sociais que acabam por trazer restrições nas garantias de outros direitos.

Ao investir em um direito não suportará custear outro direito, garantindo apenas um e deixando o outro de lado. Assim, as escolhas trágicas acabam por serem utilizadas como fundamentos para argumentar a falta de recursos.

Porém o que realmente acontece é que estes não são distribuídos de forma correta, pois os recursos precisam ser mais bem geridos para chegarem mais próximos à realidade e necessidade da população.

Os custos dos direitos, muitas vezes, são utilizados como uma justificativa para a ineficácia das políticas públicas que visam à garantia dos direitos fundamentais sociais. Uma válvula de escape da ineficácia do governo em efetivar os direitos fundamentais, pois a justificativa mais plausível é a falta de recursos.

Esse fato acaba por gerar um círculo que não consegue resolver os problemas da sociedade, porque cada vez mais vão recorrer ao auxílio do Poder Judiciário e este determinará que o Estado cumpra com os direitos do cidadão, que acaba passando na frente de outras prioridades.

Para tentar reverter este círculo que se estabelece e não consegue solucionar os problemas da sociedade, bem como da falta de recursos, surgiram as correntes da reserva do possível, que será objeto de estudo deste livro mais adiante.

Por “reserva do possível”, compreende-se tanto a possibilidade como também o poder de dispor dos recursos (SARLET, 2010, p. 287).

A corrente que defende a reserva do possível compreende que é possível que o Estado disponha dos recursos que possui, com limitações que garantam os direitos pleiteados.

É possível verificar que a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice, em que a primeira dimensão diz respeito à disponibilidade fática de recursos; a segunda dimensão, à disponibilidade jurídica de recursos humanos e materiais, relacionada com as competências orçamentárias; e a terceira dimensão, à proporcionalidade e razoabilidade da prestação (SARLET, 2010, p. 287).

A dimensão tríplice da reserva do possível destaca a ligação entre a disponibilidade de recursos e a razoabilidade da prestação, pois se torna preciso analisar tanto os recursos financeiros quanto humanos e verificar a necessidade e a proporcionalidade na sua efetivação.

Estes requisitos acabam por influenciar na efetivação dos direitos fundamentais, pois existe o risco de que sempre seja mantida a reserva do possível e deixar de lado a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

As despesas que são empreendidas para efetivar os direitos fundamentais sociais não podem ser deixadas de lado e não serem levadas em consideração, visto que, sem os recursos, nenhum direito pode ser efetivado, pois elas são dependentes uma da outra, mas precisam ter um equilíbrio para coexistirem, e a reserva do possível acaba desenvolvendo este papel de mediador.

A reserva do possível pode ser vista como um limitador aos direitos fundamentais, mas também, em alguns casos, pode atuar como garantia dos mesmos no momento em que se precisar resguardar recursos para salvaguardar outro direito fundamental (SARLET, 2010, p. 288).

Fator este, referente à disponibilidade dos recursos que está diretamente ligada com a judicialização para a garantia dos direitos fundamentais sociais, traz como consequência a interferência do Poder Judiciário, na esfera do Poder Legislativo e Executivo, ao intervir nos

planos de governo quando concede alguma medida que não estava prevista no orçamento, voltando-se mais uma vez ao debate do princípio da separação dos poderes e das escolhas trágicas que o governo acaba tendo que fazer para concretizar a ordem judicial.

Na análise entre a reserva do possível e os custos dos direitos, existe também a garantia do mínimo existencial, que pode ser compreendido como uma garantia mínima de direitos que o cidadão necessite para viver com dignidade, com as condições mínimas de uma vida com a segurança do exercício de direitos essenciais que estejam garantidos.

Neste sentido é necessário observar e analisar os custos dos direitos e a garantia do mínimo existencial, pois os direitos fundamentais sociais também fazem parte deste mínimo.

A Organização das Nações Unidas está tentando estabelecer alguns índices que facilitem o entendimento e quantificação do mínimo existencial, através de demonstrativos de índice de qualidade de vida (TORRES, 2003, p. 30-31).

Essa discussão quanto a quantificar o mínimo existencial é o que gera a dificuldade na efetivação, conforme citado anteriormente, pois não é possível definir o mínimo existencial sem que exista algum parâmetro pelo menos próximo ao que seria mínimo para a maioria da sociedade.

Nesse ponto, entram em pauta os dois princípios essenciais para a garantia de um mínimo: a razoabilidade e a proporcionalidade, para que com base nesses pilares seja possível identificar a melhor forma de concretizar o mínimo existencial.

Os direitos fundamentais sociais geram custos para serem efetivados e garantidos aos cidadãos. Para qualquer ação estatal é necessário o dispêndio de recursos financeiros e isso acaba por ser um argumento, em muitas situações, de ineficácia das funções do Estado. Mas não é possível aceitar que o fato dos custos seja um balizador em relação aos direitos que devam ser efetivados.

A teoria do mínimo existencial e da reserva do possível são argumentos para assegurar ao Estado o direito de resguardar recursos para efetivar os direitos, bem como o compromisso de assegurar os direitos mínimos para que os cidadãos tenham condições de vida digna.

Merece destaque o fato de que muitas vezes os custos são meramente desculpas utilizadas para não efetivar os direitos fundamentais sociais. Dessa feita é necessário que o Estado passe a gerir de melhor forma os seus recursos, tendo por base o mínimo existencial e a reserva do possível para que, através de políticas públicas bem planejadas e executadas, consiga assegurar direitos indispensáveis à sobrevivência dos cidadãos.

4.4 A PROBLEMÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL QUE FRAGILIZA A DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

Os direitos fundamentais sociais, na maioria dos casos, necessitam de uma prestação positiva do Estado para serem concretizados. Este fato é um dos mais relevantes quando se estuda a intervenção do Poder Judiciário na atuação dos outros poderes, uma vez que, nos casos em que o Poder Judiciário determina alguma ação para o Estado executar, é para efetivar os direitos sociais, sendo relevante destacar que estas determinações envolvem custos, além de interferir na autonomia do outro poder. Essa questão tem gerado diversas discussões em relação à possibilidade de intervir ou não e ao fato de que esta intervenção afrontaria o princípio da separação dos poderes.

De um lado está a corrente que defende que o Poder Judiciário deve preocupar-se fundamentalmente na garantia de direitos, não estando obrigado a observar a disponibilidade de recursos orçamentários conforme o executivo (BUCCI, 2006, p. 33). Trata-se de atribuir ao Judiciário a preocupação única com o direito.

Essa questão também se posiciona quanto à outra corrente, a da teoria da reserva do possível, em que os direitos possuem custos e que isso deve ser observado, pois pode haver a concorrência dos direitos que serão implementados (BUCCI, 2006, p. 36). Essa corrente doutrinária percebe a fragilidade dos recursos públicos.

Uma situação importante que exemplifica a discussão da interferência do Poder Judiciário é quanto à judicialização de políticas públicas, em que o Poder Judiciário julga o controle de vícios e não o mérito.

Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal têm delineado a questão dos limites do controle Judiciário nas políticas públicas relacionadas com a independência dos poderes, bem como com a questão orçamentária e limitações financeiras, visto que o Judiciário não possui a função de formular e implementar políticas públicas, mas pode passar a ter excepcionalmente quando os órgãos descumprirem os encargos político-jurídicos que comprometem a integralidade dos direitos individuais ou coletivos dispostos na Constituição Federal. Assim, o que é analisado para esta decisão não é o mérito e sim o controle dos vícios dos atos administrativos (BUCCI, 2006, p. 34-35).

O efeito indesejado das ações judiciais está na questão de transferir ao Poder Judiciário a seleção de prioridades, o planejamento de políticas públicas. Da mesma forma, no ativismo judicial a consequência da criação de novas normas por meio de decisões, nos casos concretos, é a de que o Judiciário faça a seleção de prioridades, competência esta que não é sua.

Nesta situação, pode-se observar a interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes, ferindo o princípio da Separação dos poderes, mas, por outro lado, é função do Poder Judiciário assegurar ao cidadão os direitos fundamentais, sendo então onde reside a questão polêmica.

Leal(2011,p.222)aborda a questão, afirmando que o Poder Judiciário está tentando realizar a sua tarefa de garantir os direitos aos cidadãos e, por diversas vezes, é acusado como se invadissem a discricionariedade administrativa ou legislativa, por não estar atuando apenas na fiscalização.

Ainda sobre o tema a autora discorre que, para o Poder Judiciário poder exercer sua função de controle de constitucionalidade e esta ser efetiva, é necessário que também seja garantido em face do Poder Legislativo (LEAL, 2011, p. 226).

A discussão quanto a interferência ou não do Poder Judiciário no âmbito dos outros poderes é um dos objetivos deste livro. Tanto os pontos positivos como os pontos negativos desta interferência e também se isso se configura uma interferência, tendo em vista que o Poder Judiciário deve julgar e assegurar os direitos dos cidadãos.

O principal motivo que gera discussões em relação à intervenção do Poder Judiciário na atuação dos outros órgãos é nas políticas públicas garantidoras dos direitos sociais. Assim, além do fator de interferência na função de cada poder quanto à criação de normas, referente ao Poder Legislativo, é importante destacar que também geram conflitos pelo fato de os direitos sociais dependerem, geralmente, de uma prestação positiva do Estado realizada por meios econômicos, fato este que interfere na competência do Poder Executivo, que possui a discricionariedade na escolha da destinação do dinheiro público em decorrência da democracia.

No Estado de Direito, a ideia central está em uma moderação no Poder do Estado, assim a intervenção quanto aos direitos fundamentais deve se dar de forma moderada, observando-se os princípios da proporção e razoabilidade, sendo que somente as restrições que seguem estes princípios são compatíveis com a Constituição Federal (SOUZA NETO, 2006, p. 30).

Sendo assim, existe em determinados casos a necessidade da atuação do Poder Judiciário para garantir os direitos constitucionais, pois,

mesmo que gerem custos estes direitos fundamentais sociais precisam, ser resguardados. E em caso de não ser efetivado, o Poder Judiciário possui a atribuição de guardião dos mesmos, não podendo permitir e garantir que sejam efetivados.

Mas não é em todos os casos que um poder pode intervir nas funções do outro, pois essa intervenção é uma exceção em casos de afronta à Constituição e abuso de poder, sendo uma alternativa para evitar decisões arbitrárias e fazer com o que o poder se concentre apenas em um poder.

Uma estratégia para moderar o poder político no liberalismo foi a separação dos poderes, em que a proposta é que o poder não se concentre apenas nas mãos de um dos poderes que é responsável por decisões. Assim, a decisão é distribuída entre os órgãos, controlando-se arbitrariedade.

A separação dos poderes não é estanque, uma vez que busca evitar arbítrio em função de uma concentração demasiada de poder nas mãos de um só órgão (SOUZA NETO, 2006, p. 33).

Desse modo, a separação dos poderes não é uma divisão rígida que não permite que nenhum poder interfira na esfera de atuação do outro; pelo contrário, os poderes devem ser harmônicos em sua atuação, cabendo ao Poder Judiciário a função de julgar se há algum vício na atuação dos outros poderes. E este poder de julgar é que tem causado grandes discussões quanto a esta esfera de atuação na busca pela concretização dos direitos fundamentais sociais.

Para Grau (2013, p. 139), a falta de controle na transferência de poder do Legislativo para o Judiciário enseja muitos questionamentos, sendo um deles o fato de ser possível a democracia existir sem que os juízes respeitem e sigam o que dizem as leis, tendo os juízes que obedecer ao que a lei prevê.

O princípio da separação dos poderes traz em seu significado a ideia de que o poder não pode ficar apenas nas mãos de um órgão para evitar-se decisões e ordens arbitrárias, então essa divisão nas tarefas e nas funções, feita pela separação dos poderes, acaba por dividir o poder e as decisões. Um poder controla o outro poder, através das funções que possuem, em casos excepcionais, pois o Poder Judiciário deve intervir na atuação de outro poder.

Importante nesta pesquisa é a discussão quanto ao ativismo judicial ser um fato que prejudique a democracia, pois tira das mãos do povo o poder de participar da formação da vontade do governo para passar o condão da decisão para as mãos do juiz, que é um só e decide conforme o seu entendimento e com base na Constituição o que deve ou não ser garantido para a sociedade dos direitos fundamentais.

Por outro lado, na Constituição Federal encontra-se assegurada a garantia de que qualquer lesão ou ameaça a direito pode ser apreciada pelo Poder Judiciário.

Esta garantia de que o Poder Judiciário poderá apreciar a lesão ou ameaça aos direitos traz ao Judiciário mais uma atribuição, uma vez que, quando outros poderes estiverem lesando os direitos dos cidadãos, estes podem buscar guarida no Poder Judiciário para ver seus direitos assegurados, sem que isso seja considerada uma intervenção na separação dos poderes.

O Supremo Tribunal Federal tem-se manifestado quanto à intervenção ou atuação do Poder Judiciário na esfera de atuação dos outros poderes:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NOS ATOS PRATICADOS. SÚMULA 279/STF. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que ao

Poder Judiciário, em respeito ao princípio constitucional da separação dos poderes, só cabe exercer o controle de atos administrativos na hipótese de ilegalidade ou de abuso de poder. Precedentes. Dissentir do entendimento do Tribunal de origem e concluir que os atos praticados pelo Tribunal de Contas local foram irregulares exigiriam uma nova análise dos fatos e do material probatório constantes dos autos. Incidência da Súmula 279/STF. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2013b).

Em relação à atuação do Poder Judiciário, segundo entendimento da Corte, para não ferir o princípio da separação dos poderes a ação deve se restringir em exercer o controle de atos administrativos na hipótese de ilegalidade ou de abuso de poder. O que exceder a isso a Corte Suprema entende tratar-se de intervenção indevida.

Por outro lado, em alguns casos excepcionais, é necessária a intervenção do Poder Judiciário, conforme se verifica:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Direito à saúde. Dever do Estado. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde, dever do Estado, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 2. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2013a).

Da mesma forma, entende a Corte que em casos excepcionais a intervenção do Poder Judiciário é necessária para a garantia dos direitos constitucionais, sendo um exemplo a saúde, considerada como um dever do Estado. Assim, o Judiciário pode determinar que a Administração adote algumas medidas para assegurar esses direitos garantidos pela

Constituição, sem que isso seja considerado uma afronta ao princípio da separação dos poderes.

São dois casos exemplificativos da atuação do Poder Judiciário em relação ao princípio da separação dos poderes: uma em que se observa a atuação apenas nos casos de controle de atos administrativos que demonstrarem abuso de poder ou ilegalidade; no segundo caso é a garantia do direito à saúde, visto que é um direito essencial garantido na Constituição Federal.

Dessa forma, não é possível compreender que o Poder Judiciário interferindo na atuação dos outros poderes sempre será uma atuação negativa ou que sempre será positiva, pois não é possível generalizar o pensamento. É necessário observar e analisar o caso concreto, para assim vislumbrar se é necessário que haja uma intervenção do outro poder ou não.

Conforme foi possível observar o entendimento é de que a Corte tem-se manifestado no sentido de que em determinados casos deve intervir sem que isso seja considerado uma afronta ao princípio da separação dos poderes, mas em determinados casos deve-se abster, respeitando o espaço de atuação dos demais Poderes.

Esta interferência, em determinados casos, deve ser considerada como a busca pela garantia dos direitos constitucionais quando estes direitos são lesados ou sofrem ameaça. É possível buscar a proteção do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, sendo também uma função do Poder Judiciário efetivar estas garantias.

O cerne da discussão está no fato de uma política que não é definida através de discussões periódicas pode ou não ser entendida como democrática e, para isso, Garapon explica que o grande risco seria o de que as jurisprudências fossem conduzidas a uma importância tão grande que seriam ignorados os casos de restrição econômica e da realidade social. Nessa linha destaca que os juízes não possuem alçada para mudar as receitas do Estado e que até mesmo os deputados possuem restrições.

Mas explica que o risco que o ativismo apresenta para a democracia está na segurança jurídica, pois acaba criando o direito pretoriano e imobiliza as decisões (GARAPON, 2001, p. 73-74).

O risco bastante presente do ativismo na democracia é em relação à segurança jurídica. Conforme Garapon destaca, neste ponto é que se encontra o maior problema a ser enfrentado. Sempre se retoma ao fato de que o Poder Legislativo e o Poder Executivo estão desacreditados pelo povo e isso faz com que se busque o Poder Judiciário como um guardião, um salvador, e nestas situações as decisões dos juízes acabam por tomar o espaço e definir diversas obrigações aos outros poderes, mas o principal a se remediar é a instabilidade, a falta de segurança, pois as decisões dos juízes começam a interferir diretamente na vida da sociedade.

Garapon (2001, p. 74) ainda afirma que a jurisdição não possui alçada para legislar, nem formas para isso, porque não consegue retirar algumas funções importantes da política, porque o que chega até os juízes nem sempre possui uma sequência e uma relação entre os casos. Mas o que o povo busca nos juízes é o anjo da democracia, com a missão de salvar a democracia.

A busca pela democracia acaba caindo nas mãos do Poder Judiciário, que na luta por garantir o direito e a justiça buscam concretizar, no caso concreto, a efetividade dos direitos pleiteados e suprir a falta de segurança e proteção que os cidadãos possuem por não ter representantes do povo que viabilizem essas perspectivas.

Dworkin (2005, p. 80) explica que “[...] democracia significa (se é que significa alguma coisa) que as escolhas de valores políticos substantivos deve ser feita pelos representantes do povo, não por juízes eleitos.”

A transferência de poder e das funções que são de responsabilidades do Poder Legislativo e do Poder Executivo, colocadas nas mãos dos juízes, acaba por interferir no significado da democracia. Dworkin explica que quem está encarregado de executar a democracia não são os juízes e sim

os representantes que são eleitos. Mas a inversão em determinados casos acaba por ferir diretamente a democracia. Este é um círculo em que os cidadãos veem nos magistrados a esperança da garantia da democracia, enquanto que quem é responsável por esta acaba não desempenhando o seu papel.

Dessa forma, o ativismo judicial acaba por interferir na democracia, pois os magistrados acabam por decidir questões que lhes são levadas por falta de cumprimento nos outros Poderes.

As decisões judiciais influenciam na efetivação dos direitos, pois são invertidas a seleção de prioridades, a discussão da necessidade e razoabilidade na concretização de determinados direitos, levando ao Poder Judiciário a função de decidir e escolher, papel que é do Poder Legislativo e Executivo.

Pela democracia, é importante compreender que desempenha o papel de realizar a vontade do povo, através dos valores políticos definidos, mas, no momento em que se passa este poder de escolha e de decisão para os juízes, a democracia fica fragilizada, pois haverá uma imposição do Poder Judiciário frente aos demais.

Ao mesmo tempo que está clara a afronta a democracia, se torna indispensável que os direitos previstos na Constituição não deixem de ser aplicados em função da inércia do legislador. Assim, fica evidente a importância de que o Poder Judiciário intervenha nessa relação e garanta a efetividade dos direitos independentemente de ferir princípios como a separação dos poderes.

A intervenção na esfera dos outros poderes se fundamenta única e exclusivamente na necessidade da garantia de direitos fundamentais dos cidadãos protegidos pela Constituição e que não podem ser deixados de lado por ineficácia de qualquer poder.

4.5 O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SOBERANIA: DESAFIOS DE EQUILÍBRIO DAS INSTITUIÇÕES REPUBLICANAS

Atualmente a sociedade busca no Poder Judiciário garantia de efetividade dos direitos assegurados na Constituição Federal. Mas o que se encontra em muitas situações não é esta efetividade, mas uma série de outros problemas e consequências. Estas consequências da busca pelo Poder Judiciário acabam ensejando um desequilíbrio entre os três poderes.

Inicialmente é possível verificar que existe um grande desafio na sociedade, conforme identificado anteriormente. As instituições estão desacreditadas pelo povo, principalmente o Executivo e o Legislativo.

Dessa forma, o povo acaba transferindo ao Poder Judiciário a sua confiança, conforme leciona Garapon (1999, p. 46): “O aumento do poder da justiça não deve ser entendido como uma transferência da soberania do povo para o juiz, porém como uma transformação do sentimento de justiça.”

De tal modo, deve ser entendida essa transferência de confiança como uma entrega que a sociedade faz, um depósito dos seus anseios e direitos nas mãos do Poder Judiciário por não acreditar mais no Poder Legislativo e Executivo, depois de tantas falhas, pois os cidadãos acreditam que quem pode fazer justiça por eles é o Poder Judiciário, em face da inércia dos demais.

Assim essa transformação da soberania, passando para os juízes o sentimento de justiça, somente será revertida quando for compreendido que essa transformação é da democracia (GARAPON, 1999, p. 46).

Desse modo, a confiança que o cidadão deposita no Poder Judiciário está caracterizada pelo sentimento de justiça, pelo fato de nele vislumbrar a segurança a seus direitos. E isso acaba refletindo diretamente na democracia, pois para a democracia é necessário que a vontade

soberana do povo seja observada, demonstrando que nos outros poderes não está sendo observado o principal elemento que constitui o poder: a vontade do povo.

Assim, é necessário transformar a democracia atual, torna-la mais participativa, incluindo a população nas discussões e decisões a serem tomadas para que assim a confiança nos demais poderes possa voltar.

A esperança do cidadão está voltada para a justiça, pois acredita que o terceiro imparcial compensa o que não possui na representação nacional.

E nessa inversão acaba-se tendo o ativismo judicial, pois o Poder Judiciário começa a decidir e interpretar determinados casos que acabam por criar novos direitos, sem que o Poder Legislativo tenha legislado sobre esses direitos.

A seleção de prioridades acaba sendo feita pelo Poder Judiciário, fato este que inverte a democracia, já que esta não é sua prerrogativa Constitucional.

Neste aspecto encontra-se um grande problema entre as instituições responsáveis por efetivar os direitos fundamentais, pois cada uma em sua função típica, mas o que ocorre é que quando uma não cumpre busca-se no Poder Judiciário o amparo para este direito não assegurado. Entrando em conflito também a interferência nas funções de cada poder.

Toda a discussão acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais o problema do ativismo judicial e a inversão na democracia estão centrados no fato de que é necessário identificar quem confere os poderes ao Poder Legislativo ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário. É aqui que reside o fato de que é necessário voltar à origem destes poderes para ser obtida uma resposta coerente.

Nesse sentido, Habermas explica que o poder concedido ao Executivo, Legislativo e Judiciário, partem do povo, de sua soberania:

Na linha da teoria do discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação de opinião e da vontade estruturada discursivamente. Quando se considera essa prática como um processo destinado a resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um processo democrático destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas. (HABERMAS, 1997, p. 214).

Concebe Habermas que todo poder parte da vontade dos cidadãos e, dessa forma, o que cada um dos três poderes for executar deve-se guiar no que o povo decidiu, pois as leis são instrumentos de formalizar a vontade popular, não sendo possível esquecer que qualquer poder ou qualquer atribuição derivam da vontade popular.

A separação dos poderes em funções específicas também pode ser identificada como decisões do povo, porque são originadas da vontade do povo, do que os cidadãos querem. São atribuições delegadas pelo povo.

Assim, nas funções que o Estado se divide, desde o início é possível perceber a dificuldade em separá-las, diferenciá-las umas das outras, pois se confundem em muitos pontos, o que demonstra que essa separação não é estanque ou imutável. Ao mesmo tempo, não se tem uma definição nem parâmetros objetivos que definam o que é que deve ser separado.

O certo é que a vontade do povo está caracterizada na Constituição Federal, em que os cidadãos elegeram o que era importante e prioridade para ser assegurado, estando os princípios norteadores da sociedade ali assegurados.

Dessa forma, no texto Constitucional está resguardado que serão três os poderes, mas que estes devem ser independentes e harmônicos entre si, para que cada um cumpra com suas atribuições.

Destas ideias de independência e harmonia entre si também decorre o sistema de freios e contrapesos, que têm como função principal cuidar para que os três poderes se respeitem no âmbito de suas funções.

Na busca de garantir os direitos fundamentais sociais em determinados casos, mostra-se necessária a intervenção na esfera de atuação do outro poder, visto que deve haver uma infração por parte do outro Poder nas garantias estabelecidas na Constituição Federal para se justificar, pois se não houver uma afronta a isto não será justificável esta intervenção, pois irá criar uma desarmonia e não uma atuação de colaboração.

Desse modo, no presente livro, o propósito é o de evidenciar alguns dos desafios encontrados para efetivar os direitos fundamentais sociais, bem como a atuação do Poder Judiciário na busca pela garantia da efetividade.

Streck (2003, p. 169-170) explica que, quando se fala em efetividade dos direitos fundamentais sociais de forma implícita, está-se dizendo que eles não são efetivos:

Se se está a falar/ indagar acerca do papel/função da Justiça Constitucional (ou Poder Judiciário) na realização/efetivação de direitos fundamentais sociais, é porque se está a admitir que, primeiro, há uma inefetividade da Constituição, e, em segundo, em havendo inércia dos Poderes Públicos na realização/implementação de políticas públicas aptas à efetivação dos direitos sociais fundamentais assegurados pela Lei Maior, é possível (e necessária) a intervenção da justiça constitucional.

Desse modo, ao falar em direitos fundamentais sociais primeiro preza-se pela efetividade e, caso isto não ocorra, havendo inércia dos poderes para efetivar através de políticas públicas garantidas pela Constituição Federal, é possível a intervenção do Poder Judiciário.

Quando os poderes públicos ficam inertes, sem efetivar os direitos fundamentais sociais através de políticas públicas que fomentem a garantia dos direitos assegurados na Constituição Federal, é que se justifica a intervenção do Poder Judiciário na esfera de atuação dos outros poderes.

Em situações diversas dificilmente se justifica e se aceita essa interferência, mas nesses casos é plenamente aceitável e até mesmo necessário que exista essa intervenção para que o povo esteja com seus direitos protegidos.

Ainda merece destaque o fato de que, como os poderes emanam do povo, a intervenção do Poder Judiciário se justifica sempre que não houver o cumprimento do que está previsto na Constituição Federal, que é a Lei maior e define o que a sociedade valorou e entendeu que precisava ser protegido.

Neste sentido, é preciso compreender que não é em todos os casos justificável a atuação do Poder Judiciário, pois em determinadas situações acaba exercendo uma função que não é sua.

Streck (2009, p. 1) afirma que, quanto mais aumentam as demandas por direitos fundamentais e aumentam o peso conferido aos princípios, esses invadem o espaço que é resguardado para que o legislativo regulamente, restringindo a liberdade do legislador, aumenta mais a necessidade de colocar limites ao poder que os juízes possuem de interpretar os casos concretos.

Assim, se a ênfase for muito grande para a atuação do Poder Judiciário, este começa a intervir na esfera direta de atuação do Poder Legislativo, pois começa a legislar no lugar do poder que possui esta atribuição como típica. Então, acaba sendo necessário dar limites a essa atuação do Poder Judiciário, para que não se extrapole o que o povo definiu através do seu poder soberano, que deveria ser compreendido como a sua vontade, como a atuação de cada poder.

Não significa dizer que não seja importante o acesso à justiça, bem pelo contrário, é essencial para a sociedade encontrar um amparo e uma segurança para lutar pelos seus direitos. O certo é que é indispensável a garantia constitucional de recorrer ao Poder Judiciário. Esta garantia desenvolveu um papel importante nos países que asseguraram direitos que os cidadãos não possuíam. Mas o que houve também foi a transferência demasiada da efetivação desses direitos ao Poder Judiciário.

Os países que sofreram com os regimes ditatoriais e foram democratizados tiveram uma nova relação entre os Poderes do Estado. O acesso à justiça teve uma grande importância e relevância, pois o Poder Judiciário desempenha a função de resgatar as promessas, a esperança desses cidadãos, sendo que foram transferidas as tensões que havia do processo político para os processos judiciais (STRECK, 2003, p. 172).

Em países que viveram regimes ditatoriais é indispensável encontrar no Poder Judiciário uma segurança para resgatar direitos de uma vida com condições mínimas de dignidade e de direitos respeitados. Por isso a importância de recorrer ao Poder Judiciário como garantidor de direitos fundamentais é inevitável e necessária.

Dessa forma, na efetivação dos direitos fundamentais sociais, havendo inércia dos outros dois poderes, é possível se justificar e aceitar a atuação do Poder Judiciário. Ademais, seu caráter definitivo caracteriza as particularidades que apenas esse poder possui. É também importante referir que a atuação do Poder Judiciário deve buscar atender a todos os cidadãos e não apenas a um indivíduo isolado, pois os direitos sociais são direitos da coletividade, que visam a proteger o máximo possível os cidadãos.

Havendo necessidade de fundamentar a atuação do Poder Judiciário, essa se fundamenta e se concretiza através da supremacia da Constituição, sendo que tudo depende do que a Constituição prevê e assegura, não se podendo permitir qualquer infração ao que nela está

disposto. Destaca-se que o Poder conferido aos tribunais de serem as garantias da Constituição advém da soberania do povo, que definiu que os poderes seriam separados em três, para que cada um desempenhasse a sua função, sendo função do Poder Judiciário a garantia da Constituição Federal.

Desta forma, é possível identificar que a efetivação dos direitos fundamentais sociais é muito complexa, e que precisa muitas vezes da atuação do Poder Judiciário para tanto, mas que ao mesmo tempo esta atuação não pode interferir demasiadamente a ponto de esvaziar a competência dos demais poderes.

Não é apenas através da intervenção na esfera dos outros poderes que se pauta a problemática da efetivação dos direitos fundamentais sociais. É possível identificar alguns outros problemas que possuem estreita relação com a atuação dos três poderes.

Oliveira Junior (2010, p. 101-102) explica que não é possível afastar a necessidade de uma gestão pública compartilhada para a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Entre as necessidades encontram-se: leis adequadas; instituições fortes; legitimidade; e participação popular, precisando-se de uma integração entre o Estado e a Sociedade Civil. Mas não tem sido fácil aplicar no Brasil, mesmo com os avanços da democracia, os interesses coletivos nem sempre avançam juntos.

Desse modo, é necessário que haja uma atuação conjunta na efetivação desses direitos, pois o Poder Judiciário atuando isoladamente não os consegue efetivar da forma que poderia, caso os outros poderes auxiliassem, através do cumprimento da Constituição, edição de Leis, e incluíssem a vontade do povo nas decisões.

Apenas com o conjunto de atuação é possível implementar uma forma diferente de efetivar os direitos fundamentais sociais. Ocorre que, atualmente, não é uma tarefa fácil, pois não é apenas um direito que precisa ser concretizado, mas um rol muito amplo.

Assim, é possível concluir que alguns dos desafios que são encontrados para a efetivação dos direitos fundamentais sociais são: a democracia, o princípio da separação dos poderes, o ativismo judicial e os custos dos direitos.

No primeiro desafio encontrado, a democracia, é possível identificar que a vontade do povo é concretizada por meio de seus representantes, sendo que, no momento em que algum dos poderes não efetiva esses direitos fundamentais sociais, recai ao Poder Judiciário a função de efetivar e, em decorrência disso, acaba por inverter a seleção de prioridades, em que os poderes emanam da vontade soberana do povo e, dessa forma, para concretizar os direitos fundamentais sociais deve ser observada essa vontade soberana. No momento em que não são observadas as políticas públicas, está sendo deixada de lado a concretização dos direitos fundamentais sociais que são direitos que o povo escolheu e que devem ser observados.

Outro desafio encontrado é o princípio da separação dos poderes, sendo que esta divisão não é estanque, mas também precisa ser observada, embora seja uma divisão complexa e nunca esteve bem delimitada a atuação de cada poder, precisando ser respeitada, pois também é uma consequência da vontade do povo. Não se admite que um usurpe a função do outro, mas, ao contrário, que todos convivam em harmonia para garantir o bem da coletividade.

O terceiro desafio de efetivação dos direitos fundamentais sociais está no ativismo judicial, de maneira que as interpretações dos magistrados acabam por criar novos direitos aos cidadãos. Essa atuação ativista é um desafio para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois decorre também de uma inércia do Poder Legislativo, sendo que a falta de legislação que assegura esses direitos faz com que os cidadãos recorram ao Poder Judiciário, garantia esta assegurada na Constituição Federal.

Ocorre que nem sempre o ativismo judicial se justifica, mas apenas nos casos em que os outros Poderes ferem o que está assegurado na Constituição Federal. Em muitas situações o Poder Judiciário acaba sendo ativista pela inércia do Poder Legislativo em legislar demandas necessárias para a sociedade, pois está cumprindo sua função de garantidor da Constituição Federal.

Quando o Poder Judiciário intervém dentro de sua função de garantir a Constituição, essa atuação é plenamente justificável, mas ainda é necessário observar que as decisões abarcam o bem da coletividade, através de decisões razoáveis.

Nesse sentido é que se encontra o quarto desafio de efetivação dos direitos fundamentais sociais, que são os custos dos direitos, visto que todos os direitos geram custos que devem estar previstos no orçamento, para que o Executivo possa efetivá-los.

A melhor forma de concretizar os direitos fundamentais sociais visando a atender a maior parte da coletividade é através das políticas públicas, que desempenham o papel de distribuir de forma mais equitativa os recursos existentes.

É necessário observar a razoabilidade e a proporcionalidade para garantir os direitos fundamentais sociais através de políticas públicas com os recursos existentes, pois, como é evidente, eles não são abundantes e sim podem faltar para garantir outros direitos. Então ressalta-se a importância de garantir o mínimo existencial, bem como que exista uma reserva do possível.

Ainda, uma política pública bem delineada, com objetivos, finalidades, recursos financeiros e humanos bem específicos, pesquisas de prioridades e formas de realizá-las bem elaboradas, faz com que os direitos fundamentais sociais possam ser efetivos, sem que sejam necessárias discussões a certa de necessidade de atuação do Poder Judiciário, pois essa intervenção será mínima tendo em vista que os direitos serão

efetivados pelo próprio executivo e assegurará o que o povo espera de seus representantes.

Assim sendo, os desafios encontrados para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, bem como o papel que o Poder Judiciário desempenha nestas esferas de atuação, são extremamente importantes, pois se busca cada vez mais a concretização desses direitos, respeitando ao máximo as atribuições de cada um dos poderes que são conferidas pela vontade do povo estampada através da democracia, sem deixar de primar pela garantia dos direitos fundamentais sociais.

CAPÍTULO V
CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente está em evidência a discussão no que diz respeito à efetividade dos direitos fundamentais sociais. Isso porque a importância que estes direitos representam na vida de cada cidadão é considerada uma condição mínima de garantir a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais sociais estão assegurados no texto Constitucional, visando à garantia de direitos aos cidadãos, direitos estes que são necessários para que o povo possa viver com dignidade.

Nesse sentido é que o presente livro propôs-se identificar alguns desafios existentes quando se pensa em efetividade de direitos fundamentais sociais, bem como alguns obstáculos que prejudicam essa garantia.

A temática principal aqui analisada foi a de vislumbrar alguns dos problemas enfrentados para a efetivação dos direitos fundamentais sociais e o papel que o Poder Judiciário desempenha.

A pretensão foi pesquisar a respeito dos problemas que sempre estão presentes quando se pensa em efetividade de direitos fundamentais sociais, inicialmente pelo fato de que, quando se fala em efetividade desses direitos, compreende-se que se está a admitir que exista problemas de efetividade.

Dessa forma, quando se fala em falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais busca-se compreender o porquê desta situação, visto que diversos são os problemas enfrentados na busca de efetividade e de concretização.

Neste livro investigou-se alguns dos desafios que são encontrados para tentar contornar a situação de falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais, tentando encontrar a matriz da problemática para perquirir algumas respostas que possam contribuir para a construção de uma solução. Ocorre que encontrar uma solução no presente caso é uma tarefa muito difícil, visto que diversos são os problemas encontrados e um é consequência do outro, ou seja, estão todos interligados.

A pesquisa sobre esta temática é muito relevante para a vida da sociedade contemporânea, pois procura identificar respostas que possam aproximar os direitos garantidos no texto Constitucional, a efetividade dos mesmos, passando do campo de discussão para um pensamento de garantia e prática.

Tendo em vista os conflitos existentes quando se discute a efetivação dos direitos fundamentais sociais, foi possível perceber a relevância desse tema, uma vez que gera diversos desafios. E nesses desafios é possível evidenciar que alguns pilares constitucionais acabam sendo afrontados. A ideia inicial de que os direitos fundamentais sociais precisam ser protegidos e garantidos para todos despertou a curiosidade de encontrar uma forma de equilíbrio e ponderação para tais desafios.

Identificar o que prejudica a concretização desses direitos fundamentais sociais e alguns dos desafios que existem para efetivá-los foi o propósito inicial. Em muitas situações, a busca pela atuação do Poder Judiciário acaba por trazer algumas consequências, havendo, por exemplo, as inversões de escolhas.

Este livro propôs-se a identificar alguns problemas e algumas consequências que existem quando se analisa a efetivação dos direitos fundamentais sociais. E essa é a relação com o programa, identificar onde estão os pontos de problema que dificultam e atrapalham a efetivação dos direitos, partindo-se da premissa que é necessário dar o máximo de concretude aos direitos, transformando-os em realidade para a população e não em algo apenas abstrato que está demasiadamente longe, que não seja possível ser alcançado.

O problema da pesquisa é analisar os desafios enfrentados para efetivar os direitos fundamentais sociais. Isto porque o Brasil é um país democrático e esses desafios são demasiadamente complexos, precisando muitas vezes da atuação do Poder Judiciário que acaba por intervir na

esfera de atuação dos demais poderes, ocasionando o enfraquecimento da democracia.

A democracia contemporânea tem nos direitos fundamentais sociais elementos constitutivos inafastáveis, todavia os níveis de efetivação destes são cada vez mais complexos, reclamando, por vezes, uma atuação intensa do Poder Judiciário, a qual, entretanto, não pode esvaziar as competências e atribuições das demais instituições democráticas.

Dessa forma, o problema que o presente livro buscou responder é o de identificar quais são os desafios que se encontra quando se efetiva os direitos fundamentais sociais, com quais dificuldades o Estado e a sociedade se deparam, sendo que estas acabam prejudicando a garantia que consta no texto constitucional.

Os problemas aqui discutidos são muitos e complexos, pois colocam em risco a efetividade dos direitos fundamentais sociais e, por isso, a importância das conclusões evidenciadas.

Os objetivos específicos do presente livro foram os de identificar as definições dos direitos fundamentais sociais e seus fundamentos políticos, jurídicos e filosóficos. Analisar a democracia contemporânea e o papel desempenhado pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Evidenciar os problemas encontrados para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, dando ênfase para o problema do ativismo judicial.

Para responder a este problema e aos objetivos deste livro, no primeiro capítulo foi tratado dos fundamentos dos direitos fundamentais sociais, através da evolução histórica dos direitos fundamentais, os quais, inicialmente, começaram a ser garantidos através de declarações, consequência das revoluções, já que o povo via a possibilidade de passar a decidir sobre o seu destino e buscar melhores condições de vida.

Então foi através de revoluções e lutas que o povo conquistou garantias de direitos que idealizava. E esse é o papel principal que as

Declarações de Direitos desempenharam na história: o de ser a idealização dos direitos fundamentais, a dimensão moral.

Assim, essas Declarações por não estarem positivadas não possuíam força coercitiva suficiente para efetivar e criar meios de cumprir os direitos, então, dessa forma, foram passando a estar previstas em leis até chegar a fazer parte das Constituições dos países, destacando a importância das Declarações de Direitos Humanos no processo de positivação desses direitos fundamentais.

A discussão com relação à terminologia utilizada pela doutrina com relação a “direitos humanos” e “direitos fundamentais” explica-se porque a diferença entre as terminologias está no âmbito da positivação dos direitos, uma vez que se estiver positivada na Constituição de um país é direito fundamental, enquanto que, se estiver positivada no âmbito internacional, será direitos humanos, tendo sido esta diferenciação de terminologia explicada por Sarlet e adotada no presente livro como a mais adequada.

Compreende-se que os direitos sociais não são direitos contra o Estado, mas são direitos que necessitam ser garantidos por meio dele. Sobre as normas de proteção que os direitos encontram no texto Constitucional, tem-se alguns exemplos: a aplicabilidade imediata, os direitos sociais que estão no título dos direitos e garantias fundamentais, bem como estão incluídos nas cláusulas pétreas.

Os direitos sociais também tiveram o início da sua proteção através de revoluções, mas se destaca a revolução industrial, pois com a chegada da máquina a vapor houve um aumento de produção, sendo que havia poucas vagas e muitos operários para trabalhar e, assim, estes trabalhadores começaram a se sujeitar a todas as condições de trabalho e de salário, o que começou a ocasionar uma exploração por parte dos empregadores. Em decorrência disso, o povo começou a lutar por melhores condições de trabalho e salário.

No segundo capítulo, estudou-se sobre a democracia e a concepção em que os autores compreendem como o povo decidindo, ou seja, o poder que o povo possui para decidir, a participação do povo nas escolhas e decisões do Estado, pois todos devem expor o seu pensamento de forma livre e independente da classe social, procurando sempre estabelecer parâmetros para identificar quais são os valores comuns da sociedade. No Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil, é indispensável a participação do povo, pois sem isso não seria considerado como tal.

A democracia contemporânea é composta pela democracia participativa, representativa e deliberativa, sendo que a análise da concepção de cada uma delas foi fundamental para a criação deste livro, pois foi possível identificar onde e como o povo pode participar e manifestar a sua vontade, de forma inicial, visto que é através da democracia que tudo se iniciou. As escolhas começaram a ser efetivadas em decorrência do voto nos representantes ou nas escolhas através dos plebiscitos.

Uma opção gera inúmeras consequências para a sociedade e a democracia representa isso. Um exemplo pode esclarecer melhor a situação quando um presidente é eleito, pois as suas ideologias o acompanham e, dessa forma, tudo que ele for decidir seguirá esse pensamento. Então, tudo são escolhas e estas são realizadas por meio da democracia.

A democracia representativa significa que o poder e a vontade do povo são operacionalizados por meio de representantes que tomam as decisões em que a participação popular se dá de forma indireta.

Por democracia participativa foi possível compreender como sendo aquela em que o povo participa ativamente na formação da vontade do Estado, de forma mais pessoal, através de referendo popular e plebiscito.

Por sua vez, a democracia deliberativa é a participação do povo na formação da vontade através de debates e discussões em que se busca chegar a melhor solução para o conflito em conjunto, construindo-a através do pensamento e opinião de todos.

Para o autor Jellinek, o Estado é formado por poder, população e território, sendo que não existe Estado se não existir estes três requisitos. Dessa forma, existem três poderes que fazem parte do Estado e possuem o papel de cumprir e efetivar os direitos fundamentais sociais em uma democracia.

Os três Poderes possuem funções importantes na efetivação dos direitos fundamentais sociais, como cada um dos poderes desempenha uma função típica de sua responsabilidade, o que garante que vivam em harmonia entre si, bem como garantam que cada um irá executar o seu papel da melhor forma. Por isso existe o princípio da separação dos poderes, para que todos possam cumprir com as suas funções, sem que haja uma dependência e, assim, evite-se arbitrariedades desnecessárias.

Sendo assim, é função típica do Poder Judiciário intervir no caso concreto para aplicar a lei, ser o guardião da Constituição Federal. Entende-se que a principal função do Poder Judiciário é o de ser o guardião da Constituição Federal, atuando sempre que chamado para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, assegurando-a com medidas coercitivas caso haja o descumprimento, porquanto é um Poder independente e profissional, composto por magistrados imparciais para a concretização da função, evitando assim qualquer interferência dos poderes mais fortes e com maior força econômica, buscando garantir uma igualdade entre as partes.

É possível vislumbrar também que todo conflito de interesses pode ser levado à apreciação do Poder Judiciário, sendo sua função aplicar a lei para resolver os casos concretos.

O Poder Judiciário desempenha um papel muito importante na efetivação dos direitos fundamentais sociais, visto que, se o Poder Público não estiver cumprindo com o que está assegurado na Constituição Federal, o cidadão pode levar ao Judiciário e obter uma decisão que o impele a cumpri-lo, concretizando assim o direito buscado pelo cidadão.

A atuação e função do Poder Legislativo não é meramente legislar, mas acima disso é decidir e escolher as políticas gerais que irão definir a atuação do Estado. A falta de sua atuação acarreta a necessidade de o Poder Judiciário suprir as lacunas através de decisões mais ativas e intervenientes.

Ao Poder Executivo cabe a execução das leis como sua função principal em que o órgão é responsável pela condução do país, dirigindo a administração através de negociações. Entre as funções do Poder Executivo está a de executar políticas públicas indispensáveis para a efetivação dos direitos sociais, pois é através delas que é possível chegar mais próximo dos cidadãos que necessitam de auxílio.

No terceiro capítulo pesquisou-se sobre a ideia do ativismo judicial e da judicialização, do mesmo que o ativismo como a mudança normativa através das decisões do Poder Judiciário, quando se analisa os casos concretos. A judicialização significa declinar para que o Poder Judiciário decida os conflitos que envolvem questões de grande repercussão.

Mas o ativismo possui um ponto positivo e um negativo, sendo o positivo atender às demandas que o parlamento não consegue atender e, o negativo, o fato de trazer riscos para a legitimidade democrática.

A questão é complexa, ao ponto que leva ao Poder Judiciário decisões sobre temas tão importantes que precisariam envolver especialistas no assunto para que a decisão fosse adequada, assim como uma legitimação popular.

A inércia do Poder Legislativo gera o ativismo judicial, isto porque o legislador cria as leis de forma mais abrangente, abstrata, e o juiz precisa aplicá-la ao caso concreto, precisando compreender o que o legislador quis dizer e assim proteger a vontade do povo que foi externada através da lei, o que é tarefa difícil.

Em inúmeras situações, os custos que os direitos possuem para serem efetivados são considerados como obstáculos para a sua efetivação,

mas em regra isso não deveria ocorrer, pois deveriam ser vistos de forma diversa, buscando ponderar um mínimo a ser concretizado, sem tornar a atividade jurídica dependente da economia, mas sem separar totalmente ambas as áreas, pois possuem estreita relação.

Dessa forma, não deve ser observado apenas o aspecto econômico, pois, se for analisado deste ponto de vista, nunca será efetivado nenhum direito social, visto que nunca existirão recursos suficientes, mas o que deve ser feito é buscar efetivação ao máximo e da melhor forma possível.

O Poder Judiciário tenta realizar a sua função de garantir os direitos dos cidadãos, mas faz escolhas que acabam por enfraquecer a democracia, pois não é de sua competência realizar determinadas escolhas. Assim, existem precedentes que dispõem que é possível o Poder Judiciário interferir na esfera de atuação dos outros poderes, sem que isso seja considerado como uma afronta ao princípio da separação dos poderes, sendo estes casos: ilegalidade e abuso de poder nos atos administrativos e a exceção em caso de afronta a Constituição Federal.

Algumas funções são típicas de cada um dos poderes e os juízes não conseguem retirá-las dos legisladores, mas a busca pela democracia tem recaído nas mãos do Poder Judiciário e é o que tem desencadeado todos os conflitos que atrapalham a efetividade dos direitos fundamentais sociais e a própria democracia.

Na busca por democracia, os cidadãos acabam por buscar o Poder Judiciário, pois não querem mais nada além do que a garantia dos direitos positivados no texto constitucional. Então o círculo acaba girando sempre em torno da democracia, pois os direitos que os cidadãos querem assegurados são os que precisam ser respeitados pelos poderes que conferiram aos seus representantes, uma vez que todo o poder emana da vontade popular e assim deve ser exercido.

Assim, foi possível analisar e identificar quatro problemas centrais que se interligam e ocorrem um em decorrência do outro, contribuindo

para a falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais. São eles: afronta à democracia, ao princípio da separação dos poderes, o ativismo judicial e os custos dos direitos. Estes problemas refletem a atuação e o papel do Poder Judiciário.

Buscou-se neste livro responder também até que ponto a atuação do Poder Judiciário fere o princípio da separação dos poderes e qual o papel e a atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais, porque essa atuação do Poder Judiciário reflete a garantia de muitos direitos.

Inicialmente, quanto à afronta à democracia, é importante ressaltar a compreensão de que todo o poder emana do povo, que é o povo quem decide os rumos do Estado segundo a Constituição Federal. É o povo quem delimita a atuação de cada um dos poderes, bem como é quem concede estes poderes. Por isso é fundamental entender que tudo depende da vontade soberana do povo, que é realizada através dos seus representantes, bem como das formas de democracia.

Então no momento em que se fala que o Poder Judiciário precisa atuar de forma mais ativa na efetivação dos direitos fundamentais sociais, está existindo uma afronta à democracia, pois se quer dizer que não está sendo observada a vontade do povo que delineou que os outros poderes possuam essa competência.

Ao mesmo tempo se identifica que a vontade do povo está disposta na Constituição Federal, sendo necessário que os Poderes a respeitem e cumpram.

Nessa sequência, encontra-se o desafio em relação à separação dos poderes, que é também uma decorrência da afronta à democracia, mas neste ponto identificou-se a complexidade em separar os três poderes para suas atuações. Essa divisão não é estanque nem definitiva e, por isso, é mais complexa para ser compreendida.

A ideia central desta separação existe para garantir que cada um dos poderes possa exercer o seu papel da melhor forma e garantir a segurança dos direitos dos cidadãos. Mas os poderes precisam ser harmônicos entre si para que possam existir e conviver de forma harmoniosa, sem conflitos para que cada um exerça a sua função.

No terceiro desafio deparamo-nos com o ativismo judicial, sendo que foi possível entender como as interpretações dos magistrados nas decisões judiciais que visam à concretização dos direitos fundamentais sociais podem ser ativas demasiadamente e acabam criando novos direitos para os cidadãos.

Um fato que auxilia para que o ativismo seja propagado é a inércia legislativa, visto que os legisladores não conseguem legislar sobre todos os assuntos que deveriam e, em consequência disso, os juízes precisam decidir os casos concretos que lhes são apresentados.

O quarto desafio identificado é o custo dos direitos, um grande desafio no momento em que se entende que todos os direitos geram custos para o Estado, pois nenhum dos direitos é gratuito, nem as atuações ou omissões dispensam investimentos financeiros. Assim uma atuação mais ativa do Poder Judiciário afronta à separação dos poderes através de decisões definitivas dos juízes e acaba por acarretar a necessidade de delimitar parâmetros mínimos para determinadas situações, sendo elas o mínimo existencial e a reserva do possível, para que, ao mesmo tempo em que se garantam os direitos indispensáveis para a vida dos cidadãos, estejam sendo protegidos os recursos para que não faltem em outras situações.

Para a efetivação da proteção conferida pela Constituição Federal aos direitos fundamentais sociais, existe a necessidade de incluir um mínimo existencial e uma reserva do possível, visto que não é possível garantir tudo a todos.

Muitas vezes o fator custos é meramente utilizado como desculpa para justificar a não efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas é necessário que o Estado pondere seus recursos, tendo como base o mínimo existencial e a reserva do possível, para que através de políticas públicas bem planejadas e executadas consiga assegurar os direitos indispensáveis à sobrevivência dos cidadãos.

O papel do Poder Judiciário na sua atuação é o de garantir o que está descrito no texto Constitucional, pois essa é uma definição do que é prioridade para a sociedade e, quando não cumprido o que está disposto na Constituição, o Poder Judiciário interfere para efetivá-lo e garanti-lo, uma vez que a soberania do povo reflete nos princípios da Constituição.

Ocorre que esta atuação deve ser apenas em situações que os outros poderes não efetivaram os direitos fundamentais sociais, bem como quando observam uma decisão que irá proteger a coletividade de uma forma que analisem com base no princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Assim não é possível efetivar direitos fundamentais sociais apenas para alguns cidadãos e deixar que a maioria do povo seja prejudicada.

Tendo em vista todos esses desafios analisados, foi possível concluir que, para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, em diversas situações, o Poder Judiciário precisa atuar e esta atuação enfraquece a democracia porque se inverte a seleção das prioridades, pois recepciona as atribuições dos outros poderes.

O certo é que transferir a busca por democracia para o Poder Judiciário não soluciona o problema da efetividade dos direitos fundamentais sociais. O que é necessário é ponderar os riscos que cada um dos desafios traz e buscar o caminho de efetivação que apresentar menores riscos para a segurança dos direitos dos cidadãos concebidos em coletividade.

Por fim, conclui-se que não há uma resposta definitiva para os desafios identificados, pois é necessário que exista uma ponderação e que essa seja observada dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade para que o ativismo judicial não atente contra a democracia, respeitando o Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Tradução de: *Theorie der Grundrechte*.

ARISTOTELES. *Política*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. cap. II.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

BARZOTTO, Luis Fernando. *A Democracia na Constituição*. 1. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003.

BITENCOURT, Caroline Müller. *O controle jurisdicional de políticas públicas a partir das contribuições da teoria discursiva e democrática com base na dogmática e na realidade brasileira*. 2012. 311 p. Tese (Doutorado em Direito)–Universidade de Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: <http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/teses/2012/caroline_bitencourt.pdf>. Acesso em: 15 set. 2014.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 13 tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Tradução de: *L'età dei Diritti*.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva. 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva. 2006.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 31 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 762242 AgR. Relator: Min. Dias Toffoli, Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento em 19 nov. 2013a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000223364&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 762323 AgR. Relator: Min. Luiz Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento em 19 nov. 2013b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000223764&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina editora. 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEL NEGRI, André. Teoria da democracia. Âmbito Jurídico, Rio Grande, out. 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2338>. Acesso em: 20 maio 2014.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia – o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar 2001.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência*. São Paulo: LTR Editora, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. Tradução Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução José Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Tradução de: Leviathan, or Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil.

KRELL, Andreas J. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos (uma visão comparativa)*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do Ativismo Judicial: Aspectos teórico-práticos da experiência Norte-Americana e Brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Monica Clarissa Henning (Org.). *Ativismo judicial e déficits Democráticos: Algumas experiências Latino-Americanas e Europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: Os desafios do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: Uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais: Efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTR, 2014.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Desafios teóricos e práticos à efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista OAB/RJ*, n. 1, v. 24, 2010. Disponível em: <http://revista.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2011/09/Revista_OABRJ_v26n1_jan_jun-2010.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Constituição e Direitos Humanos Fundamentais – Exigibilidade e Proteção. In: CONGRESSO NACIONAL, 18., 2008, Brasília, DF. *Anais...* Brasília, DF, 2008. p. 3664-3677. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/08_846.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PROCOPIUK, Mário. *Políticas públicas e fundamentos da Administração Pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas, 2013.

QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: As instituições do Estado Democrático e Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Editora Coimbra, 2009.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social: Ensaio sobre a origem das línguas*. Tradução Lourdes Santos Machado. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 2000. Tradução de: *Du Contrat Social, Essai sur l'Origine des Langues*.

SANTOS, Boaventura De Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1995. Disponível em: <<http://web.ces.uc.pt/ces/publicacoes/oficina/065/65.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Teoria constitucional e ativismo político: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, v. 43, n. 119, p. 567-624, enero/jun. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. A influência do sistema presidencialista no ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal Brasileiro – Quem deve efetivar os direitos fundamentais em uma democracia? In: ALEXY, Robert et al. (Org.). *Níveis de efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009.

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional e suas fundamentais funções. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, a. 43, n. 171, jul./set. 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Fundamentais Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

Sobre o autor:

Daniela Regina Riboli é Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; daniriboli@hotmail.com

