
A efetividade dos direitos sociais e sua judicialização

Camilo Stangherlim Ferraresi*

Leonam de Moura Silva Galeli**

1. INTRODUÇÃO

A partir da análise do texto da Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar, sem que paire qualquer dúvida, que foi aquele em que se consolidou a maior evolução dos denominados direitos de segunda geração, ou direitos sociais. Tais direitos foram deslocados do capítulo referente a ordem social, onde sempre se confundiam com a ordem econômica, e passaram a formar um capítulo específico, denominado “Direitos Sociais”, presente no Título II Capítulo II da nossa Constituição (SILVA, 2003).

São direitos sociais definidos em nossa constituição, os seguintes: direito a saúde, educação, moradia, alimentação, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados (art. 6º, Constituição Federal do Brasil).

No entanto, no que tange à sua eficácia social, a realidade é desoladora, pois constatamos que muitas pessoas ainda não tem acesso

*Advogado e Professor do curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru.

**Graduando do curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru.

a esses direitos em seu dia-a-dia. Resultado disso, de acordo com Bonavides (2003, p. 642) “Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais a ‘Sociedade livre, justa e solidária’, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º)”.

Há que salientar também, como muito bem lembrado por Ingo Wolfgang Sarlet (apud KRELL, 2002, p. 17) a “(...) eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar plena satisfação”, ou seja, a problemática da efetivação de tais direitos passa também pelas mãos dos operadores do direito. Muitos se valem de teorias exportadas de outros países, como Alemanha, para afirmarem que tais direitos não podem ser exigidos judicialmente do Estado, tendo em vista o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do possível.

No entanto, é importante reforçar o entendimento de que esses direitos são de aplicação imediata, tendo como base o disposto no §1º do artigo 5º de nossa Constituição (KRELL, 2002). Assim, pretende-se investigar com essa pesquisa científica, os motivos que levam à não efetivação dos direitos sociais, cabendo o seguinte questionamento: “Porque os direitos sociais não são efetivados e qual o papel do direito para corrigir essa falha?”

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos de segunda geração, também denominados como Direitos Sociais, tem a função de garantir a eficácia dos direitos fundamentais individuais, ou seja, visam garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais de primeira geração.

Nesse diapasão, explica Vladimir Brega Filho:

Foram definidos e assegurados os direitos sociais, econômicos e culturais buscando garantir condições sociais razoáveis a todos os homens para o exercício das liberdades individuais. (BREGA FILHO, ano apud FERRARESI, 2010, p.23)

Para uma melhor compreensão acerca da importância dos direitos sociais, necessário uma breve análise do contexto e evolução histórica dos direitos fundamentais e sua classificação doutrinária.

2.1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais representam uma de conquistas do homem frente ao poder estatal, angariadas ao longo da história. Assim, por meio de lutas sociais, esses

direitos foram se consolidando como garantias inerentes à espécie humana, tidos como elementares para sua existência. (FERRARESI, 2010).

A doutrina classifica os direitos fundamentais em “gerações”. Assim através das necessidades humanas e do contexto histórico, tais direitos foram tendo desdobramentos, onde cada geração de direito esta diretamente ligada a anterior e posterior a essa.

Nesse sentido, explica Paulo Bonavides (2003, p. 563):

Enfim, se nos deparamos direitos da primeira, da segunda e da terceira gerações, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, conforme tem sido largamente assinalado, com inteira propriedade, por abalizados juristas.

Dessa forma, não há que se falar que houve um marco específico do surgimento dos direitos fundamentais, haja vista que foram construídos paulatinamente a partir de fatos ocorridos dentro de um contexto histórico e a necessidade social da época, por meio de lutas e reivindicações da sociedade (AFONSO, 2003).

De acordo com a classificação doutrinária, os direitos fundamentais seriam divididos em três gerações: direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações. Atualmente, alguns autores destacam o surgimento da quarta e quinta gerações de direitos fundamentais, para incluir novos direitos que foram conquistados historicamente.

2.1.1 Primeira geração de direitos fundamentais

A primeira geração dos direitos fundamentais representa as conquistas da sociedade após regimes totalitários e tirânicos, assim tais direitos têm como característica uma limitação na atuação estatal frente ao particular.

São direitos individualistas, no ponto de vista que as garantias conquistadas são garantias individuais do ser humano, e passaram a ser positivados nas primeiras constituições ocidentais (BONAVIDES, 2003).

Tais direitos surgiram com a ideia do Estado de direito, no qual o poder estatal deveria se submeter à Constituição, a qual delimitaria seus poderes e sua atuação perante o particular. Assim as funções do poder foram divididas em distintos órgãos, impedindo a tirania feita por um único governante. Ensina Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

São direitos que surgiram com a ideia de Estado de direito, submetido a uma Constituição. Longe da Hegemonia de um soberano, cuja vontade era lei, concebeu-se um Estado em que as funções do poder fossem atribuídas a órgãos distintos, impedindo a concentração

de poderes e o arbítrio de uma ou de um grupo de pessoas. (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2005, p. 115)

Posteriormente, os direitos fundamentais passaram a ser complementados por direitos que contemplam liberdades, como as denominadas liberdades de expressão coletiva e pelos direitos de participação política (SARLET, 2003).

Hoje estes direitos já se encontram pacificamente normatizados, mas nem sempre foi dessa forma. Na verdade, trata-se de um processo dinâmico que ocorreu em todos os países, e, por diversas vezes, em função do cenário político e social, sofreram recuos e foram suprimidos. Hoje, no entanto, vemos que tais direitos chegaram ao ápice de sua normatividade. Nesse sentido, ensina BONAVIDES (2003, p 563) que “(...) os direitos da primeira geração – direitos civis e políticos – já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça”.

Os direitos fundamentais de primeira geração exigem do Estado uma atitude negativa, ou seja, uma obrigação de não fazer apenas para garantir suas liberdades. “São direitos de resistência ou oposição perante o Estado”. (BONAVIDES, 2003, p. 564).

Conclui-se, portanto, que os direitos fundamentais de primeira geração exigem do Estado uma prestação negativa, a fim de garantir às pessoas, em sentido individual, não tenham suas garantias e liberdades suprimidas ou simplesmente desrespeitadas.

Temos em nossa Constituição, como exemplo de direitos de primeira geração, o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, entre outros.

2.1.2 Segunda Geração De Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais de segunda geração ou direitos sociais merecem de uma análise mais detalhada e aprofundada, visto que são o objeto dessa pesquisa.

Conforme já abordado, os direitos de primeira geração nasceram para proteger o homem dos excessos e arbitrariedades de um Estado absolutista e tirânico. Assim formou-se a concepção de um Estado liberal, que intervinha cada vez menos, tanto na vida particular do cidadão, como nas suas relações individuais, seja na área mercantil, trabalhista, social.

Essa forma de Estado liberal perdurou até o advento da revolução industrial, que incorporou rapidamente à sociedade a classe operária que se formava na época. Como consequência da nova realidade social, surgiram novas necessidades, que apenas as garantias às liberdades individuais não eram capazes de suprir. (MAIA, 2011).

Dessa forma, os direitos sociais surgiram e foram reconhecidos durante todo o século XX, tendo sido introduzidos por diversas formas no constitucionalismo dos Estados sociais, derivados das ideologias socialistas e antiliberais que dominaram o pensamento após o fim da segunda grande guerra. Tais direitos nasceram para garantir, ou tentar garantir, o princípio da igualdade material, do qual não podem ser separados (BONAVIDES, 2003).

Na nossa Constituição encontramos dois tipos de igualdade, quais sejam: a material e a formal. A primeira trata de uma igualdade de fato, ou seja, uma igualdade prática dos direitos contidos na Constituição e nas leis. Já a segunda se revela em uma igualdade de direitos, ou seja, uma garantia de que o Estado não pode, privilegiar uma parcela da sociedade em razão de raça, religião, sexo, etc. Assim ensina José Afonso da Silva:

Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta distinções de grupos.

(...) A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante a lei (...). (SILVA, 2003, p. 213-214)

Cabe frisar que a normatização desses direitos somente se deu após lutas e conquistas dos movimentos sociais, sobretudo aqueles que tinham como objetivo, por ideologia, a idealização de um Estado antiliberal. O objetivo era alcançar a igualdade econômica e social entre as pessoas, apesar dessa igualdade, infelizmente, ficar apenas no campo dos discursos políticos.

Assim, explica Canotilho:

As declarações universais dos direitos tentam hoje uma coexistência integrada dos direitos liberais e dos direitos sociais, econômicos e culturais, embora o modo como os estados, na prática, asseguram essa imbricação, seja profundamente desigual. (CANOTILHO, 2002, p. 386)

Inicialmente esses direitos foram normatizados em Constituições de cunho marxista e “de maneira clássica no constitucionalismo da socialdemocracia (a de Weimar, sobretudo)” (BONAVIDES, 2003, p.564). No entanto, passaram a figurar nas Constituições apenas após o fim da Segunda Guerra Mundial.

Uma discussão que paira em torno desses direitos é no tocante a sua efetividade, sendo certo que há uma divisão entre duas correntes doutrinárias. A primeira defende que sua aplicação seja imediata, baseado no §1º do artigo 5º da nossa Constituição (KRELL, 2002). Por seu turno, há os que afirmam que tais direitos não

passam de normas programáticas, ou seja, nada mais do que objetivos que o Estado deve procurar alcançar, não podendo o cidadão exigir, por exemplo, que o Estado coloque em prática a aplicabilidade dos direitos de segunda geração.

Essa é a questão principal desse trabalho e será aprofundada nos tópicos seguintes.

Assim, podemos conceituar os direitos sociais como aqueles direitos que visam promover uma diminuição da desigualdade social provocada pela sociedade capitalista. São de fundamental importância, tendo em vista que através desses direitos o cidadão consegue exercer plenamente os direitos de primeira geração. Nesse sentido, ensina José Afonso:

(...) os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA, 2003, p. 285-286)

Logo, os direitos sociais são de suma importância para se alcançar a verdadeira dignidade da pessoa humana, princípio consagrado em nossa atual Constituição.

2.1.3 TERCEIRA GERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o desenvolvimento das sociedades, foi se percebendo que, apenas os direitos de primeira e segunda geração não seriam suficientes para garantir a proteção e efetivação da dignidade da pessoa humana. Surgiram então as primeiras ideias de direitos de terceira geração, até então pouco difundidos, os quais até os dias atuais ainda são renegados e mesmo desconhecidos por parte considerável da sociedade.

Estes direitos visam proteger a sociedade como um todo, da qual o homem se torna gênero, abandonando a visão individualista. É a consolidação da fraternidade, completando assim os pilares da Revolução Francesa, quais sejam: Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

De acordo com Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2005, p. 116), os direitos de terceira geração que “depois de preocupações em torno da liberdade e das necessidades humanas, surge uma nova convergência de direitos, volvida à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade (...)”.

Assinala Bonavides (2003, p. 569), como sendo direitos de terceira geração os seguintes: “direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”. No entanto esses são apenas alguns direitos, podendo surgir outros que no decorrer da evolução da sociedade possam ser identificados como direitos que visem à proteção do bem comum.

Essa nova dimensão de direitos constitui a forma encontrada para que fosse protegida a evolução e subsistência da sociedade. Exemplo disso é o direito ao meio ambiente saudável, previsto na Constituição Federal de 1988. O artigo 225 da Carta Magna, dispõe como sendo um direito intergeracional, sendo papel do Estado e da sociedade como um todo, o dever de protegê-lo e mantê-lo saudável.

Importante deixar claro que, apesar dos direitos de terceira geração transcenderem a individualidade e seu titular ser a coletividade, os mesmos podem ser exercidos de forma individual, visto que, tais direitos têm implicância direta na vida de cada um de nós (FERRARESI, 2010).

2.1.4 DEMAIS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com a evolução da sociedade e o surgimento de novas situações que não estão previstas nas gerações anteriores, começam surgir vários autores que classificam tais direitos em novas gerações.

Para Bonavides (2003, p. 571) “são direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”.

No entanto, há visões contrárias que entendem que, na verdade a quarta geração dos direitos fundamentais, nada mais é do que uma releitura dos direitos já classificados nas gerações anteriores, que são interpretados de acordo com a dignidade da pessoa humana. (BREGA FILHO, apud FERRARESI, 2010).

Pode-se afirmar que, “se a tecnologia e as novas formas de relacionamento social e econômico criaram outras formas de submissão do ser humano, cabe ao direito criar meios para sua alforria” (ARAÚJO e NUNES JUNIOR, 2005, p. 116-117), através de novas gerações de direitos.

O direito se amolda à realidade social. Assim, o dinamismo das relações sociais implica na constante evolução dos direitos, como vem ocorrendo ao longo da história da humanidade. Sendo assim, é natural que com o tempo surjam novas concepções de direitos fundamentais, o que embasará novas gerações de direitos.

2.2 DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição promulgada em 1988 trouxe grandes avanços no campo dos direitos fundamentais, tanto individuais quanto os sociais. Essa Constituição teve grande influência do “constitucionalista J.J. Canotilho” (MASCARENHAS, 2010).

No campo social, essa foi a primeira Constituição que previu os direitos e garantias sociais um capítulo específico, além de conferir a estes a proteção de cláusulas pétreas, o que impede que qualquer proposta tendente a abolir tais direitos sequer seja apreciada pelo Congresso (BONAVIDES, 2003).

Outro ponto interessante da atual Lei Magna é que os direitos sociais não estão previstos apenas nos artigos 6º a 11, mas também são encontrados em dispositivos esparsos, como por exemplo, o artigo 170, que tem como objetivo compatibilizar os anseios econômicos de uma burguesia conservadora com as necessidades de se realizar a chamada Justiça Social. Assim explica Celso de Mello (2011, p.32): “Em suma, o que o art. 170 faz é obrigar, impor, exigir que a ordem econômica social se estruture e se realize de maneira a atender os objetivos assinalados.”

Apesar de todo avanço no que se refere à proteção desses direitos, o constituinte não conseguiu fazer com que eles fossem efetivados. Isso muito se deve ao fato de que, os direitos sociais caminham contra a política de Estado Liberal, ou seja, um Estado mínimo, que não interfere nas relações entre os particulares, agravando a desigualdade.

Esta política é o objetivo de uma classe conservadora que se utiliza de mecanismos diversos para tentar impedir a efetivação dos direitos sociais. Isso faz com que, na doutrina, se discuta ainda se tais direitos tem aplicabilidade imediata ou se estão submissos a leis infraconstitucionais, por se tratarem de normas apenas de cunho programático.

Assinala Flavio Pansieri:

Quanto ao debate em torno da juridicidade dos direitos de segunda dimensão, este foi resolvido, no início, com a classificação das normas programáticas, esvaziadas de subjetividade nem imperatividade, apenas uma força objetiva, em que o Estado tem o dever de realizar políticas públicas de acordo com sua oportunidade e conveniência, estando desobrigado de fornecer prestações concretas, e ainda como estas normas não podiam ser entendidas como direitos individualizáveis. (PANSIERI, 2012, p. 38)

Entretanto, de acordo com o mesmo autor, nos últimos anos essa visão dos direitos sociais como normas programáticas, tem perdido a densidade, garantindo assim direitos que buscam a justiça social. (PANSIERI, 2012).

Desta forma, os direitos sociais tem alcançado uma efetividade maior, no entanto, ainda há muito que se fazer em relação aos direitos de segunda geração no Brasil.

3. EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais é tema de grande importância no meio jurídico, pois é partir dessa classificação que as pessoas passam a ter garantias de ver seu direito aplicado efetivamente.

Há na doutrina constitucionalista várias classificações. Dentre elas podemos citar a de Celso Ribeiro Bastos, que classifica da seguinte forma: normas de aplicação - aqueles que estão aptas a produzir todos os efeitos - e normas de integração que são aquelas que não produzem plenamente seus efeitos por si mesmas (ARAUJO e NUNES JUNIOR, 2005).

Há também a classificação de Maria Helena Diniz, onde as normas podem ser definidas como: normas de eficiência absoluta, que são as normas pétreas; normas de eficácia plena, que são aquelas que não demandam de outra legislação para que comece a produzir efeitos; normas de eficácia restringível, que são as normas que apesar de produzirem todos os seus efeitos, podem ser restringidas por legislação infraconstitucional; e por fim as normas de eficácia relativa, que são aquelas que necessitam de uma legislação infraconstitucional para que possam produzir todos os seus efeitos (ARAUJO e NUNES JUNIOR, 2005).

Outra classificação existente é a do jurista Luis Roberto Barroso, que divide as normas constitucionais em três grupos: normas definidoras de direitos, que são as normas que definem os direitos e garantias fundamentais individuais e sociais; normas de organização, que são aquelas que definem a organização do Estado e exercício do poder; e por fim as programáticas, que estabelecem programas de ação do Estado para se alcançar determinados objetivos (BARROSO, 2009).

Neste trabalho usaremos a classificação de Jose Afonso da Silva, por se tratar de uma classificação de maior aceitabilidade em nossos tribunais. O autor divide as normas constitucionais em três grupos: as de eficácia plena, contida e limitada.

3.1 NORMAS DE EFICÁCIA PLENA

As normas de eficácia plena nascem gerando direitos aos cidadãos, sem que seja necessária norma ulterior para fazer com que produza efeitos ou que restrinja

os mesmos. Assim temos que, as normas de eficácia plena não necessitam de regulamentação por lei infraconstitucional para que os cidadãos possam exigir seus direitos, seja perante o Estado ou outros cidadãos.

Explica Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 18) que “[..] as normas de eficácia plena deflagram cabalmente seus efeitos em desatada e imediata aplicação [..]”.

Tais normas também são chamadas de “normas auto executáveis”, pois essas bastam por si mesmas, sendo assim devem ser aplicadas imediatamente a sua aprovação. (FERREIRA FILHO, 2011).

Por serem normas completas, pode-se dizer que “são, portanto, norma forte, quanto sua eficácia, não podendo ser enfraquecidas quer pelo legislador ordinário, quer pela Administração Pública” (ARAUJO e NUNES JUNIOR, 2005, p. 19)

Luis Roberto Barroso afirma que não existem normas de eficácia plena, vez que, no campo dos direitos fundamentais, nenhum direito é absoluto, desta forma todas as normas são de eficácia contida, pois em todos os casos ela sofrerá uma limitação pelo legislador infraconstitucional (BARROSO, 2009, p. 215).

As normas de eficácia plena já nascem gerando efeitos objetivos aos cidadãos, não necessitando de normas posteriores que lhe dêem eficácia. Sendo assim, por terem uma aplicabilidade imediata, nasce ao cidadão, em caso de descumprimento por parte do Estado, o direito de judicialização, ou seja, direito público subjetivo de acesso à justiça para produção concreta de efeitos da norma constitucional.

Como explica José Afonso da Silva (...) as normas de eficácia plena são “aquelas que, desde a entrada da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais”.

Temos como exemplo de normas de eficácia plena dentro de nossa Constituição os seguintes: art. 206, IV (impõe a gratuidade do ensino público), art. 15 (veda a cassação dos direitos políticos), art. 17, §4º (veda aos partidos políticos o uso de organização paramilitar).

3.2 NORMAS DE EFICÁCIA CONTIDA

As normas de eficácia contida são normas de aplicabilidade imediata, para as quais, no entanto, o constituinte deixou espaço para que os legisladores infraconstitucionais delimitassem sua aplicação. Por serem de aplicabilidade imediata, gera aos cidadãos o direito de exigí-la, pois somente lei ulterior poderá regulamentar seus limites de efeito.

Explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p.417) que as normas de eficácia contida “receberam do constituinte “normatividade” suficiente, mas “preveem meios normativos (...) permitindo limitações à sua eficácia e aplicabilidade”.

Assim, na falta de uma legislação ulterior que regulamente o dispositivo, vigorará essa em sua totalidade alcançando a todos os cidadãos, ou seja, estas normas nascem gerando efeitos sobre todos, podendo inclusive ser matérias de ações judiciais, caso haja o impedimento do exercício de tal direito previsto na norma de eficácia contida.

Desta forma, “(...) como se vê, à falta de lei ou leis que regulamentem o dispositivo, vige a regra geral” (ARAUJO e NUNES JUNIOR, 2005, p. 20).

Tais limitações podem ocorrer não só através de legislações infraconstitucionais, como também através de um conceito vago, tais como “ordem pública”, “bons costumes”, “segurança nacional”; nesses casos a redução viria através da Administração Pública, e em caso de eventuais conflitos, estes devem ser dirimidos pelo Poder Judiciário. (ARAUJO e NUNES JUNIOR, 2005)

No entanto, tanto a Administração Pública quanto o legislador ordinário, não tem liberdade ilimitada ao editar regramentos que reduzam a aplicabilidade da norma constitucional de eficácia contida. Nesse sentido esclarecem Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior que “deve sempre preservar um conteúdo mínimo do direito, sob pena de estar descaracterizando a norma constitucional”. (ARAUJO e NUNES JUNIOR, 2005, p. 20).

Pode-se concluir que, a diferença entre as normas de eficácia contida para as normas de eficácia plena, consiste na possibilidade das primeiras de serem delimitadas por lei posterior ao início de sua vigência, ao passo que as segundas não permitem qualquer tipo de restrição posterior ao início de sua vigência. Ambas, no entanto, possuem aplicação imediata. (FERREIRA FILHO, 2011).

3.3 NORMAS DE EFICÁCIA LIMITADA

As normas de eficácia limitada pertencem ao último grupo da classificação das normas constitucionais, e que contém as normas mais fracas, no que se refere à eficácia, isso porque ao surgirem necessitam de legislação infraconstitucional para que surtam efeitos práticos.

Ensina Michel Temer (1999, p. 24 e 25) que “são aquelas [normas] que dependem da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário (...) lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados”.

Estas normas são subdivididas em dois grupos: as normas de princípios institutivo e as normas de princípios programáticos.

Segundo José Afonso da Silva, as normas de princípios institutivos contêm uma esquematização de criação e funcionamento de órgãos, assim para que essas

disposições constitucionais a respeito de determinados órgãos passe a ter eficácia, é necessário a edição de uma lei infraconstitucional.

Explicam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano:

São normas de princípio institutivo, porquanto contêm esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades, pelo que também poderia chamar-se normas de princípio orgânico ou organizativo. (ARAÚJO; SERRANO, 2005, p. 21)

Ainda segundo José Afonso da Silva, as normas de princípios programáticos contêm princípios que devam ser alcançados pelos respectivos órgãos a quem a norma foi direcionada, abstendo-se assim o constituinte de regular direta e imediatamente determinados assuntos (ARAÚJO e NUNES JUNIOR, 2005).

Tais normas, mesmo que ainda sem regulamentação infraconstitucional, nascem produzindo efeitos, tais como: orientar o legislador ordinário na elaboração de futuras normas, condiciona a atividade discricionária do Judiciário e do Executivo, criam situações jurídicas subjetivas de vantagem ou desvantagem, etc. Além, é claro, que tais normas revogam leis preexistentes que fira o proposto em tais princípios.

Assim ensina Luis Roberto Barroso:

Estas normas, contudo, ao contrário do que ocorria com as ditas não auto-aplicáveis, não são completamente desprovidas de normatividade. Pelo contrário, são capazes de surtir uma série de efeitos, revogando normas infraconstitucionais anteriores com elas incompatíveis, constituindo parâmetro para declaração de inconstitucionalidade por ação e por omissão, fornecendo conteúdo material para a interpretação das demais normas que compõe o sistema constitucional". (BARROSO, 2009, p. 215)

Como bem frisado por Luis Roberto Barroso acima transcrito, estas normas podem ensejar a inconstitucionalidade por omissão, assim são matéria objeto de mandado de injunção, que é um remédio constitucional previsto no art. 5º inciso LXXI. Esta ferramenta jurídica serve para que o judiciário dê ciência ao legislativo sobre a ausência de norma regulamentadora que impeça o exercício de um direito. É similar à Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, diferenciando-se apenas que o mandado de injunção é aplicado ao caso concreto.

3.4 EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Existe uma discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da eficácia e aplicabilidade dos chamados direitos sociais. Toda essa discussão se forma no sentido de que, parte da doutrina constitucional entende que, os direitos sociais são apenas normas programáticas, sendo assim, seriam classificados como normas de eficácia

limitada, não gerando de imediato um direito subjetivo ao cidadão. De outro lado, parte da doutrina considera que esses direitos tem eficácia e aplicabilidade imediata ao seu surgimento.

Para os juristas Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2011) os direitos sociais são impossibilitados de serem aplicados imediatamente, vez que dependem de uma interpretação e limitação dos legisladores. Para eles “as normas que dispõe sobre direitos fundamentais de índole social, usualmente, têm a sua plena eficácia condicionada a uma complementação pelo legislador.” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 175)

Há autores, no entanto, que defendem a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, entendendo estes que, tais normas não são apenas normas de cunho programático, deixando a mercê da vontade do Estado de efetivá-los ou não. Assim explica Andreas Krell (2002, p. 20), as normas programáticas “não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável”.

Embasa esse entendimento do autor, o fato dos direitos sociais estarem dispostos, em sua maioria, dentro do capítulo “Dos direitos e garantias Fundamentais”, assim o disposto no art. 6º da Constituição deve ser revestido das prerrogativas dos direitos fundamentais. Ademais, deve ser aplicado o disposto no art. 5º §1º da nossa Lei Maior, que dá a prerrogativa de aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais. Assim, os direitos sociais estão revestidos de aplicabilidade imediata, podendo inclusive ser reivindicados perante o Judiciário (KRELL, 2002).

Explica Celso Antonio Bandeira de Mello:

As disposições constitucionais relativas à Justiça Social não são meras exortações ou conselhos de, simples valor moral. Todas elas são – inclusive as programáticas – comandos jurídicos, e por isso, obrigatórias, gerando para o Estado dever de fazer ou não fazer (MELLO, 2011, p. 55)

Conclui-se, portanto, que a visão que mais atende aos anseios do legislador constituinte, que é a Justiça Social, é a de que, os direitos sociais não podem ser considerados normas programáticas, no sentido de não terem aplicabilidade imediata sem que haja edição de uma legislação infraconstitucional.

O objetivo dos direitos sociais é a efetivação das liberdades individuais, visto que um cidadão que possui, apenas e tão somente, a igualdade formal garantida pela Constituição, não poderá, este cidadão, exercê-la plenamente se o Estado não criar mecanismos de efetivação da igualdade material.

Para Flavio Pansieri (2012, p. 130) os direitos sociais estarão fundados “na ideia de que é livre aquele que pode usufruir de condições mínimas para a garantia de sua dignidade”.

A igualdade material visa garantir aos cidadãos um sistema equânime de oportunidades e, desta forma garantir não só a igualdade nas leis (igualdade formal), mas também uma igualdade real de condições que lhe ofereçam o mínimo de dignidade. Esta igualdade virá através de políticas públicas discricionárias, tratando de maneira desigual os desiguais, na medida da sua desigualdade. (PANSIERI, 2012)

Ainda que entendêssemos que os direitos sociais são normas programáticas, não se pode negar que sua aplicabilidade deve ser imediata, uma vez que as normas programáticas vinculam o legislador a cumprir o objetivo para o qual foi criada. Assinala Maria Paula Dallari Bucci (apud FERRARESI, 2010, p. 36): “um dos efeitos das normas programáticas é a proibição de omissão dos Poderes Públicos na realização dos direitos sociais”

Desta forma tanto o Poder Legislativo, quanto o Poder Executivo e também o Poder Judiciário estarão vinculados diretamente com os preceitos oriundos dos direitos sociais, não podendo tomar decisões que entrem em conflito com eles, causando um retrocesso social (PANSIERI, 2012)

A vinculação dos poderes Legislativo e Executivo está pacificada no dia-a-dia, no entanto, a vinculação do Poder Judiciário encontra ainda uma forte resistência por parte de uma doutrina conservadora, porém isso vem mudando nos últimos tempos. A vinculação do Judiciário aos direitos sociais será abordada com mais detalhes nos próximos capítulos.

4. JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Como já exposto anteriormente neste trabalho, os direitos sociais não são efetivados no dia-a-dia da sociedade brasileira. Isso não ocorre apenas por culpa dos nossos governantes, na verdade toda a sociedade possui sua parcela de culpa.

Uma das vias que a sociedade tem para garantir a efetividade de seus direitos seria o Judiciário, mas infelizmente esta via ainda está atrelada a uma visão conservadora sobre seu papel no que tange à guarda dos princípios constitucionais.

Nós, como operadores do direito, temos uma grande responsabilidade no fato de o Poder Judiciário permanecer neutro nesta discussão, atribuindo toda a responsabilidade nos governantes e nos orçamentos feitos pela União, Estados e municípios.

Ao defender esta posição, estamos na verdade importando o comportamento dos juristas alemães, o que, na visão de Andreas J. Krell (2002, p. 69) não se “parece transponível, sem as devidas adaptações, ao Brasil de hoje”.

Não é possível apenas importarmos estas teorias jurídicas sem nos atentarmos ao fato de que Brasil e Alemanha são países totalmente diferentes, possuem cultura, sociedade e economia antagônicas. Nos países europeus, essa teoria funciona, pois lá a sociedade civil possui uma organização e atuação maior, capaz de influenciar nas decisões políticas, o que no Brasil ainda é um sonho distante.

Assim ensina Andreas Krell (2002, p. 70):

As condições culturais, políticas e socioeconômicas vigentes no Brasil no início do século XXI não exigem uma exaltação de teorias liberalistas e internacionalistas, mas um desenvolvimento firme e contínuo em direção ao Estado Social, preconizado pela Carta de 1988, com todas as suas consequências. (KRELL, Andreas J., 2002, p. 70)

Assim o Poder Judiciário deve desempenhar outro papel dentro da sociedade brasileira, e não apenas se manter neutro diante de flagrantes injustiças, com argumentos importados de teorias européias, onde a sociedade é totalmente diferente.

Estes argumentos utilizados pelo judiciário advêm de uma interpretação conservadora-liberal que a doutrina possui em relação aos direitos sociais. Parte da doutrina ainda não incorporou o sentido de Estado Social que a Constituição de 1988 trouxe.

Para Flavio Passieri (2012, p. 124) “a doutrina mais conservadora ainda permanece fundada nas normas autoaplicáveis e em normas não autoaplicáveis, nega a aplicabilidade imediata a grande parte dos direitos e garantias fundamentais”.

Há ainda quem defenda que o Estado deva apenas garantir o “mínimo existencial”, no entanto esta é uma teoria ultrapassada, visto que, hoje se defende um conceito mais amplo o qual o Estado deva estar submetido, conhecido também como “Necessidades humanas Básicas”. De acordo com este conceito, muito mais amplo, o Estado tem a obrigação de garantir não o mínimo existencial, mas sim tudo aquilo que é indispensável ao ser humano.

Para Alessandro Miranda (2013, p. 67), “as necessidades humanas básicas constituem o conteúdo aceitável e essencial dos direitos sociais para o nobre propósito de erradicar a pobreza absoluta e promover o desenvolvimento da sociedade”.

Entre as teorias alemãs podemos citar as duas principais, quais sejam: a separação dos poderes, onde o Judiciário afirma não poder obrigar o Executivo e

o Legislativo a atuarem no sentido de efetivarem os direitos sociais, uma vez que isso seria uma intromissão não permitida na divisão dos poderes. A segunda teoria é a chamada reserva do possível, com base na qual, não seria possível exigir que os governantes gastarem um dinheiro que não houvesse previsão no orçamento público. Estas duas teorias, que passaremos a estudar de forma mais detalhada a partir de agora, é que impedem que o Judiciário atue com maior eficiência para tentar acabar com tamanhas injustiças.

4.1 TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O Brasil adotou a teoria da tripartição de poderes, cujas bases teóricas foram lançadas por Aristóteles e depois aperfeiçoadas por Montesquieu.

Na realidade o poder é uno e indivisível, assim, na verdade, Montesquieu defendeu uma forma de organizar as funções emanadas deste poder, o qual emana de um único pólo: o Estado; desta forma a utilização da expressão “tripartição dos poderes” é errônea (TEMER, 1999). Assim ensina Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Em outras palavras, a capacidade de determinar o comportamento de outras pessoas – poder – não pode ser fracionada. Assim, a edição de uma lei, de um ato administrativo ou de uma sentença, embora produto de distintas funções, emana de um único pólo irradiador de poder: o Estado. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2005, p. 299)

Dessa forma, a vontade do Estado é única, vindo, no entanto, de diferentes órgãos que representam suas funções. Estas funções foram divididas da seguinte forma: executiva, legislativa e judiciária.

A função executiva tem como objeto típico a administração da coisa pública. Tem por escopo fazer cumprir o que se encontra nas leis através de atos e decisões. A materialização de sua vontade é dada através dos atos administrativos. (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2005)

A função legislativa tem como objeto típico a inovação e criação do ordenamento jurídico, através de regras genéricas e abstratas que devem ser, compulsoriamente, seguidas pelos indivíduos e órgãos estatais. A materialização de sua vontade é dada através das leis (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2005).

A função jurisdicional tem como objeto típico aplicar a lei em casos concretos que geram controvérsias entre particulares, ou seja, cabe ao judiciário pacificar dúvidas ou controvérsias que surgem da aplicação da lei. Diferentemente dos demais poderes, as decisões do poder judiciário devem ser cumpridas, via de regra, apenas

entre os particulares que participaram do processo que pacificou a controvérsia (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2005).

Essa divisão de funções ocorre para que o poder não seja acumulado nas mãos de uma única pessoa, ou seja, exercido por um único órgão, preservando assim o espírito democrático.

Segundo a teoria de Montesquieu, em sua obra denominada “O espírito das leis”, e adotada pela nossa Constituição em seu artigo 2º, estas funções do poder central devem funcionar independentes e harmônicas entre si, dessa forma um poder não deve interferir no outro nos desempenhos de suas funções típicas, estabelecidas pelo constituinte.

Para que se atendesse o disposto nesta teoria, seria necessária a criação de um sistema de “freios e contrapesos”, através do qual cada órgão possui funções típicas e atípicas. As primeiras tratam das funções a serem exercidas, em regra, exclusivamente pelo respectivo órgão – como, por exemplo, as funções típicas do legislativo seria criar e/ou modificar leis. As funções atípicas são aquelas funções de um órgão sendo exercida por outro poder – como, por exemplo, a função atípica do legislativo é processar e julgar seus pares que descumpram regras do decoro parlamentar. As funções típicas (regra) e as funções atípicas (exceção) estão definidas na Constituição.

Desta forma ensina Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Não é viável a manutenção de poderes harmônicos, independentes e autônomos dentro de uma estruturação rígida de funções. Com efeito, caso não fosse possível certa flexibilização nessa divisão de funções, o Poder Legislativo, para, por exemplo, contratar servidores, deveria reportar-se ao Poder Executivo. (ARAUJO, NUNES JÚNIOR, 2005, p. 303)

Surge, nesse ponto, a possibilidade de se judicializar os direitos fundamentais sociais com base na omissão do legislador ou do administrador público. Essa omissão pode ser total – quando ele não age – ou pode ser parcial – quando suas medidas não insuficientes ou incompletas. Assim para Andreas Krell (2002, p. 86) “os direitos sociais podem funcionar como verdadeiros direitos subjetivos e ser invocados judicialmente através de ações de inconstitucionalidade por omissão e ação”.

No entanto, com base na teoria da separação dos poderes, criada por Aristóteles e aperfeiçoada por Montesquieu, juristas brasileiros, inspirados em teorias jurídicas desenvolvidas na Europa, defendem que a judicialização dos direitos sociais seria uma ofensa a separação dos poderes, vez que o Judiciário passaria a fazer as vezes do Executivo (decidir como distribuir os recursos econômicos disponíveis) e do Legislativo (interferir na elaboração de leis e do orçamento).

Assim é o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

A dependência de recursos econômicos para efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nessa perspectiva, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes. (MENDES; BRANCO, 2011, p. 668)

Devido a graves crises econômicas pelas quais o mundo está passando, a efetivação dos direitos sociais não deve ser feita pelo Judiciário, que não tem legitimidade para definir a melhor maneira de distribuição dos recursos públicos. Cabe ao Judiciário, apenas e tão somente, impedir uma interpretação restritiva por parte da Administração Pública. (GARCIA, 2008).

Para Emerson Garcia (2008, p. 69) “os direitos sociais que exijam uma prestação estatal não podem ser invocados com base direta no texto constitucional, sendo necessária a intermediação do legislador para definição dos seus contornos essenciais”.

Entretanto há na doutrina quem defenda a aplicabilidade imediata desses direitos, dada sua importância social, visto que, em uma sociedade injusta é impossível se falar em liberdades individuais sem que o Estado tente equiparar os “diferentes”.

Sendo assim não se pode utilizar a teoria da separação de poderes para impedir que o Judiciário atue, positivamente, para efetivar esses direitos e promover uma igualdade social.

Assim explica Clémerson Merlin Cléve (2003, p. 07):

Portanto, pode-se afirmar que o Judiciário, de certo modo, no quadro da Constituição brasileira de 1988, conquanto seja absolutamente necessário, evidentemente não é suficiente para a integral efetividade dos direitos sociais, daí a necessidade, repito mais uma vez, da democracia participativa e da atuação da população. Nada obstante, um Judiciário ativo é condição para a efetivação progressiva dos direitos constitucionais. Neste ponto cumpre, em determinadas circunstâncias, e para determinadas situações, defender um certo ativismo judicial (conseqüente e responsável) fortemente articulado do ponto de vista da consistência discursiva (motivação) e da riqueza argumentativa (convencimento).

Nota-se no direito brasileiro que há uma resistência muito grande no controle, por parte do Judiciário, dos atos emanados do Poder Público, alegando que decisões emanadas do Poder Judiciário não têm o condão de obrigar o Legislativo ou Executivo a fazer ou deixar de fazer algo, tendo, tão somente, o “poder” de

cientificar o respectivo órgão de sua omissão. Desta forma, o princípio da Separação dos Poderes traz efeitos paralisantes às reivindicações de cunho social.

Assim ensina Andreas J. Krell (2002, p. 82):

Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal. (KRELL, 2002, p. 88)

Posto que os direitos sociais têm aplicação imediata, garantem ao cidadão o direito de exigir, através do Judiciário, que o Poder Público crie políticas afim de efetivá-los. No entanto, alguns direitos são mais difíceis de encontrar sua efetivação através da judicialização, sendo necessário, nestes casos, que se defina os limites de atuação do Judiciário. (CLÉVE, 2003)

Conclui-se que, o forte apego da magistratura brasileira por este argumento é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional, que ainda não se adaptou às condições diferenciadas do Estado Social, sendo necessária uma atualização de antigos dogmas importados de países europeus, sobretudo da Alemanha, onde se há uma sociedade completamente diferente da brasileira.

Esse direito comparado atravança as lutas de classes sociais menos favorecidas em busca da justiça e da igualdade social, objetivos precípuos dos direitos fundamentais sociais.

4.2 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Tudo que o Poder Público faz, enquanto prestações positivas demandam gastos financeiros, que devem estar previstos no orçamento, seja federal, estadual ou municipal. O orçamento é formulado pelo Poder Executivo e aprovado pelo Poder Legislativo, e deve seguir regras contidas na Constituição Federal, Constituição Estadual e na Lei Orgânica do Município, no que se refere a destinar o uso das verbas públicas federais, estaduais e municipais.

Nas palavras de Maria Claudia Maia (2011, p. 124) “o orçamento público é um importante instrumento de controle social sobre a ação do Estado, pois, além de prever e autorizar receitas e despesas públicas”.

Dessa forma, não é possível que o Administrador Público gaste uma verba que não tem previsão orçamentária, podendo inclusive, nos casos dos Governadores e Prefeitos, serem responsabilizados na lei de Responsabilidade Fiscal.

Desta forma, para que o Estado possa investir nas áreas sociais, são assegurados, na peça orçamentária, recursos públicos para cada uma dessas áreas, como seguridade social (art. 194), saúde (art. 196), previdência social (art. 201), cultura (art. 215). Com base nessa vinculação orçamentária, não é possível que a Administração Pública se negue a investir, ao menos, o mínimo estipulado na Lei Orçamentária. (MAIA, 2011)

Esse é mais um argumento utilizado para se evitar que se judicialize estes direitos, visto que, o Judiciário, segundo esta teoria, não tem legitimidade para arbitrar a maneira que o Administrador Público deva utilizar os recursos financeiros de que dispõe.

A reserva do possível surgiu na Alemanha em uma decisão do Tribunal Constitucional, em um processo que versava sobre o conflito existente entre a quantidade de vagas em universidades oferecidas pelo Estado alemão e a quantidade de interessados. Nesta decisão, o Tribunal Constitucional definiu que a liberdade de escolha profissional exigia o direito de acesso ao ensino público, no entanto, este direito estaria vinculado a reserva do possível, onde o legislador tem de conciliar, na administração dos recursos, os interesses diversos da sociedade. (PANSIERI, 2012)

No Brasil a reserva do possível foi ventilada em julgado do Ministro Celso de Mello, que julgou extinta, por perda do objeto, a ADPF nº 45, a qual questionava veto presidencial a dispositivos da Lei de Diretrizes Orçamentárias que obrigava investimentos financeiros mínimos na saúde, conforme Emenda Constitucional 29/2000. O Ministro salientou, no entanto, que o Estado não pode se utilizar da reserva do possível para se desvencilhar das obrigações de cumprimento dos direitos de segunda geração. (SARMENTO, 2008).

Na visão do Ministro então, deve-se utilizar este argumento de forma racional, para impedir a nulidade dos direitos sociais. Essa racionalidade visa justamente o fato de que os recursos financeiros são finitos e as demandas sociais não, sendo impossível realizar todas as necessidades da sociedade.

Para Gomes Canotilho, os direitos sociais estão relacionados com a existência de recursos financeiros nos cofres públicos, dessa forma não poderá haver vinculação jurídica a eles, cabendo ao Estado, apenas e tão somente, garantir o mínimo existencial (CANOTILHO, 2002)

Ainda de acordo com este autor, os direitos sociais sempre dependerão de uma atuação legislativa para alcançarem sua eficácia e exequibilidade, cabendo ao Poder Judiciário apenas o controle da ação legislativa para verificar se a mesma não vai contra estes direitos, seria, assim, uma ação negativa, de defesa dos direitos sociais, e não uma ação positiva (CANOTILHO, 2002, p. 514):

Os Tribunais não são órgãos de conformação social activa. Também o não é o Tribunal Constitucional. Nos casos mais significativos em que este Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre direitos sociais em sede de fiscalização abstrata (...) considerou-se que: (1) as normas consagradoras de direitos sociais podem e devem servir de parâmetro de controlo judicial, mas que (2) eles ficam dependentes, na sua exacta configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa conformadora e concretizadora, só então adquirindo plena eficácia e exequibilidade.

Essa argumentação conservadora está ultrapassada, pois todos os direitos, sejam eles de prestação positiva ou negativa, geram gastos para o Poder Público – um exemplo são os gastos que a Justiça Eleitoral tem para garantir eleições seguras e, por conseguinte, garantir o direito ao voto para o cidadão. Infelizmente, hoje, essa teoria é utilizada pelo Estado com a intenção de desqualificar os direitos sociais fundamentais, visto que o mesmo não faz um esforço para garanti-los dentro do Orçamento Público.

Assim explica Alessandro de Miranda (2013, p. 87):

No Brasil, pode-se afirmar, com conhecimento de causa, que o citado princípio da reserva do possível exerce, muitas vezes, a função de argumentação retórica destinada a desclassificar, a priori, os direitos sociais fundamentais, já que os poderes públicos costumam afirmá-lo mesmo sem verificar previamente a disponibilidade real das finanças do Estado, como se se assumisse que este nunca terá recursos financeiros suficientes para levar a cabo a efetivação de importantes direitos. (MIRANDA, 2013, p. 87)

Em que pese a defesa racional da reserva do possível, há na doutrina os que defendem a fragilidade deste argumento, afirmando que a transposição originada do direito alemão foi feita de uma forma incorreta, visto que, Brasil e Alemanha possuem diferenças sociais gritantes.

O que tem se defendido, de forma crescente na doutrina, é o princípio da razoabilidade, ou seja, nem o Estado pode se esquivar totalmente de suas obrigações para com os direitos sociais e, do mesmo modo, o particular teria seu direito resguardado, dentro dos limites de razoabilidade. (MIRANDA, 2013)

Dessa forma, utilizar um argumento desses para impedir o ativismo judicial na busca pela igualdade social traz um atraso social muito grande, prejudicando consideravelmente o desenvolvimento brasileiro, visto que somos um país que temos muitos sobrevivendo com tão pouco, e poucos sobrevivendo com muito.

4.3 ATIVISMO JUDICIAL PARA OS DIREITOS SOCIAIS

Como já mostrado no decorrer deste capítulo, o Poder Judiciário tem papel fundamental na concretização dos direitos sociais, o que falta, muitas vezes, é a conscientização dos operadores do direito desta importância.

No Brasil enfrentamos a ausência de tradição de se exigir os direitos sociais através do Poder Judiciário, principalmente em relação aos direitos de prestações positivas. Dessa forma, se os órgãos jurisdicionais não forem provocados, utilizando-se argumentos válidos, ele não poderá se manifestar em relação a esses importantes direitos.

Os direitos sociais só estarão plenamente garantidos quando, a sociedade tiver condições de demandar judicialmente a falta de cumprimento, por parte do Estado, de suas obrigações sociais. (MIRANDA, 2013)

Defendemos assim, que o Judiciário assumira uma posição ativa na luta pelo desenvolvimento social. Esta judicialização advém do Estado Democrático de Direito, no qual estamos inseridos através da nossa atual Constituição.

Como já vimos anteriormente, o poder do Estado é uno e indivisível, porém suas funções foram distribuídas entre os órgãos estatais (Legislativo, Executivo, e Judiciário). Dessa forma, o Poder Judiciário faz parte do “poder” e deve atuar quando os demais poderes permanecerem omissos. Na medida que se nega a fazer isso, o Poder Judiciário sacramenta flagrantes injustiças cometidas contra minorias que não têm acesso aos órgãos do Estado. (MIRANDA, 2013)

Assim explica Alessandro de Miranda (2013, p. 100):

A Justiça Constitucional deve adotar, por consequência, uma postura intervencionista, ativa e dinâmica, longe da postura abstencionista do modelo liberal-individualista-normativista que ainda prevalece na conservadora (mas em vias de mudança) dogmática jurídica brasileira. (MIRANDA, 2013, p. 100)

Esta situação vem se modificando nos últimos anos, com um posicionamento mais flexível em relação à atuação do Judiciário face a efetivação dos direitos sociais fundamentais. Apesar de se ver um avanço, ainda há um entendimento conservador grande em nossa magistratura.

Antes de comentarmos sobre a judicialização e o ativismo judicial, é imperioso destacarmos as diferenças entre esses dois termos. A judicialização é a possibilidade que a sociedade tem de demandar, perante o Judiciário, situações fáticas que necessitam de uma intervenção judicial. Já o ativismo judicial é a possibilidade de

uma interpretação extensiva em relação aos direitos constitucionais, dessa forma, o juiz não aplicará apenas a letra fria da lei, mas sim deverá se preocupar com o objetivo inicial do legislador em editar a norma. (BARROSO, 2012)

A judicialização, em nosso entendimento, é perfeitamente alcançável, vez que o art. 5º de nossa Constituição, em seu inciso XXXV, prevê o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou seja, o Judiciário não poderá se negar a apreciar alguma demanda. Passaremos, a partir de agora, analisar o ativismo judicial.

O ativismo judicial vem ocorrendo com um pouco mais de frequência nos últimos anos devido a uma crise em nossa democracia representativa. Hoje temos um Legislativo sem uma agenda política definida, assim, os representantes do povo estão cada vez mais distantes dos representados. Parte da agenda política do Congresso Nacional, foi transferida para o plenário do Superior Tribunal Federal. (BARROSO, 2012).

Outro poder representativo que não alcança, de maneira plena, os anseios sociais é o Executivo, que, apesar de ter criado políticas públicas de cunho social nos últimos anos, estas não representam, ainda, a verdadeira liberdade social, onde as minorias serão ouvidas.

Nas palavras de Alessandro Miranda (2013, p.108), o ativismo judicial em relação aos direitos sociais é necessário para “salvaguardar os interesses constitucionais democráticos”, ou seja, o ativismo judicial não vai contra o princípio da Separação de Poderes, mas representa tão somente, uma garantia de que os objetivos presentes em nossa Constituição serão alcançados.

Dessa forma é necessário que o Judiciário se conscientize sobre seu relevante papel na luta pela justiça social. É necessário também que, os operadores do direito, que fazem com que as demandas sociais cheguem ao Judiciário, se conscientizem do relevante papel social na luta pela igualdade material.

Evidentemente, a judicialização e o ativismo social não podem ser feitos de maneira irresponsável, mas sim sempre dentro de uma razoabilidade, analisando, assim, o caso em concreto.

Devemos cobrar também uma mudança de comportamento do Legislativo e Executivo, para que estes implementem políticas públicas que visem a concretização dos direitos sociais fundamentais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após toda a análise do trabalho conclui-se que os direitos sociais fundamentais têm uma importância muito grande, mas infelizmente são por diversas vezes renegados, ganhando apenas status de normas programáticas.

Afirmo que são importantes pois, são os responsáveis por garantir efetivamente que o ser humano seja livre. Portanto, são os direitos sociais que efetivam os direitos fundamentais de primeira geração, as chamadas liberdades individuais.

Os direitos sociais não podem ser considerados apenas como normas programáticas, mas sim como normas constitucionais de aplicabilidade imediata, aplicando o disposto no §1º do art. 5º de nossa Constituição.

Superada a barreira da classificação correta dos direitos sociais, cabe-nos questionar sobre o papel do Poder Judiciário dentro dessa aplicação e judicialização dos direitos sociais.

Em nossa doutrina e magistratura há uma corrente muito conservadora, aplicando teorias alemãs no tratamento de demandas judiciais relativas a esses direitos. Dentre essas teorias tratamos de duas em específico: a teoria da Separação dos Poderes e a Reserva do Possível.

A teoria da Separação dos Poderes, apesar de importante para evitar o absolutismo, não deve ser utilizada como obstáculo para que o Judiciário atue positivamente em relação aos direitos fundamentais sociais, afinal não pode o Judiciário ficar inerte em relação a um Legislativo omissor.

Já a teoria da reserva do Possível advém da premissa de que os magistrados não têm legitimação democrática para influírem na elaboração de políticas públicas e determinar a maneira que deve ser distribuídos os recursos na peça orçamentária de Municípios, Estados e da União. Em nossa opinião essa teoria é frágil, uma vez que, este argumento muitas vezes é utilizado apenas para desqualificar os direitos sociais, para que o Estado consiga, assim, se livrar de suas obrigações constitucionais. A doutrina vem defendendo, nos últimos anos, que se utilize o princípio da razoabilidade ao aplicar a reserva do possível, ou seja, não pode se exigir que o Administrador gaste um dinheiro que não tem, porém, também não se pode permitir que este se utilize desse mecanismo para se esquivar de suas obrigações.

No entanto, para que essa realidade mude é necessária a mudança de visão de nossa classe jurídica, incluindo advogados, juízes, promotores. Devemos abandonar essa visão conservadora, que apesar de estar diminuindo nos últimos anos, ainda é forte; adotando uma visão social, voltada para os objetivos de nossa Constituição.

Assim, o Poder Judiciário sairia da posição passiva em que se encontra, e passaria a agir de forma ativa, promovendo através do ativismo judicial o impulso para exigir dos Poderes Executivo e Legislativo uma atuação mais positiva em relação aos objetivos propostos em nossa Constituição.

A promoção da igualdade e justiça social é um objetivo que deve ser perseguido por todos nós que fazemos parte da classe jurídica brasileira.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DIAS, Adelaide Alves. “Da Educação como Direito Humano aos Direitos Humanos como Princípios Educativos”. *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos*, v. 10, p. 441-456, fev. 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/26_cap_3_artigo_04.pdf>. Acesso em: 16 Set. 2014

FERRARESI, Camilo Stangherlim. *O Direito ao Lazer da Pessoa Portadora de Necessidades Especiais na Constituição Federal*. 1. Ed. São Paulo: Porto das Ideias, 2010.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. 1. Ed. Porto Alegre: Safe, 2002.

LIMA, Telma Cristiane Sasso de; MIOTO, Regina Célia Tamasso. “Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica”. *SciELO Brazil*, v. 10, p. 37-45, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rk/v10nspe/a0410spe.pdf>>. Acesso em: 22 Fev. 2014

MAIA, Maria Cláudia. *A Proteção Constitucional do Direito à Educação: Os instrumentos jurídicos para sua efetivação*. 1. Ed. São Paulo: Porto das Ideias, 2011.

MASCARENHAS, Paulo. *Manual de Direito Constitucional*. 1. Ed. Salvador: Almeidina, 2010.

MEIRELES, Edilton. “Direito Social ao Trabalho”. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v.12, p. 184-202, jul/set. 2010. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/12_Dout_Nacional_6.pdf>. Acesso em 13 Set. 2014.

PANSIERI, Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais: reflexões a partir do direito à Moradia*. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIVA, Rosa Maria Soto. *Direito à Educação: Condição para a realização da plena cidadania*. Osasco, 2008. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/dissertacoes/edh/disserta_riva_direito_educacao_cidadania.pdf>. Acesso em: 12 Set. 2014

SARLET, Ingo Wolfgang. “Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, v. 11, p. 03-17, set/out/nov. 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 10 Set. 2014

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.