

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SUA IMPLEMENTAÇÃO PELO JUDICIÁRIO

Bruno Bertolotti¹

RESUMO

A Constituição Federal é consagradora de um grande número de direitos fundamentais dentre os quais está inserido os direitos sociais, no entanto, o Estado não acompanhou a elevação de tais direitos a status constitucional os quais constantemente são negligenciados, isso faz que o Judiciário ganhe posição de relevo no cenário nacional como implementador de políticas públicas.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais. Implementação. Judiciário.

ABSTRACT

The Federal Constitution is consecrating a large number of fundamental rights among which is inserted social rights, however, the state as not followed the elevation of the such rights to constitutional status which constantly are neglected, it makes the Judiciary win position relief in the national scenario as implementer of public polices.

Keywords: Fundamental Rights. Implementatio. Judiciary.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inovou e colocou os direitos sociais dentre os direitos fundamentais. Ocorre que após 27 anos da promulgação da Constituição, aqueles que têm o dever de implementar os direitos sociais e suprir as necessidades básicas do cidadão quedam-se inerte e, neste cenário, surge o Judiciário que passa a protagonizar na implementação de políticas públicas que vão de encontro com os interesses sociais.

A atuação do Judiciário não agrada a todos, isso fica evidente com a fala do presidente do Senado e do Congresso Nacional, à época Garibaldi Alves Filho, que expressou o desconforto institucional do Poder Legislativo brasileiro diante de práticas adotadas pelos outros Poderes que lhe ameaçam a primazia do desempenho de uma de suas funções primordiais, a de legislar².

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade São Francisco (2007). Pós graduado em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito, Mestrando em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba.

² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21.

José dos Santos Carvalho Filho afirma que nos dias atuais o Judiciário não julga tão somente as típicas querelas entre particulares ou entre estes e o Estado, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, que passou a intervir diretamente nas questões políticas.³

Claro, essa discussão não pode passar ao largo da separação de poderes, já que temos um poder (Judiciário) desempenhando o papel de outro (Executivo e Legislativo), e tais ações põem em xeque a tradicional teoria, ou seja, a clássica separação de poderes não comporta as ações tomadas pelo judiciário nos dias atuais onde existem mudanças drásticas nos papéis dos Poderes⁴.

2. DESENVOLVIMENTO

A maioria dos autores sustentam que os direitos fundamentais têm uma longa história.⁵ Existem defensores de várias teses a respeito do seu surgimento, alguns afirmam seu surgimento na Babilônia, outros que seus fundamentos encontram-se na Grécia antiga, enquanto alguns defendem que sua raiz esteja na teologia cristã, mas tais opiniões carecem de fundamento histórico.⁶

Certo é que nos séculos XVII e XVIII as teorias contratualistas vieram enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado, existindo certo número de direitos preexistentes ao próprio Estado, os quais resultam da própria natureza humana. O Estado então deve servir ao cidadão, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos⁷.

A transição para o Estado de Direito acabou por positivizar os direitos fundamentais, ou então podemos dizer que agora está obrigado a normas objetivas, “o Estado de direito significa que o poder político está preso e subordinado a um direito objetivo”⁸.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-14/razoes-ordem-judicial-social-propiciam-ativismo-judicial-pais#author>. Acesso em 14 jul. 2015.

⁴ ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2009. p. 237.

⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 10.

⁶ DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 10.

⁷ “Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança”. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>. Acesso em 6 jul. 2015.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p.20.

Ao olharmos para os direitos sociais fundamentais podemos afirmar que desde a Constituição de 1934 costumava-se alocar os direitos sociais no capítulo da ordem econômica e social, o que na visão de Sarlet “reduzia sua eficácia e efetividade, ainda mais que consagrados sob a forma de normas programática”.⁹ Mas ao analisarmos a Constituição de 1988, percebemos um grande avanço e conquista quando se trata os direitos sociais dentro do título II: “Dos direitos e das garantias fundamentais”. Dessa forma, os direitos sociais que sempre foram relegados a um segundo plano, passaram a obter o status de direitos fundamentais, e por esse motivo gozam da mesma proteção e tratamento que estes. De igual modo, demonstrando e reforçando a importância dos direitos sociais que aparecem no preâmbulo da constituição, quando da afirmação que o Estado Democrático instituído pela Assembleia Nacional constituinte é “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais (...)”¹⁰.

Da mesma forma, o artigo 3º da Constituição Federal, em seu inciso I, prescreve que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constituir uma sociedade livre, justa e solidária,¹¹ e isso somente é possível por meio da promoção dos direitos sociais, não existindo outro instrumento hábil para chegar ao ponto pretendido se não pelo mandamento supracitado.

Robert Alexy divide os direitos fundamentais em a) direitos a algo, como direitos a uma abstenção ou a uma prestação positiva por parte do Estado; b) liberdades, ligado à permissão para uma atividade; e c) competências, ou poder do indivíduo de modificar sua situação jurídica.¹²

Em última análise, é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana que concede fundamentalidade material para os direitos sociais fundamentais. Sendo assim podemos dizer que Estado hoje existe para servir o homem e não o contrário, “já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”.¹³

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf. Acesso em 9 jul. 2015.

¹⁰ “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”.

¹¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 193.

¹³ SARLET, I. W. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 112-113.

Muito embora firmado como direitos fundamentais, os direitos sociais ainda são demasiadamente relegados por parte do poder público, e a desculpa para isso na grande maioria das vezes é a falta de recursos, razão porque buscou-se na jurisprudência e doutrina alemã a teoria da reserva do possível, a qual por exigência de síntese não teremos espaço para abordar em seus contornos originais.

Fanando Facury Scaff afirma que “todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica Geral”¹⁴. Para Ana Paula Barcellos “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por elas supridas”¹⁵.

Para solucionar o dilema, de um lado o cidadão clamando pelos direitos sociais, de outro o Estado alegando falta de recurso, quadro em que o Judiciário passa a desempenhar papel cada vez mais ativo no cenário dos direitos sociais fundamentais. Luiz Roberto Barroso afirma que após a Segunda Guerra Mundial é possível verificar nos países ocidentais um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, entendendo por política majoritária aquela que é feita no âmbito do Executivo e Legislativo, a qual tem por combustível o voto popular¹⁶.

Ao solucionar um problema cria-se outro, que consiste basicamente na possibilidade de o Judiciário desempenhar esse papel e qual seria o seu limite, já que habitualmente caberia ao Judiciário somente controlar a legalidade dos atos administrativos e não o mérito.

Paulo Bonavides dá ênfase quanto à relevância do papel judiciário, na efetivação dos direitos fundamentais, já que o referido órgão não deve somente interpretar, mas, principalmente, concretizar. Daí porque “o juiz constitucional, tendo por incumbência proteger os direitos fundamentais, faz da concretização tarefa essencial”¹⁷.

Para Ana Paula Barcellos, a legitimidade dos tribunais é no sentido de determinar as prestações necessárias à satisfação do mínimo existencial, o qual corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna. Entende, assim, que o mínimo existencial é composto por quatro elementos, três materiais e um instrumental, quais sejam:

¹⁴ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. 151. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 150.

¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 276.

¹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em 15jul. 2015.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 558

educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Reconhece, ainda, que essas prestações poderão ser exigidas judicialmente de forma direta, caracterizando-se verdadeiros direitos subjetivos¹⁸.

Embora Bobbio afirme que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem hoje, não é tanto de justificá-los, mas o de protegê-los”¹⁹, também é essencial um referencial teórico que fundamente as lutas sociais arraigadas em todo o país.

3. CONCLUSÃO

A Constituição Federal inovou e ao inovar avançou, no entanto, para que este avanço se materialize algumas mudanças são necessárias, uma delas é a releitura da tradicional teoria da Separação de Poderes, a qual estabelece papéis muito bem definidos para cada órgão estatal.

Por outro lado, existem discussões quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais, dentre os quais estão presente os Direitos Sociais, a tendência é no sentido da sua fundamentalidade deixar de ser rechaçada, já que ao que tudo indica o próprio legislador constituinte lhe conferiu esse status, sendo que a tipologia constitucional é um dos critérios que nos leva a essa conclusão.

Evidencia-se que pós Segunda Guerra Mundial e com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário ganhou relevo no cenário sociopolítico e deixou de fazer somente a subsunção da norma ao fato concreto e passou a ser o garantidor dos Direitos Sociais quando da omissão do Estado.

Embora não sejam os magistrados eleitos para desempenharem mandatos eletivos isso não macula a democracia. Devemos entender que o controle jurisdicional de políticas públicas não impõe vitória a um dos litigantes e derrota a outra, mas sim uma decisão que beneficia a sociedade como um todo diminuindo as diferenças sociais e por reflexo fortalecendo o sistema democrático.

REFERÊNCIAS

¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 230, 257 e 288

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p.24.

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-14/razoes-ordem-juridica-social-propiciam-ativismo-judicial-pais#author>.

Declaração dos Direitos da Virgínia. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>. Acesso em 15 ago. 2015.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais. 10 ed. rev. atual e ampliada ; Porto Alegre, Livraria do Advogado

_____. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações
Disponível em:
http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html

SCAFF, Fernando Fecury. Sentenças Aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.