

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
FACULDADE DE DIREITO**

ALEXANDRE ALCORTA DAIUTO

**O ESTADO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O
PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EFETIVAÇÃO
DOS DIREITOS SOCIAIS**

**SÃO PAULO
2018**

ALEXANDRE ALCORTA DAIUTO

**O ESTADO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O
PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EFETIVAÇÃO
DOS DIREITOS SOCIAIS**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dra. Luciana de Toledo Temer Lulia.

São Paulo
2018

Daiuto, Alexandre Alcorta.

O Estado como garantidor dos direitos fundamentais e o protagonismo do Supremo Tribunal Federal na efetivação dos direitos sociais / Alexandre Alcorta Daiuto. 2017.

101 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2017.

Orientador(a): Prof.^a Dr.^a Luciana de Toledo Temer Lulia.

1. Do Estado de Direito. 2. Da vinculação do Estado aos direitos sociais. 3. Da efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário.

I. Lulia, Luciana de Toledo Temer.

II. Título

CDU 34

ALEXANDRE ALCORTA DAIUTO

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

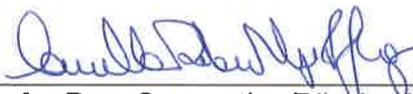
Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito

São Paulo, 19 de abril de 2018.

BANCA EXAMINADORA



Profa. Dra. Luciana de Toledo Temer Lulia
Orientadora
UNINOVE



Profa. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug
Examinador Interno
UNINOVE



Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo
Examinador Externo
PUC/SP

Dedico este trabalho a minha esposa Ana Paula com quem, pelo indecifrável amor, compartilho os sonhos e os desafios da caminhada e aos meus filhos, Maria Eduarda e João Victor, amor que me transforma e que torna a vida repleta de cores.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pela graça de estar vivo e pela oportunidade de aprender com os milagres de cada momento.

À Professora Doutora Luciana de Toledo Temer Lulia pelo incentivo, apoio, paciência, orientação, disposição e, principalmente, por acreditar em mim no desenvolvimento deste trabalho.

A todos os Professores do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE), sempre dispostos a oferecer generosas e relevantes colaborações para o melhor desenvolvimento da pesquisa e com quem tive o privilégio de compartilhar preciosos momentos de estudo e reflexão.

Aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito Stricto Sensu da Universidade Nove de Julho, e de modo especial à Viviane Almeida Curvelo e à Caroline Crepaldi de Carvalho, pelo apoio e orientações durante essa jornada.

Aos amigos do curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE) com quem sempre pude contar e compartilhar o caminho da pesquisa com alegres momentos de convívio.

À minha esposa Ana Paula Reimão Agea e filhos Maria Eduarda Agea Daiuto e João Victor Agea Daiuto pelo amor, apoio, fé, inspiração, compreensão e renúncias que fizeram a diferença para essa caminhada e que dão sentido aos sonhos que procuro realizar.

À minha avó, Loyde Del Nero Daiuto, pela sua presença, fé e coragem, que me inspiram e ensinam a enfrentar os desafios com dignidade.

À Cleide Reimão Agea e Manuel Agea Ramires pelo amor e apoio que sempre mantém acesa a chama da união familiar.

Às queridas amigas Maria Inez Vanz, Agar Seixas Grossi, Luana Assumpção, Gisela Marinheiro Guastaferrero e Vitória Oliveira Mathias, pelo apoio e por transformarem os dias de trabalho em momentos de solidário convívio e crescimento.

De modo especial, agradeço à amiga Maria Lucia Miranda de Souza Camargo por ter me motivado e conduzido à vida acadêmica onde encontro plena realização, tornando essa caminhada ainda mais especial.

Ainda de modo especial, agradeço ao amigo José Roberto de Souza Camargo, de quem sempre recebi apoio e torcida, e por quem tenho grande admiração e respeito.

Aos meus pais, Suzana Leny Alcorta (*in memoriam*) e Fernando Thiele Daiuto (*in memoriam*) pela formação que me permitem, a cada dia, procurar evoluir como ser humano.

Aos meus avós Wally Brondi Daiuto (*in memoriam*) e Moacyr Brondi Daiuto (*in memoriam*), e Dulce Azambuja Alcorta (*in memoriam*) e Adolfo Hector Alcorta (*in memoriam*), com quem sempre compartilhei as alegrias e dificuldades da vida, aprendendo os verdadeiros valores que sempre devem prevalecer.

“A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos.”

(Hannah Arendt)

RESUMO

O presente estudo destina-se a examinar o Estado como garantidor dos direitos sociais e o protagonismo do Poder Judiciário para sua efetividade. O Estado Constitucional de Direito garante a efetividade dos direitos fundamentais por meio da atuação independente e harmônica de seus Poderes. A independência e harmonia entre os Poderes caracteriza um sistema de freios e contrapesos multifacetado, modulado e inter-relacionado, voltado à efetivação dos direitos garantidos pelo Estado. Do equilíbrio equacionado entre os Poderes do Estado surge o mecanismo eficiente para a efetivação dos direitos. De outro lado, o desequilíbrio desse sistema, pela desarmonia entre as atividades e funções do Estado, frustra a efetivação dos direitos, criando espaço para que o Poder Judiciário, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, seja chamado a atuar na condição de garantidor da Constituição, tornando-se assim protagonista na sua efetivação. Pretende-se com essa reflexão investigar o dever do Estado de garantir a efetividade dos direitos sociais e o protagonismo do Poder Judiciário neste sentido. A pesquisa realizada serviu-se do método dedutivo combinado com pesquisa bibliográfica e pesquisa documental, permitindo a abrangência e profundidade do tema estabelecida nos limites pesquisados.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais; Separação de Poderes; Poder Judiciário; Freios e Contrapesos.

ABSTRACT

The present study aims at examining the State as guarantor of social rights and the role of the Judiciary for its effectiveness. The Constitutional State of Law guarantees the effectiveness of fundamental rights through the independent and harmonious performance of its Powers. The independence and harmony between the Powers characterizes a system of checks and balances multifaceted, modulated and interrelated, aimed at the realization of the rights guaranteed by the State. From the balance equated between the Powers of the State arises the efficient mechanism for the realization of rights. On the other hand, the imbalance of this system, due to the disharmony between the activities and functions of the State, frustrates the realization of rights, creating a space for the Judiciary, especially the Supreme Court, to act as guarantor of the Constitution, becoming protagonist in its effectiveness. It is intended with this reflection to investigate the duty of the State to guarantee the effectiveness of social rights and the role of the Judiciary in this regard. The research was performed using the deductive method combined with bibliographical research and documentary research, allowing the scope and depth of the theme established within the limits researched.

KEYWORDS: Social Rights; Separation of Powers; Judiciary; Checks and Balances.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. DO ESTADO DE DIREITO	
1.1 FINALIDADE DO ESTADO	17
1.2 SOBERANIA DO ESTADO	24
1.3 ESTADO E CONSTITUIÇÃO	29
2. DA VINCULAÇÃO DO ESTADO AOS DIREITOS SOCIAIS	
2.1 O ESTADO DE DIREITO E A EVOLUÇÃO DIREITOS SOCIAIS.....	42
2.2 O ESTADO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS SOCIAIS	47
3. DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO	
3.1 DA EFICÁCIA E APLICABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS.....	55
3.2 DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO - DA MUDANÇA DE ENTENDIMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - MANDADO DE INJUNÇÃO – 712-8 - PARÁ.....	80
CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS	89

INTRODUÇÃO

A gênese do Estado estabelecido por uma Constituição (Constitucionalismo) se encontra no reconhecimento da necessidade de uma organização estruturada com o objetivo de preservar e garantir direitos mínimos dos cidadãos (declaração de direitos).

Assim, os direitos considerados fundamentais se encontram consagrados constitucionalmente e gozam de posição preponderante entre os objetivos do Estado. Entre eles, encontram-se os direitos sociais.

O Estado Constitucional de Direito, entendido como responsável pela garantia das liberdades civis, com relevante atenção aos direitos humanos e às garantias fundamentais, assume o dever de manter uma estrutura protetiva e eficiente para esse desiderato.

A independência e a harmonia entre os Poderes, aplicadas de acordo com a teoria dos freios e contrapesos, corresponde a princípio fundamental para que o Estado se estabeleça como estrutura imanente de direitos e garantias, propulsora do pleno exercício das liberdades identificadas, reconhecidas e consagradas pelo ordenamento jurídico estabelecido.

Entretanto, as funções do Estado e os sistemas de Poderes por ele adotados, não raro, encontram dificuldades, quando não impossibilidades, para alcançar êxito nesta essencial atribuição e necessidade.

Isso ocorre quando a atuação multifacetada, modulada e inter-relacionada dos três Poderes não configura o equilíbrio necessário para se alcançar a eficiência do Estado de modo geral, e, mais especificamente, quanto à efetividade dos direitos sociais.

As atividades dos Poderes desequilibrados excedem na independência e carecem de harmonia, neutralizando-se mútua e reciprocamente, frustrando a efetivação do direito.

O desajuste do sistema de freios e contrapesos neutraliza as funções do Estado e impede a concretização de suas finalidades, fazendo surgir um

sistema ineficiente, custoso e autofágico, principalmente no tocante a efetividade dos direitos sociais.

Assim, as distorções dialógicas entre os Poderes despontam como causa para o impedimento da realização de suas finalidades e, como consequência, frustram a concretização dos direitos que, em primeira análise, justificam a existência do Estado.

Incapaz de atender à missão primeira de garantir direitos fundamentais, o Estado apenas preserva o mínimo de ordem estabelecida, nos limites da civilidade e organização, fracassando, entretanto, no intento de garantir a efetividade dos direitos por ele declarados, entre eles os direitos sociais.

Neste contexto, o Poder Judiciário é chamado a atuar na condição de garantidor do Direito e da Constituição, tornando-se assim protagonista na sua efetivação.

Emerge daí, em caráter emergencial, a necessidade de se encontrar a melhor forma de estruturar as funções dos Poderes do Estado, equilibrando suas atribuições e calibrando as inter-relações existentes, constituindo elementos de flexibilidade, sem prescindir da segurança jurídica, igualmente importante para a garantia de direitos fundamentais.

As finalidades do Estado precisam ser revisitadas, a fim de buscar as premissas corretas para suas funções, provocando a reaproximação entre os seus compromissos e os meios pelos quais são perseguidos.

O desajuste estrutural do Estado compromete a efetividade dos direitos fundamentais de modo geral, destacando-se os direitos sociais, na medida em que demandam uma atuação positiva por parte do Estado.

Esse desajuste causa um distanciamento entre o direito social reconhecido e declarado em relação à sua efetividade concreta por meio da atuação do Estado, caracterizando uma previsão abstrata, sem efetividade, que acaba por estimular e perpetuar o mau funcionamento das atividades públicas.

Não se trata de uma atuação do Estado com resultados não satisfatórios, mas de um não atendimento de suas finalidades, por decorrer de uma deficiência estrutural e sistêmica.

As normas criadas pelo Poder Legislativo, as políticas públicas do Poder Executivo e as garantias jurídicas do Poder Judiciário, por si só, não bastam para que os direitos sociais se efetivem.

É preciso que os poderes atuem de forma integrada e conjugada, sem prescindir de sua independência. A atuação de cada Poder deve, assim, considerar as necessidades relacionadas às suas atividades juntamente com os impactos daí decorrentes em relação aos demais Poderes.

Os três Poderes possuem funções inter-relacionadas e com impactos mútuos e recíprocos, implicando na necessidade de que a atuação independente de um considere os impactos e reflexos no conjunto sistêmico decorrente das três funções, resultando na harmonia constitucionalmente estabelecida.

Ainda que se obtenha a adequada calibragem entre a independência e a harmonia dos Poderes, é certo que surgirão outras dificuldades a serem enfrentadas para a concretização dos direitos sociais, decorrentes da situação econômica e social do Estado.

Entretanto, sem esse equilíbrio devidamente equacionado, não haverá espaço para se justificar a sequer existência do Estado como garantidor de tais direitos, dada a sua ineficiência estrutural.

A independência garante, assim, que a atuação de cada Poder disponha de condições para desenvolver suas funções sem que se verifique a indevida interferência dos demais Poderes.

A interpenetração existente entre as funções dos Poderes deve se verificar nos limites da harmonia e fiscalização recíproca e de acordo com as normas constitucionalmente estabelecidas.

A harmonia, consagrada constitucionalmente, impõe o dever de cada um dos Poderes atuar dentro de um espectro conjuntural viabilizador da efetivação dos direitos garantidos.

O Legislativo, o Executivo e o Judiciário possuem, assim, funções que, conjunta e harmoniosamente, devem propiciar as condições para que os direitos sociais sejam concretizados.

O objetivo da presente pesquisa repousa, assim, na verificação da vinculação do Estado em relação à efetivação dos direitos sociais e na identificação da necessidade constitucionalmente estabelecida, de uma atuação independente e harmoniosa entre os Poderes, para que esse objetivo seja alcançado.

O alto grau de mutabilidade social submetido aos sistemas de atuação do Estado, sabidamente menos dinâmicos e, portanto, fragilizados em suas atividades, funções e atribuições, impõe a necessidade de adaptações constantes e dinâmicas do Estado, para fazer frente às novas realidades apresentadas.

Para tanto, é preciso que suas funções atuem de forma estruturada e flexível, permitindo-lhe o alcance das múltiplas questões inerentes às sociedades em evolução.

Diante de uma sociedade em evolução, é necessário um sistema proporcionalmente flexível, apto a se adaptar à situação posta de forma eficiente, preservando e assegurando o exercício dos direitos sociais.

Reside aí a necessária análise da efetividade dos direitos sociais por meio das funções e atribuições do Estado, identificando que possíveis distorções dialógicas entre os Poderes se apresentam como causa para a não efetivação desses direitos.

Como referencial teórico serão utilizados livros, artigos científicos dedicados ao tema.

O primeiro capítulo trata do tema referente ao Estado de Direito, analisando sua finalidade, soberania e posição constitucional.

O segundo capítulo trata da vinculação do Estado em relação aos direitos sociais.

O terceiro capítulo trata da efetivação desses direitos por meio da atuação dos Poderes do Estado, considerando sua independência e harmonia, como estrutura estabelecida constitucionalmente para esse fim, e cujo equilíbrio se apresenta como condição à sua viabilização.

Analisa-se, também, a necessidade de atuação do Poder Judiciário na

efetivação dos direitos sociais como consequência do insucesso dos demais Poderes nesse sentido.

A teoria de freios e contrapesos analisada de acordo com as relações dialógicas entre os Poderes desequilibrados identifica uma crise na harmonia entre os Poderes e enseja o protagonismo do Poder Judiciário, chamado a atuar por força dos mecanismos constitucionais assecuratórios dos direitos sociais.

A Constituição Federal forma o Estado, organizando suas funções e atribuições, ao tempo em que garante os direitos sociais dos cidadãos.

O Estado, devidamente constituído, passa a ter como finalidade precípua, a garantia da efetividade dos direitos sociais estabelecidos. Trata-se de elemento justificador da sua existência e eficiência.

O notório aumento do dinamismo das transformações sociais faz surgir uma imprescindível necessidade de se encontrar a adequada adaptação da estrutura do Estado, de modo a que suas funções possam atendê-las naquilo que lhe for demandado.

A presente pesquisa justifica-se em resposta ao desafio de se investigar as causas para a não concretização dos direitos sociais e buscar meios para adequar as funções dos Poderes do Estado às realidades sociais em constante evolução, garantindo a concretização desses direitos. O método utilizado é o dedutivo.

1. DO ESTADO DE DIREITO

1.1 FINALIDADE DO ESTADO

Inicialmente, nos limites do presente estudo, apresenta-se útil, uma breve análise do conceito abrangente de Estado de Direito e a análise de algumas das principais teorias sobre o Estado, de modo a se verificar sua finalidade e compromisso em reação ao povo, visando alcançar o bem comum da coletividade.

O homem, como ser social, tem a necessidade de agrupar-se para atender suas necessidades individuais e coletivas, realizando suas potencialidades. Para este fim, organiza-se em sociedade, estabelecendo regras de relacionamento voltadas às suas finalidades e objetivos comuns.

Inserida em um contexto coletivo, a liberdade individual recebe restrições, cedendo espaço à organização estabelecida, de modo a conciliar-se aos interesses e objetivos da coletividade.

A ideia inicial de Estado surge a partir do século XVI, como resultado da evolução da vida em sociedade, potencializando a necessidade de se contar com um ente organizado capaz de dirimir os conflitos advindos dos múltiplos interesses presentes nessa sociedade.

De modo geral, situa-se a origem da ideia de Estado Moderno em 1648, em decorrência da paz de Westfália (Tratado de Munster e Onsbruck). Pelos referidos tratados, estabeleceu-se limites territoriais reconhecidos em função das guerras religiosas, bem como da Guerra dos Trinta anos. Dessa forma, as questões políticas ganham relevo nas relações entre os Estados.

Da organização em sociedade decorre o estabelecimento de relações, resultando naturalmente na ocorrência de conflitos. A liberdade individual se insere em uma organização social, submetida a uma autoridade legítima.

Conforme Cícero (2001, p. 25)

“[...] o Estado é a coisa do povo; e o povo não é um aglomerado qualquer de seres humanos reunidos de uma forma qualquer, mas a reunião de pessoas associadas por acordo”.

A soberania configura um poder supremo do Estado. No plano interno, manifesta-se mediata ou imediatamente em relação ao território e à população. No plano internacional, manifesta-se por sua independência em relação aos demais Estados.

O Estado assim, desde seus contornos iniciais, se caracteriza pelo estabelecimento de uma ordem organizada, comprometida em evitar e/ou superar conflitos e viabilizar a realização do indivíduo inserido em uma coletividade/sociedade organizada.

Thomas Paine (2009, p.11) assevera que

A sociedade é produzida por nossas necessidades, e o governo por nossa maldade; a primeira promove nossa felicidade, positivamente, unindo nossas afeições, enquanto o segundo o faz negativamente, limitando nossos maus hábitos.

O termo Estado foi usado por Maquiavel em O Príncipe escrito em 1513. Origina-se do latim *status*, referindo-se à situação de convivência permanente em uma sociedade política.

Trata-se de uma instituição organizada política, social e juridicamente, ocupando um dado território definido contando com uma Constituição como fonte normativa e diretriz jurídica.

Cláudio de Cicco e Álvaro de Azevedo Gonzaga (2012, p.43), definem Estado

Uma definição abrangente de Estado seria “uma instituição organizada política, social e juridicamente, ocupa um território definido e, na maioria das vezes, sua lei maior é uma Constituição escrita. É dirigido por um governo soberano reconhecido interna e externamente, sendo responsável pela organização e pelo controle social, pois detém o monopólio legítimo do uso da força e da coerção.

Aduzem os autores que sua condução se dá por um governo soberano reconhecido interna e externamente, que responde pela organização e controle social, em razão do legítimo monopólio e uso da força e coerção (2012, p. 47).

O Estado, concebido sob a ideia de soberania, sempre se pautou pela necessidade de materializar uma organização voltada à condução dos interesses comuns, manifestados de múltiplas formas em sociedade.

O surgimento do Estado como organização responsável pela liberdade das polis resultava de um processo evolutivo e absolutamente natural originada pelo núcleo familiar, evoluindo para um clã, que por sua vez se desenvolvia até caracterizar uma tribo, finalmente se organizando em um Estado (ARISTÓTELES, 2006).

A sociedade era dotada de um Estado que lhe preserva a ordem e a organização, cuja finalidade era realizar a felicidade e o bem-estar dos cidadãos.

Conforme afirma o filósofo (2006, p.10)

Todo Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, seu princípio, assim como de toda associação, pois todas as ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem. Todas as sociedades, portanto, têm como meta alguma vantagem, e aquela que é a principal e contém em si todas as outras se propõe a maior vantagem possível.

Identifica-se, desde logo a presença de um vínculo entre a organização do Estado e a busca pelo bem comum, caracterizado pela convivência harmônica, pacífica em sociedade.

Esse vínculo se apresenta como o elemento inicial, originário e causador da constante e gradual evolução do Estado e dos direitos por ele garantidos em sua organização de convivência social.

O homem organizado em sociedade é, pois, o elemento fundamental do Estado que se organiza coletivamente com o fim precípua de viabilizar meios para o atingimento dos objetivos comuns, pautado pelas forças que os une (religião, cultura, segurança, localidade).

A sociedade organizada existe para o homem e foi por ele criada e desenvolvida diante de suas necessidades individuais e coletivas em busca de um fim comum. Essa organização se impõe, por meio de uma função normativa, como instrumento estrutural para a coesão social.

As normas criadas, portanto, correspondem ao conjunto de características e necessidades do povo, naquele momento de sua evolução. Com o passar do tempo, essa realidade vai ganhando novos contornos, com os quais as normas devem manter correspondência e atualidade.

O Estado vai surgindo historicamente como o elemento organizacional da sociedade, estabelecendo a busca pelo bem comum através da elaboração de normas voltadas a viabilizar sua efetivação.

Como reconhecimento das características e finalidades do Estado, Aristóteles indica que (2006, p. 36)

Foi para o mesmo fim que se instituíram nas cidades as sociedades particulares, as corporações religiosas e profanas e todos os outros laços, afinidades ou maneiras de viver uns com os outros, obra da amizade, assim como a própria amizade é o efeito de uma escolha recíproca. O fim da sociedade civil é, portanto, viver bem; todas as suas instituições não são senão meios para isso, e a própria Cidade é apenas uma grande comunidade de famílias e de aldeias em que a vida encontra todos estes meios de perfeição e de suficiência. É isto o que chamamos uma vida feliz e honesta. A sociedade civil é, pois, menos uma sociedade de vida comum do que uma sociedade de honra e de virtude.

O filósofo identifica assim nas instituições públicas o meio para que se busque o bem comum, compreendido como a disposição de caráter voltado à prática de uma ação justa. No cenário aristotélico, o nascimento do Estado se dá em função da necessidade de convivência.

Platão (2007) coloca o ideal de justiça como centro estrutural da sua organização. As forças naturais que levam o homem a viver em sociedade se justificam e se sustentam mediante uma teoria de justiça. A justiça figura como o componente fundamental do Estado que se pretende alcançar. Corresponde a expressão da moralidade do Estado, que assegura diretrizes de acordo com o bem comum.

Portanto, o Estado, sob a avaliação do filósofo, assume papel de responsável pela organização social e política voltada ao que se reconhece como o bem comum da coletividade por meio da efetivação de direitos dos indivíduos.

Em Hobbes (2003), o Estado surge como uma organização voltada à garantia da paz. Considerando a guerra como o mau maior a ser evitado. Sua organização se volta à constituir uma estrutura e um sistema que lhe preserve a paz.

O Estado assume a função de proteção da vida dos seus membros, pretendendo gerar um ambiente de segurança garantida. Emerge a ideia de que não há espaço para a renúncia ao seu direito de defesa em relação àquele que ameace ou atente contra sua vida.

Portanto, também em Hobbes, se verifica a presença do comprometimento do Estado para com o bem comum da coletividade.

Para Tomás de Aquino, o Estado desponta como necessidade natural decorrente da vida em sociedade. Sob sua ótica, o Estado submete-se à lei natural, à lei divina e à lei humana, sendo esta última manifestada de forma positiva e vocacionada à realização da ordem e bem comum da coletividade.

Na obra Segundo Tratado sobre o Governo (2009), John Locke identifica como objetivo da sociedade organizada em um Estado, a promoção do bem comum.

Constata-se a renúncia de parte das liberdades individuais para obter segurança, caracterizando-se pela defesa da vida, liberdade e haveres (2009, p. 69).

Se o homem é tão livre no estado de natureza como se tem dito, se ele é o senhor absoluto de sua própria pessoa e de seus bens, igual aos maiores e súdito de ninguém, por que renunciaria a sua liberdade, a este império, para sujeitar-se à dominação e ao controle de qualquer outro poder? A resposta é evidente: ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros. Todos são tão reis quanto ele, todos são iguais, mas a maior parte não respeita estritamente, nem a igualdade nem a justiça, o que torna o gozo da propriedade que ele possui neste estado muito perigoso e muito inseguro. Isso faz com que ele deseje abandonar esta condição, que, embora livre, está repleta de medos e perigos contínuos; e não é sem razão que ele solicita e deseja se unir em sociedade com outros, que já estão reunidos ou que planejam se unir, visando a salvaguarda mútua de suas vidas, liberdades e bens, o que designo pelo nome geral de propriedade.

O bem comum assumido como núcleo da organização do Estado, também em Locke, se apresenta como justificativa para sua existência.

Jean Jacques Rousseau, em sua obra *Do contrato social*, transfere o conceito de soberania da pessoa do governante para todo o povo, entendido como corpo político ou sociedade de cidadãos. A soberania se apresenta como elemento inalienável e indivisível e deve ser exercida pela vontade geral, denominada por soberania popular (2000, p. 127).

A organização do Estado, portanto, se apresenta sob a ótica centrada no interesse público e na vontade geral (bem comum). O filósofo, tratando da República como forma de governo, afirma (2000, p. 29).

Eu chamo, pois, república todo Estado regido por leis, independente da forma de administração que possa ter; porque então somente o interesse público governa, e a coisa pública algo representa. Todo governo legítimo é republicano.

Vê-se que o Estado em Rousseau, da mesma forma consagra como finalidade buscada pela organização estabelecida, o bem comum da coletividade.

Hegel (2000, p. 217) sustenta que

O Estado é racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado possuem o seu mais elevado dever.

Se o Estado é o espírito objetivo, então só como membro é que o indivíduo tem objetividade, verdade e moralidade. A associação como tal é o verdadeiro conteúdo e o verdadeiro fim, e o destino dos indivíduos está em participarem numa vida coletiva; quaisquer outras satisfações, atividades e modalidades de comportamento têm o seu ponto de partida e o seu resultado neste ato substancial e universal.

O destaque à participação de uma vida coletiva e a viabilidade para tanto por meio da organização do Estado, da mesma forma, caracterizam o bem comum como objetivo a efetivado pela estrutura pública.

John Rawls, em sua obra *Uma teoria da justiça* indica que “cada

pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar (2002, p. 4).

Para o autor, considerados os interesses comuns, deve haver de maneira antecedente a definição das regras que regularão as reivindicações mútuas. Afirma que (2002, p. 393)

Na escolha da constituição e na adoção de alguma forma de regra da maioria, cada parte assume os riscos de sofrer as consequências dos defeitos do desconhecimento e do senso de justiça dos outros, no intuito de ganhar as vantagens de um procedimento legislativo eficaz.

É possível assim identificar o Estado sociologicamente, como o instrumento de organização voltado à promoção de um equilíbrio das forças sociais existentes num dado território, garantindo a segurança e buscando o interesse comum, considerando o indivíduo inserido em uma sociedade.

Sob o aspecto político, o ente centralizador das forças de poder, cuja atuação é legitimada pelo povo, se volta à efetivação dos direitos reconhecidos.

Sob o ponto de vista jurídico, o Estado assume o papel de responsável pelas condições da ordem social, por meio da aplicação do direito, garantindo a efetivação e respeito dos valores fundamentais da pessoa humana.

O Estado detém o poder para atuar de maneira a buscar a realização do interesse comum, considerando o respeito aos direitos individualmente reconhecidos, sem que, entretanto, fique isento de, também ele, permanecer submetido às normas jurídicas estabelecidas.

Dalmo de Abreu Dallari (2007, p. 48-49) analisa o Estado afirmando que

Aí está um dos grandes problemas do Estado contemporâneo: ele existe em função dos interesses de todos os indivíduos que o compõem, e para o atendimento desses interesses busca a consecução de fins gerais; visando atingir esses objetivos, ele exerce um poder que pretende alcançar o máximo de eficácia, sobrepondo-se a todos os demais poderes e submetendo até aqueles que lhe dão existência; ao mesmo tempo, é a expressão suprema da ordem jurídica, assegurando a plena eficácia das normas jurídicas, mesmo contra si próprio.

O Estado, assim, se justifica na necessidade de uma estrutura organizada que viabilize o bem comum, pautando-se num sistema de governo que equilibre as tensões sociais existentes e estabeleça um ambiente favorável à convivência e desenvolvimento, de modo a contemplar, a um só tempo, os interesses individuais e coletivos.

Passa-se então à análise das questões que caracterizam a soberania do Estado e a Constituição como instrumento de organização do Estado, limitando sua atuação, bem como declarando os direitos do povo, ensejando um vínculo compromissório e garantidor dos direitos fundamentais reconhecidos e declarados.

1.2 SOBERANIA DO ESTADO

Pela soberania do Estado verifica-se a prevalência das normas e decisões do Estado e daquelas emanadas de outros grupos sociais intermediários tais como a família, a escola, a empresa, a igreja, nos limites estabelecidos pela Constituição.

Para Jean Bodin, a soberania corresponde ao fundamento principal da República, governo de várias famílias, corporificando um poder de caráter absoluto que pode ser dado a uma ou várias pessoas, até a revogação, por determinado lapso de tempo. (2011, p. 197). O autor compreende a soberania como sendo um poder ilimitado e absoluto, materializado por leis civis e condicionado à obediência às leis divinas, naturais e aos princípios comuns em distintas sociedades.

Para Grotius (2005, p. 175)

Chama-se soberano quando seus atos não dependem da disposição de outrem, de modo a poderem ser anulados ao bel-prazer de uma vontade humana estranha

Para o autor, a soberania se relaciona à liberdade de agir livremente e

não ao poder de intervir ou controlar. Na visão do autor, o indivíduo não sofre interferências por parte do Estado e este da mesma forma se vê preservado das limitações por parte de outro Estado.

A soberania decorre do fato de não haver submissão ao julgo de alguém, caracterizando-se como uma capacidade de posicionamento e de atuação pautada pelo direito natural.

Para Dalmo Dallari (1995, p. 68-69), soberania é o centro unificador da ordem, o núcleo de vontade e controle do Estado, que dirige a Sociedade aos seus fins comuns dentro da ordem. Como ao Estado não se devem sobrepor outros poderes, diz-se que a Soberania é o poder incontestável do Estado.

Miguel Reale (2015, p. 139), retrata que

Soberania é tanto a força ou o sistema de força que decide do destino dos povos, que dá nascimento ao Estado Moderno e preside ao seu desenvolvimento, quanto a expressão jurídica dessa força no Estado constituído segundo os imperativos éticos, econômicos, religiosos etc., da comunidade nacional, mas não é nenhum desses elementos separadamente: a soberania é sempre sócio-jurídico-política, ou não é soberania. É esta necessidade de considerar concomitantemente os elementos da soberania que nos permite distingui-la como uma forma de poder peculiar ao Estado Moderno. Quando dizemos geralmente que a vontade do povo se faz vontade do Estado, não fazemos senão dar uma feição racional e simples a um fenômeno complexo e profundamente intrincado, o da progressiva atualização das forças sociais no plano do Direito. Quando dizemos que a opinião pública é a soberania de fato, cujas aspirações se traduzem em lei, limitamo-nos a olhar a face mais aparente, mais simples do problema da soberania e do Direito Positivo.

Sob o aspecto histórico-social, o autor assevera tratar-se do poder que possui uma sociedade historicamente integralizada como Nação, de se constituir em Estado independente, estabelecendo-se como pessoa jurídica. Sob o ponto de vista técnico-jurídico, o poder da pessoa jurídica estatal na forma do ordenamento jurídico objetivo, materializa-se como expressão do máximo grau da positividade. E, sob o aspecto da expressão ético-política, como meio indispensável à realização do bem comum (2015, p. 140).

Reis Friede (2006, p. 40) sustenta que

A soberania, por fim, traduz-se no elemento abstrato, de matiz político, que permite, em última análise, a indispensável concreção aos denominados elementos perceptíveis (povo e território), viabilizando o Estado como inexorável realidade efetiva (vinculação político-jurídica)

Soberania corresponde, portanto, ao poder, à capacidade e legitimação para decidir os destinos relacionados à sociedade pela autodeterminação de governo, não se encontrando, sob qualquer aspecto, submetida à influência impositiva de outros Estados e materializando-se pela atuação de suas funções legislativa, administrativa e jurisdicional.

Celso Lafer (1978, p.161), afirma que

A teoria tradicional de soberania foi construída tendo como princípio, de um lado, a concepção de um poder originário, que não resulta de nenhum outro do qual teria obtido seu título, e de outro a concepção de um poder supremo, que não teria outro poder igual ou concorrente. A teoria tradicional da soberania, portanto, significa o caráter supremo do poder estatal que se traduz externamente pela ausência de subordinação a qualquer autoridade estrangeira, a não ser por via de consentimento, expresso em tratado, e internamente pela predominância do Estado sobre o poderio de quaisquer outros grupos ou indivíduos dentro do âmbito do seu território. Em síntese, portanto, um poder incondicionado (dimensão positiva), que não se subordina a nenhum outro (dimensão negativa)

As reflexões sobre soberania vêm se desenvolvendo e evoluindo ao longo do tempo, inclusive em função das influências recíprocas decorrentes das relações internacionais entre os Estados.

A globalização¹, em breves linhas, flexibilizou os conceitos tradicionais de soberania, na medida em que os direitos humanos passaram a fazer parte de uma realidade integrada de Estados em suas relações internacionais, havendo por vezes, desrespeitos ao que minimamente se considera exigível.

Assim, no plano internacional, a soberania dos Estados tem sido

¹A Globalização, de modo geral, é compreendida como sendo um processo de aprofundamento das relações econômicas, sociais, culturais e políticas entre os povos espalhados pelo mundo manifestando-se em função da crescente interdependência entre os países.

Sahid Maluf considera ser “um processo de internacionalização de regras de convivência ou interferência política entre países, impulsionado por fatores da produção e da circulação do capital em âmbito internacional, movidos pela força propulsora da revolução tecnológica” (MALUF, 2010, p.43).

impactada por fatores sociais, políticos e econômicos relacionados às relações e interesses multilaterais em crescente evolução por força da interdependência dos Estados, decorrendo daí a sua relativização.

Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2010, p. 140), consideram que, a partir desses processos de integração, passa a existir uma “interdependência” entre os diversos Estados, apontando para um maior “atrelamento” entre as ideias de “soberania” e de “cooperação” (jurídica, econômica e social), situação que, evidentemente, afeta drasticamente a própria pretensão de “autonomia”. Os autores identificando que

O discurso, no plano da teoria geral do direito, e não no plano da teoria geral do Estado, é o que especifica os elementos do conceito geral de soberania, sem resolver-se nos critérios da competência territorial e da competência pessoal, e o que reconhece que os cidadãos de cada Estado podem ser destinatários de normas de muitos ordenamentos soberanos não estatais, e admite, por isso, o reconhecimento de um pluralismo de ordenamentos soberanos, entre os quais se inclui o ordenamento estatal.

Cada Estado soberano se vincula a um pluralismo de ordenamentos soberanos, todos voltados à prevalência do direito que se pretende proteger.

Evander Dias (p. 2008, 2621), identificando a necessidade de uma soberania flexibilizada, afirma que

Com o surgimento da comunidade internacional, necessariamente o Estado moderno terá que se amoldar aos supremos interesses da humanidade, devendo modificar sua legislação interna para primazia da paz e do bem comum internacional. Aduz ainda que o Estado ante as mutações não poderá negar sua qualidade de participante da atual comunidade de Estados, ressaltando que a comunidade internacional deverá respeitar os direitos dos Estados componentes. A figura destes blocos econômicos na verdade funciona com um limitador a soberania, ou seja, o Direito Internacional deve tornar, decerto modo, a soberania do Estado ainda mais relativa.

Com maiores ou menores fragilidades, tem-se que o Estado permanece soberano sem suas decisões e relações internacionais, mas flexibiliza sua independência soberana, por força das relações inter-

relacionadas e integradas com outros Estados, advindas dos impactos da globalização.

Vê-se, então a soberania como sendo o poder existente em um conjunto de indivíduos reunidos em uma estrutura organizada que legitima a autoridade política que lhe governa a atuar em prol do bem comum, respeitando-se os limites estabelecidos pela Constituição e de acordo com os direitos humanos reconhecidos.

No dia 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos e solicitou a todos os Países - Membros que publicassem o texto da Declaração “para que ele fosse divulgado, mostrado, lido e explicado, principalmente nas escolas e em outras instituições educacionais, sem distinção nenhuma baseada na situação política ou econômica dos Países ou Estados.”

A referida declaração, em seu preâmbulo, estabelece

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, Agora portanto

A ASSEMBLÉIA GERAL proclama A PRESENTE DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Há uma coexistência entre a soberania do povo, enquanto titular dos direitos reconhecidos pelo Estado e a soberania deste, enquanto organização estrutural titular do dever de implementar o governo voltado à plena realização dos direitos do povo.

Os interesses e direitos do povo, estabelecidos por sua Constituição, conjugados e inseridos na atuação do Estado organizado de modo a alcançar sua realização, caracterizam a legitimação das normas voltadas à atuação soberana do Estado, devendo prevalecer no plano interno e no plano internacional.

1.3 ESTADO E CONSTITUIÇÃO

A estrutura jurídica constitucionalmente estabelecida pelo Estado deve atuar com eficiência, com vistas a viabilizar a concretização dos direitos por ela consagrados. As funções do Estado, atribuídas pela Constituição aos três Poderes, devem atuar de forma a estabelecer os mecanismos eficientes de efetivação dos direitos declarados.

Portanto, o Estado se vale da atuação independente e harmônica de seus poderes para a consecução de suas finalidades.

A Constituição é o elemento formador do Estado, limitando-lhe os Poderes, organizando suas funções, de tal sorte a torná-lo apto a garantir os direitos considerados fundamentais, materializando um sistema de normas voltado à efetivação da finalidade do Estado, considerando os interesses individuais e coletivos a um só tempo.

A justiça, como resultante de virtudes e liberdades, estabelece a base

para que o Estado se constitua e realize sua finalidade: o bem comum.

Assim, o Estado de Direito deve contar com uma Constituição que estabeleça sua estrutura, organize suas funções e controle sua atuação, de modo a garantir, em última análise, a efetivação do direito (justiça).

Ocorre que os conceitos de justiça variam no tempo e no espaço, e os instrumentos para concretizá-la encontram entraves de diversas ordens.

Não obstante o vasto universo em que se insere o tema, pode-se partir de pontos iniciais que viabilizam uma análise das possibilidades do Estado ser o agente responsável pela efetivação do direito, com forma de alcançar justiça por meio da Constituição.

O Estado, para ser eficiente em suas finalidades, depende da atuação equilibrada de suas funções (Poderes). Quando ocorre o desequilíbrio de suas funções, perde sua aptidão para a realização do bem comum.

A Constituição, como instrumento garantidor dos direitos estabelecidos pelo Estado, quando se distancia da realidade que caracteriza os direitos que por ela devem ser efetivados, compromete as finalidades do Estado. O direito não se concretiza quando inserido em um contexto de mau funcionamento do Estado enquanto estrutura. Por sua vez, o Estado deve manter a atuação de seus Poderes em harmonia e independência, respondendo adequadamente em relação à matéria que constitucionalmente normatiza.

O Estado deve estar apto à realização do Direito, reconhecido e declarado pela Constituição de forma justa para a realidade em que se insere. As distorções dos mecanismos do Estado produzem injustiça. O desequilíbrio das funções do Estado faz com que se perca a sua condição instrumental para a efetivação do direito.

A Constituição de um Estado, enquanto instrumento que lhe forma e organiza, garante liberdades e estabelece os direitos e deveres dos cidadãos. Como elemento estrutural do Estado, resulta da constatação da sua realidade jurídica, social e política.

Trata-se de um sistema que assegura direitos fundamentais pautados nas liberdades e na igualdade, mediante a atuação do Estado por meio de suas

funções (separação de poderes) e identificados ao tempo de sua elaboração.

Resgatando os apontamentos anteriores acerca da soberania, agora tratados no contexto da vinculação do Estado à constituição, Bruno Cozza Saraiva e Francisco Quintanilha Veras Neto (2015, p. 352-353), afirmam que

Consequentemente, o que se reivindica, no hodierno estágio civilizacional, é o desenvolvimento-criação de uma nova fase do constitucionalismo, de modo que essa abertura, possibilitada pela interdependência no que tange à soberania, desfaça os abusos do mercado e das instituições internacionais e reafirme a importância de organizar uma gestão coletiva do planeta no âmbito social e ambiental, entre os Estados, como forma de compartilhamento da soberania e do compromisso solidário para com a ideia de transformação da realidade em escala mundial. (p. 352)

[...]

No entanto, a discussão em torno da sobrevivência do Estado, e principalmente da ideia vinculativa de um constitucionalismo, ambos convertidos em garantias não mais adstritas somente ao nacional, mas sim ao cidadão inserido em um contexto cosmopolita, dependerá, invariavelmente, da edificação de um contrato global com força normativa, sendo tal contrato consubstanciado a partir de uma premissa constitucional transnacional de eliminação das desigualdades socioeconômicas não legítimas.

Conforme Gilmar Mendes (2015, p. 56-57), a Constituição não se restringe à arquitetura normativa básica do Estado, ordenando-lhe o essencial das suas atribuições e escudando os indivíduos contra eventuais abusos. Tem também o objetivo de criar bases para a convivência livre e digna de todas as pessoas, em um ambiente de respeito e consideração recíprocos, somando às funções tradicionais do Estado as de agente intervencionista e de prestador de serviços. O autor prossegue conceituando Constituição Material

O conceito material de Constituição, portanto, segue a inteligência sobre o papel essencial do Direito e do Estado na vida das relações em uma comunidade. A Constituição, como ordem jurídica fundamental da comunidade, abrange, hoje, na sua acepção substancial, as normas que organizam aspectos básicos da estrutura dos poderes públicos e do exercício do poder, normas que protegem as liberdades em face do poder público e normas que tracejam fórmulas de compromisso e de arranjos institucionais para a orientação das missões sociais do Estado, bem como para a coordenação de interesses multifários, característicos da sociedade plural.

A dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a garantia da liberdade como autonomia da vontade se materializam enquanto garantias constitucionais balizadoras para que os demais direitos sejam reconhecidos, declarados e efetivados.

Trata-se, portanto, de direitos naturais que, reconhecidos, devem ser declarados e garantidos pela Constituição de forma efetiva, estruturando o Estado para sua efetivação.

Norberto Bobbio (1992, p. 27), analisando Kant, sobre a Constituição, assevera que por “Constituição civil” Kant entende uma Constituição em harmonia com os direitos naturais dos homens, ou seja, uma Constituição segundo a qual “os que obedecem à lei devem também, reunidos, legislar”.
Prossegue o autor

Definindo o direito natural como o direito que todo homem tem de obedecer apenas à lei de que ele mesmo é legislador, Kant dava uma definição da liberdade como autonomia, como poder de legislar para si mesmo. De resto, no início da *Metafísica dos costumes*, escrita na mesma época, afirmara solenemente, de modo apodítico — como se a afirmação não pudesse ser submetida a discussão —, que, uma vez entendido o direito como a faculdade moral de obrigar outros, o homem tem direitos inatos e adquiridos; e o único direito inato, ou seja, transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída, é a liberdade, isto é, a independência em face de qualquer constrangimento imposto pela vontade do outro, ou, mais uma vez, a liberdade como autonomia.

Compreende-se, assim, a Constituição como sendo o instrumento legitimado para o estabelecimento do Direito enquanto norma protegida e garantida pelo Estado, considerando a realidade em que se insere.

Sua legitimação decorre inicialmente da pré-existência das realidades sociais e políticas e depois da forma pela qual foi estabelecida, observando-se o seu comprometimento com a realidade temporal em que se situa.

Em função dessa legitimidade, verifica-se sua força normativa voltada a extrair da organização do Estado os resultados necessários e condizentes com os direitos por se efetivarem.

Konrad Hesse (1991, p. 11-12) afirma que

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo; pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

O autor analisa a força normativa da Constituição e sua vocação para estruturar o Estado para a efetivação dos direitos, através da imposição de tarefas voltadas a esse fim. Uma vez estabelecia a vinculação do Estado em relação à efetivação do direito, tem-se presente a possibilidade de se reivindicar sua atuação para a efetivação do direito.

Prossegue o autor afirmando que (1991, p. 17)

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*).

A conformação da Constituição aos direitos que se necessita garantir e instrumentalizar deve tornar a norma constitucional superior às forças que lhe ofereçam resistência, caracterizando-se, assim, como elemento essencial à verificação de sua força normativa. Ainda sobre a questão, Hesse (1991, p. 18) afirma que

Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular

do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Esses limites, não são, todavia, precisos, uma vez que essa qualidade singular é formada tanto pela idéia de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) quanto pelos fatores sociais, econômicos e de outra natureza. Quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. A vontade de Constituição não é capaz, porém, de suprimir esses limites. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, de que se conforme a Constituição a esses limites. Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é, portanto, em tempos tranqüilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da Constituição. Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas.

O Estado de Direito se vê instrumentalizado pela Constituição que lhe originou, tornando-se apto a responder de forma adequada às demandas da sociedade constitucionalmente estabelecidas, alcançando seu desiderato de garantir a efetivação dos direitos que declara. A conformidade como forma de legitimação da Constituição, corresponde à fidelidade do instrumento (Constituição) à realidade instrumentalizada (sociedade).

Importante observar que a realidade instrumentalizada (sociedade) deve encontrar na Constituição a declaração dos seus direitos e as garantias para sua efetivação.

Bobbio, analisando Kant (1992, p. 59), identifica que

O ponto central da tese kantiana para o qual eu gostaria de chamar a atenção é que tal disposição moral se manifesta na afirmação do direito — um direito natural — que tem um povo a não ser impedido por outras forças de se dar a Constituição civil que creia ser boa. Para Kant, essa Constituição só pode ser republicana, ou seja, uma Constituição cuja bondade consiste em ser ela a única capaz de evitar por princípio a guerra. Para Kant, a força e a moralidade da

Revolução residem na afirmação desse direito do povo a se dar livremente uma Constituição em harmonia com os direitos naturais dos indivíduos singulares, de modo tal que aqueles que obedecem às leis devem também se reunir para legislar.

A força normativa identificada por Hesse e a relação entre a Constituição de um povo e o direito natural destacada por Kant, identificam que a Constituição materializa uma realidade jurídica de direitos naturais pré-existentes, inseridos em variadas dimensões (sociológica, econômica, política, religiosa).

Cabe a ela reconhecer e extrair o que de natural existe, prevendo normas que garantam a efetividade do direito em consonância com as características do povo que a ela está submetido.

Surge dessa relação, a atribuição precípua do Estado: garantir (efetivar) direitos e limitar poderes. Essa atribuição, ao longo do tempo, se apresenta equalizada por diferentes formas e pesos, extraindo-se de seu equilíbrio, a efetividade dos direitos constitucionalmente estabelecidos.

Gilmar Mendes (2015, p. 57) sobre a Constituição assevera que

O conceito material de Constituição, portanto, segue a inteligência sobre o papel essencial do Direito e do Estado na vida das relações em uma comunidade. A Constituição, como ordem jurídica fundamental da comunidade, abrange, hoje, na sua acepção substancial, as normas que organizam aspectos básicos da estrutura dos poderes públicos e do exercício do poder, normas que protegem as liberdades em face do poder público e normas que tracejam fórmulas de compromisso e de arranjos institucionais para a orientação das missões sociais do Estado, bem como para a coordenação de interesses multifários, característicos da sociedade plural.

A Constituição, portanto, se caracteriza como sendo o instrumento idealizado para criar, formar e organizar o Estado, estabelecendo a atuação dos poderes e calibrando as forças e funções a eles inerentes, para garantir e efetivar os direitos declarados por força do reconhecimento de sua existência natural na sociedade.

Neste contexto, pode-se identificar a relação entre o Estado soberano, que se organiza e estrutura constitucionalmente para a declaração e efetivação

dos direitos fundamentais, destacando-se os direitos sociais pelo fato de demandarem uma prestação positiva do Estado.

A Constituição estabelece as finalidades do Estado e a estrutura para que este responda pela efetivação dos direitos fundamentais, entre eles os direitos sociais. O Estado, a Constituição e o Direito caracterizam elementos cujas funções conjugadas de forma equilibrada, devem efetivar justiça.

Assim, a Constituição estabelece um conjunto de normas garantidoras da efetivação dos direitos declarados, prestando-se como fonte irradiadora de direitos, de tal sorte a viabilizar e vincular o Estado em sua atribuição maior de responder pela efetivação desses direitos.

Luís Roberto Barroso (2012, p. 8-9) sustenta que

Por fim, o marco teórico do novo direito constitucional envolve três conjuntos de mudanças de paradigma. O primeiro, já referido, foi o reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata, transformando-se em fundamentos rotineiros das postulações de direitos e da argumentação jurídica. O segundo foi a expansão da jurisdição constitucional. No mundo, de uma maneira geral, esse fenômeno se manifestou na criação de tribunais constitucionais na grande maioria dos Estados democráticos. No Brasil, em particular, materializou-se ele na atribuição do direito de propositura de ações constitucionais diretas a um longo elenco de órgãos e entidades, o que permitiu fossem levadas ao Supremo Tribunal Federal algumas das grandes questões do debate político, social e moral contemporâneo. A terceira grande transformação teórica se verificou no âmbito da hermenêutica jurídica, com o surgimento de um conjunto de ideias identificadas como nova interpretação constitucional. Nesse ambiente, foram afetadas premissas tradicionais relativas ao papel da norma, dos fatos e do intérprete, bem como foram elaboradas ou reformuladas categorias como a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica.

[...]

a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de

aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

O autor sinaliza para o fato de que a constitucionalização do direito identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradia por todo o sistema jurídico.

Ressalta que os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.

O efeito integrador da Constituição, aplicada nessa dimensão, eleva sua força normativa, tornando efetivos os direitos fundamentais por ela declarados.

A questão que surge: uma Constituição com força normativa é o suficiente para a concretização dos direitos por ela declarados? A resposta a esta questão repousa em diversos pontos de análise. Porém, nos limites do estudo proposto, pode-se identificar que apenas a força normativa da Constituição não basta à efetiva concretização dos direitos declarados constitucionalmente.

É necessária a atuação independente e harmônica dos Poderes, de tal sorte a permitir que cada atividade pontual e setorializada do Estado esteja integrada aos demais Poderes.

A harmonia entre os Poderes, constitucionalmente prevista, se refere ao reconhecimento de que o exercício do Poder isoladamente aplicado é inútil. As atividades do Estado se subdividem em funções complementares entre si e somente se encontram aptas ao atingimento de suas finalidades quando os seus mecanismos existirem e atuarem em harmonia.

Uma vez delineados os contornos relacionados à necessária efetividade da Constituição pela atuação eficiente do Estado, passa-se a analisar o critério para se buscar uma normatividade justa.

Para tanto, há que se partir da ideia de justiça como sendo resultante do exercício de virtudes e liberdades. O princípio básico estrutural para o

exercício justo de todos os demais direitos repousa na a dignidade da pessoa humana, que deve ser compreendida em seu sentido mais amplo.

Luís Roberto Barroso prossegue afirmando (2012, p. 30)

A dignidade da pessoa humana é um valor fundamental e um princípio constitucional que serve de fundamento ético e jurídico para os direitos materialmente fundamentais, aos quais fornece parte do conteúdo essencial. Dela se extraem regras específicas e vetores interpretativos. O conteúdo jurídico da dignidade é conformado pelo valor intrínseco da pessoa humana, pela autonomia individual e pelo valor comunitário. É imprescindível dar à dignidade uma dimensão objetiva, que permita o seu uso operacional e a poupe do desgaste da banalização.

Sustenta o autor que a dignidade da pessoa humana é um princípio jurídico e, como tal, opera como fonte direta de direitos e deveres quando do seu núcleo essencial de sentido se extraem regras que incidirão sobre situações concretas.

Em seu papel interpretativo, o princípio da dignidade humana vai informar o sentido e o alcance dos direitos constitucionais. O Estado, constitucionalmente estabelecido, deve viabilizar e concretizar os direitos por ele reconhecidos e declarados pela Constituição em respeito e observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, consideradas as virtudes conjugadas com as liberdades, deve orientar a busca pelo justo.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2011, p.12) assevera que

A força normativa da Constituição está a impor ao intérprete que este confira à norma constitucional sempre que possível, uma interpretação que assegure a maior eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. É dizer, que prestigie a sua força normativa.

A Constituição estabelece assim as balizas do direito para o Estado, devendo contar com a atividade interpretativa como instrumento a lhe garantir efetividade.

Hesse (1991, p. 27) sobre o tema sustenta que

Não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos. A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós.

As forças de tensão e de equilíbrio existentes entre a sociedade, o Estado e a Constituição configuram um sistema de infinitas possibilidades. Cabe aos agentes desse sistema, encontrar a melhor adequação possível para o momento da aplicação da norma, prevendo formas de desenvolvimento e evolução compatíveis com a efetivação do direito. A segurança jurídica, para tanto, decorre da força normativa da Constituição.

A eficiência do Estado quanto à realização de suas finalidades decorre da correlação existente entre atuação do Estado garantindo efetividade à Constituição em relação ao Direito declarado que, em última análise, corresponder ao que se entende por justo com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

A natureza e a força normativa da Constituição, como elemento que forma e organiza o Estado, e que se propõe a garantir liberdades, direitos e deveres dos cidadãos, identifica a Constituição como o instrumento legítimo para o estabelecimento do Direito.

Essa legitimação decorre inicialmente da pré-existência das realidades sociais e políticas e depois da forma pela qual foi estabelecida juridicamente.

Esse contexto permite situar os conceitos e as estruturas necessárias à efetivação da justiça pelo Estado através da atuação independente e harmônica dos Poderes.

O Direito reconhecido e aplicado deve, assim, manter harmonia, fidelidade e atualidade com o tempo e com o espaço em que atua, respondendo adequadamente em relação à matéria que normatiza. Tudo sempre pautado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Verifica-se então que o Estado materializa a estrutura constitucionalmente estabelecida, que deve garantir a efetividade dos direitos fundamentais, reconhecidos e declarados pela Constituição.

Caracterizando-se a atuação dos Poderes como estrutura do Estado, pode-se considerar que um dos pontos causadores da ineficiência do Estado se vincula ao desequilíbrio de sua atuação.

A estrutura do Estado, assim, corresponde a baliza para a busca da realização da justiça, abarcando as virtudes e liberdades como elementos que devem configurar a base estrutural para sua busca, conjugadas de forma sistêmica pela estrutura do Estado de tal sorte a promover a efetividade dos demais direitos, sempre orientados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Oportuno pontuar que o princípio da dignidade da pessoa humana, foi previsto expressamente pela Constituição Federal de 1988.

Sobre o tema, afirma Sarlet (2015, p. 99)

Com o reconhecimento, expresso no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Ainda acerca da previsão constitucional do princípio da dignidade humana, afirma Martins (2003, p. 63) que

O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz, em parte, a pretensão constitucional de transformá-lo em um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais (e de todo sistema jurídico), obrigando o intérprete a buscar uma concordância prática entre eles, na qual o valor acolhido no princípio sem desprezar os demais valores constitucionais, seja efetivamente preservado. Dessa maneira, a dignidade da pessoa humana não é o único parâmetro de interpretação e sequer pode ser considerado absoluto, mas por força de sua proeminência axiológica-normativa deve ser

considerada a principal fonte da hermenêutica constitucional. Assim, para uma correta interpretação do texto é necessário que o intérprete conheça todo o sistema constitucional e a realidade histórica e cultural em que está inserido, bem como, é essencial a leitura sistemática de todo o ordenamento jurídico.

Verifica-se que o Estado tem na Constituição, o instrumento para efetivar o Direito, pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Passa-se, assim a analisar as previsões referentes aos direitos sociais garantidos pela Constituição de 1988 e a consequente vinculação do Estado para com a sua efetivação,

2. DA VINCULAÇÃO DO ESTADO AOS DIREITOS SOCIAIS

2.1 O ESTADO DE DIREITO E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Os Estados encontram nas suas respectivas Constituições, o instrumento hábil à efetivação dos direitos soberanamente reconhecidos e declarados, concebendo um dever do Estado quanto à sua função de zelar pelo direito e garantir sua efetivação.

A condição do Estado independente e soberano se materializa quando suas normas e decisões são aplicadas de forma efetiva em seu território e respeitadas no plano internacional. A permanente busca pela justiça como necessidade básica dos homens situa o Estado como meio de organização social, política e jurídica voltada a este fim.

O Estado soberano e Direito mantém relação mútua e recíproca destinada à efetivação de justiça, aqui compreendida como o que se apresenta como justo num dado período e uma determinada época.

Bobbio (2004, p. 5) assevera que:

(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Nesse contexto de Estado e soberania encontra-se a ideia de Estado democrático de Direito como sendo aquele que garante o respeito das liberdades civis, direitos humanos e fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica estruturalmente concebida para ensejar a garantia de sua efetivação.

Canotilho (2003, p. 15-16) sustenta que

Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja actividade é determinada e limitada pelo

direito. «Estado de não direito» será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito.

O Estado se apresenta, portanto, como uma organização soberana limitada pelo direito que lhe estabelece mecanismos estruturais de atuação, voltada a realização de justiça.

Prossegue o autor asseverando que

O Estado de justiça compreende-se hoje como Estado de direito social. Podemos inverter a formulação: o Estado de direito só é Estado de direito se for um Estado de justiça social. Já deixámos entrever este sentido quando atrás se caracterizou o Estado social de direito. Neste contexto, e qualquer que seja a formulação e justificação teórica e económica das desigualdades, parece indiscutível que um Estado de justiça tem de encarar a exclusão social como um défice humano que corrói o próprio Estado de justiça. A marginalização social cria marginalidades no direito: defende melhor os seus direitos quem tiver possibilidades materiais. A exclusão social é também exclusão do direito e um Estado de direito que se pretenda um Estado de justiça tem de ser algo mais do que um Estado que encarcera os excluídos «fazendo justiça» ou um Estado que exclui os excluídos da justiça (os estrangeiros, as comunidades migrantes).

O Estado encontra-se vinculado pelo Direito à realização de justiça, devendo ser constitucionalmente estruturado para essa missão.

Nesse contexto, constata-se que a estrutura organizada do Estado tem a necessidade de estabelecer a atuação de suas funções de modo equilibrado e eficiente, dado o fato de que não lhe basta reconhecer e declarar direitos, mas também proteger-lhes o respeito e efetivar seu cumprimento de forma universalizada.

Canotilho (2003, p.19) prossegue sobre o tema

O Estado de direito é informado e conformado por princípios radicados na consciência jurídica geral e dotados de valor ou bondade intrínsecos. Não basta, para estarmos sob o império do direito, que o Estado observe as normas que ele ditou e actue através de formas jurídicas legalmente positivadas. As leis podem ser más, as formas de actuação revelar-se arbitrarias, o conteúdo das medidas estatais surgir aos olhos do particular como «mau

direito», como direito injusto. É aqui que muitos autores agitam a ideia de direito, devendo o Estado pautar-se pela ideia de direito. Esta ideia surge, muitas vezes, associada a representações ou imagens de direito abstractas e idealizadas, dificilmente captáveis pelo homem comum.

Mas o homem comum intui perfeitamente o que é o «bom direito», o que é o «direito justo», o que são princípios materialmente valiosos.

O direito encontra seu assento no Estado constitucionalmente estabelecido e organizado, restando reservado a este o dever de responder pela sua efetivação. O desenvolvimento das normas pelos Estados evolui na justa medida dos direitos por ele reconhecidos em função da soberania do povo.

O papel do Estado, pelas primeiras declarações de direitos (Petição de Direitos de 1628, *Habeas corpus Act* de 1679, Declarações de Direitos de 1689, Declaração de Independência dos EUA em 1776, Declaração Francesa de 1789), apresentou-se com o escopo de limitar o Estado, mas antes disso, de comprometê-lo em relação aos direitos que declara, permitindo ao indivíduo os meios necessários para alcançar o bem-estar, como resultante do exercício de sua liberdade.

Oportuna a citação do texto da Declaração de direitos do bom povo de Virgínia – 1776, verificando-se a preocupação com a igualdade e a liberdade.

Declaração de direitos formulada pelos representantes do bom povo de Virgínia, reunidos em assembleia geral e livre; direitos que pertencem a eles e à sua posteridade, como base e fundamento do governo.

I - Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

II Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis.

III - Que o governo é instituído, ou deveria sê-lo, para proveito comum, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; que de todas as formas e modos de governo esta é a melhor, a mais capaz de produzir maior felicidade e segurança, e a que está mais eficazmente assegurada contra o perigo de um mau governo; e que se um governo se mostra inadequado ou é contrário a tais princípios, a maioria da comunidade tem o direito indiscutível, inalienável e irrevogável de reformá-lo, alterá-lo ou aboli-lo da

maneira considerada mais condizente com o bem público.

Conforme Joaquim José Gomes Canotilho (2003, p.19) “O Estado de direito democrático-constitucional tornou-se, como vimos, um paradigma de organização e legitimação de uma ordem política.”

O Estado enquanto organização política reconhece e declara constitucionalmente os direitos, assumindo o compromisso de respeitá-los e aplicá-los. De outro lado, o fato de declarar o direito não se mostra suficiente à sua efetivação. Faz-se necessária uma estrutura de Estado eficiente para esse fim, sem o que, o Direito reconhecido se resume à simples declaração. Prossegue o autor (2003, p.19), sobre a declaração de direitos citada, destaca o compromisso do Estado em relação à efetivação dos direitos.

A Declaration of Rights da Virgínia, de 1776, ergue os direitos e liberdades a base e fundação do governo. No mesmo sentido, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, do mesmo ano, localiza também os direitos e liberdades do indivíduo numa esfera jurídica que está antes e está sobre o direito criado ou posto por qualquer legislador. Mesmo que esse legislador se considere e esteja democraticamente legitimado. Mais do que isso: os direitos valem como direito positivo, ou seja, como direito juridicamente vigente, garantido quer pela constituição, quer pela lei. Na qualidade de património subjectivo indisponível pelo poder, são os direitos e liberdades que limitam a lei, não é a lei que cria e dispõe dos direitos fundamentais.

Não obstante a garantia do direito pelo Estado por força da declaração constitucionalmente estabelecida, uma relevante lacuna se apresenta entre o direito declarado e o direito aplicado. Essa lacuna se verifica inicialmente nos desajustes e desequilíbrios existentes na estrutura do Estado.

A efetivação dos Direitos declarados caracteriza um problema constatado por Joaquim José Gomes Canotilho (2003, p.19)

Uma outra dimensão deve, porém, ser revelada: não basta a consagração de direitos numa qualquer constituição. A história demonstra que muitas constituições ricas na escritura de direitos eram pobres na garantia dos mesmos. As «constituições de fachada», as «constituições simbólicas», as «constituições álibi», as «constituições semânticas», gastam muitas palavras na afirmação de direitos, mas pouco podem fazer quanto à sua efectiva garantia

se os princípios da própria ordem constitucional não forem os de um verdadeiro Estado de direito. Isto conduz-nos a olhar noutra direcção: a dos princípios, bens e valores informadores e conformadores da juridicidade estatal.

O desenvolvimento do Estado e dos Direitos se caracteriza por uma constante busca por um sistema que viabilize a concretização de justiça.

A Carta Política mexicana de 1917 se apresenta como a primeira a reconhecer constitucionalmente a qualidade de direitos fundamentais aos direitos trabalhistas, juntamente com liberdades individuais e direitos políticos.

Fábio Konder Comparato (2001, p. 184), destaca que esse precedente merece relevo, dado o fato de que a dimensão social dos direitos humanos na Europa somente veio a ser reconhecida após a grande guerra de 1914-1918.

O que importa, na verdade, é o fato de que a Constituição mexicana, em relação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de compará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura no mercado. Ela firmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes do trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho, e portanto da pessoa humana, cuja justificativa se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar.

A partir da Constituição de Weimar (1919), adotada como modelo para outras constituições, houve a crescente constitucionalização do Estado Social de Direito, com a consagração em seu texto dos direitos sociais e a previsão de aplicação e realização por parte das instituições responsáveis por sua efetivação.

O Estado Social passa a estabelecer constitucionalmente os direitos sociais, buscando garanti-los de forma positivada, elevando-os à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado de Direito.

Inicialmente tais direitos foram compreendidos como de conteúdos predominantemente programáticos.

Com sua evolução, o Estado traz para si o dever de não violar tais

direitos e de buscar sua efetivação, contando, para tanto, com princípios e normas sobre a ordenação social.

Identifica-se o Estado como sendo o responsável pela realização dos fins que justificam sua existência constitucional, qual seja, a de limitar os Poderes estabelecidos, por meio da separação de suas funções (administrativa, legislativa e jurisdicional), e declarar os direitos que devem por ele serem garantidos e efetivados.

2.2 O ESTADO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS SOCIAIS

O Estado constitucionalmente estabelecido deve contar com um sistema que regula as relações entre o conjunto das instituições políticas e o sistema social no seu todo e materializada pela relação demanda-resposta.

Suas instituições políticas têm como função primordial dar respostas diante das demandas sociais, viabilizando meios de efetivação dos direitos garantidos pelo Estado. Vale dizer, dar concretude ao direito declarado, garantindo-lhe a efetividade.

Para Bobbio (2004, p. 60)

estas respostas retroagem sobre a transformação do ambiente social, do qual, em sequência ao modo como são dadas as respostas, nascem novas demandas, num processo de mudança contínua que pode ser gradual quando existe correspondência entre demandas e respostas, brusco quando por uma sobrecarga das demandas sobre as respostas interrompe-se o fluxo de retroação e as instituições políticas vigentes, não conseguindo mais dar respostas satisfatórias, sofrem um processo de transformação que pode chegar à fase final da completa modificação.

Conclui o autor que “o Estado como sistema político é, com respeito ao sistema social, um subsistema”. (2004, p. 62)

O desenvolvimento histórico dos direitos e do Estado descortina uma constante evolução no sentido de identificar os sujeitos de direitos e obrigações em cada período, bem como as relações entre eles e os mecanismos que devem garantir sua efetividade.

O Estado democrático de direito, no contexto em análise, pode ser compreendido como sendo o ente organizado política e juridicamente, voltado à efetivação dos direitos reconhecidos em função das necessidades e valores da sociedade, por meio de suas funções.

O Estado soberano é, assim, responsável pela garantia dos direitos sociais. Os sujeitos das relações sociais estabelecidas são: o Estado, o indivíduo, a empresa e a coletividade, cuja atuação se dá de forma permanentemente inter-relacionada, dado o fato de que o objetivo de um repercute na existência e desenvolvimento do outro.

A constituição instrumentaliza os meios para o Estado efetivar os direitos declarados que devem garantir a dignidade da pessoa humana do indivíduo inserido nessa coletividade.

O direito reconhecido e garantido pelo Estado soberano, por meio de sua Constituição, se apresenta como lastro para a efetivação do equilíbrio na atuação desses sujeitos.

O desenvolvimento humano, compreendido como sendo o bem comum pretendido pela sociedade, decorre da atuação do Estado soberano, com o estabelecimento de uma estrutura de garantias aos direitos sociais, sem descurar de preservar um ambiente favorável ao desenvolvimento econômico.

Uma vez garantidos e efetivados pela atuação do Estado, os direitos sociais instrumentalizam o desenvolvimento econômico e social, compreendido como sendo o bem comum perseguido pela sociedade.

O equilíbrio entre as forças do mercado econômico e o respeito aos direitos sociais se dá por meio da atuação soberana do Estado, ao garantir sua efetivação, visto que tais direitos se prestam à sedimentar a estrutura mínima de direitos para a atuação e influências do mercado econômico.

Ao reconhecer que o bem comum da sociedade não se mantém sem o respeito aos direitos sociais, o Estado deve passar a responder por sua efetivação e, com isso, promover o ambiente favorável ao pretendido e necessário equilíbrio.

Por estarem positivados na Constituição Federal, os direitos sociais

vinculam e impõe aos Poderes do Estado uma atuação multifacetada, modulada e inter-relacionada dos três Poderes, pelo que se deve configurar o equilíbrio necessário para a eficiência do Estado, mais especificamente, quanto à efetividade desses direitos.

Gilmar Mendes (2015, p. 148), afirma que

O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos - dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário -, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem.

Pelo citado autor, no âmbito do Poder Legislativo, a atividade legiferante deve guardar coerência com o sistema de direitos fundamentais. Sua vinculação aos direitos fundamentais pode assumir conteúdo positivo, tornando imperiosa a edição de normas voltadas à regulamentação dos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa. (2015, p. 148)

O legislador, portanto, tem sua atividade vinculada ao dever de respeito e observância aos direitos fundamentais, dado o princípio da proibição de retrocesso, inseridos aqui os direitos sociais.

Pela vedação ao retrocesso dos direitos fundamentais, há que se respeitar o grau já efetivado de sua realização, não havendo espaço para se reverter ou restringir as conquistas já obtidas.

De outro lado, o legislador deve também, juntamente com os poderes Executivo e Judiciário, cada qual em suas funções constitucionalmente estabelecidas, atuar no sentido de garantir efetividade aos direitos sociais, dado o fato de se tratar de direitos humanos de segunda geração ou dimensão, sendo, portanto, de natureza fundamental.

Conforme Canotilho (1998, p. 321)

o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.

Os atos do Poder Legislativo, portanto, sujeitam-se aos direitos fundamentais, mas também outros atos desse Poder.

No mesmo sentido, encontra-se a vinculação da Administração aos direitos sociais, compreendendo as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado que disponham de poderes públicos, tornando nulos os atos praticados com ofensa ao sistema estabelecido para a garantia desses direitos.

Importa observar que, no tocante à atuação dos três poderes de forma harmônica e independente, as permanentes evoluções da sociedade impõem a necessidade de constantes adequações do Estado, sem o que se verificaria sua ineficiência em relação às finalidades perseguidas.

Em relação ao Poder Judiciário incumbe a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (art. 5º, XXXV, CF).

Cabe ao Judiciário, defender os direitos fundamentais, encontrando-se entre estes, os direitos sociais. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte.

Os direitos sociais demandam uma atuação positiva do Estado, de tal sorte que seu descumprimento ou não efetivação, em regra, decorrerá de um não fazer ou fazer de modo equivocado por parte do Estado, lesionando o direito garantido pela Constituição.

Ao decidir, o Poder Judiciário, estando vinculado à Constituição, tem o dever de impor ao Estado as providências que correspondam à efetivação do direito. A vinculação das cortes aos direitos fundamentais leva ao entendimento de que estão elas no dever de conferir a tais direitos a máxima eficácia e efetividade possível.

Sob um ângulo negativo, a vinculação do Judiciário gera o poder-dever

de recusar aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais. (MENDES, 2015, p. 153)

O Estado, pelas funções dos Poderes estabelecidos encontra-se vinculado aos direitos sociais, cabendo a ele atuar em busca da garantia e preservação dos direitos fundamentais mínimos reconhecidos e declarados na Constituição Federal de 1988, sob uma estrutura organizada e eficiente.

As características do Estado, sua soberania e sua vinculação em relação à garantia dos direitos sociais, identificam a necessidade de meios que equilibrem constantemente as forças entre o público (responsabilidade do Estado) e o privado (mercado globalizado), promovendo o desenvolvimento humano que prevalece como interesse comum de ambos.

Como dito, a forma de atuação do Estado passa pela atuação dos três poderes, que devem desempenhar suas funções de modo independente e harmônico, voltados à efetivação dos direitos declarados.

A capacidade de adaptação do sistema do Estado identifica, assim, o grau de êxito em relação ao seu objetivo de efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Os direitos sociais encontram-se estabelecidos na Constituição Federal de 1988 e devem ser analisados à luz da estrutura constitucional estabelecida, de onde se extrai sua eficácia e aplicabilidade (Artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 8º, 170).

Os dispositivos citados identificam a opção do Estado Brasileiro pela adoção do Estado Democrático de Direito, contando com a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político e seu compromisso com a garantia dos direitos fundamentais sociais.

Encontrando-se entre os pilares do regime democrático, os princípios de igualdade e liberdade e os direitos de cidadania, correspondem à estrutura que sustenta a democracia² como regime adotado pelo Estado.

²Democracia compreendida como sendo um regime político em que todos são titulares de direitos, participando igualmente, de forma direta ou indireta, no desenvolvimento do Estado,

Hans Kelsen (2000, p. 27), sustenta que o referido regime possui, como base estrutural, os postulados da liberdade e da igualdade, identificando na liberdade uma característica congênita de cada membro do grupo social.

A possibilidade de escolher e decidir dos indivíduos, por meio do processo democrático, constitui-se a vontade do Estado. Kelsen (2000, p. 33-34), considerando o pensamento de Rousseau assevera

Mas, descartando-se a ideia de que os indivíduos são dominados por seus semelhantes, por que não reconhecer que o indivíduo que deve estar submetido à ordem do Estado não é livre? Com o sujeito do domínio muda, ao mesmo tempo, o sujeito da liberdade. Aliás, afirma-se com insistência que o indivíduo que cria a ordem do Estado, organicamente unido a outros indivíduos, é livre justamente nos laços dessa união, e apenas nela. A ideia de Rousseau de que o súdito renuncia a toda a sua liberdade para reavê-la como cidadão é característica, já que essa distinção entre súdito e cidadão indica uma mudança integral no ponto de vista social e o deslocamento completo do problema. O súdito é o indivíduo isolado de uma teoria individualista da sociedade; o cidadão é o membro não independente, simples elemento de um todo profundamente orgânico do ser coletivo de uma teoria universal da sociedade; de um ser coletivo que, do ponto de vista totalmente individualista de uma apreciação das coisas fundada na ideia de liberdade tem caráter transcendente, metafísico. A consequência – deduzida logicamente por alguns autores – é que, já que os cidadãos do Estado são livres apenas em seu conjunto, isto é, no Estado, quem é livre não é cada um dos cidadãos, mas a pessoa do Estado. Isso também é expresso pela fórmula segundo a qual é livre apenas o cidadão de um Estado livre. À liberdade do indivíduo substitui-se, como exigência fundamental, a soberania popular, ou, o que dá no mesmo, o Estado autônomo Livre.

Esta é a última etapa do processo de transformação da ideia de liberdade. Quem não quer ou não consegue acompanhar a evolução seguida por esse conceito em virtude de uma lógica imanente pode criticar a contradição existente entre o seu significado inicial e o seu significado final e renunciar a entender as deduções de quem, melhor que qualquer outro, soube analisar a democracia, de quem não retrocedeu nem mesmo diante da afirmação de que o cidadão só é livre através da vontade geral e de que, por conseguinte, ao ser obrigado a obedecer ele está sendo obrigado a ser livre.

Para Norberto Bobbio (2000, p. 427), as garantias constitucionais dos direitos de liberdade e igualdade se apresentam como pressuposto para o

abrangendo as condições sociais, econômicas e culturais que permitem o exercício livre e igual da autodeterminação política. Corresponde à capacidade de participar com liberdade e igualdade na vida da sociedade.

pleno exercício da democracia, ressaltando que a sua inobservância desnatura o governo democrático.

Para Canotilho o Estado de direito (1999, p. 19)

O Estado de direito só pode ser Estado de direito se for também um Estado democrático e um Estado social. Nesta perspectiva, o Estado de direito transformou-se em Estado de direitos pessoais, políticos e sociais. Dizer que o Estado de direito é um Estado de direitos significa, desde logo, que eles regressam ao estatuto de dimensão essencial da comunidade política. Não admira, por isso, a sua constitucionalização. Estarem os direitos na constituição significa, antes de tudo, que beneficiam de uma tal dimensão de fundamentalidade para a vida comunitária que não podem deixar de ficar consagrados, na sua globalidade, na lei das leis, ou lei suprema (a constituição). Significa, em segundo lugar, que, valendo como direito constitucional superior, os direitos e liberdades obrigam o legislador a respeitá-los e a observar o seu núcleo essencial, sob pena de nulidade das próprias leis.

Alexandre de Moraes (2017, p. 45) destaca o fato de que o preâmbulo constitucional corresponde ao instrumento de intenções do diploma, consistindo em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios.

O preâmbulo da Constituição de 1988 assim fez constar

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.

Importante observar que os referidos preceitos estão dispostos com vistas a preservar a Dignidade da Pessoa Humana, daí a natureza fundamental reconhecida nos direitos sociais. O compromisso do Estado não se restringe ao seu limite territorial, mas indica também para as suas relações internacionais a prevalência dos direitos humanos.

Vale dizer, o Estado assume o dever de garantir os direitos humanos fundamentais sociais internamente e promover seu desenvolvimento por meio de suas relações internacionais. A soberania é exercida de acordo com a realidade interna juntamente com as relações internacionais, harmonizando as relações globalizadas.

Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 62), sobre dignidade da pessoa humana

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Norberto Bobbio (1992, parte 9), sobre os direitos humanos de terceira geração, enquanto “novos direitos”: “O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade”.

O Brasil, portanto, adotou uma Constituição Federal que recepcionou os direitos humanos e fundamentais por ela declarados, repousando sua efetivação no princípio estruturante da dignidade da pessoa humana, sobre o qual o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (artigo 5º da Constituição Federal de 1988) erguem-se como pilares dessa norma de proteção aos direitos fundamentais.

3. DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO

3.1 DA EFICÁCIA E APLICABILIDADE DO DIREITO DOS DIREITOS SOCIAIS

Com tais considerações, identifica-se em breves linhas a Teoria da Eficácia Imediata (direta) ou Mediata (indireta) dos direitos fundamentais sociais.

Pela eficácia direta ou imediata alguns direitos fundamentais podem ser aplicados às relações privadas sem que haja a necessidade da intermediação legislativa para a sua concretização.

Pela eficácia indireta ou mediata (dimensão proibitiva e dimensão positiva), os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa. É vedado ao legislador editar lei que viole direitos fundamentais, cabendo-lhe ainda atuar de modo a materializar os direitos fundamentais, identificando acerca de sua aplicação às relações privadas.

Ana Paula de Barcelos (2002, p. 27) afirma que as normas jurídicas, constitucionalmente declaradas submetem-se à tutela existencial e à tutela Operacional. A primeira refere-se à restrição ou supressão das normas será coibida através da técnica das cláusulas pétreas ou núcleo rígido; a segunda atribui eficácia jurídica à norma, ensejando sindicabilidade judicial aos efeitos práticos que essas normas possam produzir.

Prossegue a autora (2002, p. 32), afirmando que, de acordo com a moderna teoria da norma, as normas constitucionais, além de superiores hierarquicamente, produzem efeitos relacionados à concretização dos valores escolhidos pela sociedade.

Tais valores devem ser garantidos por meio da juridicidade, compreendida como sendo a capacidade de se buscar em juízo a efetivação do direito, considerando a hipótese de haver desrespeito o quanto por ele declarado e garantido.

No contexto da eficácia dos direitos sociais, os princípios se

apresentam com importante função, na medida em que, embora possuam determinado grau de abstração e subjetividade, ganham concretude e especificidade ao serem objetivamente aplicados aos casos concretos.

Uma vez determinadas constitucionalmente as premissas dos direitos sociais declarados, os princípios atuam de forma a garantir sua adequada aplicação por meio do Estado, seja por meio do legislador, quanto atua em sua função legiferante acerca do tema, seja por meio do administrador, ao estabelece e implementar políticas públicas voltadas à sua efetivação, seja por meio da atuação jurisdicional, ao garantir e exigir sua correta e adequada aplicação, nos termos estabelecidos pela Constituição Federal.

Carlos Ayres de Brito em Aula Magna exibida em 12.10.06 na TV Justiça (Canal 04 da NET), afirmou que os direitos sociais são todos indisponíveis (não potestativos), pois são um meio para se alcançar a plenitude do ser humano, enquanto que os direitos individuais dividem-se em disponíveis (potestativos) ou indisponíveis (não potestativos).

Pela Teoria da Essencialidade dos Direitos Sociais, considera os Direitos Sociais como sendo condições materiais objetivas de concretização dos próprios direitos individuais. Ilustra sua análise ao questionar acerca da serventia do direito à inviolabilidade do domicílio se a pessoa não tem casa, ou ainda, do direito ao sigilo da correspondência se a pessoa não tem endereço.

O Ministro, em complemento, cita um ensinamento de Santo Agostinho, que dizia: "sem o mínimo de bem estar material, não se pode nem louvar a Deus."

Conforme Barroso (2008, p. 5): "A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa". Prossegue o autor afirmando que

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais³ ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na

concretização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido.

Nesse contexto, percebe-se o Poder Judiciário inserido em um Estado constitucional democrático, onde lhe cabe o dever de interpretar a Constituição e as leis, protegendo, garantindo e efetivando os direitos estabelecidos no ordenamento jurídico.

A hermenêutica constitucional aplica-se de forma permanente com o objetivo de se buscar o correto sentido das normas e a sua adequada aplicação e efetivação.

Canotilho (2000, p. 335), acerca dos direitos sociais, que a realização da democracia econômica, social e cultural é consequência política e lógico-material do princípio democrático. Conforme seu entendimento, o princípio da socialidade é o “núcleo firme do Estado Constitucional Democrático”.

O conceito de democracia econômica, social e cultural possui o mesmo grau de validade e dignidade constitucional do princípio do estado de direito e do princípio da democracia política, razão pela qual está garantido contra reformas constitucionais.

Cristina M. M. Queiroz (2010, p. 187-193), identifica os direitos sociais como protegidos por garantias constitucionais, tratando-se de normas de escalão constitucional, dispondo de vinculação geral em relação a todos os poderes. Em razão disso, não constituem mera previsão simbólica ou apelo ao legislador, mas sim deveres de proteção e de ação (imperativo constitucional).

Prossegue a autora, afirmando que os direitos sociais constituem direitos públicos subjetivos exigíveis do Estado e configuram uma imposição constitucional legitimadora de transformações sociais e econômicas necessárias para sua efetivação, ainda que dentro de uma reserva do possível³.

³ O Princípio da Reserva do Possível é compreendido no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar da sociedade/Estado, considerando a limitação do Estado em razão de suas condições sócio-econômicas e estruturais.

Complementa, sustentando que os direitos sociais correspondem, ainda, à necessária adoção de uma interpretação das normas legais conforme a Constituição social, econômica e cultural. A inércia do Estado quanto à efetiva realização desses direitos constitui inconstitucionalidade por omissão, por ser suprida pelo Poder Judiciário.

Daniel Sarmiento (2008, p. 4) afirma sobre a atuação do Poder Judiciário

Ora, a cada vez que uma decisão judicial concede alguma prestação material a alguém, ela retira recursos do bolo destinado ao atendimento de todos os outros direitos fundamentais e demandas sociais. Cada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente desalocativa. Em palavras mais toscas, sendo curto o cobertor, cobrir o nariz implica deixar os pés de fora ...

Adicione-se a este panorama a constatação de que o acesso à justiça no Brasil está longe de ser igualitário. Por diversas razões, os segmentos mais excluídos da população dificilmente recorrem ao Judiciário para proteger os seus direitos. Daí resulta um delicado paradoxo, uma vez que, quando não pautado por certos parâmetros, o ativismo judicial em matéria de direitos sociais – que deveriam ser voltados à promoção da igualdade material – pode contribuir para a concentração da riqueza, com a canalização de recursos públicos escassos para os setores da população mais bem aquinhoados.

O autor aponta para o problema de se contar com dois polos aparentemente antagônicos, mas decorrentes da mesma estrutura jurídica. Ou seja, o Poder Judiciário, responsável por garantir os direitos sociais, ao fazê-lo, acaba por deslocar recursos públicos que podem ensejar desigualdades. Prossegue sua análise afirmando que

Nesse cenário, surgem alguns questionamentos importantes: Será que o Poder Judiciário - cujos membros não são eleitos, nem respondem politicamente perante o povo – possui as credenciais democráticas para interferir nestas escolhas feitas pelo Legislativo e Executivo sobre quais gastos priorizar, em face da escassez de recursos? Até que ponto as suas intervenções favorecem, de fato, os mais excluídos? Terá o Judiciário condições de atuar de modo racional e eficiente neste campo, que envolve o controle de políticas públicas, cuja formulação e implementação requerem expertise?

Tais questionamentos colocam, em pauta o debate acerca das

possibilidades legítimas de atuação do Estado para a efetivação dos direitos sociais, garantindo que sua concretude se dê de acordo com os princípios constitucionalmente estabelecidos.

Canotilho, (2002, p. 20) constatou a necessidade da realização de políticas públicas de direitos fundamentais como condição para o livre desenvolvimento da personalidade e para a defesa da dignidade da pessoa humana, afirmando

Mas uma coisa é recortar juridicamente um catálogo de direitos de terceira geração, e outra fazer acompanhar a positivação dos direitos de um complexo de imposições constitucionais tendencialmente conformadoras de “políticas públicas” de direitos econômicos, sociais e culturais.

José Afonso da Silva (2006, p. 286), analisando os pressupostos de existência dos direitos sociais afirma que

Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Em certo sentido, pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressupostos de existência dos direitos sociais, pois, sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos

Os direitos sociais dependem, para sua efetivação, de condições socioeconômicas que lhe viabilizem a concretude. De outro lado, as políticas públicas adotadas pelo Estado devem, por compromisso e dever constitucional, manter fidelidade com os direitos sociais a serem efetivados, restando ao Poder Judiciário atuar nos limites constitucionalmente estabelecidos para suprir as lacunas surgidas entre a atuação do legislador e do administrador. Retornando a Daniel Sarmiento (2008, p. 05), o autor adverte que

os questionamentos acima referidos não devem conduzir à rejeição da possibilidade de proteção judicial dos direitos sociais. Este seria um inadmissível retrocesso no Direito Constitucional brasileiro, que, em boa hora, passou a reconhecer a força normativa dos direitos prestacionais. Mas, se não quisermos que a garantia jurisdicional

de tais direitos acabe comprometendo a possibilidade de que eles sejam efetivamente fruídos pelos mais necessitados, é essencial traçar critérios racionais para o Judiciário atuar neste domínio, que estejam em conformidade não só com a letra da Constituição, mas também com os valores morais que lhe dão suporte.

Norberto Bobbio (2004, p. 16) afirma a absoluta impossibilidade de se descontextualizar o “dever ser” do “ser”. Não se trata de emissão de opinião, mas de aferir a objetividade da efetivação da Constituição. A dificuldade em relação aos direitos sociais não reside em seu reconhecimento, mas em sua efetivação. “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

No contexto das dificuldades enfrentadas pelo Estado e dos meios para se buscar legítimas formas para a efetivação dos direitos sociais, verifica-se na interpretação de seu conteúdo, elemento de relevante importância.

Retomando Daniel Sarmiento (2008, p. 8), verifica-se que o autor identifica três argumentos aptos a refutar a objeção democrática contra o ativismo judicial.

O primeiro se refere à baixa confiabilidade do povo em relação aos seus representantes eleitos. Neste caso, “a objeção democrática contra o ativismo judicial se arrefece, sobretudo quando o Judiciário passa a agir em favor de causas “simpáticas” aos anseios populares, como a proteção dos direitos sociais”.

O segundo argumento diz respeito ao fato de que “a democracia pressupõe também a fruição de direitos básicos por todos os cidadãos, de molde a permitir que cada um forme livremente as suas opiniões e participe dos diálogos políticos travados na esfera pública. A ausência destas condições, bem como a presença de um nível intolerável de desigualdade social, comprometem a condição de agentes morais independentes dos cidadãos, e ainda prejudicam a possibilidade de que se vejam como parceiros livres e iguais na empreitada comum de construção da vontade política da sociedade. Portanto, quando o Poder Judiciário garante estes direitos fundamentais contra os descasos ou arbitrariedades das majorias políticas ou dos tecnocratas de

plantão, pode-se dizer que ele está, a rigor, protegendo os pressupostos para o funcionamento da democracia, e não atuando contra ela.”

O terceiro argumento relaciona-se à “natureza normativa da Constituição. Ele preconiza que o dever do Poder Judiciário de aplicar as normas jurídicas vigentes em situações de litígio, mesmo quando isto implique em controlar o exercício do poder estatal, não é incompatível com a democracia, mas antes um elemento dela. Ora, sendo a Constituição uma autêntica norma jurídica, a consagração constitucional dos direitos sociais deveria afastar a objeção contra o suposto caráter antidemocrático da adjudicação judicial destes direitos, pois aqui o Judiciário desempenha a sua típica função de aplicar o direito existente sobre situações litigiosas.”

Prossegue o autor (2008, p. 10) afirmando

Contudo, tais argumentos não devem nos levar ao ponto de negligenciar os riscos para a democracia representados por um ativismo judicial excessivo em matéria de direitos sociais, que transforme o Poder Judiciário na principal agência de decisão sobre as políticas públicas e escolhas alocativas realizadas nesta seara. Todos eles comportam temperamentos, que nos conduzem a preferir um regime que se, por um lado, não nega ao Poder Judiciário um papel relevante na proteção dos direitos sociais, por outro, também não o converte à condição de protagonista neste campo.

Com efeito, não é um bom lenitivo para a crise – real e grave – das instituições da democracia representativa, a transferência de poder para uma instância não responsiva perante a vontade popular, como o Judiciário. As crônicas patologias do processo político brasileiro justificam correções de rumo na nossa incipiente democracia, mas entre elas não está o esvaziamento das instâncias de representação democrática. Não se trata da doença matando o doente.

Em síntese, conclui o autor que “a democracia não impede a intervenção judicial voltada à afirmação dos direitos sociais, mas antes a exige, sobretudo em contextos de grave exclusão social como o brasileiro.” Entretanto, ressalva que “o princípio democrático demanda que se reconheça um vasto espaço de liberdade de conformação do legislador nesta seara, revelando-se incompatível com compreensões que depositem no Poder Judiciário todos os poderes, responsabilidades e expectativas correlacionadas à construção de uma ordem social mais justa.”

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2011, p. 93) identifica a relevância da posição do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição

O intérprete desempenha relevante função no sistema jurídico pátrio na medida em que são responsáveis pela determinação do sentido e conteúdo da norma constitucional e sua aplicação no caso concreto. Os intérpretes clássicos da Constituição sempre foram o Poder Legislativo, na medida em que para exercer sua função típica que é a de elaborar as leis deve fazê-la em consonância com os ditames constitucionais. De igual modo o Poder Executivo ao regulamentar as leis e a formular as políticas públicas deve realizá-las em observância às normas constitucionais. O Poder Judiciário também é intérprete da Constituição na medida em que deve zelar pela sua observância e solucionar conflitos.

No entanto, não há negar-se que num Estado Democrático de Direito como o Estado Brasileiro todos aqueles que devem obedecer a Constituição para fazê-lo necessitam inicialmente interpretá-la. Também há que se reconhecer que o Poder Judiciário, precipuamente, o Supremo Tribunal Federal que é o guardião da Constituição com vistas a legitimar as suas decisões que na sua maioria tem efeito erga omnes e vinculante devem permitir a participação da sociedade por meio do *amicus curiae*. Tem-se assim a concretização da sociedade aberta de intérpretes proposta por Peter Haberle.

Alexandre Luna da Paula Zambelli Salgado Brasil (2015, p. 283), sustentam que “o Brasil, como Estado cujo Direito (positivo) é estruturado num sistema jurídico fechado, legalista e codicista, tipicamente romano-germânica, está disposto num acervo pretendidamente intemporal, que culmina em proposições gerais que se manipulam dedutivamente.”

Afirmam os autores que, “nesses sistemas, há uma certa pretensão de totalidade em sua positivação – cuja tarefa deverá ser desenvolvida, precipuamente, pelo Poder Legislativo, a quem incumbe como função típica a inovação da ordem jurídica, por meio das leis.”

Para Willis Santiago Guerra Filho (1997, p. 37)

Do Judiciário de hoje, não é de se esperar uma posição subalterna frente a esses outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz não há de se limitar a ser apenas, como disse Montesquieu, *la bouche de la loi*, mas sim *la bouche du droit*, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito.

Os autores concluem no sentido de que

A jurisprudência atual, voltada à consecução de determinados princípios, acaba por provocar uma certa tensão, especialmente quando assume contornos de decisões que “usurpam” as competências de outros poderes, ou, mais precisamente, quando “judicializam a política” - decidindo uma questão de forma a, possivelmente, gerar uma crise institucional.

Isso acontece, especialmente, quando a sociedade, face à inércia e omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, passa a atribuir aos magistrados a função ativa de afirmação - concretização de diversos direitos (de justiça material).

Oportuno observar que as dificuldades dos Poderes Legislativo e executivo provocam impacto na atuação do Poder Judiciário, que se vê chamado ao dever de efetivar direitos que, por razões múltiplas, não puderem ser efetivados pela atuação dos demais Poderes.

Ocorre que a atuação do Poder Judiciário se encontra adstrita aos limites constitucionais, encontrando-se nas margens interpretativas um delicado terreno de atuação, pois o ativismo judicial justificado pela hermenêutica constitucional, por vezes, tem causado críticas ao Poder Judiciário, por suposta usurpação das funções dos demais Poderes. Prosseguem os autores em sua conclusão

Isso acaba por gerar maior visibilidade ao poder judiciário (ou, ainda, a personificar essa incumbência em alguns de seus membros), do qual se espera que adote a postura de desempenhar uma função transformadora, em que a atividade jurisdicional não se reduza a mera aplicação formal da lei ao caso concreto, mas que, se necessário, corrija seus defeitos, suprima ausências e omissões legislativas, concretizando e buscando a consolidação de direitos sociais, econômicos e culturais (DESCs), efetivando os objetivos traçados na Constituição, especialmente no que tange à justiça social, redução da pobreza e da desigualdade.

No cenário atual, o Poder Judiciário está frente a um dilema: ou traz para si a incumbência de assegurar os DESCs, sob o risco de sofrer forte pressão dos outros Poderes e ser criticado pelo aumento do ativismo e (consequentemente) da judicialização, ou mantém o padrão clássico liberal, da mera aplicação do substantivo da norma a caso, e termine sendo criticado por ser um poder sem relevante papel social e subserviente aos demais poderes.

Creemos que, no atendimento de um mínimo existencial, por meio da ponderação de princípios e à custa de uma certa judicialização, não há ideia de liberdade de mercado, proteção da propriedade ou princípio da separação de poderes que se sobreponha a

concretização do postulado da dignidade da pessoa humana e de efetivação da justiça social.

Os direitos sociais se apresentam com características estruturais balizadoras de condutas mínimas que devem ser observadas e garantidas, sem o que haverá o comprometimento dos elementos básicos da própria existência humana.

O Estado Democrático de Direito⁴, tem por função constitucionalmente estabelecida atuar soberanamente em relação aos direitos sociais, garantindo sua efetivação e promovendo o desenvolvimento da sociedade.

Para Ingo W. Sarlet (2001, p. 261)

enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais têm por objeto conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade.

O Estado deve manter-se forte em suas instituições garantidoras dos direitos sociais, habilitando-se nas disputas do mercado globalizado sem preterir ou enfraquecer tais direitos (soberania), promovendo assim o desenvolvimento integral do indivíduo em relação ao Estado e dos Estados em relação à comunidade Internacional.

Aqui se está a tratar de um modelo vinculante que, respeitando a soberania de cada Estado e as particularidades de cada cultura, viabilize a

⁴ Priscila Mendonça Chagas, em seu trabalho O conceito de Estado Democrático de Direito assevera que Estado Democrático de Direito é uma sociedade política comandada por representantes eleitos pelos cidadãos dessa sociedade que tem por função zelar pela separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos e a obediência aos ditames legais (CHAGAS, 2012, p. 53)

garantia dos direitos sociais, estabelecendo um tecido jurídico social que regule as relações internacionais globalizadas. Uma base de partida para a atuação de cada sujeito de obrigações e direitos em busca do desenvolvimento humano.

A Declaração sobre o Desenvolvimento de 1986, adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, com base na finalidade da Carta de Direitos Humanos (DUDH) e dos dois pactos internacionais de direitos humanos (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos - PIDCP e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC), reconhece que a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento humano, que a responsabilidade primária para o desenvolvimento dos indivíduos é dos Estados-nação e que os esforços de defesa e promoção dos direitos humanos na esfera internacional devem culminar nos esforços de uma nova ordem econômica internacional.

A Declaração sobre o desenvolvimento preconiza em seu art. 3, nº 3 que

Os Estados têm o dever de cooperar uns com os outros para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos ao desenvolvimento. Os Estados deveriam realizar seus direitos e cumprir suas obrigações de modo tal a promover uma nova ordem econômica internacional baseada na igualdade soberana, interdependência, interesse mútuo e cooperação entre todos os Estados, assim como a encorajar a observância e a realização dos direitos humanos.

A evolução dos direitos sociais tomou corpo, passando a se inserir de forma indivisível e independente no universo dos Direitos Humanos Fundamentais, eis que referidos direitos são imprescindíveis à efetivação da liberdade, da igualdade e da fraternidade/solidariedade. O princípio da solidariedade reflete um dos principais compromissos apontados na declaração.

Ao delinear a natureza dos Direitos Sociais como corolário da dignidade humana, imputa responsabilidade aos Estados para tomarem

providências para a eliminação de barreiras ou falhas ao desenvolvimento humano, dada urgência da efetivação e concretização dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Alexandre Bucci (2015, p. 124) identifica que

“o aumento do poder de interferência da empresa em contexto de mercados globalizados não pode ignorar a necessária responsabilidade social do ente empresarial como verdadeiro dever jurídico e não mera faculdade ou pura e simples contrapartida à incentivos tributários eventualmente concedidos pelo Estado, impondo-se, nessa quadra de considerações, o respeito à efetividade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais já consagrados e protegidos”.

Vê-se, portanto, que no âmbito internacional e no interno, o Estado encontra-se vinculado constitucionalmente à garantia da existência e desenvolvimento (humano e econômico) dignos de acordo com os ditames da justiça social, por meio da efetivação dos direitos sociais.

Tal garantia deve se efetivar por meio da atuação dos Poderes do Estado de forma independente e harmônica, tal como expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A Separação dos Poderes corresponde a um princípio geral do Estado, tratando-se de premissa para um Estado Democrático de Direito. Em sua forma tripartite, as funções do Estado são atribuídas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Por meio das atividades dos referidos Poderes, o Estado realiza as suas funções de administrar - resolver os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis (Poder Executivo), de legislar e fiscalizar (Poder Legislativo) e de Julgar, aplicar o direito aos casos concretos (Poder Judiciário).

A teoria da separação de poderes, desenvolvida com vistas ao controle do poder estatal passou por diversas interpretações e aplicações, permanecendo com a função preponderante de garantir os direitos dos cidadãos em respeito e efetivação da Constituição, permitindo o avanço da

sociedade.

Sua origem é relacionada a Aristóteles, que indicava o exercício do poder por uma só pessoa como causa de injustiça. Aristóteles tratou em sua obra "A Política" da necessidade de o Estado contar com diferentes funções, inaugurando o início da ideia da separação de poderes. Segundo o referido filósofo, a tendência à degeneração do Estado seria enfrentada pela divisão de funções estatais em mais de uma pessoa.

Dessa forma, o Estado deve ter suas funções realizadas por poderes com atribuições distintas, demonstrando não ser recomendável a centralização do Poder em uma única autoridade.

John Locke, no século XVII desponha para uma tentativa de sistematização da teoria da separação dos poderes (Ensaio sobre o Governo Civil) com base na, a igualdade de posições entre a autoridade real e a autoridade do parlamento e declarando a independência dos magistrados.

A partir da Revolução Francesa, com a ascensão da burguesia, surge a teoria da separação dos poderes, com o objetivo de assegurar a liberdade dos indivíduos. Charles de Montesquieu, em 1748, estabeleceu a separação dos poderes da forma como conhecida hoje.

Celso Ribeiro Bastos em sua obra Curso de Teoria do Estado e Ciência política (1999, p. 53) destaca que

A verdade é que Montesquieu foi quem a exprimiu com mais clareza e perfeição, trazendo para ela uma contribuição pessoal que acaba por justificar essa filiação que a história estabeleceu.

A independência e harmonia entre os Poderes se caracteriza pela interpenetração na esfera de atribuição de outro, aplicando-se o mecanismo de freios e contrapesos, como forma de viabilizar ao Estado a efetivação de seus fins, estando entre eles, a concretização dos direitos fundamentais.

Alexandre de Moraes em sua obra Direito Constitucional (2012, p. 428) afirma que

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.

Dessa forma, o Estado exerce sua independência ao mesmo tempo em que atua conjuntamente com os demais poderes, do que resulta a necessidade de haver harmonia entre eles.

Assim, a interpenetração de atividades entre poderes deve contar com o espírito de fiscalização e colaboração, com vistas a se extrair o máximo da efetividade mediante a atuação de cada um deles.

Relevante destacar que a atuação de um poder na esfera de atividades de outro, além dos limites constitucionalmente estabelecidos, caracteriza violação do princípio da separação de poderes e se apresenta de forma tão nociva quanto a centralização do poder, dado que ensejará um desequilíbrio de forças que inviabiliza a atuação do próprio Estado.

Prossegue o referido autor (2012, p. 430)

Não existirá, pois, um Estado Democrático de Direito sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização desses requisitos. Todos esses temas são de tal modo ligados que a derrocada de cada um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura

Na atualidade, as atividades dos três poderes, se dão por meio do mecanismo de freios e contrapesos. A harmonia entre os poderes é premissa para que um poder não usurpe as funções dos demais, ao tempo em que conjuntamente estabelecem relações dialógicas que concedem uma eficiência sistêmica integrada.

Como exemplo de interpenetração de Poderes do Estado, podem

ser citadas: a nomeação pelo Presidente da República dos juízes de instâncias superiores e a atividade legislativa por meio de Medidas Provisórias.

O Poder Legislativo exerce atribuições do Poder Judiciário, ao julgar o Presidente da República em crimes de responsabilidade. O Poder Judiciário ao exercer funções legislativas, ao elaborar os regimentos internos de seus Tribunais e suprir lacunas da Lei. Os três poderes, portanto, atuam em funções típicas e atípicas que devem se dar de modo independente e harmônico.

As interpenetrações de atividades dos poderes configuram meios de controle, com vistas a buscar a eficiência conjunta dos objetivos do Estado, sempre considerando a premissa de que ocorra em harmonia recíproca e independência.

Trata-se de um mecanismo de freios de contrapesos, voltado ao equilíbrio no conjunto do poder.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1989, p. 13) assevera que

Sob o critério objetivo as funções de controle podem ser agrupadas em quatro modalidades básicas: 1 – controle de cooperação; 2 – controle de consentimento; 3 – controle de fiscalização e 4 – controle de correção. (destacamos)

De acordo com esta classificação:

1 – controle de cooperação: O controle de cooperação é o que se perfaz pela co-participação obrigatória de um Poder no exercício de função de outro.

Pela cooperação, o Poder interferente, aquele que desenvolve essa função que lhe é atípica, tem a possibilidade de intervir, de algum modo específico, no desempenho de uma função típica do Poder interferido, tanto com a finalidade de assegurar-lhe a legalidade quanto à legitimidade do resultado por ambos visado.

2 – Controle de consentimento: O controle de consentimento é o que se realiza pelo desempenho de funções atributivas de eficácia ou de exequibilidade a atos de outro Poder.

Pelo consentimento, o Poder interferente, o que executa essa função que lhe é atípica, satisfaz a uma condição constitucional de eficácia ou de exequibilidade de ato do Poder interferido, aquiescendo ou não, no todo ou em parte, conforme o caso, com aquele ato, submetendo-o a um crivo de legitimidade e de legalidade.

3 – Controle de fiscalização: O controle de fiscalização é o que se exerce pelo desempenho de funções de vigilância, exame e sindicância dos atos de um Poder por outro.

Pela fiscalização, o Poder interferente, o que desenvolve essa função atípica, tem a atribuição constitucional de acompanhar e de formar conhecimento da prática funcional do Poder interferido, com a finalidade de verificar a ocorrência de ilegalidade ou ilegitimidade

em sua atuação.

4 – Controle de correção: O controle de correção é o que se exerce pelo desempenho de funções atribuídas a um Poder de sustar ou desfazer atos praticados por um outro.

Pela correção, realiza-se a mais drástica das modalidades de controle, cometendo-se ao Poder interferente a competência constitucional de suspender a execução, ou de desfazer, atos do Poder interferido que venham a ser considerados viciados de legalidade ou de legitimidade.

O moderno entendimento acerca da separação de poderes revela a necessária colaboração e integração entre eles, extraíndo-se daí a propalada harmonia constitucionalmente estabelecida.

Considerando o fato de que o Estado é instrumentalizado de mecanismos que sejam capazes de efetivar os direitos por ele declarados, pode-se afirmar que os Poderes encerram atividades meio, destinadas ao fim maior buscado pelo Estado.

A partir da instauração do Estado de Direito, reconhece-se o dever de respeito em relação à de todo ordenamento jurídico em face da Constituição.

Nesse contexto, uma vez garantido o acesso à justiça, verifica-se um gradual aumento de atuação do Poder Judiciário em função de sua posição de Poder garantidor da correta aplicação do direito aos casos concretos.

O Poder Judiciário se apresenta atualmente de forma destacada em relação aos demais Poderes. Isto porque os Poderes, Legislativo e o Executivo tem se mostrado deficientes em suas atividades, provocando uma crescente judicialização de questões, como forma de se exigir a efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos. A concretização dos direitos sociais previstos na Constituição passa a ser exigida judicialmente em face dos demais poderes.

Mauro Cappelletti (1999, p. 128-129) sustenta que

A resposta dada neste ensaio à indagação de se a tarefa do juiz é interpretar ou criar o direito, posiciona-se no sentido de que o juiz, inevitavelmente, reúne em si uma e outra função, mesmo no caso – que constitui, quando muito, regra não sem muitas exceções – em que seja obrigado a aplicar lei uma preexistente. Nem poderia ser de outro modo, pois a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade, um grau

que é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos.

Estando o Poder Judiciário vinculado à sua atribuição de aplicar a lei aos casos concretos de um lado e, verificando-se a deficiência funcional do Legislativo e do Executivo, é consequência lógica verificar que o Poder Judiciário ocupou espaço quanto a impor e exigir a concretização dos direitos e garantias constitucionais.

Assim, é notório que o mau funcionamento de um dos Poderes implica na necessária intensificação da atuação de outro, reequilibrando as forças direcionadas à efetivação do Direito.

Considerando o regime democrático em que se insere, o princípio da separação dos poderes se reposiciona em relação à sua atuação destinada a tomada de decisões, observando a vontade popular e, por outro, buscando garantir os direitos fundamentais.

Eugenio Raúl Zaffaroni (1995. p. 94) afirma que

O sistema entre checks and balances entre os poderes – ou funções, se se preferir – nada mais é do que uma distribuição do poder político. Cada sentença é um serviço que se presta aos cidadãos, mas também é um ato de poder e, portanto, um ato de governo, que cumpre a importante função de prover a paz interior mediante a decisão judicial dos conflitos. A participação judicial no governo não é um acidente, mas é da essência da função judiciária: falar de um poder do estado que não seja político é um contra-senso.

A evolução da teoria da separação entre poderes desponta para o desafio de se manter uma atuação conjunta e equilibrada, mediante a interpenetração harmônica das funções atribuídas aos Poderes.

Daniel Sarmiento (2009, p. 4) aduz que

[...] a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos

poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos.

A separação dos poderes inserida no contexto evolutivo do Estado indica para a necessidade de se buscar caminhos para o diálogo estrutural entre os Poderes do Estado, de tal sorte a equalizar e equilibrar suas funções e tensões que interligam as atividades por eles desempenhadas, ensejando um ambiente de complementaridade funcional apta a legitimar decisões e obter resultados esperados.

Virgílio Afonso da Silva em seu texto O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública (2009, p. 220), sustenta que

Essa possibilidade de diálogo parece-me factível e necessária, sobretudo em um dos âmbitos mais importantes do controle de constitucionalidade nos países em desenvolvimento: o controle de constitucionalidade por omissão, sobretudo no âmbito dos direitos sociais e das políticas públicas. [...] Ora, se se supera essa dualidade radical, e se se tem em mente que a decisão do Judiciário não é necessariamente a última palavra sobre o assunto, mas pura e simplesmente uma parte de um diálogo incessante, talvez seja possível conciliar ambas as posições. Nesse ponto, de novo, é preciso ter em mente o alerta de Rawls: o poder final não pode ser deixado para o Poder Legislativo, mas também não para o Poder Judiciário. O poder final é “compartilhado” pelos três poderes em conjunto, em uma relação harmoniosa entre si, e todos eles são responsáveis perante a sociedade civil. Para tanto, é preciso haver diálogo.

Peter Häberle, tratando da questão referente ao necessário diálogo entre os poderes (2002, p. 36-37, 42), sustenta que

Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais, tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos Direitos Fundamentais. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o

“concerto” científico sobre questões constitucionais, nos quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente.

Em última análise, os três Poderes desempenham suas atribuições de forma independente, mas comprometidos com os demais Poderes enquanto fiscalizadores, colaboradores e garantidores de forma mútua e recíproca das disposições constitucionais.

Conrado Hübner Mendes (2011, p. 57-58) afirma que

nenhum poder tem exclusividade para decidir questões de direitos. Todos participam numa certa sequência, num intrincado circuito decisório. Eles têm competências sobrepostas relativas a direitos, sobreposição que se resolve pela determinação do momento apropriado para cada um agir.

As falhas e deficiências entre as atividades dos Poderes implicam em forças antagônicas que se neutralizam entre si. A atuação de um Poder de modo desarmônico em relação aos demais, neutraliza ou impede os resultados esperados pelo Estado.

O diálogo harmônico entre os Poderes do Estado é premissa para sua eficiência em relação à efetivação dos direitos sociais.

O Estado encontra-se constitucionalmente estruturado para efetivar os direitos sociais que reconheceu e declarou como direitos fundamentais. Esses direitos possuem eficácia imediata e devem ser concretizados na sociedade por meio dessa estrutura.

Entretanto, há que se identificar uma atuação harmônica e dialógica entre os Poderes, de tal sorte a viabilizar o resultado pretendido de efetivação dos direitos sociais.

Canotilho (2004, p. 250-253), com base no entendimento de Konrad Hesse, afirma

A constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação de poderes transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como divisão, controle e limite do poder – dimensão

negativa;

(2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva).[...]

O princípio da separação na qualidade de princípio positivo assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder.

Prossegue o autor ressaltando a importância constitucional da separação de poderes através de três princípios: o jurídico-organizatório (criação de estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos para um comando recíproco do poder – check and balances); o normativo autônomo (possibilidade de “compartimentação” de funções para justificar a justeza de uma decisão), e o princípio fundamentador de incompatibilidades (necessário à chamada “separação pessoal de poderes ou funções” para que se evite o entrelaçamento pessoal de funções executivas e legislativas).

Constata o jurista que o aparente desafio político-institucional do Estado constitucional da pós-modernidade, considerada a polêmica que envolve a própria existência desta última, é fazer com que os três princípios acima elencados sejam observados de maneira sincrônica, evitando-se a hipertrofia de uma das funções em detrimento das demais.

A necessidade de se enfrentar as dificuldades existentes na atuação dos três poderes com a finalidade de se promover um Estado eficiente para a concretização dos direitos sociais caracteriza a relevância de se desenvolver formas de atuação conjugadas e dialógicas entre os Poderes.

Analisada a questão referente às atividades dos Poderes, torna-se relevante verificar a posição do Judiciário em relação à efetividade dos direitos fundamentais sociais. Levando-se em conta o fato de que os Poderes Executivo e Legislativo, enfraquecidos e consideravelmente desacreditados pela sociedade, têm falhado em alcançar esse objetivo por meio de sua atuação, restando ao Judiciário, resguardar a efetividade desses direitos.

Os direitos sociais implicam na prestação positiva por parte do Estado. Quando reconhecidos e determinados pelo Poder Judiciário em relação ao Poder Executivo, verifica-se a alegação deste último de que a efetivação do cumprimento da decisão proferida encontra limites na cláusula da reserva do possível.

A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”.

O Tribunal Constitucional alemão, ao decidir a questão, entendeu que o direito à prestação positiva, no caso aumento do número de vagas na universidade, encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode legitimamente esperar da sociedade.

Note-se que a análise realizada pela Corte se refere à razoabilidade da pretensão. Assim, a pretensão deve manter relação com o que se pode razoavelmente esperar e exigir do Estado, nos limites do razoável.

Portanto, não se trata apenas da existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas também da razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação.

Embora a alegação da reserva do possível tenha se prestado a afastar a exigência de efetivação imediata dos direitos sociais, os posicionamentos atuais acerca do tema têm exigido a comprovação de ausência de recursos, também denominada exaustão orçamentária.

Nesse sentido, a seguinte decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04)

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que

revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.(...).

O outro argumento vinculado à reserva do possível remete a limitação à efetivação de direitos sociais em face da incapacidade jurídica do Estado em dispor de recursos para a efetivação do direito, inexistindo previsão orçamentária específica, ensejando impedimento à interferência do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais.

No mesmo sentido, o Poder Judiciário têm mantido firme convicção em sentido diverso. A decisão a seguir demonstra esse fato (STJ, Resp nº 874.630/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 21.09.06).

(...) 1. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos a pessoa portadora de doença grave, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva da obrigação de fazer ou de entregar coisa. (arts. 461 e 461-A do CPC). 2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. 3. A decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade. 4. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, posto tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz de ofício ou a requerimento da parte a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica. (...)

Consideradas as decisões acima, tem-se que a aplicação da teoria da reserva do possível impõe uma situação de fato que deve receber o tratamento adequado.

Inicialmente deve se fazer presente a razoabilidade da pretensão. Após isso, deve ser considerada, de um lado, a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais em toda e qualquer situação e de outro, a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa (discricionária) do Executivo como óbices à efetivação dos direitos sociais fundamentais.

Resulta daí que a inexistência efetiva de recursos e ausência de previsão orçamentária não caracterizam elementos absolutos a serem levados em conta no processo de análise para a decisão judicial.

O custo direto envolvido para a efetivação de um direito social não pode servir como impedimento para sua efetivação, mas há de ser considerado quando da definição da forma de efetivação do direito.

Além da razoabilidade e dos meios possíveis para tanto, tem-se a essencialidade do direito social em questão, as condições pessoais e financeiras dos envolvidos e eficácia da providência judicial, como parâmetros a serem enfrentados para balizarem a conclusão de maior efetivação aos direitos sociais.

Em um cenário de escassez de recursos e de carências sociais, cabe ao Estado o dever constitucional de efetivar a concretude dos direitos sociais, garantindo, ao menos o mínimo dos direitos a que referem as necessidades essenciais dos titulares dos referidos direitos cidadãos.

Não obstante, não há como se ignorar as restrições materiais, quando existentes. Então, cabe ao Estado adotar as adequadas políticas públicas, estabelecendo critérios e prioridades que se adequem aos preceitos constitucionais dos direitos sociais aos quais se encontra vinculado, de acordo com sua previsão e execução orçamentária.

Ao Poder Judiciário não cabe a função de estabelecer políticas públicas ao Poder Executivo. De outro lado, ao Poder Executivo não cabe executar políticas públicas que se distanciem daquelas que se espera para uma efetivação dos direitos sociais pelo Estado.

O Legislador deve atuar em sua função legiferante de modo a

estabelecer normas que estejam inseridas no contexto de atuação positiva dos demais poderes. A edição de lei ou ato normativo que viole a Constituição ou a omissão do Poder Legislativo em relação à normas que dependem de sua atuação legiferante para que se alcance a efetividade do direito, ensejam hipótese a autorizar a provocação da atuação do Poder Judiciário para que se resguarde o ordenamento constitucional por meio dos mecanismos de controle de constitucionalidade ou por meio do Mandado de Injunção nas hipóteses de omissão normativa relacionada aos direitos constitucionalmente estabelecidos e que não encontram efetivação por conta da omissão referida.

Luís Roberto Barroso (2012, p. 22) identifica que

No plano jurídico, a autonomia envolve uma dimensão privada, outra pública e tem, ainda, como pressuposto necessário, a satisfação do mínimo existencial, examinados sumariamente na forma abaixo:

a) autonomia privada: está na origem dos direitos individuais, das liberdades públicas, que incluem, além das escolhas existenciais acima referidas, as liberdades de consciência, de expressão, de trabalho e de associação, dentre outras;

b) autonomia pública: está na origem dos direitos políticos, dos direitos de participação na condução da coisa pública. A democracia funda-se na soberania popular – todas as pessoas são livres e iguais e podem e devem participar das decisões que afetem sua vida –, constituindo uma parceria de todos em um projeto de autogoverno. A autonomia pública identifica aspectos nucleares do direito de cada um participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas do ponto de vista eleitoral, mas também através do debate público e da organização social;

c) mínimo existencial: trata-se do pressuposto necessário ao exercício da autonomia, tanto pública quanto privada. Para poder ser livre, igual e capaz de exercer plenamente a sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica.

O mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e seu conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública.

Sob mais esse aspecto, se mostra imprescindível a atuação independente e harmoniosa entre os Poderes, mediante uma relação positiva e dialógica em relação às finalidades constitucionalmente estabelecidas pelo Estado.

Com o objetivo de ilustrar o presente, segue uma breve análise da questão do direito de greve e o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Mandado de Injunção 712-8 Pará.

3.2 DA EFICÁCIA E APLICABILIDADE DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

A Constituição Cidadã de 1988, com a abertura democrática apresentou avanços em relação ao direito de greve e reconheceu esse direito como direito fundamental dos trabalhadores (artigo 9º, caput)⁵ e estendeu, pela primeira vez, o direito de greve aos servidores públicos (artigo 37, VII)⁶.

A lei de greve dos trabalhadores do setor privado foi aprovada pouco depois da entrada em vigor da Constituição Cidadã – trata-se da Lei nº 7.783/1989.

Todavia, o Congresso Nacional quedou-se inerte em relação criação de lei específica sobre o direito de greve dos servidores públicos, gerando dúvidas e polêmicas sobre a possibilidade jurídica, os limites e contornos específicos da greve no serviço público.

O direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII) quanto à sua eficácia apresentava três correntes: (i) eficácia plena: (minoritária) todo direito fundamental, a partir do momento em que se encontra na ordem jurídica, é naturalmente efetivo e eficaz, de plenitude máxima; (ii) eficácia contida: os servidores públicos poderiam exercer, desde já, o direito de greve, embora na expectativa de restrição normativa ulterior. Verifica-se aqui a aplicação

⁵ Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

análoga da Lei nº 7.783/1989 à greve dos servidores públicos (posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal em 2007); e, (iii) eficácia limitada: só seria juridicamente possível após a edição da lei específica prevista pelo constituinte.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 291), afirma que o direito de greve existe desde a promulgação da Constituição. Mesmo à falta de lei, não se lhes pode subtrair um direito constitucionalmente previsto, sob pena de se admitir que o Legislativo ordinário, teria o poder de, com sua inércia, paralisar a aplicação da Lei Maior.

Em 1994, ao apreciar o mandado de injunção MI nº 20/DF, o Supremo Tribunal Federal considerou que o “preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade”.⁷

Neste mandado de injunção, ao reconhecer a mora do legislador em editar a lei de greve do serviço público, o Supremo Tribunal Federal limitou-se a comunicar sua decisão ao Congresso Nacional para que tomasse as providências devidas. A mesma comunicação foi repetida em várias outras ações, destacando-se: a) MI 438-GO (julgado em 1994); b) MI 485-MT (2002); c) MI 585/TO (2002).

Mesmo notificado várias vezes, o Congresso Nacional não editou a lei. Na prática, o direito era exercido, mas com evidente anomia, diante da ausência de parâmetros legais para tanto.

3.2 DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO - DA MUDANÇA DE ENTENDIMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - MANDADO DE INJUNÇÃO – 712-8 / PARÁ

Esta realidade só foi alterada em 2007, quando o Supremo Tribunal Federal deu um giro histórico na sua jurisprudência. Havendo um direito

⁷ MI 20, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1994, DJ 22-11-1996.

subjetivo constitucional, cujo exercício se ache tolhido pela privação de norma regulamentadora, o titular desse direito postulará, perante o Judiciário, por via do mandado de injunção, a edição de uma norma aplicável à espécie concreta.

A edição da norma saneadora da omissão é provisoriamente proferida pelo Poder Judiciário, concretizando-se graças àquela garantia, a satisfação do direito subjetivo constitucional cujo exercício ficara paralisado.

O objetivo evidente é assegurar o exercício de direito constitucional até então ineficaz devido à omissão do Estado. Prestigia-se a força normativa da Constituição, que não pode ser relegada à mera folha de papel.

Assim, pode-se identificar que o Supremo Tribunal Federal, num primeiro momento, adotou a teoria não concretista, no sentido de reconhecer formalmente a inércia do Poder Público (legislativo), sem editar a norma regulamentadora do direito constitucional. Mas a orientação do Supremo foi sendo alterada paulatinamente.

No mandado de injunção MI 283, o Supremo Tribunal Federal fixou pela primeira vez um prazo para o Congresso Nacional sanar a omissão.

No mandado de injunção MI 232, o Supremo Tribunal Federal fixou prazo para o Congresso Nacional legislar e, findo o prazo sem edição da lei, o requerente poderia gozar do direito pleiteado.

Passou-se a adotar a teoria concretista em 2007, ou seja, o Poder Judiciário deve implementar o exercício do direito constitucional, até que sobrevenha norma regulamentadora.

Assim, no ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal julgou três mandados de injunção MI's (712/PA, 670/ES e 708/DF), impetrados por sindicatos de servidores públicos que se insurgiam contra a omissão do Congresso Nacional em regulamentar o artigo 37, VII, da Constituição Federal.

Neste julgamento, como dito, a Corte promoveu o mencionado giro histórico no seu entendimento sobre o Mandado de Injunção, resolvendo enfim concretizar o direito de greve dos servidores públicos, através da aplicação analógica da Lei nº 7.783/1989.

Grotti (2008, p. 49) em síntese deste julgamento histórico:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento dos referidos mandados de injunção em 25 de outubro de 2007 e, por unanimidade, decidiu declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar a lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, aplicar ao setor, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado. (...) ao final, a Corte não só decidiu o conflito que lhe foi apresentado, mas também determinou as regras aplicáveis a futuros casos semelhantes, ou seja, pela aplicação da Lei nº 7.783/89 sempre que se tratar de greve de servidores públicos. Adotou, portanto, o Supremo a posição concretista geral.

Em seu voto no mandado de injunção MI 712-PA, o Ministro Eros Grau deixou claro que não estava o Supremo Tribunal Federal a invadir competência do Congresso Nacional, posto que a Corte exerceu, na ocasião, função normativa, e não legislativa.

Segundo o Ministro, a função normativa do Judiciário inclui, por imposição expressa da Constituição Federal, a tarefa de “formular supletivamente, nas hipóteses de concessão do mandado de injunção, a norma regulamentadora reclamada”.⁸

Havia a necessidade de impor limites às greves no serviço público (MI 708/DF)⁹. Nesse sentido, o Ministro asseverou em seu voto que

Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira “lei da selva”.

Assim, visando impor limites às greves no serviço público, evitando a “lei da selva”, o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação da Lei nº 7.783/89, embora facultando aos tribunais a imposição de regime de greve mais severo em razão de tratar-se de “serviços ou atividades essenciais”.

Nos mandados de injunção MIs 670/ES, 708/DF (Rel. Min. Gilmar

⁸ Voto do Min. Rel. Eros Grau no MI 720/PA. Julgado pelo Plenário do STF em 25/10/2007. p. 24

⁹ MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007.

Mendes) e 712/PA (Rel. Min. Eros Grau), o Supremo Tribunal Federal formulou supletivamente uma norma regulamentadora, com efeitos *erga omnes*. Vinculou todas as greves de servidores públicos até que seja aprovada pelo Congresso Nacional a lei específica reclamada pelo art. 37, VII da Constituição Federal.

No mandado de injunção MI 720/PA (Rel. Min. Eros Grau), definiu-se um conjunto normativo a reger as greves, a partir da recepção e/ou adaptação de dispositivos da Lei nº 7.783/1989: a norma, na amplitude que a ela deve ser conferida no âmbito do mandado de injunção, compreende conjunto integrado pelos artigos 1º ao 9º, 14, 15 e 17 da Lei 7.783/1989, com as alterações necessárias ao atendimento das peculiaridades da greve nos serviços públicos.

Em relação à generalização e essencialidade do serviço público, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que todo serviço público é essencial. Disciplinou o direito de greve no serviço público nos mesmos termos da greve nas atividades essenciais da iniciativa privada.

Zênia Cernov (2011, p. 50) sustenta que

Há no setor público determinados tipos serviços que, embora importantes, não chegam a atingir a característica de essenciais, assim como há, no serviço privado, serviços que são mais essenciais à população do que muitos daqueles prestados pelo Estado.

Verifica-se, como sendo o melhor critério para definir a essencialidade de um serviço público, aquele constante na Lei nº 7.783/1989: serviço essencial é o que atende às necessidades inadiáveis da coletividade – isto é, necessidades que, não atendidas, colocam em risco a sobrevivência, saúde ou segurança da população.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal apontou para a necessidade de restrições em toda e qualquer greve de servidores públicos, em respeito e prevalência do princípio da continuidade em relação ao direito de greve.

A Súmula nº 316 do Supremo Tribunal Federal estabelece que “A simples adesão à greve não constitui falta grave”. O artigo 9º, § 2º da

Constituição Federal previu que os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei. De outra parte, entende-se que o exercício de um direito não pode ser compreendido como desabonador.

Neste contexto, quanto ao pagamento de salário, verificam-se três entendimentos: (i) negar aos trabalhadores o direito ao salário quando estiverem exercendo o direito de greve equivaleria, na prática, a negar-lhes o próprio direito de greve; (ii) violação ao princípio da isonomia, porquanto os trabalhadores da iniciativa privada têm seus contratos de trabalho suspensos durante o período da greve (artigo 7º da Lei nº 7.783/1989); (iii) Posição intermediária (MALLET, 2014): o equilíbrio na distinção entre greve para exigir cumprimento de obrigação já existente e greve para obter a criação de novas condições de trabalho.

No primeiro caso, os salários continuam devidos. Do contrário se verificaria manifesto paradoxo: sempre que não pagos os salários durante a execução do contrato, a greve deflagrada para reclamá-los exoneraria o empregador de continuar a cumprir a obrigação. Já no segundo caso, os empregados assumem o ônus do não trabalho.

De 2007 para cá tem havido uma inflexão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de apenas admitir o corte de ponto quando a greve é declarada ilegal ou abusiva.

Neste sentido, a decisão proferida em agosto de 2013, na Suspensão de Tutela Antecipada nº 723 (rel. Min. Joaquim Barbosa), reconheceu que o impetrante comprovou o preenchimento dos requisitos constantes da Lei 7.783/89, não se verificando, a princípio, qualquer abuso do direito de greve a justificar o corte no ponto dos servidores e, o consequente desconto dos dias paralisados. Ademais, reconheceu-se o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação na hipótese em comento, uma vez que se trata de verba de caráter alimentar.

Em 27/10/2016, o Supremo Tribunal Federal considerou legítima a possibilidade de órgãos públicos cortarem o salário de servidores em greve desde o início da paralisação, considerando que não poderá haver o corte nos casos em que a greve for provocada por conduta ilegal do órgão público, tais

como, por exemplo, o atraso no pagamento dos salários.

Com a decisão, a regra passa a ser o corte imediato do salário, assim como na iniciativa privada, em que a greve implica suspensão do contrato de trabalho.

Não obstante o entendimento em questão, os Ministros abriram a possibilidade de haver acordo para reposição do pagamento, se houver acordo para compensação das horas paradas.

A decisão tem repercussão geral, devendo ser aplicada pelas demais instâncias judiciais em processos semelhantes. No julgamento, os ministros analisaram um recurso apresentado pela Fundação de Apoio à Escola Técnica do Estado do Rio de Janeiro (Faetec), que, em 2006, foi impedida pela Justiça estadual de realizar o desconto na folha de pagamento dos funcionários em greve.

Por fim, relevante a edição da Lei nº 13.300 de 23 de junho de 2016¹⁰ disciplina o Mandado de Injunção e determina, como regra, a aplicação da corrente concretista individual intermediária (artigo 8º, I).

Caso o prazo para a edição da norma já tenha sido dado em outros mandados de injunção anteriormente propostos por outros autores, o Poder Judiciário poderá veicular uma decisão concretista direta (artigo 8º, parágrafo único). Em regra, eficácia subjetiva limitada às partes (artigo 9º).

¹⁰ Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do “caput” quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Art. 9º-A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

§ 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

§ 3º O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios.

No mandado de injunção coletivo, em regra, a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante (artigo 13).

Portanto, é possível identificar a atuação do Supremo Tribunal Federal em relação ao direito de greve e pela utilização do mandado de injunção, demonstrando relevante tarefa do Poder Judiciário no sentido de garantir a segurança dos direitos sociais, garantindo-lhes a efetividade, quando os Poderes Executivo e Legislativo falham nesse sentido.

Observe-se que as tensões naturais existentes em relação à atuação dos Poderes devem manter-se nos limites constitucionalmente estabelecidos. Sem isso, haverá espaço para o rompimento das relações harmônicas necessárias às finalidades do Estado e distorcendo suas atividades de forma arbitrária e desequilibrada.

CONCLUSÃO

O presente trabalho examinou as origens do Estado e sua finalidade, identificando que o Estado de Direito é o ente soberano responsável pela estrutura e pela efetivação dos direitos considerados fundamentais, entre eles os direitos sociais.

Assim, o Estado Democrático de Direito deve garantir a efetivação dos direitos sociais, por força de sua vinculação constitucional. Sua estrutura deve ser pautada na atuação independente e harmônica dos poderes, com vistas a alcançar a efetivação dos referidos direitos, restando ao Poder Judiciário o dever de garantir sua efetividade diante da ineficiência dos demais poderes.

Verificou-se que a Constituição Federal vincula o Estado em relação a efetivação dos direitos sociais e que sua estrutura deve se mostrar eficiente para este fim. O protagonismo do Poder Judiciário ocorre diante das dificuldades pelas quais passam os Poderes Legislativo e Executivo, na efetivação dos direitos sociais, inclusive no que concerne à questão da reserva do possível, que jamais pode ser considerada de forma absoluta de modo a impedir a efetividade dos direitos sociais.

O Estado Constitucional de Direito soberano garante a efetividade dos direitos fundamentais por meio da atuação independente e harmônica de seus Poderes.

Pode-se constatar que a independência e harmonia entre os Poderes caracteriza um sistema de freios e contrapesos multifacetado, modulado e inter-relacionado, voltado à efetivação dos direitos garantidos pelo Estado e corresponde à base estrutural do Estado para a efetivação dos direitos sociais.

Do equilíbrio equacionado entre os Poderes do Estado surge o mecanismo eficiente para a efetivação dos direitos sociais. De outro lado, o desequilíbrio desse sistema, pela desarmonia entre as atividades e funções do Estado, frustra a efetivação dos direitos, criando espaço para que o Poder Judiciário seja chamado a atuar na condição de garantidor do Direito e da Constituição, tornando-se assim protagonista na sua efetivação.

Assim, as distorções dialógicas entre os Poderes despontam como causa estrutural e sistêmica para o impedimento da realização das finalidades do Estado e, como consequência, frustram a concretização dos direitos que, em primeira análise, justificam a sua existência.

Verificou-se que o Estado ineficiente, incapaz de atender à missão primeira de garantir direitos sociais, apenas preserva o mínimo de ordem estabelecida, nos limites da civilidade e organização, fracassando, entretanto, no intento de garantir a efetividade dos direitos por ele declarados.

Neste contexto, deflagrada a ineficiência ou fragilidade dos Poderes Legislativo e Executivo, surge espaço para a atuação do Poder Judiciário, especialmente por meio do Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da Constituição Federal, avocando para si as funções de salvaguarda dos direitos fundamentais.

Essa atuação, aparentemente oportuna e necessária, muitas vezes, se sobrepõe aos demais poderes, implicando grave desequilíbrio de forças entre as funções do Estado, rompendo com a harmonia constitucionalmente estabelecida, fazendo-se imperiosa a avaliação e reflexão acerca dos limites constitucionalmente estabelecidos para sua interferência nas funções dos Poderes Executivo e Legislativo.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. **Separação de poderes e medidas provisórias**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação de Poderes**. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Adeus, Montesquieu**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, jan./abr. 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ALVIM, Eduardo Arruda (coord.); LEITE, George Salomão (coord.); SARLET, Ingo Wolfgang (coord.); NERY JUNIOR, Nelson. **Jurisdição e hermenêutica constitucional em homenagem à Lenio Streck**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017.

ANHAIA MELLO, José Luiz de. **Da separação de poderes à guarda da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ARISTÓTELES. **A Política**. Aristóteles - Coleção a Obra-Prima de Cada Autor Volume 61. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARCELOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**, São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. ISSN 1138-4824, núm. 13, Madrid (2009), págs. 17-32. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5124286.pdf>. Acesso em: 05/01/2018.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial:**

Direito e Política no Brasil contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2010v12e96-230>. Disponível em:

http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf.

Acesso em: 05/01/2018.

_____. **Da falta de legitimidade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Revista UNIJUS, v.11, n.15, p.13-38, nov. 2008.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil).** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 9, mar./abr./mai. 2007.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática.** Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abr./mai./jun. 2009.

_____. **O Constitucionalismo no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. 2012.** Disponível em <file:///F:/Pesquisa%20dissertação/Artigos%20Mestrado/Barroso%20muito%20bom%20O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>. Acesso em 12/01/2018.

BASTOS, Celso Ribeiro e BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política,** 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização, as consequências humanas.** Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Modernidade líquida.** Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade.** Trad.

Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2011.

_____. **O que é Globalização? Equívocos do Globalismo.**

Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BENACCHIO, Marcelo. **A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista.** In: Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da.; MEZZARROBA, Orides (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. **Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo Entre Ausentes.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel & BINENBOJM, Gustavo (orgs.) Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Entre o Estado Total e o Estado Social. Atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar.** Tese de Livre-Docência. Departamento de Direito Econômico e Financeiro Área de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em:

www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/.../Gilberto_Bercovici_Tese_LD.pdf. Acesso em: 05/01/2018.

_____. Democracia, inclusão social e igualdade. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/043.pdf>. Acesso em: 05/01/2018.

BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./mai, 2008.

_____. **Duzentos anos de jurisdição constitucional: as lições de Marbury v. Madison.** Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, n. 18, ano 5, jul./set. 2007.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** 3. ed. Rio de Janeiro:

Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 7. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 11. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BODIN, Jean. **Os Seis Livros da República: Livro Primeiro**. Tradução, introdução e notas: José Carlos Orsi Morel. 1.ed. São Paulo: Ícone, 2011.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Garantia de direitos e separação dos poderes**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Ciência Política**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **Teoria Geral do Estado**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BORDONI, Jovina d'Avila. **O poder judiciário e a democratização da justiça**. Revista da AJURIS – v. 41 – n. 133 – Março 2014, disponível em: www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/228/164. Acesso em 05/01/2017.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10/01/2018.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

_____. **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Aula Magna exibida em 12.10.06 na TV Justiça (Canal 04 da NET).

BUCCI, Alexandre. **Responsabilidade Social da Empresa como dever**

jurídico: uma leitura a partir da perspectiva da fraternidade humanista. Dissertação (UNINOVE) 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **A Constituição da República Portuguesa Anotada.** 2. ed., vol I. Coimbra: Almedina, 1985.

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

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Estado de Direito.** Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/32571-39731-1-PB.pdf>.

Acesso em 12/01/2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1984.

_____. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1999.

CERNOV, Zênia. **Greve de servidores públicos.** São Paulo: LTr, 2011.

CHAGAS, Priscila Mendonça. **O conceito de Estado Democrático de Direito.** Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP): 2012. Disponível em http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/431/Monografia_Priscila%20Mendon%C3%A7a%20Chagas.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Acesso em 12/01/2018.

CÍCERO. **Da República.** Tradução de Therezinha Monteiro Deutsh e Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno.** 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. **A Afirmação histórica dos direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** Revista de Informação Legislativa, n. 138, abr./jun. 1998.

COPETTI, André; MORAIS, José Luis Bolzan de. **A (Re)construção jurisdicional da Constituição de 1988.** Revista do Instituto de Pesquisas e

Estudos, Bauru, v. 40, n. 46, p. 135-167, jul./ dez. 2006. Disponível em: <http://www.ite.edu.br/ripe/ripe_arquivos/ripe46.pdf>. Acesso em: 12/01/2018.

COSTA, Lucas Sales da. **Constitucionalismo, direitos sociais e atuação do Poder Judiciário**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

CUNHA, Alexandre Luna da; BRASIL, Paula Zambelli Salgado. **Do Estado Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito: análise do surgimento do Ativismo Judicial**. Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. Rev. de Proc., Jurisd. e Efetiv. e da Jus.|e-ISSN:2525-9814|Minas Gerais|v.1|n.2|p.280-298|Jul/Dez, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição na Vida dos Povos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O futuro do Estado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria geral do Estado e ciência política**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DECLARAÇÃO de direitos do bom povo de Virgínia – 1776. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em 21/05/2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948. Disponível em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 12/01/2018.

DIAS, Evander. **Relativização da Soberania pela Internacionalização dos Direitos Humanos**. Congresso Nacional do CONPEDI, 17, 2008. Brasília. Anais. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_716.pdf>.

Acesso em: 10/01/2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **O império do direito**. 2. ed. Tradução de Jefferson Juiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 37.

ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRIEDE, Reis. **Curso de Ciência política e Teoria Geral do Estado**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

_____. **A ordem econômica na constituição de 1988. Interpretação e crítica**. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A greve no serviço público. Interesse Público**, ano 10, n. 49, maio/jun. 2008,. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2008.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Ijuí: Unijuí, 2005.

GRUNDMANN, Stefan (org.); MENDES, Gilmar (org.); MARQUES, Claudia Lima (org.); BALDUS, Christian (org.); MALHEIROS, Manuel (org.). **Direito privado, constituição e fronteiras**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

GUERRA Filho, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna. Introdução a uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HARBEMAS, Juergen. **A crise da legitimação do capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2002.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEGEL, **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. **Os dilemas da soberania**. Digesto Econômico n. 259 ed. São Paulo, 1978, p. 161.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

_____. **O que é uma Constituição?** 1. ed. Leme/SP. São Paulo: Edijur, 2014.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-juiz na democracia contemporânea. Uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MALLET, Estêvão. **Dogmática elementar do direito de greve**. São Paulo: LTr, 2014.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 30. ed. / São Paulo: Saraiva, 2010.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe: obra completa com comentários de Napoleão Bonaparte e Rainha Cristina da Suécia**. São Paulo: Jardim dos Livros, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2016.

MARTINS, F.J.B. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2003.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: 4. ed. Saraiva, 2012.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”**. Trad. do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP, n. 58, nov. 2000.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais: separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira (coord.); MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. **Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Análise crítica**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **A Interpretação constitucional, suas especificidades e seus intérpretes em homenagem ao Prof. Dr. Celso Ribeiro Bastos**. Disponível em file:///F:/Pesquisa%20dissertação/Artigos%20Mestrado/samantha%20A_INTERPRETAC-A-O_CONSTITUCIONAL_SUAS_ES.pdf. Revista Eletrônica Ânima, Curitiba, 5. ed, v. 5, p. 72-95, 2011. Acesso em 12/01/2018.

MEZZARROBA, Ourides; e MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 6. ed., 2. tiragem 2015. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues. **Entre a política constitucional e o direito constitucional, 2010**. Disponível em: http://www.direitonatela.com.br/index.php?ref=ver_texto&id=8. Acesso em 12/01/2018.

MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 32. ed. São Paulo: Atlas,

2016.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11^a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Interferências entre Poderes do Estado**. Revista de Informação Legislativa, nº 103/13. Brasília : Senado, 1989.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional, teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.

NETO, Aristides Monteiro (coord.); MEDEIROS, Bernardo Abreu de (coord.); SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (org.); SANCHES, Samyra Haydée dal Farra Napolini (org.); COUTO, Mônica Bonetti (org.). **Desenvolvimento nas Ciências Sociais. Direito e desenvolvimento no Brasil do Século XXI**. Brasília: Ipea Conpedi, 2013.

NEUMANN, Franz. **O império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Indagação sobre os limites da ação do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEDRA, Anderson Sant'ana. **A jurisdição constitucional e a criação do direito na atualidade. Condições e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PEINE, Thomas. **Senso comum – Os direitos do homem**. Porto Alegre: L&PM, 2009.

PEIXINHO, Manoel Messias. **O Princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 4, p. 13-44, jul./dez. 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PLATÃO. **A República**. 2. ed. São Paulo: Escala, 2007.

PORCIUNCULA, Marcelo. (Orgs.). **A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa: desafios materiais e eficáciais**. Joaçaba: Editora da UNOESC, 2012.

POSNER, Richard A.. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e

Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

QUEIROZ, Cristina M. M.. **Direitos Fundamentais. Teoria Geral.** 2ª edição. Coimbra, 2010.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado.** 5. ed. 7ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social.** Trad. Rolando Roque da Silva. Domínio Público. ed. Eletrônica. Ridendo Castigat Mores.

SARAIVA, Bruno Cozza e VERAS NETO, Francisco Quintanilha. **Estado, Constituição e Globalização: a retomada do social e a construção do ambiental.** Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.12, n.23, p. 337-366, Janeiro/Junho de 2015. Disponível em <file:///C:/Users/aleal/Downloads/572-2630-1-PB.pdf>. Acesso em 12/01/2018.

SANCHES, Samyra Haydée dal Farra Napolini; BENACCHIO, Marcelo. **A Efetivação dos Direitos Humanos Sociais no Espaço Privado.** In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo. (Org.). A Problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa Desafios materiais e eficaciais. Joaçaba: UNOESC, 2012.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais. Alguns parâmetros ético-jurídicos. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em 12/01/2018

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. História do Direito na Europa. **Da idade média à**

contemporânea. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo,** São Paulo: 27. ed. Malheiros, 2006.

_____. **Comentário Contextual à Constituição,** São Paulo: 2. ed. Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública.** Revista de Direito Administrativo – RDA. Belo Horizonte, ano 2009, n. 250, jan./abr. 2009.

SILVEIRA, Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Os Direitos Humanos: Conceitos, significados e funções.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (coord.); MEZZARROBA, Orides (coord.); MAILLART, Adriana Silva (org.); MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (org.); COUTO, Mônica Bonetti (org.); SANCHES, Samyra Haydée dal Farra Napolini (org.). **Justiça, empresa e sustentabilidade v. 1. Justiça, o paradigma da eficiência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (coord.); MEZZARROBA, Orides (coord.); MAILLART, Adriana Silva (org.); MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (org.); COUTO, Mônica Bonetti (org.); SANCHES, Samyra Haydée dal Farra Napolini (org.). **Justiça, Empresa e sustentabilidade v. 2. Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (coord.); MEZZARROBA, Orides (coord.); COUTO, Mônica Bonetti (coord.); SANCHES, Samyra Haydée dal Farra Napolini (coord.). **Justiça, empresa e sustentabilidade v. 3. Justiça e o paradigma da eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos.** Curitiba: Clássica Editora, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho.** 2. ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 4. ed., 2014.

_____. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial à brasileira.** Revista Direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena; SCABIN, Flávia (colaboração); FEFERBAUM, Marina (colaboração). **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** Revista Direito GV, São Paulo jul.-dez. 2008.

VICTOR, Sérgio Antonio Ferreira. **Diálogo Institucional e controle de constitucionalidade.** São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos.** Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado. Ciência Política.** São Paulo: Saraiva, 2016.