

A Efetivação dos Direitos Sociais *Versus* Democracia

The Effective Social Rights Versus Democracy

*Mércia Miranda Vasconcellos Cunha*¹

*Amanda Querino dos Santos Barbosa*²

RESUMO: O presente trabalho propõe uma reflexão crítica sobre a possibilidade da efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário sem minorar o valor substancial da Democracia. A busca pela efetividade da Constituição permite ao Direito cumprir o seu papel transformador da sociedade. Não obstante, tal busca deve ser norteada e respeitar os limites constitucionais impostos, não podendo macular os princípios democráticos, nem interferir indevidamente nos poderes políticos, bem como no mérito de políticas sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; direitos sociais; efetivação; Judiciário; Democracia.

1 Procuradora do Estado do Paraná, doutora em Direito das Relações Sociais na UFPR, coordenadora do curso de Direito da Faculdade do Norte Pioneiro – FANORPI/UNIESP, pesquisadora do NEFIL/UFPR.

2 Advogada, Mestranda do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Campus Jacarezinho, da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

ABSTRACT: This research intends a critic reflexion about the possibility of accomplishment of social rights by the Judiciary without decreasing the substantial democracy worth. The search for Constitution's fulfillment allows the law to implement the changing role in society. Nevertheless, such a search should be guided and respect the constitutional limits imposed in order to avoid harming democratic principles and also incorrectly interfere in the political powers, as well as the merit of social policies

KEYWORDS: Constitution; social rights; accomplishment; Judiciary; democracy

Introdução

O movimento dialético de evolução social é marcado por ideologias conflitantes que afluem em um jogo de domínio e subjugação, no qual o sistema de ideias vigente é aquele que, mediante processos político, econômico e social, estabeleceu-se como preponderante e, conseqüentemente, verdadeiro. Em reação ao estabelecimento do poder e sua aplicação desmedida, a realidade histórica apresenta movimentos que buscam a limitação desse poder estabelecido, bem como o reconhecimento de direitos.

O constitucionalismo consolidou-se na luta pela limitação do exercício do poder pelo soberano, em busca da construção de um Estado que reconhecesse os direitos das pessoas/cidadãos. A salvaguarda dos indivíduos contra o arbítrio do Estado foi a positivação dos direitos individuais que, aos poucos, foram consolidados nos documentos jurídicos máximos dos Estados. Entretanto, a proteção dos direitos individuais tornou-se insuficiente para garantir a dignidade dos indivíduos da sociedade e novos conflitos surgiram com a intenção de que novos direitos fossem assegurados, agora os sociais, que impõem conduta positiva do Estado ao contrário da conduta de “não fazer”, imposta pela defesa das

garantias individuais. Após alguns conflitos mundiais, notadamente a Segunda Grande Guerra, aprovou-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem que representa a manifestação de um consenso geral da humanidade, um sistema de valores humanos comuns a ser reconhecido pelo Estado.

A Declaração reafirmou os direitos individuais já conquistados, indo além e consagrando esforços pela reconstrução econômica, estabilidade das relações internacionais e medidas governamentais para superar a pobreza, estimular o crescimento, a produção, assegurar o emprego, enfim, disseminar o bem-estar. Fazendo isso, conjugou o discurso liberal com o social da cidadania e, mais amplamente, conjugou os valores liberdade e igualdade. Nesse contexto, tem-se que valores sociais foram agregados aos valores de liberdade e igualdade, fundamento do constitucionalismo, e notadamente após a referida Declaração de 1948 houve uma inovação no mundo jurídico e na compreensão dos direitos e de sua efetivação, no sentido de que sem a efetividade dos direitos civis e políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais esvaziam-se de sentido e não passarão de meras categorias formais. Em outras palavras, entende-se que, em um contexto humanitário, liberdade e justiça social são faces distintas de uma mesma totalidade.

Não obstante, embora a proteção dos direitos sociais tenha sido incorporada ao texto positivado da Constituição, em vários países do ocidente, a realização desses direitos tem sido vista com um olhar com viés liberal e, por isso, carente de efetivação. Na perspectiva de realização da dignidade, mediante realização dos direitos sociais, a função Judiciária do Estado tem-se revelado efetivadora de tais direitos, o que encontra resistência sob o fundamento da natureza não democrática dos juízes; da necessidade de preservar o poder dos órgãos representativos e da falta de informação e capacitação sobre políticas públicas dos juízes.

O presente estudo tem a finalidade de refletir sobre a atuação da função judiciária do Estado na realização dos direitos fundamentais do ser humano, a fim de preservar e realizar a dignidade, verificando se tal

atuação está inserida no permissivo democrático, constitucional e se há limites para a atuação do Judiciário na efetivação dos direitos sociais.

1. Interpretação constitucional e democracia

Até o nefasto evento da Segunda Guerra Mundial prevalecia a cultura jurídica iniciada com a Revolução Francesa, que tratava a lei editada pelo parlamento como fonte principal do Direito e suporte da liberdade pregada pelo ideal revolucionário. A proteção dos direitos encontrava-se no rigor da lei. Não se atribuía força normativa às Constituições, que eram tomadas como programas políticos para os legisladores, e, por isso, não podiam ser invocadas junto ao Judiciário na defesa de direitos violados. O medo de compactuar com atos bárbaros propiciou o fortalecimento da jurisdição constitucional, com instituição de mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais, mesmo em face do legislador. Esses ventos de mudança sopraram em vários países dos diversos continentes, ensejando um novo processo de democratização e respeito aos direitos humanos.

Dentre os propósitos das Leis fundamentais estão a autolimitação do poder e a institucionalização de um governo democrático. O texto constitucional utiliza-se de uma linguagem porosa, indefinida e possui textura aberta, em virtude dos princípios e conceitos jurídicos indeterminados que compõem a maioria das normas constitucionais. Nesse contexto, o problema enfrentado pelos juristas, intérpretes, enfim atuantes do Direito é a busca racional da “melhor resposta” aos casos difíceis do Direito³, sendo que a melhor resposta tem sido entendida como a melhor fundamentação para a escolha feita nos casos considerados difíceis.

Dworkin menciona uma leitura moral para a Constituição. Tendo

3 SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.240.

em vista que os direitos dos indivíduos são explicitados de forma ampla e abstrata, os atuantes do Direito devem interpretar os dispositivos considerando que eles fazem parte da referência a princípios morais. Seguido esse raciocínio, toda vez que houver questão constitucional, os intérpretes devem decidir qual a melhor maneira de compreender aquele princípio moral abstrato.

Dessarte, a moralidade política é intrínseca ao direito constitucional, mas, diante de sua complexidade, o próprio sistema jurídico terá de dizer quem terá autoridade para compreendê-lo e aplicá-lo. “A constituição expressa exigências morais abstratas que só podem ser aplicadas aos casos concretos através de juízos morais específicos”, afirma Dworkin⁴. Não obstante a leitura moral proposta pelo autor, ele afirma que os juízes não podem pensar que a estrutura constitucional deixa a cuidados deles mais do que certos direitos políticos básicos e estruturais. A melhor concepção dos princípios morais constitucionais não outorga aos juízes o poder, sem ferir a soberania popular, de tomar decisões de cunho político que deveriam ser tomadas por representantes eleitos pela sociedade política.

Assim, duas possibilidades afluem: a primeira admite a leitura moral da Constituição, mas nega aos juízes a autoridade suprema de fazê-la, deixando reservada para o povo a autoridade da interpretação final⁵; já a segunda, denominada de “originalista”, não aceita tal leitura e busca as origens, o significado original do texto constitucional. Segundo Dworkin⁶, os constitucionalistas entendem que a leitura moral dá demasiado poder aos juízes, mas a posição originalista faz da Constituição uma “extensão morta do passado”, entendendo que o método correto é um “justo equilíbrio”

4 DWORKIN, Ronald. *O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 04.

5 *Ibidem*, p. 18.

6 *Ibidem*, p. 21.

entre a proteção dos direitos individuais essenciais e a obediência à vontade popular sem, entretanto, dizer que justo equilíbrio é esse e, tampouco, qual balança deve ser utilizada para encontrá-lo. A ideia de Constituição “viva” rechaça a interpretação que busca o sentido passado do texto. Ao intérprete, pois, cabe a determinação da melhor concepção dos distintos conceitos fundamentais que a Constituição fixou em seu texto, atendendo ao próprio texto, à prática constitucional da comunidade e às tradições.

John Hart Ely⁷ constrói uma proposta procedimentalista sobre o papel adequado dos magistrados na interpretação da Constituição, rechaçando a tendência teórica de que os magistrados possam inferir amplos conteúdos a partir da Constituição, por reputar tal atuação antidemocrática, ao contrário, a interpretação da Constituição pelos juízes deve ser feita de forma a fortalecer os processos democráticos e populares de autogoverno, atuando como árbitro ou garante da igualdade de representação no processo político. O autor não admite que decisões do Judiciário não estejam submetidas à correção pelo processo legislativo. Entretanto, admite que o poder da maioria não pode ser ilimitado, havendo a necessidade da proteção das minorias. Entende, ainda, que “a tarefa mais difícil sempre foi e continua sendo a de criar uma ou mais maneiras de proteger as minorias da tirania da maioria sem incorrer numa contradição flagrante com o princípio do governo majoritário”. Entende John Hart Ely⁸ que as decisões judiciais seriam, em essência, a imposição de uma Constituição “não-escrita” por “autoridades não-eleitas” e que isso não seria a melhor resposta para a sociedade. Segundo o raciocínio do autor, não cabe ao aplicador a tarefa de valorar o conteúdo da Constituição, até porque o Judiciário é o órgão com menor possibilidade de influência no

7 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

8 *Ibidem*, p.12-13.

governo, uma vez que a “corte não maneja nem a bolsa nem a espada”. Tutelar a Constituição significa tutelar as regras do jogo democrático que ela fixa, e isso não cabe ao Judiciário.

No que tange à interpretação em relação aos direitos sociais, Roberto Gargarella⁹ afirma que os juízes, com frequência, utilizam argumentos relacionados à democracia quando decidem em relação a esses direitos. Normalmente, os juízes abordam a obrigação do respeito à vontade do legislador para sustentar, a partir daí, a incapacidade de intervir no processo que envolve a violação de algum direito social.

Segundo a concepção pluralista da democracia, considerada por Gargarella¹⁰ como sinônima de visão madisoniana, uma das principais obrigações dos juízes é respeitar devidamente a vontade do povo, cujo *locus* é a Constituição que deve, por conseguinte, proteger e prevenir opressões de uns sobre outros, especialmente porque vivemos em um mundo caracterizado por facções que são motivadas, muitas vezes, por paixões, impulsos egoístas que impendem decisões não racionais e em desacordo com o interesse da totalidade. Sob esse prisma, o sistema constitucional se dirige sobretudo a reduzir a influência de grupos de interesse, em particular os que são majoritários na política. Os juízes que aceitam a visão pluralista compartilham do entendimento que a interpretação correta da Constituição exige a busca de seu entendimento original.

Por outro lado, a concepção populista da democracia entende que uma das principais obrigações dos juízes é respeitar devidamente a vontade democrática do povo, cuja sede ou *locus* é o aqui e agora e não a

9 GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?* In ALEGRE, Marcelo e GARBARELLA Roberto (coord) *Aportes para um constitucionalismo igualitário*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007, p. 122.

10 GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?* In ALEGRE, Marcelo e GARBARELLA Roberto (coord) *Aportes para um constitucionalismo igualitário*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007, p. 124.

Constituição. Se o povo, aqui e agora não toma medidas ativas para efetivar os direitos sociais, os juízes devem respeitar a decisão soberana. A despeito das diferenças teóricas, ambas posturas criticam o ativismo judicial no sentido de implementação dos direitos sociais, embora conclua no sentido de que estes mesmos devem assegurar os direitos civis e políticos.

Gargarella¹¹, em continuidade ao seu raciocínio, entende que o ativismo judicial no que diz respeito aos direitos sociais é relevante para a implementação da própria democracia e do processo democrático, uma vez que uma adequada situação social e econômica dos indivíduos, igual possibilidade de educação, constituem precondições necessárias de uma participação livre e igualitária no processo político. Ao mesmo tempo, aduz que não há que se pensar, necessariamente, na existência de conflito com a democracia, sendo possível que decisões judiciais contribuam para as discussões sobre assuntos públicos fundamentais, sem minar a democracia.

2. Efetivação dos direitos sociais

Em virtude do processo de universalização dos direitos humanos e sua proteção global, dois tratados internacionais distintos foram elaborados: o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos e Pacto internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que passaram a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal. Assim, as Constituições, de modo geral, incluíram os direitos sociais no rol dos direitos positivados constitucionalmente, todavia, conforme visto acima, o argumento democrático é utilizado para sugerir a abstenção judicial, sob o fundamento de que os direitos sociais dizem respeito unicamente a questões do poder político, que tem a legitimidade democrática para distribuir os recursos aos diversos grupos sociais.

11 Ibidem, p.134.

A forma de institucionalização do Poder Judiciário, composto por membros não eleitos, é criticada fortemente relativamente a questões de intervenção na defesa dos direitos sociais, sob o argumento de ferir a democracia, uma vez que pessoas não eleitas, cuja conduta não pode ser reprovada ou controlada pela população, não pode ter a última palavra sobre tais questões, relevante para a sociedade. Nesse contexto, o Judiciário não está “legitimado democraticamente”¹² para dar conteúdo aos direitos sociais. Se assim fosse, haveria um esvaziamento do conteúdo da democracia, com a conseqüente criação do que o autor denomina “reino dos juizes”. A Constituição, que é expressão da vontade democrática da comunidade, deve ser respeitada e se os legisladores negaram-se a implementar os direitos sociais, não podem os juizes fazê-lo, sem incorrer em deslocamento do papel dos legisladores.

Os direitos sociais – comumente identificados como aqueles que envolvem prestações positivas por parte do Estado, razão pela qual demandam investimentos – positivados em sede constitucional, então, seriam compromissos sociais assumidos politicamente pelo Estado em favor da sociedade. Estão no centro do programa político, mas constituem-se compromissos, programas a ser desenvolvidos dentro de um cronograma político, à medida da possibilidade e prioridade de recursos. Entretanto, em oposição a esse posicionamento há o que entende que os direitos sociais não podem ficar reservados à periferia das políticas públicas, mas devem ser respeitados e efetivados como pilar do sistema que protege o interesse comum. Dworkin entende que os juizes devem defender os direitos dos interesses minoritários, para ir além de uma democracia da maioria. Assim, a intervenção do judiciário com finalidade de efetivação dos direitos sociais seria medida de atuação nos estritos moldes do Direito.

12 GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?* In ALEGRE, Marcelo e GARGARELLA Roberto (coord) *Aportes para um constitucionalismo igualitário*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.

A Constituição, documento jurídico, apresenta um rol exemplificativo de direitos a serem protegidos e efetivados. Há, pois, um sistema de direitos legitimados pelo próprio sistema jurídico e não por motivos de ordem política, religiosa, metafísica. Os direitos fundamentais e, dentre eles, os direitos sociais, revelam historicamente a identidade de uma determinada sociedade, conforme Habermas¹³. Segundo o autor, diante da complexidade, pluralidade da sociedade, os valores são conflitantes e não há possibilidade de um consenso sobre estes, devendo haver um consenso sobre o procedimento democrático a ser resolvido para resolver litígios, com a finalidade de proteger a democracia.

Habermas¹⁴ entende, ainda, que a vontade política organizada na forma do Poder Legislativo depende do Executivo para realizar os programas criados. Ainda, é necessário o Estado como poder de organização, sanção e de execução, pois direitos têm de ser implantados; a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada que fiscalize a implementação dos programas criados pela vontade política. Tais aspectos não constituem simplesmente complementos necessários ao sistema de direitos, mas implicações jurídicas objetivas, contidas nos direitos subjetivos. Assim, o poder político só pode desenvolver-se mediante um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais. Há, portanto, um nexos interno entre Direito e poder político.

Relativamente à efetivação dos direitos sociais, claro que o juiz não pode fazer o papel de legislador, construindo o Direito, mediante atos que não se submetem a formalidade exigida pelo próprio documento magno, fruto da vontade política da sociedade. Dworkin constrói uma teoria do Direito e fala da necessidade de um “juiz Hércules” que conhece todos os

13 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade a validade* 2. Ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p.50.

14 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade a validade* 2. Ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p.171.

princípios existentes e positivados, os objetivos válidos para a justificação, bem como possui uma visão completa do Direito e dos possíveis equívocos existentes no tocante ao sistema de direitos.

Os direitos sociais, apesar de toda a controvérsia no âmbito doutrinário e jurisprudencial, converteram-se em direitos subjetivos públicos, capazes de tutela pela função judiciária do Estado e é crescente a atuação do Judiciário na implementação desses direitos. Por óbvio, há decisões que não satisfazem as condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente, como preconiza Habermas¹⁵. De outro lado, há decisões que harmonizam os pontos de tensão, limitando a vontade da maioria em virtude de conteúdos materiais protetores das minorias.

O princípio democrático expressa a soberania popular e é exercido no constitucionalismo que tem como essência o respeito aos direitos fundamentais. Em sendo assim, o poder político é conquistado pela maioria que se articulam, periodicamente. Os membros do Poder Legislativo, bem como do Executivo, passam pelo crivo da vontade política da comunidade, diferentemente dos membros do Poder Judiciário que são escolhidos mediante critérios técnicos.

Não se pode levar a radicalismos a compreensão da atuação judicial, rechaçando-a somente pelo fato de membros não eleitos decidirem sobre eventuais omissões relativas a políticas públicas, sendo que tal atuação dos juízes é prevista constitucionalmente, o que implica dizer que a vontade política da comunidade transformou-se em jurídica e tem toda a legitimidade para ser realizada. Não obstante, o atuar do juiz deve ater-se aos critérios estabelecidos na Constituição, bem como aos seus valores fundamentais e nortes interpretativos. Para que seja legítima a atuação judicial na preservação de um direito fundamental, em cumprimento aos mandamentos constitucionais, tal atuação não pode expressar

15 Ibidem, p.246-247.

vontade própria, havendo sempre de reconduzir-se à vontade soberana, previamente jurisdicizada por deliberação democrática.

Ora, o traço fundamental do Estado constitucional de Direito reside no respeito do poder político ao Direito. Figueroa¹⁶ afirma que legisladores e juízes compartilham o trabalho de criar o Direito, então ambos devem gozar de alguma legitimidade que respalde a sua produção jurídica. No caso do legislador, a criação do direito teria sua legitimação no processo democrático. De outro lado, o julgador teria a legitimidade técnica, ampliada por uma legitimidade argumentativa, fundada na Constituição, o que, segundo o autor, supõe atualizar a legitimidade democrática do legislador em cada caso.¹⁷

Figueroa reconhece o risco de uma judicialização excessiva, mas entende que, nas democracias constitucionais, é um risco a ser assumido. “Em termos mais simples, a questão é que grau de segurança jurídica estamos dispostos a comprometer para poder ampliar os horizontes jurídicos de nossos ideais”¹⁸. O autor aceita o risco por entender que, mais do que uma deontologia, o Direito requer uma axiologia construtivista e esta requer a atuação de um aplicador.

O legalismo apresenta tendências conservadoras e não logra colmatar as aspirações de justiça do constitucionalismo que necessita debilitar o papel central da universalidade das normas em sua busca de maior justiça

16 FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucional al derecho através de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009, p.57-59.

17 Saliente-se que a ideia possui total relação com a pluralidade de concepções de mundo, em um dado momento e com as sucessivas mudanças que essas concepções experimentam na evolução histórica.

18 FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucional al derecho através de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009, p. 55.

a partir de uma correção de corte particularista, mas também em sua busca de soluções em contextos de pluralismo¹⁹.

O autor defende que a tensão existente entre a proteção dos direitos e a democracia exige compatibilizar as exigências recíprocas. Além de formal, a democracia deve ser concebida como substancial. Além de autoritária, reflexiva e argumentativa. Nessa linha de raciocínio, o discurso jurídico institucional é de vital importância para a legitimidade das decisões provenientes do Judiciário, uma vez que as colocará ao crivo de legitimação.

3. Realidade brasileira

O processo de democratização vivido pelo Brasil protagonizou mudanças fundamentais para o Estado e sociedade as quais culminaram na promulgação da Constituição Federal de 1988, materialização de um novo pacto social entre Estado e sociedade implementado com a observância dos anseios desta última, deixando de lado a representatividade dos ditames do liberalismo. A instituição de um novo modelo de Estado ensejou, via de consequência, um novo modelo de Direito e de sociedade, o que, inexoravelmente, requer olhares renovados para apreender a novidade apresentada.

Dentre os propósitos da Lei fundamental estão a autolimitação do poder e a institucionalização de um governo democrático. O texto constitucional utiliza-se de uma linguagem porosa, indefinida e possui textura aberta, em virtude dos princípios e conceitos jurídicos indeterminados que compõem a maioria das normas constitucionais. A própria Constituição explicita os seus ideais e aponta o norte interpretativo. Nessa linha de raciocínio, pode-se inferir que os artigos 1.º ao 4.º da Constituição da República Federativa do Brasil contêm os valores fundamentais e conferem unidade contextual

19 Ibidem, p.59.

a todo o ordenamento jurídico constitucional, havendo de ser interpretada a partir dos valores explícitos ou implícitos dos artigos acima referidos.

O Supremo Tribunal Federal, tribunal constitucional brasileiro, vem invocando princípios abertos em seus julgamentos, tais como o da proporcionalidade e razoabilidade, isonomia, dentre outros, buscando a harmonização entre regras e princípios, bem como entre princípios colidentes, de forma a preservar o máximo possível de cada um. Seguindo esse raciocínio, o compromisso com a efetividade da Constituição exige uma nova postura interpretativa, com novos métodos hermenêuticos, que harmonizem bens jurídicos tutelados, normas contrapostas, buscando a preservação do máximo de cada um deles. Entretanto, esse processo não é discricionário, o intérprete não tem liberdade ilimitada ante a abertura e complexidade das normas constitucionais, é necessária uma argumentação racional e discursiva de justificação e de demonstração de justiça e correção da norma aplicada. Em outras palavras, o intérprete deve assegurar a legitimidade e racionalidade do processo interpretativo. Ainda nesse raciocínio, não basta o convencimento interno, o sentimento pessoal de justiça, é necessário existir no ordenamento jurídico elementos que embasem a decisão que se pretende sustentar e que estes elementos estejam em consonância com o ideário constitucional.

O problema da efetivação dos direitos sociais é questão de Direito, mas também de Política, Moral, Economia e outros ramos do conhecimento que influenciem na reflexão e realização de políticas públicas. Não se pode pensar tal tema limitando-se a um ramo do saber, sob pena de se proceder a uma reflexão rasa e em descompasso com a realidade. Tem-se que a Constituição de 1988, fruto de anseios plurais de uma sociedade complexa, instituiu o Estado Democrático de Direito, que, por sua vez, tem o dever constitucional de cumprir a Constituição. Ao Legislativo cabe decidir, de forma geral, como se devem gastar os recursos públicos a ser aplicados nas políticas públicas eleitas pelo Administrador Público. Não obstante, em casos excepcionais, de políticas públicas definidas pela Constituição Federal cuja efetivação não tenha sido alcançada ante a omissão dos

poderes públicos, o magistrado, utilizando-se de uma interpretação jurídica, aplicará a norma jurídica, no sentido de ordenar a implementação dessas políticas delineadas nas prescrições constitucionais.

Não há que se falar em prejuízo ou mácula à democracia, uma vez que o caso será de omissão dos Poderes competentes para realizar os direitos sociais, mediante políticas públicas, determinadas pelo ordenamento constitucional e protegidas por ele, ou seja, o caso será jurídico e não político, embora possa haver um fundo político sob a análise e decisão jurídicas. No julgamento da ADPF n.º 45-MC, DJ de 29.04.2004, o pleno do Tribunal, fixou o seguinte entendimento:

Ementa: arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas quando figurada a hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação em favor dos indivíduos da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos de segunda geração).

O Tribunal Constitucional mantém o mesmo posicionamento no julgamento nos RE 595.595 e RE 603575:

Ementa: Agravo regimental no Recurso Extraordinário. Constitucional. Vaga em estabelecimento de educação infantil. Direito assegurado pela Constituição do Brasil.

O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que “embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda

que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 595595 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/04/2009, DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-09 PP-01651 RTJ VOL-00210-02 PP-00940 LEXSTF v. 31, n.º 365, 2009, p. 296-300)

Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário. Ação civil pública. Transporte de alunos da rede estadual de ensino. Omissão da administração. Educação. Direito fundamental indisponível. Dever do Estado

1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição.

2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que “[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental[...]. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer

a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 603575 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-05 PP-01127 RT v. 99, n.º 898, 2010, p. 146-152)

4. Considerações finais

Após as reflexões empreendidas, tem-se que a dificuldade contramajoritária da atuação judicial nos casos de implementação de políticas públicas e efetivação dos direitos sociais é um problema teórico, mas que tem implicações muito concretas. A preocupação democrática gerada pela justiciabilidade dos direitos sociais deve ser relevada pelos juízes ao desempenharem o mister constitucional. Não podem interferir indevidamente nos poderes políticos e tampouco no mérito das opções de políticas sociais, havendo de se aterem à análise técnica e jurídica, pautada nos estritos limites da Constituição – norte e fundamento.

O universo político e jurídico se entrecruzam, interagindo a todo momento, iniciado pelo documento fundamental que sustenta política e juridicamente o Estado que é a Constituição Federal. Nela, há a instituição de poderes, distinções de funções, outorgas de competência, especificações das funções legislativa, executiva e judiciária, sendo que, para esta última, restou outorgada a competência para efetivar o Estado, extraíndo a máxima potencialidade do texto constitucional.

Nessa ordem, as decisões em prol da defesa dos direitos sociais devem respeitar a lei fundamental, não havendo espaço para juízos subjetivos que não se justifiquem argumentativamente e nem sejam pautados nos estritos liames das normas e ideais constitucionais. Tais ideais dão forma às funções que o Estado deve cumprir e compreendem as razões – jurídicas – pelas quais o Estado existe. Diante disso, as instituições Estatais devem estruturar-se e agir no sentido de promover os ideais constitucionais. E, se

isso não ocorre, o Judiciário, desempenhando o papel que lhe é peculiar na defesa do Estado Democrático de Direito, atuará, nos seus limites.

O Estado instituído e fundamentado pela Constituição deve observar os princípios e realizar os programas e compromissos nela contidos, sob pena de contrariar a sua essência jurídica que lhe outorga legitimidade. Cabe aos três poderes, ou três funções estatais, pautar a sua atuação na Constituição Federal, reservando-se ao Poder Judiciário a proteção do sistema, notadamente o constitucional, fruto da vontade política da comunidade organizada, de modo que a desobediência de qualquer prescrição constitucional deve passar pelo crivo do Judiciário, função a quem a Constituição – resultado de um procedimento democrático – outorgou competência, requerendo atuação consoante os mandamentos magnos.

A democracia é uma prática social que, por sua vez, cria instituições orientadas para determinados fins e valores – e no caso brasileiro, orientadas para a efetivação do Estado democrático de Direito. O constitucionalismo combina a democracia com os direitos, traçando limites àquela, em um processo dialético para a realização do mesmo Estado. Nesse sentido, a justificação da democracia deve apoiar-se na visão e no respeito aos direitos, fato que possibilitará, em contrapartida, aporte substantivo no processo democrático, uma vez que permitirá a mais pessoas participarem efetivamente do referido processo, realizando, em maior grau, o valor epistêmico da democracia. Sob esse prisma, mais do que barreiras, limitações, o respeito e a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana importarão, em última análise, o aumento do valor epistêmico da democracia.

Muito embora os juízes não gozem de origem democrática, por não serem eleitos, e se submeterem, periodicamente, à fiscalização e aprovação da sociedade, o procedimento para a escolha desses atores públicos é estipulado pela Constituição, que, por sua vez, é fruto de um processo democrático, e cabe a eles desempenhar o mister constitucional, que é a proteção dos direitos fundamentais, sem, no entanto, ultrapassar o liame

imposto pela própria democracia e pelo próprio constitucionalismo. Os magistrados resguardam “as regras do jogo” e o fazem por uma competência institucional outorgada pela própria Constituição.

A controvérsia sobre o tema não está nem perto de ser solucionada, havendo cada atuante do Direito de fazer a sua própria reflexão, crítica, e fazer um aporte com fundamentos bem sólidos e justificáveis.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 09, março/abril/maio, 2007. Disponível em < [HTTP:WWW.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://WWW.direitodoestado.com.br/rere.asp)>. Acesso em 24.06.2010.

_____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 23, setembro, 2010. Disponível em < [HTTP:WWW.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf](http://WWW.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf)>. Acesso em 20.03.2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria geral da constituição*. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucional al derecho através de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.

GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?* In ALEGRE, Marcelo e GARBARELLA Roberto (coord) *Aportes para um constitucionalismo igualitário*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.

_____. *Dificultad contramayoritaria e interpretación constitucional*. In GARGARELLA Roberto (coord). *Teoria y Crítica Del Derecho Constitucional*. Tomo I. Democracia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

GROSMAN, Lucas S. *Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución*. Buenos Aires: Libreria, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade a validade 2*. Ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. Brasília: UnB, 2010.

NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.