

Perspectivas democráticas à judicialização da política no Brasil*

Luiz Carlos Silva Faria Junior**

RESUMO:

O presente trabalho tem por escopo apresentar diversas perspectivas democráticas acerca da judicialização da política no Brasil, partindo de diferentes referenciais teóricos, como Cass Sustein, Robert Alexy e David Hume, e se valendo do direito comparado para discutir questões centrais da temática. Trata-se da questão da reserva do possível ter sido “importada” e utilizada sem uma adequação prévia à realidade brasileira, do princípio da separação dos poderes e o déficit democrático brasileiro e da questão da democracia como pressuposto para a fruição de direitos básicos.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da Política, Democracia, Direitos Fundamentais, Cass Sustein, Robert Alexy, David Hume.

* Agradecimentos especiais às colegas acadêmicas Franciene Almeida Vasconcelos, Natália Sales, Luciana Tasse, Bárbara Machado e Maíla Lúcia Leal de Oliveira, que contribuíram flagrantemente para a formulação das conclusões contidas no trabalho.

** Graduando em Direito no 5º Período pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

ABSTRACT:

The present article has for target introduce varied democratic perspectives about the judicialization of politics in Brazil, basing itself in different theoretical referentials, like Cass Sustein, Robert Alexy and David Hume, and using the comparative law to discuss central questions of the theme. The article treats about the topic of the possible reserve had been “imported” and used without a previous adequacy to the brazilian reality, about the principle of separation of powers and the brazilian democratic deficit, and about democracy as a presupposition to the basic rights fruition.

KEYWORDS: Judicialization of Politics, Democracy, Fundamental Rights, Cass Sustein, Robert Alexy, David Hume.

1 Introdução

Em um Estado Democrático de Direito como no Brasil, não há mais que se dizer que a judicialização da política é uma tendência, ela é um fato, como bem aduz Cappelletti¹. A Constituição de 1988 trouxe consigo esse fenômeno que a cada dia se torna mais presente no mundo. As Constituições do moderno Estado Dirigente² impõem objetivos certos aos órgãos estatais e à sociedade civil. Na Constituição brasileira, por exemplo, há no art. 3º orientações para o funcionamento estatal e organização da sociedade³, no art. 203 há as finalidades próprias da atividade de assistência social⁴, e os exemplos não se esgotam⁵.

O debate sobre a judicialização da política, tão presente ultimamente, só recentemente entrou a fazer parte das cogitações da teoria jurídica, pois era uma realidade inexistente e desimportante antes da revolução industrial. E com os anos atingiu relevância com as constituições sociais. Ao adotar uma constituição, por muitos classificada como social, incluindo um extenso rol de Direitos Fundamentais⁶, o constituinte entregou ao Legislativo e ao Executivo uma grande missão, a de concretizar tudo o que foi posto. O que antes já era difícil, com a concepção dos princípios constitucionais como normas de eficácia plena e, portanto, exigíveis positivamente, se tornou uma tarefa quase impossível para o quadro administrativo nacional, o que abriu espaço para a atuação do Judiciário⁷.

O seguinte estudo possui uma evolução muito clara da sua linha de raciocínio:

¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* – Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

² BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Política: Uma Relação Difícil*. Revista Lua Nova, n.61, 2004.

³ Art. 3º. Constituição Federal de 1988 - “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

⁴ Art. 203. Constituição Federal de 1988 – “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas*. In *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 86, v. 737, mar. 1997, Pags. 11/22.

⁶ “Não só os direitos do homem, considerado em sua individualidade, mas todos os direitos consagrados positivamente na constituição.” – GUERRA FILHO, W. S. *A Jurisdição constitucional no Brasil: observações a partir do Direito constitucional Comparado*. Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, v. 5, p. 151-168, 2001.

⁷ “A Judicialização da Política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionalismo do Legislativo e do Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório.” – CASTRO, Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. 2009. In <www.anpocs.org.br>.

primeiro uma análise de alguns referenciais teóricos sobre a temática; o que se encontra na primeira parte do trabalho. Na segunda parte discute-se a evolução do Estado até o contexto presente de ativismo judicial, discutindo muitos dos argumentos levantados por grande parte da doutrina e estabelecendo um debate sobre a judicialização da política no Brasil à luz da democracia, valendo-se também do Direito comparado para analisar quais as influências que esta traz para a temática no país, que possui um sistema judiciário peculiar e um quadro político ímpar.

I. Referenciais teóricos acerca da judicialização da política

1. A evolução do conceito de democracia

A Democracia sempre gerou grandes discussões acerca da sua definição, tão buscada por tantos teóricos desde a sua primeira oficial aparição. Tal pluralidade de definições se deu pela mudança do sentido social da forma de governo. No contexto do seu surgimento, a “democracia dos antigos” pregava uma liberdade política⁸, “um governo do povo, pelo povo e para o povo”⁹, em que a noção de povo não englobava todos os cidadãos da polis grega. Era um regime submetido às tradições pretéritas, marcado pelo preconceito e discriminação, mas que mudou os rumos da política antiga e deixou de ver a religião como criadora da lei, para ter o interesse comum como objetivo de governo, possibilitando que os cidadãos participassem efetivamente da política¹⁰. Tal revolução possibilitou que o indivíduo comum, porém abastado, pudesse participar da formação da vontade coletiva e lutar diretamente pelos direitos necessários a toda a comunidade.

Entretanto, essa idéia do governo do povo ficou adormecida por muito tempo após a conquista da Grécia por Roma e da queda do Império Romano. A religião retomou o seu lugar como criadora da lei através do Direito Divino dos Reis¹¹, sendo redescoberta a hibernante democracia pelos filósofos iluministas do século XVIII. Mas não era mais viável adotar o modelo de Democracia direta utilizado pelos gregos, sendo necessário agregar a ele a idéia de representação. O povo elegeria periodicamente seus representantes, que elaborariam as normas e regeriam a *res publica*.

Dentro do Estado Social, a Democracia ganhou uma nova conotação, de modo a evitar que esta se tornasse uma ditadura da maioria. A democracia seria o governo em que

⁸ CONSTANT, Benjamim. De la liberté des anciens comparée à celle des modernes; 1819.

⁹ Abraham Lincoln.

¹⁰ COULANGES, Fustel. A cidade Antiga. Ed. Martin Claret, 2002.

¹¹ BURGESS, Glenn. “The Divine Right of Kings Reconsidered” *The English Historical Review* 107 No. 425 (October 1992:837-861)

o povo escolhe seus representantes que tomam as decisões salvaguardando os interesses das minorias. A expansão do poder de controle exercido pelo Judiciário não prejudica a democracia representativa, antes lhe favorece, pois dá às minorias sem representatividade a possibilidade de se utilizar do processo judicial contra as instâncias do poder¹².

2. Judicialização da Política: de Sustain a Alexy

A justiça brasileira é uma das mais ativistas do mundo, se desprendendo do minimalismo antes predominante, que valorizava mais a estrutura do poder tripartido do Estado do que o bem-estar e a dignidade da pessoa humana. O constitucionalismo tradicional¹³ vê nos direitos sociais normas de caráter programático¹⁴, o que veda a exigência de prestações positivas e deixa os direitos sociais praticamente desprotegidos diante das omissões estatais, contrariamente ao texto constitucional¹⁵.

Cass R. Sustain defende o minimalismo judicial, a limitação do papel das cortes, baseado no fato do Poder Judiciário possuir sérios limites institucionais que ensejam uma diminuição do seu potencial transformador (reforma social).

De forma bastante resumida, os problemas de uma postura ativa do judiciário definidos por Sustain¹⁶ são a “democracia, cidadania, compromisso”, no sentido de que a dependência nas cortes reduz os canais democráticos de procura por mudanças, desviando recursos da política e enfraquecendo o sentimento de cidadania da população pela distância da condução das políticas públicas; a “falta de eficácia”, segundo a qual as decisões Judiciais são geralmente ineficazes em promover mudanças sociais¹⁷; e “o foco limitado da adjudicação”, pois a adjudicação é um sistema pobre para se atingir uma reforma social em larga escala, a atenção no litígio torna mais difícil que os juízes entendam a questão, freqüentemente de efeitos imprevisíveis na intervenção legal (gerando desequilíbrio orçamentário).

Segundo Stein, somente em raros casos é que as cortes deveriam interferir em políticas aprovadas por processos democráticos no minimalismo judicial, como quando envolve

¹² VERBICARO, Loiane Prado. A Judicialização da Política à Luz da Teoria de Ronald Dworkin. Pag. 7.

¹³ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: Uma Relação Difícil. Revista Lua Nova, n.61, 2004.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. P. 116-120

¹⁵ Constituição Federal. Art 5º. §1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

¹⁶ SUSTEIN, Cass. The Partial Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1994, pp. 142-149.

¹⁷ Caso *Brown v. Board of Education* - a decisão da Suprema corte em *Brown* é aclamada por ter mostrado a habilidade do judiciário em reformar grandes instituições sociais, e de ter abolido o *apartheid* nos EUA. Na verdade, *Brown* confirma a fraca posição institucional do judiciário. Dez anos após a decisão, não mais que 1.2% das crianças negras no Sul participavam de escolas que haviam abolido a segregação. Segundo ele, é possível que as ações do legislativo e do executivo não teriam ocorrido sem a influência do caso *Brown*. Mas mesmo isto é altamente incerto. Existe pouca evidência de que o caso *Brown* tenha dado um ímpeto à ação política. – VERBICARO, Loiane Prado. A Judicialização da Política à Luz de Ronald Dworkin.

direitos centrais para o processo democrático e cuja solução deve ser estranha à política (direito ao voto), ou quando envolve grupos ou interesses que pela natureza são incompatíveis a uma justa deliberação em processos democráticos (proteção das minorias).

No lado oposto da balança está o modelo proposto por Robert Alexy¹⁸, o modelo dos direitos subjetivos *prima facie*. Segundo ele, os direitos sociais são direitos subjetivos de aplicação imediata *prima facie*, mas que possuem natureza principiológica, devendo haver ponderação no caso concreto anteriormente ao reconhecimento definitivo. Nesta ponderação pesa-se o direito em si, os princípios básicos do Estado e a situação concreta, mas a ponderação necessita ser racional, como propõe Sarmento¹⁹, ela precisa ser acompanhada de *Standards* que a estruturam e a limitam.

Luís Roberto Barroso²⁰ classifica as normas constitucionais em normas definidoras de direitos, normas de organização e normas programáticas. O autor caracteriza os direitos fundamentais como normas definidoras de direitos, ou seja, normas que podem produzir de imediato, com a entrada em vigor da Constituição, todos os efeitos jurídicos a que se dispõem, não necessitando de normatização ou complementação infraconstitucional, possuindo aplicabilidade plena. Dando ao judiciário a liberdade para questionar a aplicação de tais direitos e para agir de forma a compelir as esferas governamentais ao seu cumprimento.

Mas não devemos também ver os direitos sociais como “direitos subjetivos definitivos”²¹, visto que diante da escassez de recursos do Estado, a prestação plena de todos os direitos sociais acabaria com a instituição, comprometendo todo seu orçamento e engessando o governo.

A democracia funciona como argumento indireto das duas teorias que caminham para lados opostos. Para Sustain, uma postura muito ativa do judiciário é contrária a democracia, pois reduz a procura pelos canais democráticos, levando a uma baixa no sentimento de cidadania do povo.

Já Alexy defende uma aplicação imediata das normas constitucionais, de modo a autorizar indiretamente o judiciário a compelir o poder público à efetivação dos direitos positivados, em nome da democracia, pois os governantes devem buscar a vontade do povo, que se encontra positivada na constituição.

¹⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 570.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição Federal do Brasil Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1998, 1296 p.

²¹ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 570.

3. A Lei de Hume e o custo dos direitos

Um dos argumentos mais utilizados contra a judicialização da política é a falta de recursos de que o Estado dispõe para que se faça cumprir integralmente as necessidades do cidadão. E realmente a premissa é verdadeira, o Estado não possui recursos suficientes para prestar plenamente todos os direitos fundamentais positivados na constituição de 1988, mas nem por isso esses direitos devem ser negligenciados e a constituição preterida.

Assim como os direitos sociais, todo e qualquer direito demanda gasto ao ser concretizado. Tomemos como exemplo os direitos políticos, as eleições municipais de 2008 demandaram 600 milhões de reais dos cofres públicos em estrutura para sua realização, fora as verbas de propaganda, segundo o TSE²². E nesse caso dos direitos políticos, o esforço para que todas as pessoas do território nacional tenham a possibilidade de votar e ajudar a compor a vontade política do país se baseia na liberdade e na democracia tão valorizadas na Grécia antiga, direito igualmente fundamental ao direito à vida e à educação protegido pelo “ativismo” dos tribunais brasileiros.

Tomando como referencial teórico David Hume, em seu Tratado da Natureza Humana²³, este traz uma interessante máxima lógica.

A Primeira Lei de Hume diz que o que pertence ao domínio do dever ser nunca pode ser deduzido somente do que pertence ao domínio do ser. O que a grosso modo significa que o que deve ser não pode ser retirado exclusivamente do que é. Uma conclusão pertencente ao dever ser não pode advir de um conjunto relevante de premissas contido no ser.

De modo simples traduz-se quatro das treze formulações de barreiras lógicas entre o âmbito do dever ser e o âmbito do ser trazidas no trabalho de Frank Thomas Sautter²⁴, estudioso do trabalho de David Hume:

“- Se uma conclusão pertence ao âmbito do dever ser, então nenhum conjunto relevante de premissas para essa conclusão tem elementos pertencentes exclusivamente ao âmbito do ser.

- Se há um conjunto relevante de premissas para uma conclusão cujos elementos pertençam exclusivamente ao âmbito do ser, então essa conclusão não pertence ao âmbito do dever ser.

- Se uma conclusão pertence ao âmbito do dever ser, então todos os conjuntos relevantes

²² Para a informação sobre o custo das eleições municipais de 2008 vide: <http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntas_respostas/eleicoes_2008/index.shtml#4>

²³ HUME, David. Tratado da Natureza Humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Débora Danowski. – 2.ed. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

²⁴ SAUTTER, F. T. A brief historic-analytical study of Hume’s Law. Trans/Form/Ação. São Paulo, v.29(2), 2006.

de premissas para essa conclusão têm ao menos um elemento pertencente ao âmbito do dever ser.

- Se há um conjunto relevante de premissas para uma conclusão que não tem elementos pertencentes ao âmbito do dever ser, então essa conclusão não pertence ao âmbito do dever ser.”

Essas quatro formulações já explicitam a relação lógica entre o ser e o dever ser. As outras nove trazidas por Sautter apenas detalham e reafirmam as conclusões tiradas nas quatro primeiras. Uma conclusão pertencente ao âmbito do ser apenas pode conter premissas pertencentes ao âmbito do ser, enquanto que uma conclusão do dever ser deve possuir pelo menos uma premissa calcada no dever ser, mesmo que todas as outras se estabeleçam no ser.

Trazendo essa análise lógica da Lei de Hume para a problemática da judicialização da política no que tange aos direitos sociais como normas de aplicação imediata, tem-se basicamente que a premissa da real (ser) escassez de recursos do Estado não gera a conclusão de que não se deve prestar de forma suficientemente protetiva os direitos sociais. Pelo contrário, as premissas de que os direitos sociais devem ser protegidos e devem ter aplicabilidade imediata leva à conclusão de que os direitos sociais devem ser aplicados e prestados de forma eficaz.

II. Judicialização da política sob uma perspectiva democrática

1. A judicialização da política como resultado da atividade legislativa

Uma análise mais atenta à evolução do fenômeno da judicialização da política nos leva aos modelos de Estado Social, mais especificamente ao Estado do bem-estar social, resultado da atividade legislativa, como bem relatou Koopmans:

“o tipo de estado que, com expressão aproximativa, chamamos welfare state, foi principalmente o resultado da atividade legislativa. Os primeiros passos foram tomados na área da política social, mediante legislação pertinente ao direito do trabalho, da saúde e da seguridade social.”²⁵

O Brasil não adotou o modelo do Estado Social de forma tão determinada e esclareci-

²⁵ KOOPMANS, T. Legislature and Judiciary – Present Trends, em *New Perspectives*, Pag. 309.

da como os países da Europa, porém o Estado vem adotando algumas medidas positivas em relação a problemas conjunturais, como a CLT no período getulista, e a Constituição Federal de 1988 trouxe diversas prescrições notadamente características de um Estado social²⁶.

O Estado social levou o governo a tomar decisões positivas no sentido de implantar políticas públicas, gerando um problema em relação aos efeitos colaterais das decisões e o seu necessário controle, o problema das “*externalities*”²⁷. Esse problema impôs e impõe aos governos o desafio de direcionar decisões individuais para que rumem de acordo com as finalidades sociais sem estrangular o crescimento econômico.

A solução encontrada pelos países possuidores de uma constituição social, como a brasileira, foi a formulação de preceitos legislativos de modo a controlar os efeitos das decisões governamentais. No entanto, o excesso de leis levou ao fenômeno da “Orgia das Leis”²⁸, mudanças legislativas constantes criando certa insegurança jurídica e falta de conhecimento legal por parte dos operadores do direito.

Com o Estado do bem-estar social a estrutura legislativa se alterou. A técnica antiga se mostrou insuficiente ao trazer somente regras de conduta, quando se tratava de legislação social. Esta dispôs nas leis sobre a criação de entes governamentais sociais que receberam certas atribuições decisórias e de regulamentação, as agências reguladoras²⁹.

Diante de tal situação, o *welfare state* que originalmente constituía um Estado Legislativo, passou a cada vez mais dar espaço ao Executivo, tornando-o um Estado Administrativo, permitindo que certas matérias sociais fundamentais fossem reguladas por atos administrativos, de modo a viabilizar políticas públicas.

O papel do governo não pôde mais se restringir à proteção e repressão, teve também que ser promocional. É neste ponto, de exigência de intervenção ativa do Estado de forma continuada, que o Judiciário é inserido, de modo a cobrar que o Executivo torne efetivos os princípios sociais constitucionais e legais, exigindo sua intervenção ativa na esfera social, de modo a proteger a lei.

As leis, por sua vez, cada vez mais abertas e genéricas em suas definições para dar espaço à atuação do Executivo, criaram maior espaço interpretativo para o judiciário, que diante de uma ineficiência da administração tomou uma postura mais criativa e positiva.

²⁶ Como exemplo o Artigo 6º. Constituição Federal 1988: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

²⁷ “Quanto mais a sociedade se torna ‘próspera, urbana, tecnologicamente avançada, economicamente dinâmica, e inovadora no campo da química’, mais complexo e urgente se torna o problema das *externalities*, pelo que se acentua a necessidade de intervenção e controle governamental.” - CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? – Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. Pag. 36

²⁸ CALABRESI, Guido, “A Common Law for the Age of Statutes”, Cambridge Mass., Harvard University Press.

²⁹ Como exemplos de agências reguladoras: ANATEL, ANCINE, ANEEL.

“toda interpretação é criativa, e sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”³⁰

O judiciário não seria capaz de criar o Estado Social, este é produto da atividade legislativa, que ao criá-lo se sobrecarregou. O que somado a falta de eficiência e abusos do executivo, levou o judiciário a uma posição mais criativa, este foi elevado a condição de terceiro gigante estatal, capaz de controlar o mastodonte legislador e o leviatanesco administrador³¹.

2. A reserva do possível como distorção de um direito comparado³²

Assim como grande parte das doutrinas aplicadas no Brasil, a idéia da reserva do possível também é proveniente do Direito Europeu, em seu contexto de Estado do bem-estar social. Canotilho³³ vê, no contexto português, a efetivação dos direitos sociais dentro da reserva do possível. Quanto maior a quantidade de recursos, maior o volume de prestações. Dentro do universo econômico luso, em que as prestações sociais são uma realidade, o raciocínio da reserva do possível seria de um ser, efetiva prestação que precisa ser limitada, para uma conclusão pertencente ao âmbito do ser, a reserva do possível limitaria as prestações sociais para não haver excessos e quando houver maior disponibilidade de recursos os serviços seriam aumentados.

No contexto brasileiro ficaria difícil encaixar as mesmas proposições feitas nos Estados europeus. Essa visão de Canotilho seria atentatória à Lei de Hume se aplicada ao direito brasileiro. A limitação dos recursos públicos (ser) levaria à conclusão da necessidade de limites para a positivação dos direitos sociais prestacionais (dever ser).

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? - Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. Pag. 42.

³¹ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? - Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. Pag. 47.

³² KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes/ Moreira, Vital - Fundamentos da Constituição, Coimbra, 1991.

A reserva do possível entende que a efetivação de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos. Porém a decisão sobre a disponibilidade está localizada no âmbito da discricionariedade do executivo e do legislativo na composição dos orçamentos. Um raciocínio lógico bastante simplório nos levaria a conclusão de que as prestações sociais ficariam a mercê das vontades políticas do governo. O que levanta mais um questionamento: Seria possível que algo tão importante, como os direitos fundamentais trazidos na carta magna do Brasil, fossem submetidos às vontades políticas dos governantes do país? Uma resposta positiva para essa questão relativizaria todas as garantias fundamentais, as submetendo ao governante do momento. Os direitos fundamentais deixariam de ser valores imunes às concepções políticas para serem instrumentos políticos de governo, dependendo do governante se a constituição seria ou não respeitada.

Todos os direitos fundamentais, no entanto, não devem ser encarados da mesma forma e sob os mesmos pressupostos econômicos, visto que implicam situações diferentes. Von Munch³⁴, jurista alemão, divide os direitos fundamentais em valores fundamentais, direitos sem os quais se torna impossível um desenvolvimento básico e satisfatório do cidadão, e em fins de Estado, finalidades do Estado que colaboram para o pleno desenvolvimento do cidadão, mas que faticamente não são plenamente exigíveis. Para Von Munch, a reserva do possível seria aplicável àqueles direitos que se englobam na categoria de fins de Estado, como o direito a um emprego digno. É impossível ao Estado garantir emprego para todos os cidadãos, mas é finalidade deste que todos o tenham para um máximo bem-estar.

No Brasil cabe analisar quem possui a legitimidade para definir o “possível” frente a distorção dos orçamentos. O Brasil possui problemas de desigualdade social que não existem na Europa, e condicionar a realização dos direitos sociais à existência de recursos significa reduzir sua eficácia a zero, relegando-os a uma segunda categoria de direitos que se subordinam às situações fáticas para serem exigíveis.

O papel do executivo enquanto criador de políticas públicas e programas para realização dos ordenamentos é de suma importância, no entanto, o problema brasileiro se encontra nos orçamentos, que não são vistos de forma vinculativa na aplicação de seus valores. Pelos governantes dos três níveis federativos o orçamento é visto apenas como uma autorização para os gastos. Por diversas vezes a proposta orçamentária é preocupada com os direitos sociais e sua efetivação, mas a sua aplicação não se mostra da mesma forma, devido a essa desvinculação.

Política pública, em essência é diferenciar realizando a distribuição dos recursos disponíveis. E diante dessa falta de correspondência entre orçamento e situação fática, quando falham o

³⁴ VON MUNCH, Ingo. “Das Strapazierte Grundgesetz”. In: Die Welt (15.08.1998).

executivo e o legislativo, cabe ao judiciário atuar na correção da prestação dos serviços básicos.

Uma solução para a dedicação insuficiente de recursos para as prestações sociais seria o controle e a contestação das leis orçamentárias por ADIn toda vez que contrariarem dispositivos constitucionais³⁵.

3. O princípio da separação de poderes e o déficit democrático brasileiro

O Estado Democrático de Direito Brasileiro, assim como a maioria das democracias contemporâneas, adota o sistema tripartido de Poderes, em que 2 (dois) Poderes são legitimados popularmente, o Executivo e o Legislativo, e o terceiro Poder, o Judiciário, possuidor de certa liberdade a despeito da não eleição popular de seus membros. Porém, essa falta de legitimação está cada dia mais mitigada, devido a escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República, a convocação de Audiências Públicas para a participação popular na discussão dos temas a serem tratados nos julgamentos, configurando-se uma legitimidade indireta.

Segundo Montesquieu³⁶, o Poder do Estado deveria ser tripartido de forma que os 3 (três) atuassem de forma interdependente, cada um atuando em sua esfera própria de competências e auxiliando e controlando os demais, Teoria da Equipotência dos Poderes³⁷.

O processo encabeçado pelo Legislativo culminou no *overload* próprio e no ativismo judicial, este combatido fortemente sob o argumento, por muitas vezes deslocado do contexto moderno, da separação de poderes e da falta de legitimidade democrática do judiciário para decidir sobre questões que interseccionam com a política.

Hoje, nos encaminhamos para uma visão mais livre que a Teoria da tripartição dos Poderes de Montesquieu, a visão de um sistema de *checks and balances*³⁸, com um Executivo forte, um Legislativo forte e um Judiciário forte, em um tenso equilíbrio de forças, contrapesos e controles, com competências secundárias fiscalizatórias e controlatórias que ultrapassam a ficta separação dos poderes.

Em soma ao sistema de controles e contrapesos entre os três Poderes do Estado, a Constituição Brasileira trouxe em seu corpo o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional³⁹, princípio que obriga o Judiciário a agir quando provocado, ou quando houver desrespeito aos princípios contidos na Carta Magna.

³⁵ LOPES, José Reinaldo Lima. “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”, in: Faria, José E. (org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, 1998.

³⁶ MONTESQUIEU, Do Espírito das Leis, São Paulo, Edições e Publicações Brasil Editora S-A, 1960.

³⁷ MONTESQUIEU, Do Espírito das Leis, São Paulo, Edições e Publicações Brasil Editora S-A, 1960.

³⁸ FRIEDMAN, Milton. Capitalism and Freedom. Chicago & London, The University of Chicago Press, 1962. 14ª.ed.

³⁹ Artigo 5º. XXXV. Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

Diante de um desrespeito à lei suprema nacional, seja este comissivo ou omissivo, o judiciário não pode se manter inerte quando provocado. A efetividade de tal princípio vem reforçar a criatividade dos juízes, que não podem se escusar de tecer juízo sobre determinadas matérias, muitas vezes se colocando de forma ativa e taxativa para a concretização de políticas públicas em nome da defesa de um princípio constitucional.

Diante de um judiciário ativo e de uma política cada vez mais desacreditada diante da opinião pública, os representantes do povo tem deixado de ser os Poderes Executivo e Legislativo e passado a ser o Judiciário, que tem defendido os reais interesses da população, determinando a abertura de vagas em creches e escolas⁴⁰, a concessão de medicamentos⁴¹, dentre outros.

Esse descrédito mundial das entidades representativas, se agrava ainda mais no Brasil, que periodicamente se encontra diante de um escândalo envolvendo corrupção, além de cada vez menos se enunciar a vontade popular e cada vez mais a vontade de grupos que estabelecem jogos políticos de poder, como bem diz Cappelletti:

*“o que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...), e sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes.”*⁴²

Não é pela ocorrência de um descrédito em relação ao Legislativo e ao Executivo que o Judiciário pode se achar no direito de atuar como “justiciero social”, desrespeitando todos os limites legais e suas competências originárias para fazer valer a sua vontade, constantemente apoiada pela vontade popular.

⁴⁰ ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. Legitimatío ad causam do Parquet. Art. 127 da CF/88. Arts. 7º, 200, e 201 da Lei nº 8.069, de 1990. Direito à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Cabimento e procedência. (Ac. no REsp. nº 736.524/SP, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. em 21.03.2006, DJU de 03.04.2006, p. 256, in www.stj.gov.br).

⁴¹ MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - SAÚDE - DIREITO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE. - Comprovada a imprescindibilidade de utilização de determinado medicamento por pessoa necessitada, este deve ser fornecido de forma irrestrita, sendo que a negativa do Estado nesse sentido implica ofensa ao direito à saúde, garantido constitucionalmente. - Receita de médico, seja particular ou do serviço público é documento hábil para instruir a Ação Mandamental. - Preliminares rejeitadas e segurança concedida. V.V. (AC. Nº 4410137-61.2006.8.13.0000, TJMG, rel. Des. Edgard Penna Amorim, j. em 18.04.2007, DJU de 01.08.2007, in www.tjmg.jus.br).

⁴² CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? – Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. Pag. 95. Veja também, SHAPIRO, Martin. Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review. Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 1966. Pag. 24.

4. A democracia como pressuposto para a fruição de direitos básicos

Há quem veja a democracia apenas como mera competição das elites pelo voto dos eleitores⁴³, porém a visão que majora é contrária a essa tese. Existe um razoável consenso no sentido da “verdadeira democracia” ser mais do que apenas eleições periódicas, com sufrágio universal e possibilidade de alternância de poder.

A democracia pressupõe principalmente a fruição de direitos básicos para e por todos os cidadãos, permitindo a livre formação das convicções e possibilitando a participação destes nos diálogos políticos.

Chega a parecer utópica a idéia de uma democracia que assegure a fruição de direitos básicos, e até desrespeitosa a idéia do senso comum de que a “nossa democracia” é algo quase divino de tão evoluído como pensamento político. Se a nossa pífia realidade é comparada a algo evoluído politicamente, a aplicação plena daquilo de que somos sombra seria uma utopia.

A “verdadeira democracia” não contribui apenas para a existência de direitos individuais clássicos, como a liberdade, mas também para o direito às condições básicas de vida, que possibilitem o exercício da cidadania. A ausência de condições mínimas de existência somada à flagrante desigualdade social praticamente extinguem a “moralidade independente”⁴⁴ dos cidadãos, os impedindo de se ver como parceiros na formação da vontade política da sociedade, e os relegando à figura de marginalizados.

Apesar do conceito de mínimo de existência ser bastante aberto e indefinido, há um consenso quando se fala em alimentação, saúde e segurança, além de muitos outros direitos básicos, no sentido da sua ausência descaracterizar o conceito de vida de um ser humano⁴⁵.

Assim, quando o Poder Judiciário garante aos cidadãos esses direitos fundamentais em seu mínimo existencial, contra as arbitrariedades das elites políticas, pode-se afirmar que ele está protegendo os pressupostos para o funcionamento da democracia, e não atuando contra ela⁴⁶.

⁴³ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Londres: Unwin University Books.

⁴⁴ Utiliza-se a expressão “moralidade independente” no sentido da capacidade do cidadão se auto-determinar politicamente e se ver como agente político, podendo tomar suas próprias decisões morais e políticas, sem se ver à margem da sociedade e ter seu valor político-deliberativo diminuído socialmente.

⁴⁵ BARROS, R. P. De / Henriques, R. / Mendonça, R. *Evolução Recente da Pobreza e da Desigualdade: Marcos Preliminares para a Política Social no Brasil*, in: *Cadernos Adenauer I – Pobreza e Política Social*, 2000. Pag. 44. Pesquisa feita em 1998 demonstrou que 14% da população brasileira se encontrava abaixo da linha da indigência e 33% da população se encontrava abaixo da linha da pobreza. O que estabelece um claro patamar de definição do que seria o mínimo de existência.

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 570.

Conclusão

A noção de democracia que rege o Estado hoje é mais do que apenas participação popular e representatividade, é uma idéia que pressupõe ação do Estado, e se este se mostra ineficiente, lesando os preceitos constitucionais, o Judiciário deve agir de forma positiva e criativa, de modo a salvaguardar os reais interesses da população.

Porém, esta intervenção do Judiciário deve se limitar à defesa dos valores constitucionais, abandonando qualquer traço partidário e midiático. O ativismo judicial visto como criatividade judiciária não se mostra nocivo ao Estado e à democracia se acompanhado de Standards que a limitem, pode ser até muito positiva se assegurar a efetivação dos princípios constitucionais e controlar os poderes políticos estatais, como conclui Cappelletti⁴⁷:

“Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks and balances, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), não típicos das nossas sociedades contemporâneas.”

Referência

ALEXY, Robert. *“Teoría de los Derechos fundamentales”*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

BARROS, R. P. De / Henriques, R. / Mendonça, R. **Evolução Recente da Pobreza e da Desigualdade: Marcos Preliminares para a Política Social no Brasil**, in: Cadernos Adenauer I – Pobreza e Política Social, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição Federal do Brasil Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1998, 1296 p. _____ . **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**.

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? – Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

râneo.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.**

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Política:** Uma Relação Difícil. Revista Lua Nova, n.61, 2004.

BURGESS, Glenn. “*The Divine Right of Kings Reconsidered*”. The English Historical Review 107 No. 425 (October 1992:837-861).

CALABRESI, Guido, “*A Common Law for the Age of Statutes*”. Cambridge Mass., Harvard University Press.

CANOTILHO, J. J. Gomes/ Moreira, Vital – **Fundamentos da Constituição.** Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** – Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CASTRO, Marcos Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política.** 2009. In <www.anpocs.org.br>.

CITTADINO, Gisele. **Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes.** In VIANNA, Luiz Werneck. A Democracia e os três Poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMG, 2002, IUPERJ/FAPERJ, p. 34.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas.** In Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 86, v. 737, mar. 1997, Pags. 11/22.

CONSTANT, Benjamim. “*De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*”, 1819.

COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga.** Ed. Martin Claret, 2002.

FRIEDMAN, Milton. “*Capitalism and Freedom*”. Chicago & London, The University of Chicago Press, 1962. 14ª.ed.

GUERRA FILHO, W. S. **A Jurisdição constitucional no Brasil:** observações a partir do Direito constitucional Comparado. Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, v. 5, p. 151-168, 2001.

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana:** uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Débora Danowski. – 2.ed. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

KOOPMANS, T. “*Legislature and Judiciary – Present Trends*”, em New Perspectives, Pag. 309.

KRELL. Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LOPES, José Reinaldo Lima. **Direito Subjetivo e Direitos Sociais:** o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: Faria, José E. (org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, 1998.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo, Edições e Publicações Brasil Editora S-A, 1960.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais**: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 570.

SAUTTER, F. T. *"A brief historic-analytical study of Hume's Law"*. *Trans/Form/Ação*. São Paulo, v.29(2), 2006.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Londres: Unwin University Books.

SHAPIRO, Martin. *"Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review"*. Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 1966. Pag. 24.

SUSTEIN, Cass. *"The Partial Constitution"*. Cambridge: Harvard University Press, 1994, pp. 142-149.

VERBICARO, Loiane Prado. **A Judicialização da Política à Luz da Teoria de Ronald Dworkin**. Pag. 7.

VON MUNCH, Ingo. *"Das Strapazierte Grundgesetz"*. In: *Die Welt* (15.08.1998).