

O JUDICIÁRIO DIANTE DAS DECISÕES DE EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE JUDICIAL DECISIONS OF EFFECTIVE PUBLIC POLICIES IN THE STATE OF DEMOCRATIC RIGHTS

*Guilherme Bittencourt Martins**
*Roberto Carlos Ferreira Soares***

RESUMO

O presente trabalho aborda o papel do Judiciário no enfrentamento de questões que envolvam as políticas públicas, cujo tema é controverso pela doutrina que ora tende pela participação na solução diante da omissão do legislador ou do administrador, ora pondera que o Poder Judiciário deve se pautar pela referência constitucional para que a autonomia judicial esteja limitada aos conteúdos normativos, às regras e aos princípios constitucionais, abstendo-se de envolvimento de decisões políticas, que são de competência dos representantes eleitos pela maioria, o que afasta a aptidão do Judiciário que responde para a prevenção de arbitrariedades diante de situações sociais que preservem a garantia da ordem jurídica constitucional do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Judiciário; Políticas públicas; Direitos fundamentais.

ABSTRACT

This paper discusses the role of the Judiciary in tackling issues involving public policy, whose subject is the controversial doctrine that tends either by participation in the solution before the legislative omission or administrator, now argues that the judiciary should be guided by constitutional reference that judicial independence is limited to the normative content to the rules and constitutional principles, refraining from

* Mestre em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP). Pós-graduado em Formação de Professores para Educação Superior Jurídica (Anhanguera/Uniderp). Advogado.

** Mestre em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP). Pós-graduado em Administração de Recursos Humanos pela Fundação Armando Alvares Penteado (FAAP). Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho (Anhanguera/Uniderp). Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Psicólogo e Advogado.

involvement in political decisions that are the responsibility of the representatives elected by the majority, which removes the ability of the judiciary to respond to prevention arbitrariness facing social situations that preserve the guarantee of constitutional law in a Democratic State.

Keywords: Judiciary; Public Policy; Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 trouxe importantes inovações jurídicas que possibilitam, ainda hoje, discussões sobre a efetividade de direitos previstos em seu texto, mas permanecem distantes do alcance da maioria dos participantes da sociedade contemporânea.

O constituinte originário, ao apresentar a estrutura dos poderes, apoderou da concepção da independência e relação de harmonia entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, como forma de cooperação com funções que coordenam a participação de suas ações em diversos assuntos de interesse da sociedade.

A estratégia adotada deriva da prevenção do fortalecimento ou da supremacia de um dos poderes sobre os demais, mesmo porque a sociedade evoluiu na medida em que as relações sociais vão se adaptando aos certames tecnológicos, interagindo com culturas, costumes diferentes e no enfrentamento de questões sociais reclamadas e não suprimidas pelo passado.

222

O cenário atual aponta uma omissão legislativa em temas que o constituinte originário entendeu que seria dirimida ao longo do tempo, na medida em que a sociedade amadurecesse.

A expectativa do direito efetivado, muitas vezes pela regulação de uma legislação ordinária, na maioria dos casos não ocorreu, resultando em uma omissão do Legislativo.

Diante desse cenário, o cidadão tem acionado o Judiciário para buscar a efetivação de seu direito negado por seus representantes eleitos, justificando seus apelos com base na competência constitucional designada para proteção das normas constitucionais e dos direitos fundamentais.

Segue que as questões levadas ao Judiciário muitas vezes carregam teor político que, em alguns casos, relacionam as questões que envolvem políticas públicas.

Para compreender esse panorama, a primeira parte trata de ponderar o papel do Judiciário como agente garantidor de direitos fundamentais, percorrendo diversos pensamentos de doutrinadores, para, no momento seguinte, aportar em sua participação nas decisões de questões que envolvam as políticas públicas diante do realce na concentração da atividade jurisdicional desenhada na Constituição, dentro de um cenário democrático, visando à preservação da ordem jurídica.

O PAPEL DO JUDICIÁRIO COMO VETOR DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ASSEGURADOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL

A defesa dos direitos fundamentais deve ser constante em qualquer ordenamento do Estado. Essa constante vigilância precisa ser mais acentuada quando os valores da ordem jurídica se encontram em conflito com a vontade da maioria popular.

A história demonstra que, quando fatores desestabilizadores da sociedade se acentuam, por exemplo, uma crise econômica, com o consequente aumento da massa de desempregados, miséria, violência, crime organizado, ataques às instituições e autoridades dos poderes da República, a importância de uma justiça forte, independente, imparcial e, principalmente, capaz de transmitir credibilidade e esperança a essa massa popular que clama por justiça assume caráter fundamental para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Contudo, o descrédito da população na justiça, diariamente ofendida, entre muitas razões, resulta da demora da prestação jurisdicional, do acesso à justiça ou, então, simplesmente pela razão da omissão estatal, pela falta de efetivação de direitos assegurados no texto constitucional.

O poder concentrado nas mãos dos representantes da maioria, dos sujeitos eleitos pelo povo, sem qualquer controle, representaria um modelo de Estado que persegue apenas a governabilidade.

Ao contrário, uma sociedade com uma Constituição definida quanto aos seus direitos fundamentais e um tribunal com amplas atribuições de controle significam o modelo de Estado voltado para a proteção dos princípios de direito, e não para decisões de governabilidade, a decisão política do momento.

Apontamento interessante tem Oscar Vilhena Vieira quando pondera que a regra da maioria como forma de expressão da vontade política implica menores atribuições de tribunal de perfil constitucional, porém estando edificado o rol de princípios e direitos fincados na Constituição, representa uma defesa contra decisões majoritárias políticas¹.

Para Alexandre de Moraes, a legitimidade da justiça constitucional se constrói pela necessidade de exigir que o poder público, em qualquer de suas áreas de atuação, paute-se pelo respeito aos princípios objetivos e aos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, como forma de garantir a legitimidade da credibilidade outorgada pelas urnas².

¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: RT, 1994, p. 25.

² MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 76.

A Constituição é constantemente testada pelas condições de fato apresentadas por uma sociedade em constante transformação, fazendo com que os questionamentos provoquem interpretações e mudanças que proporcionem um conforto social.

Nesse sentido, importante que fique registrada a necessidade de estabelecer instrumentos garantidores diante da turbulência globalizada de interação de culturas e reivindicações, mecanismos de proteção que possam efetivamente guardar e proteger os princípios fundamentais estabelecidos pelo poder originário quando da elaboração da Constituição.

Essa configuração de proteção foi delegada aos tribunais responsáveis por sua guarda e fiscalização diante da Constituição, que tem características de compromisso na esfera econômica e social com programas de governo e metas a serem alcançadas.

Os tribunais com jurisdição constitucional passam a exercer competências, entre as quais zelar pela aplicação da Constituição e garantir o direito diante do legislador omissor, com base em normas de conteúdo aberto ou, ainda, a partir de normas de conteúdo conflitante, resultantes do caráter.

A atribuição de competência da função judiciária emana da própria Constituição, que difundiu entre seus órgãos que compõem uma das funções tripartidas do poder soberano do Estado, com a finalidade de promover a justiça, pela aplicação da lei e da guarda dos princípios constitucionais, mediante os instrumentos constitucionais de controle difuso ou concentrado.

A justificativa aponta que, na medida em que o povo elege seus representantes pelo voto, que, por sua vez, são aptos a criar as leis, é formalmente a expressão soberana da vontade do povo que diretamente submete ao protetor da juridicidade, como destaca o Prof. Edinilson Donisete Machado:

A função jurisdicional deverá estar limitada à vontade soberana do povo, por meio da Constituição, que nos dias atuais exerce força normativa pelas regras e pelos princípios, dos quais cabem revisões da compatibilidade vertical pelo Judiciário, quer no caso concreto, quer no abstrato³.

A ideia do controle pelo Judiciário é a de que a Lei Fundamental não pode ser violada pela legislação de maioria transitória, pois a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei, votada e aprovada pela maioria transitória, não pode ser dita como antidemocrática, isso porque sua autoridade lhe é conferida pela vontade superior do povo, cristalizada nos princípios constitucionais.

³ MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 67.

Essa construção somente se consolida pela importância de as cláusulas constitucionais serem efetivamente protegidas por um mecanismo que esteja fora das disputas do poder, um órgão que tenha como finalidade proteger esses princípios fundamentais, conforme ensina Ronald Dworkin:

A existência da jurisdição constitucional como instituição política tem, precisamente, a missão que é, ao mesmo tempo, sua fonte de legitimação de fazer com que os problemas mais fundamentais, os conflitos mais profundos entre o indivíduo e a sociedade, sejam expostos e debatidos como questões de princípio, e não definitivamente resolvidos na arena das disputas do poder⁴.

Caso não houvesse essa autovinculação, a Constituição poderia ser facilmente manipulada para atender aos interesses de apenas algumas das forças políticas que atuam na sociedade.

No Estado Democrático de Direito, o caráter de norma fundamental que a Constituição deve ter dentro do escalonamento hierárquico da ordem jurídica pode ser visto como um sistema de bloqueio à atuação estatal, como uma espécie de garantia que a sociedade determina como um mínimo necessário à manutenção do Estado de Direito.

Sem embargo ao exposto, José Joaquim Gomes Canotilho ilustra:

Assim como Ulisses se atou aos mastros do navio para evitar o chamado das sereias, também as pessoas se autovinculam a si próprias para evitar conflitos ou assegurar com mais operatividade as suas preferências. As sociedades e os indivíduos autovinculam-se através de uma constituição a fim de resolver os problemas resultantes da racionalidade imperfeita e dos desvios das suas vontades⁵.

Em reforço ao pensamento do lusitano, os perigos do Poder Legislativo são apontados pelos ensinamentos do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

[...] os governos constituídos por eleição, quando não refreados, não são menos suscetíveis de se excederem do que os originários de designação hereditária. Acima da vontade do parlamento, devem sempre pairar os direitos da personalidade humana, desde que o Estado é um meio do qual o bem comum dos indivíduos membros da sociedade é o fim. Governar é servir, na frase dos escolásticos⁶.

⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 93.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1385.

⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 59.

O constitucionalismo moderno não é uma simples limitação à regra da maioria, como ensina Oscar Vilhena Vieira:

É evidente que a regra da maioria desempenha papel de destaque nesse processo de decisão coletiva entre indivíduos iguais; porém, a decisão democrática não depende de um simples fato aritmético. Essa decisão deve resultar de um processo de formação livre e racional da vontade e, portanto, a manutenção de certos direitos é essencial à democracia como a própria regra da maioria. Nesse sentido, o pré-comprometimento constitucional, por intermédio de cláusulas superconstitucionais, será moralmente legítimo toda vez que proibir os cidadãos de se autodestruírem, enquanto seres igualmente livres e portadores de direitos que protegem sua condição de dignidade humana⁷.

Assim, assume o controle de constitucionalidade o papel do mais importante instrumento de contenção do poder político nas democracias contemporâneas, chegando mesmo a ser considerado “elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático”⁸.

Aponta ainda o mesmo autor:

É que, por intermédio da sua constitucionalização, determinados princípios e direitos são subtraídos do embate político cotidiano, ficando preservados contra maiorias legislativas ocasionais. A rigidez constitucional, pressuposto da supremacia de Lei Maior, e os mecanismos de controle da constitucionalidade representam, assim, os limites institucionais do poder da maioria⁹.

226

A sobrevivência do pacto do poder constituinte originário depende da adoção de um modelo ideal em que o constitucionalismo prevaleça sobre o regime adotado, consolidando a máxima contida na formulação do Estado Brasileiro como a união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito¹⁰.

Significa dizer que os princípios consagrados pelo poder originário são fundamentais, devendo estar acima das deliberações produzidas, inclusive, por maiorias qualificadas ou mesmo pela totalidade representativa dos cidadãos, de

⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e a sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 226.

⁸ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 178, *apud* Binbenojm, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 44.

⁹ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 45.

¹⁰ Refere-se ao artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

tal sorte que as decisões dos tribunais representem a vontade espelhada no texto constitucional, prevalecendo o entendimento estampado pelos princípios constitucionais.

O Judiciário assume função primordial na harmonia dos poderes, em razão dessa tarefa singular de controlar os atos dos demais poderes.

Dessa forma, a responsabilidade do Judiciário, diante de situações sociais, é de garantir a preservação da ordem jurídica constitucional, do Estado Democrático de Direito.

Isso não significa a instalação de um governo de juízes, tampouco a tirania da magistratura. Com o controle da constitucionalidade nas mãos, o Judiciário não está acima dos outros poderes.

Da mesma forma, o Judiciário não está acima das premissas estampadas no texto constitucional que estabelecem o sentido de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Essas premissas são consubstanciadas nos princípios constitucionais, que não serão colocados na pauta desta discussão, mas, a título de ilustração da força vinculante que os princípios exercem na vida jurídica, merece destaque o pronunciamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso:

Após este esforço de sistematização, é preciso destacar o papel prático dos princípios dentro do ordenamento jurídico constitucional, remarcando sua finalidade ou destinação. Cabe-lhes, em primeiro lugar, embasar as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte e expressar os valores superiores que inspiram a criação ou reorganização de um dado Estado. Eles fincam os alicerces e traçam as linhas mestras das instituições, dando-lhes o impulso vital inicial¹¹.

227

Os juízes interpretam simplesmente a lei. Não há oposição ao Poder Legislativo. Quem realiza oposição exerce uma vontade política e a atividade do juiz não é discricionária, devendo julgar nos termos da lei, porque a função exercida é essencialmente judicial na motivação de interpretar os dispositivos legais, para aplicá-los à demanda submetida à sua decisão.

A posição de os juízes estarem obrigatoriamente vinculados ao ordenamento jurídico também faz sentido para Mário Masagão:

Se há possibilidade de predomínio absoluto de um dos poderes com subjugação dos demais, é de convir que o judiciário seja o menos apto dos três para implantar supremacia. Ele não pode expedir normas gerais, como o poder legislativo. Está limitado a decidir dos casos singulares

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 291.

que lhe são postos. Ele não dispõe, como o poder executivo, da força, da legião de subordinados, para tornar efetivas suas decisões. Pelo contrário, quando se torna necessário o emprego da força, o poder judiciário tem de solicitar ao poder executivo. A única força de que dispõe o poder judiciário, para se impor e para se fazer respeitar, é, em última análise, a força moral, o princípio de sua autoridade. Mas esta força ele tem que buscar, justamente, no respeito às leis e na manutenção estrita dos limites que lhe são assinados. A ideia da tirania do poder judiciário, nos regimes modernos, contém, em si, esta contradição: para que o poder judiciário se torne um tirano, é de mister que ele se despoje do único elemento de que dispõe para que se possa impor: a pureza de sua atitude moral¹².

Portanto, toda decisão emanada do Judiciário deve observar em sua fundamentação os princípios constitucionais, como também o direito material vigente, sob pena de ser nula a decisão, pois a competência da função judiciária está em dizer o direito de acordo com as normas constitucionais e infraconstitucionais, mediante provocação das partes legítimas e interessadas, em casos concretos ou sobre lei em abstrato.

AS DECISÕES JUDICIAIS NO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

228

Atualmente, há uma discussão no meio acadêmico que irradia seus efeitos nos corredores dos tribunais com relação ao papel do Judiciário diante da omissão legislativa, quando chamado para prestar o serviço jurisdicional, entre muitas, com relevo nas questões das políticas públicas.

O escopo de políticas públicas está abrigado pelo atendimento de necessidades básicas da população, entre outras a saúde, a educação, a segurança etc.¹³.

A função jurisdicional é de controlar a constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos produzidos pelo Legislativo ou pelo Executivo.

A ideia originária determina que o Judiciário cumpra sua função típica de controle do exercício do poder pautado na Constituição e, sobre esta pedra angular, assegura a segurança jurídica das relações que permeiam a sociedade.

O controle exercido mediante a referência constitucional é necessário para que a autonomia judicial esteja limitada aos conteúdos normativos, às regras e aos princípios para prevenção de arbitrariedades.

¹² MASAGÃO, Mário. Em face da Constituição Federal, não existe no Brasil, o contencioso administrativo *apud* MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 144.

¹³ Não serão objetos de discussão o entendimento de políticas públicas nem seu alcance.

O Prof. Paulo Bonavides, ao escrever sobre o controle por um órgão jurisdicional, frisa ao final:

Uma segunda técnica de controle da constitucionalidade da lei é aquela que entrega o exercício dessa competência a um órgão jurisdicional. Produz a adoção do sistema em apreço um grave problema teórico, decorrente de o juiz ou tribunal investido nas faculdades desse controle assumir uma posição eminentemente política¹⁴.

A autonomia judicial deve ser limitada para evitar que o julgador não exteriorize sua vontade individualizada nem restritiva, a fim de que não prejudique a parte, mas deve pautar pela adesão aos princípios constitucionais consolidados no ordenamento maior.

A vertente aponta para os riscos de a decisão judicial se afastar da referência normativa constitucional e aproximar-se da tentadora motivação política.

A aproximação política representa uma voz na consciência do julgador que pode influenciar a tomada de decisão, a qual, em um primeiro momento, pode satisfazer à parte, mas se distancia da finalidade com a qual define seu papel na estrutura do Estado Democrático de Direito.

A forma de prevenir que efetivamente ocorra desvio na decisão judicial para o campo da política e, em especial o das políticas públicas, é a obediência aos comandos constitucionais para evitar a tentação de decisões subjetivas de caráter unicamente pessoal¹⁵.

Já Robert Alexy propõe uma conexão entre o Direito e a razão apresentando elementos que definem o Direito: a legalidade em conformidade com o ordenamento; a eficácia social; e a correção quanto ao conteúdo¹⁶. Demonstra que o campo de incidência é o ordenamento estruturado a partir de um modelo de Estado constitucional democrático.

A leitura da teoria de Alexy trata da aceitação da existência de um sistema normativo que veicule princípios e regras do ordenamento, que limite substancialmente pela função jurisdicional constitucional.

A posição de inclusive de relacionar a função jurisdicional ao ordenamento constitucional, condiciona a limitação da decisão dentro de parâmetros traçados pelo sistema normativo, como bem observa Canotilho:

A articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 272.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 484.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 33.

assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização (diferente densidade semântica). Estes princípios ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que densificam os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno¹⁷.

A decisão que observa o ponto de vista do ordenamento interno, pelo crivo constitucional, reduz a probabilidade da demora da prestação jurisdicional, na medida em que esteja embasada em princípios constitucionais que reforçam a blindagem da segurança jurídica.

A judicialização de decisões que tenham perfil político que permeiam as questões de políticas públicas se afasta da autonomia judicial com independência política, sendo nesse sentido por negociação e o compromisso que a decisão judicial não pode promover por faltar a legitimidade democrática.

Nesse particular, o Prof. Edinilson Donizete Machado entende que a falta de legitimidade democrática está vinculada à escolha pela vontade da maioria, logo os juízes não teriam a vocação para realizar escolhas políticas em suas decisões quando exercem o controle jurisdicional, o que traduz no distanciamento de sua verdadeira função de colocar limites às possíveis arbitrariedades nas escolhas dos representantes eleitos pela vontade popular¹⁸.

A proposta refere-se ao afastamento da judicialização de decisões que tenham cunho político, que implique ao Judiciário, com destaque ao Supremo Tribunal Federal, tendo o perfil de tribunal constitucional, a interpretação de questões que devem ser pautadas por princípios e pelas regras constitucionais positivadas e distanciar das questões controvertidas políticas.

Nesse patamar, o juiz é o julgador que avalia a conduta governamental e legislativa de acordo com a pauta constitucional.

Essa afirmação conduz à promoção da adequação da conduta de cada julgador de acordo com a vontade preordenada, e não em manifestações atribuídas ao parlamento, o que resultaria no rompimento ao princípio da igualdade, pois linha de argumentação, quando recai nas políticas públicas, não pode afastar-se da ponderação ao princípio da igualdade, visto que a busca da igualdade substancial representa a finalidade do sentido do bem almejado que somente o

230

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.099.

¹⁸ MACHADO, Edinilson Donizete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 118.

administrador público poderá conceder, e não somente ser coagido pela expressão do mandamento judicial.

Norberto Bobbio, ao analisar a igualdade, entende que existem quatro formas, a saber: a igualdade de alguns em alguma coisa; a igualdade de alguns em tudo; a igualdade de todos em alguma coisa; e a igualdade de todos em tudo¹⁹.

Ao olhar a preposição de igualdade de todos em tudo, representa a ideia de igualdade, pois a maioria das desigualdades é caracterizada por ser de cunho social.

Nessa perspectiva criada por Bobbio, o pensador Oscar Vilhena Vieira apresenta a igualdade distributiva, que se define pela distribuição de direitos ou de recursos previstos pelo texto constitucional, por meio de critérios para distribuir recursos escassos entre os membros da sociedade, ou seja, a proposta implica a universalização de alguns recursos públicos, como educação básica, a saúde independentemente de mérito ou de necessidade²⁰.

Logo se percebe que as opções políticas deveriam estar respaldadas pelo princípio da igualdade, quer pela visão convencional de tratar os iguais igualmente, quer aos desiguais desigualmente pelo critério da universalização da necessidade e da diferença.

Nessa linha de raciocínio, ao decidir sobre questões de políticas públicas, distribuindo direitos sociais individualmente, a decisão judicial rompe com o princípio da igualdade.

A delimitação do campo pelo princípio da igualdade atinge as políticas públicas a partir da atribuição da mesma parcela a todos, no sentido da universalidade.

O resultado traduz o fato de que as decisões judiciais que concedem liminares para implementação de políticas públicas que não foram discutidas e aprovadas na seara competente ocasionam a preterição de outras, que, por sua vez, foram discutidas e aprovadas, e mais do que isso, realizam atribuição de direitos subjetivos a determinados indivíduos, em prejuízo de outros, na mesma situação de fato e de direito.

Na vertente contrária, Antoine Garapon apresenta uma concepção diferente, de que, diante da omissão legislativa e do Executivo, ficam os juízes designados a promover a eficácia das normas constitucionais:

O juiz torna-se o novo anjo da guarda da democracia e reclama um *status* privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em posição de domínio, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 298.

²⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura a jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 81.

descrédito do Estado, da decepção quanto ao político. A justiça completará, assim, o processo de despolitização da democracia. Eis a promessa ambígua da justiça moderna: os *petits juges* nos livram dos políticos venais, e os grandes juizes, da própria política. A justiça participa dessa repulsa ao político tanto pelo desvio aristocrático como pela tentação populista. Mas poderia o ativismo judiciário ser concebido sem o elemento novo que nossa democracia não consegue incorporar: a mídia²¹?

O entendimento de Mauro Cappelletti também assinala que o Judiciário pode colaborar na implementação das políticas públicas, pois aponta que as funções exercidas pelos políticos estão descreditadas²².

Por sua vez, Karl Loewenstein contraria a ideia de o Judiciário ser o motivador para implementar políticas públicas:

La enseñanza que se puede sacar de los intentos hechos bajo Weimar y Bonn de judicializar la política es que este proceso solamente puede tener éxito cuando el conflicto no afecte a un interés vital de los detentadores políticos del poder. Si se otorga el derecho a los tribunales de frustrar una decisión política del gobierno y del parlamento, amenaza el peligro de que, bien la decisión del tribunal no sea respetada con perjuicio para el Estado de derecho – o bien que la decisión política del gobierno sea sustituida por un acto judicial que, aunque revestido jurídico constitucionalmente, no es, en el fondo, sino un acto político de personas que no tienen ningún mandato democrático para llevar a cabo esta función. En el conflicto entre la idea del Estado de derecho y el deber del gobierno a gobernar, ambas partes tendrán que salir perjudicadas (...) ²³.

A judicialização deve refletir somente a possibilidade do controle repressor das leis e normas que afrontem a texto constitucional, e não questões que envolvem diretamente matéria que está delimitada pela política própria, pois os tribunais devem buscar a fundamentação no Direito.

Para Ricardo Maurício Freire Simões, ao citar Dirley da Cunha Junior, o Estado brasileiro se defronta com uma democracia que necessita atender à população com recursos essenciais e, diante da inércia do Legislativo e do Executivo, teria a credibilidade de suprir mediante os instrumentos próprios configurados pelo texto constitucionais, entre vários outros, citando o mandado de injunção²⁴.

²¹ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiz Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 74.

²² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 47.

²³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Espanha: Ariel Derecho, 1986, p. 325.

²⁴ CUNHA JUNIOR. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo, 2004, p. 107 apud SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125.

Ainda assim, o Prof. Edinilson Donisete Machado, ao abordar a atuação do Poder Judiciário, nos ensina que a democracia deve ser exercida pelas forças políticas e não seria o ideal o exercício da função legislativa por uma minoria respaldada pelo crivo jurídico²⁵.

O autor ainda posiciona que “as decisões políticas devem estabelecer as metas para as áreas prioritárias de políticas públicas, entre inúmeras que poderiam ser tomadas e que vinculam toda sociedade”²⁶.

Por certo que, sendo tomadas metas definidas politicamente com base nos princípios constitucionais e nas regras contidas na Constituição, facilitaria a atuação na cobrança dos resultados mediante a apuração do que foi realizado e o que deixou de ser feito.

A construção dessas metas passaria pela discussão ampla pela sociedade, por meio das propostas políticas retiradas de participações comunitárias e até mesmo de plebiscitos para definir políticas públicas de longo prazo que não estariam sujeitas aos mandatos políticos.

A fiscalização passaria ao Legislativo, por meio de atos normativos que estabeleceriam o atingimento e as formas de cobrança dos resultados.

Cumpra que a função jurisdicional estaria na verificação no atendimento dentro da perspectiva da defesa dos direitos fundamentais regidos pelos princípios constitucionais.

Nesse contexto, é necessário reforçar a valorização do caráter normativo da Constituição Federal de 1988, que, ao estabelecer no artigo 2º que os poderes são independentes e harmônicos entre si, reafirmou “as ideias de Montesquieu de órgãos distintos e autônomos (...), da mesma forma que entre eles não poderá ocorrer qualquer vínculo de subordinação”²⁷.

Essa concepção busca garantir que as funções dos poderes sejam cumpridas conforme o texto constitucional, fazendo com que uma não se sobreponha a outra.

Ao propormos o estabelecimento de metas para as políticas públicas, resgata-se que a harmonia entre os poderes seja pelo perfil de coordenação entre si na medida em que a participação nas funções está garantida pela repartição de competências no texto constitucional.

²⁵ MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 149.

²⁶ MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*, op. cit., p. 144-145.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 300.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 assegurou uma responsabilidade importante no tocante ao Judiciário, como componente do quadro dos poderes independentes e harmoniosos entre si, de proteger e assegurar as garantias dos direitos fundamentais, colaborando para o ajuste do Estado Democrático de Direito.

A configuração dessa missão somente se concretiza na medida em que o tribunal constitucional se cerca dos princípios constitucionais proclamados pelo texto constitucional, estando afeto e regido nas suas decisões sob o manto referencial constitucional.

O Judiciário cumpre seu papel no Estado Democrático de Direito na proteção dos direitos fundamentais que foram proclamados pela leitura originária constitucional, possibilitando a defesa de direitos das minorias, diante de situações deflagradas pela maioria representativa.

Pode-se demonstrar que não há dúvidas de que a fertilidade da competência de seus membros da esfera judiciária na busca da solução social esbarra muitas vezes na falta de efetividade da concretização de suas decisões, mesmo porque não tem estrutura e, muito menos, detém de recursos orçamentários para solucionar os casos por si mesmo.

234

Nessa esfera, no enfrentamento da omissão do Legislativo, cumpre ao Judiciário garantir os direitos prejudicados mediante os instrumentos previstos no texto constitucional, desobstruindo os canais democráticos, assegurando os direitos fundamentais.

Com vista à seara doutrinária temerária de posições divergentes, reconhece-se que os recursos estatais são finitos, e, coexistindo a obrigação de atender ao particular, o Estado, não tendo outra forma de compensação tributária, restringe seu alcance para distribuição, provocando prejuízos a outros também carentes, que efetivamente nutrem da necessidade de atendimento de suas necessidades básicas.

O chamamento do Judiciário para compor a solução de questões de efetividade de políticas públicas destoa em alguns momentos pela utilização de motivação política na fundamentação das decisões que carecem do embasamento técnico de formação jurídica; logo, a motivação judiciária está acima do teor político, cabendo a ela a manutenção do estado constitucional.

Na contramão da direção, não poderia o Judiciário suplantar a visão constitucional da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

As decisões judiciais devem refletir o pensamento dos princípios constitucionais, possibilitando a certeza da manutenção do sistema social, assegurando a segurança jurídica, para que a sociedade desenvolva e mature o consenso da justiça social.

A clareza da mudança poderá ser evidenciada na medida em que haja a discussão desses pleitos com a sociedade, por meio de estratégias de envolvimento dos cidadãos na busca de um consenso que leve a uma decisão política.

A utilização de instrumentos de acesso a direitos especificados pelo texto constitucional não pode ser definida como exaurida e muito menos de menor valor, mas de importância vital para assegurar o direito prejudicado e galgar discussões na sociedade visando à sua melhoria na efetivação.

O estabelecimento de metas permeadas por políticas públicas consagradas por ampla discussão pela sociedade, com efetivas adesões populares, como os orçamentos participativos e os plebiscitos, pode resgatar para a fileira do compromisso aqueles cidadãos distantes do exercício da política como forma de melhoria da qualidade de vida, reservando ao Judiciário a proteção dos direitos fundamentais.

Por fim, o que se procura é que o Judiciário, antes de decidir movendo-se pela força política, deve exercer o direito, e não promover escolhas políticas, tendo em vista a primazia dos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiz Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Espanha: Ariel Derecho, 1986.

MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Vital. *A Constituição e a sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: RT, 1994.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e a sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura a jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.