

# O (NEO)CONSTITUCIONALISMO E AS FACES DA EFETIVIDADE EM UM REGIME DEMOCRÁTICO PERMEÁVEL PELO ATIVISMO JUDICIAL

*Carlos Jair de Oliveira Jardim*

Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco  
Especialista em Planejamento e Gestão Pública pela Universidade de Pernambuco.  
Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco

**RESUMO:** Este trabalho encerra no seu escopo principal a apresentação de aspectos pertinentes à discussão que envolve o suposto e controvertido comportamento estatal comumente denominado de “ativismo judicial”. Este fenômeno protagonizado pelo Poder Judiciário e tematizado pela doutrina, apresenta-se ora como resultado de decisões judiciais que obriga o Estado na concretização das políticas públicas, em conformação com os direitos sociais os quais foram erigidos à categoria de direitos fundamentais; ora na forma do polêmico discurso de extrapolação dos limites de atuação do Judiciário na seara das funções do Legislativo e Executivo. A sociedade, atônita, assiste a um grande embate institucional. O Estado, diferentemente de agir em conjunção, fragmenta-se, revelando um verdadeiro “cabo de guerra”, numa verdadeira medição de forças entre as funções estatais.

**SUMÁRIO:** 1- Introdução; 2 - A ruptura e a continuidade ideológica entre Estado Absoluto, Estado Liberal e Estado Social; 3 - A inércia política das ações governamentais como um fenômeno que catalisa as distorções sociais e promove o embate das funções estatais; 4 - A representatividade política das funções estatais legislativa e executiva desautorizam a atuação jurisdicional quando interpreta em favor da concretização de políticas públicas ? 5 - A falibilidade da “Separação dos Poderes” no processo de reorganização das funções estatais ante a dinâmica da sociedade contemporânea; 6 - Conclusão;

**Palavras-chave:** Ativismo judicial; Direitos Sociais; Políticas Públicas

## 1. INTRODUÇÃO

O intuito desse texto é provocar uma reflexão acerca do fenômeno de transformação das instituições do Estado que vem experimentando os

limites formais impostos aos seus respectivos Poderes. Diante da forte crise institucional que abrange não só as duas Casas Legislativas, assim como, o Poder Executivo, ainda que em menor escala, traz para a cena o debate das vantagens e desvantagens de um Judiciário atuante na concretização das políticas públicas.

Indaga-se se é possível que o Judiciário sob o manto da proteção dos direitos fundamentais, tais como, os direitos sociais, poderia suprir uma omissão ou uma ação não regular da qual não fez valer eficazmente uma garantia constitucional e então exigir uma ação governamental para que tal direito se realize.

Essa análise perpassa necessariamente pela formação do Estado e suas consequentes transformações estruturais, para que se possa compreender em que nível ocorre a vinculação dos agentes públicos estatais, especialmente o Judiciário, para com a criação, conformação e alteração das políticas públicas, trazendo à baila a discussão sobre a ilegitimidade do Judiciário para atuar de tal forma.

## **2. A RUPTURA E A CONTINUIDADE IDEOLÓGICA ENTRE ESTADO ABSOLUTO, ESTADO LIBERAL E ESTADO SOCIAL**

Num olhar retrospectivo, é possível observar historicamente a manifestação de angústia de vários segmentos das sociedades passadas, as quais não se pouparam em manifestar sua repulsa pela submissão do caráter intervencionista do Estado, cujo “braço” autoritário alcançava as mais privadas relações sociais dos cidadãos.

Não demorou para brotar um sentimento reformista, protagonizado pela sociedade anglo-saxônica, nos idos medievais, que irrompeu com a conhecida Magna Carta de 1215 (*Magna Charta Libertatum*). Reconhecidamente, este foi um acontecimento que primou pela limitação do poder absoluto do Monarca, insensível às fronteiras de seus atos.

Seguiram-se outras não menos importantes incursões sociais de semelhante vulto, cuja atuação trilhava a mesma diretriz, qual seja, a importante missão de arrefecer as ilimitadas ações do poder real.

Este sentimento negativo em relação às ações do Estado pode ser considerado como sendo o movimento precursor da submissão do poder estatal ao predomínio de uma ordem jurídica ocorrida fora das ordenações palacianas e, portanto, uma ruptura de um sistema até então concentrado e que

mais tarde seria o sustentáculo para novos insurretos movimentos, de nítida influência iluminista, a saber: Revolução Americana e a Revolução Francesa e tantos outros fenômenos sociais que fizeram desses a fonte de inspiração.

Da ruptura do Estado Absoluto para o reconhecimento das prerrogativas dos direitos evocados pelos cidadãos, sucederam-se vigorosas transformações sociais cujas repercussões permeariam os alicerces dos aparelhos ideológicos, tanto na arena política e no plano religioso, quanto no âmbito econômico. Notadamente a este, é que se pode atribuir a responsabilidade pela pujante e verdadeira cisão do Estado Absoluto para a nova estrutura política conhecida como Estado Liberal (consagrador da liberdade econômica e da propriedade).

Do Estado Liberal emergiu a prevalência da *ordem que vigiu, e ainda vige*, desde o seu implemento e que fez com que as diversas tentativas de repaginação ficassem configuradas, tão-somente, no plano da sucessão dos sujeitos do poder, posto que os critérios econômicos do capitalismo emergente prevaleceram em detrimento aos demais. Vem bem a tomo as palavras de Antonio Enrique Pérez Luño:

O Estado Social de Direito teve, portanto, uma origem híbrida fruto do compromisso entre tendências ideológicas díspares [...] De um lado, representou uma conquista política do socialismo democrático, o que se adverte com nitidez na ideologia inspiradora de uma de suas primeiras manifestações: a Constituição de Weimar; de outro, é fruto também do pensamento liberal mais progressista que o concebe como um instrumento de adaptação do aparelho político às novas exigências do capitalismo maduro.<sup>51</sup> (tradução nossa).

O recrudescimento dos pressupostos de existência do Estado Liberal, quais sejam a igualdade e a liberdade, eminentemente crivadas ao plano formal, vigoraram a insurgência de classes economicamente oprimidas – reverses do capitalismo emergente – abrindo caminho para o surgimento

<sup>51</sup> “El Estado social de Derecho tuvo, por tanto, un origen híbrido fruto del compromiso entre tendencias ideológicas dispares [...] De un lado, representó una conquista política del socialismo democrático, lo que se advierte con nitidez em la ideologia inspiradora de una de sus primeras manifestaciones: la Constitución de Weimar; de otro, es fruto también del pensamiento liberal más progresista que lo concibe como un instrumento de adaptación del aparato político a las nuevas exigencias del capitalismo maduro”(PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicon. Madrid: Editorial Tecnos, 2003. p. 223-224).

de outras estruturas políticas. Nesse panorama, acentua-se o aparecimento do Estado Social de Direito que consiste em um novo modelo institucional em que se permitiu, sob certa medida, o restabelecimento da concepção intervencionista do Estado nas relações sociais.

Diferentemente da estrutura política intervencionista que o antecedeu – aquela marcada pelo Estado Absoluto –, o Estado Social embora não sendo uma concepção inovadora, haja vista ter sido materialmente edificada sob uma estrutura fortemente calcificada pelo pensamento Liberal, ainda assim conseguiu, ao longo do anos, inovar no seu aspecto procedimental, reconhecendo no campo normativo, um aparato jurídico que instrumentalizava a amplitude do intervencionismo estatal e, no aspecto social, o compromisso e a responsabilidade de proporcionar o equilíbrio econômico-social pela atuação positiva do Estado, através da implementação de *ações públicas (políticas públicas)*. A esse intento, vale ressaltar a definição de Guilherme Amorim Campos da Silva:

[...] o instrumento de ação do Estado e de seus poderes constituídos, em especial o Executivo e Legislativo, de caráter vinculativo e obrigatório, que deve permitir divisar as etapas de concreção dos programas políticos constitucionais voltados à realização dos fins da República e do Estado Democrático de Direito, passíveis de exame de mérito pelo Poder Judiciário.<sup>52</sup>

É de bom alvitre lembrar que a gênese das conquistas do Estado Social não relega o entorno ideológico Liberal (liberdade econômica e proteção à propriedade) ao esquecimento; ao contrário, estreita-se harmonicamente em certos princípios, sobretudo quando declina prestimosa atenção à vertente econômica do direito, que numa paradoxal aparência transfere para a Carta Política do País dispositivos legais capazes de regular a intervenção estatal na economia de mercado como uma forma de legitimar a forte atuação do poder econômico (classes dominantes) inclusive na conformação das políticas públicas que são as diretrizes da sociedade moderna.

<sup>52</sup> SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Direito ao desenvolvimento. São Paulo: Método, 2004, p.103-104.

[...] A Constituição Econômica não é uma inovação do “constitucionalismo social” do século XX, mas está presente em todas as Constituições, inclusive nas liberais dos séculos XVIII e XIX. Durante o liberalismo, a visão predominante era da existência de uma ordem econômica natural, fora das esferas jurídicas e políticas, que, em tese, não precisaria ser garantida pela Constituição. No entanto, todas as Constituições liberais possuíam disposições econômicas em seus textos. A Constituição Econômica liberal existia para sancionar o existente, garantindo os fundamentos do sistema econômico liberal, ao prever dispositivos que preservavam a liberdade de comércio, a liberdade de indústria, a liberdade contratual e, fundamentalmente, o direito de propriedade.<sup>53</sup>

Embora não se reputando, originariamente, de pura autenticidade, é a partir do advento do Estado Social que o contexto dos direitos fundamentais rompe a barreira da esfera individual e passa a ser referenciado e consagrado na dimensão coletiva. Não obstante o reconhecimento de que todo o direito fundamental possa exigir a tutela estatal, é a partir desse momento histórico que a sociedade outorga ao Estado poderes para que, através de *políticas públicas efetivas*, desloque-se o eixo prioritário das ações governamentais para o equacionamento das desigualdades sociais.

### **3. A INÉRCIA POLÍTICA DAS AÇÕES GOVERNAMENTAIS COMO UM FENÔMENO QUE CATALISA AS DISTORÇÕES SOCIAIS E PROMOVE O EMBATE DAS FUNÇÕES ESTATAIS**

Certamente nem mesmo para os maiores entusiastas do modelo de Estado Social de Direito passou despercebida a grandiosidade da missão da qual herdara o novo perfil de governança. O Estado transmutou-se da qualidade de agente negativo, tirânico e arbitrário para ser o protagonista do movimento reformador e chamar para si a responsabilidade de prover meios para o nivelamento das diferenças sociais através da distribuição de justiça e das riquezas.

<sup>53</sup> BERCOVICI, G. Constituição econômica e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2005, p.32.

O bem maior a ser protegido desviaria o foco de interesse do âmbito do particular, da individualidade, para a esfera do coletivo e da pluralidade, na qual se encontrava assentada a base da sociedade moderna.

Surpreendem-se os que, numa superficial e incauta análise inicial, submetidos posteriormente a um olhar mais aguçado, verificam que, de fato, os fundamentos inscritos no modelo Social não se descolaram do seu antecessor Liberal. Deste, para aquele, de certo não houve ruptura; senão, adaptações. No liberalismo defendia-se o regime do “*governo das leis*”, cujo lema pretensiosamente perseguia no seu imaginário a pura forma de governar sem que se pudesse recair nas vicissitudes traiçoeiras das vaidades humanas. Aprioristicamente falando seria uma forma “romântica”, senão ingênua, de quem espera encontrar a neutralidade no governo das leis; afinal, o Direito é uma criação humana, falível e impregnada de subjetividade e, portanto, em sendo as leis o seu conteúdo, estas também o são. Em última instância, seria um governo de homens (representantes) governantes, para os homens (representados) governados .

Essa constatação em nada nos leva a crer que se faz prementemente necessária a desconstrução ideológica do modelo Social, tão-somente por se presumir que a sua similitude com modelos que o antecederam renderiam razões para acreditar na sua inaptidão em realizar as metas que lhe foram conferidas. Ademais, não se pode olvidar que é a partir desse estágio político que os direitos fundamentais, notadamente os aclamados como direitos de segunda e terceira dimensões (ou como parte da doutrina prefere a designação do termo geração), ganhariam notoriedade a ponto de se tornarem a força propulsora que vai conduzir o processo de mudança.

Como se pode observar, se nada mais fosse possível ser concretizado pelo Estado Social, o processo de conscientização e expansão dos direitos fundamentais poderia ser apontado como uma substancial conquista, se considerarmos que a história da humanidade não nos reserva uma linearidade progressiva na qualidade da existência social, e o termo “evolução” persiste em restringir-se muito mais à passagem do tempo, e bem menos aos efeitos das ações humanas no seu transcorrer.

Restou reservada então, às esferas políticas estatais (entenda-se aqui os Entes públicos na conjunção das funções estatais), a responsabilidade de concretizar o que havia sido normatizado pela ordem social. Nada obstante os direitos sociais reclamarem a presença do Estado para a sua concretude,

dada a exigência de um aparato normativo e organizacional inerente às Instituições públicas, não se deve associar, em toda e qualquer situação, indiscriminadamente, que os direitos sociais comportem, na sua estrutura, tão-somente a qualidade de prestações (ações positivas); porquanto, existem situações em que se espera do Estado a obrigação de abster-se (ações negativas); do contrário, haveria a produção de prejuízos sociais. Não se autoriza com esse discurso que se avalize, por um lado, o agir incondicional e ilimitado do Estado; nem tampouco se quer ou se deseja promover uma situação de constante letargia estatal. O intuito é, sobretudo, mostrar a dualizada conduta do Estado sob o pendular e circunstancial comportamento ativo e passivo em relação às políticas públicas. Sobre esse tema, comenta Flávia Piovesan:

No entanto, cabe realçar que, tanto os direitos sociais como os direitos civis e políticos, demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto que os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas ou a mera abstenção estatal. A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança, mediante o qual se assegura direitos civis clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade, ou ainda qual o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos, ou, do aparato de justiça, que garante o direito ao acesso ao Judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplam também um custo.<sup>54</sup>

Afastemos, desde já, qualquer inadvertida leitura que possa dar margem a pensar que o próprio Estado venha, “*de per se*”, promover o autocontrole, decidindo sobre o momento mais adequado de quando poderia, ou não, agir. Vale ressaltar que o constitucionalismo emergiu assoalhado pela proposta que, em tese, definia os limites impostos ao Estado. Esses mecanismos de

<sup>54</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Genesis: Revista de Direito do Trabalho, Curitiba, nº 118, p. 516, out. 2002.

controle legais serviram não só para calibrar os padrões de “ação” como também de “inação” do Estado; é dizer, direcionou o Ente estatal a ter a *iniciativa* no processo de criação, alteração e conformação de políticas públicas - certamente gerido por amplo debate participativo -, cuja finalidade tinha como mira a potencialização e concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais. Repise-se, não deve o Estado no seu “agir” atuar de forma desmedida; mas também, não deve e nem pode no seu “não agir” perpetuar situações excludentes. Espera-se um exaustivo monitoramento das políticas públicas pelos órgãos fiscalizadores, e também, senão primordialmente, pela sociedade.

No Brasil, em razão de um grande débito social decorrente da ausência de políticas públicas ou, quando muito, em tímidas intervenções estatais, é possível encontrar verdadeiros “bolsões de pobreza”, cujas carências sociais contrariam, de toda sorte, os valores e garantias consagrados constitucionalmente<sup>55</sup>.

São verdadeiros “*abismos ou vales sociais*” em que, de um lado, figura a grande massa de pessoas, o povo, que, para uma melhor contextualização do termo, poder-se-ia denominá-los como “os excluídos” e de outro lado, algumas privilegiadas classes como:

a) os *esclarecidos*, aqueles que participaram do processo político de construção e reconstrução do movimento de (re)democratização do país, mas que, mesmo com uma considerável carga de esclarecimento acumulada não conseguem “contaminar” os que se amontoam na margem oposta, permanecendo “entorpecidos” no mundo do senso comum;

b) a *classe política*, os representantes do povo, eleitos para exercerem as funções estatais legislativa e executiva, compostas

<sup>55</sup> Em recente divulgação de dados estatísticos (ano referencia 2007) elaborados pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, foram identificados, dentre outros, dois índices que despertam a atenção para o grave problema da desigualdade brasileira, a saber: o índice de 7,95 % de pessoas indigentes, ou seja, percentual de pessoas com renda domiciliar *per capita* inferior a linha de extrema pobreza; e o índice de 22,70 % de pessoas pobres, percentual de pessoas com renda domiciliar *per capita* inferior a linha da pobreza. Dados balizados para uma população estimada em 169.799.170 habitantes. Fonte: [www.ipeadata.gov.br](http://www.ipeadata.gov.br).

por aqueles que detêm o poder e o dever de espancar a situação de carência social mas, no entanto, através de ações desmedidas ou omissões, demonstradas pelas “pirotecnias” ou letargias políticas, respectivamente, desvinculam-se da responsabilidade de agentes da transformação e ousam em simulacros de ações estatais, aparentemente numa provável manobra política para evitar os riscos eleitorais que impeçam a perpetuação partidária;

c) o “*Poder Judiciário*”, considerado como derradeiro estágio de socorro dos cidadãos, esculpido ainda sob estrutura que enaltece, em alto grau, todos os aspectos de uma verticalizada hierarquia e com isso agrega elementos que militam em favor da extremada reverência. Vez por outra, encontra-se diante de pressões políticas (comumente são atos reflexos ou inquietações advindas do âmbito político e que toma vulto ressonante no seio da sociedade) exigindo do Judiciário um comportamento que se aproxime mais da sua nascente escola interpretativa, qual seja, ancorado restritamente no formalismo. Entretanto, em face do novo perfil evocado do seu papel de garantidor dos direitos do cidadão, o Judiciário vai de encontro ao paradigma da neutralidade e constrói interpretações que impõem, ainda que por via reflexa, a concretização das políticas públicas, e que atualmente tem-se denominado de “ativismo judicial”.

A impetuosa reação interpretativa do Judiciário configura-se como uma “ponte” que vem sendo construída para estreitar o “vale” da desigualdade social que afronta, por pura inércia ou descomprometimento das ações governamentais, os direitos sociais os quais foram erigidos à situação de direitos fundamentais, e que estão elencados em diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988, dentre os quais os artigos: 6º, 7º, 196 (direitos à saúde), 201 e 202 (previdência social), 203 (assistência social),

205 (educação), 227 (proteção à criança e ao adolescente) e 230 (amparo ao idoso).

É possível creditar à ineficácia das ações governamentais o legado de descrença e apatia da população para com a classe política. Essa parcela da sociedade que paradoxalmente é a maioria (razão de um regime democrático), ainda não consegue fazer presente nas suas vidas, todas as “maravilhas” que as conquistas do mundo pós-industrial reservou à humanidade. Os direitos sociais são uma conquista do pós-guerra, marcadamente após o segundo conflito mundial, e que deveriam, em conjunção, apresentar duas faces: a face do direito do cidadão e a face do dever do Estado. Ainda não se experimentou, na plenitude de seus efeitos, qualquer das duas faces: na primeira, porque tornou-se direito do cidadão, tão-somente, no plano formal; na segunda, não houve assunção de dever do Estado senão pelas vias do Judiciário.

#### **4. A REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA DAS FUNÇÕES ESTATAIS LEGISLATIVA E EXECUTIVA DESAUTORIZAM A ATUAÇÃO JURISDICIONAL QUANDO INTERPRETA EM FAVOR DA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ?**

A imagem de uma democracia na qual as controvérsias da sociedade eram decididas através da participação quantitativa de sua população talvez tenha produzido certa influência no imaginário interpretativo que se pode extrair das leituras dos grandes clássicos épicos gregos. No entanto, ousando um resgate, ainda que breve, através de uma incursão histórica ao tempo dos seus precursores atenienses, é possível se deparar com situações reveladoras de um regime de participação popular consideravelmente restrita – havia verdadeiros grupos excluídos do processo decisório da sociedade, haja vista a não participação das mulheres, dos escravos, e de outros tantos considerados não-cidadãos atenienses. Entretanto, nada pode afastar daquele povo o contributo do pioneirismo da reflexão e implementação de um sistema com alargamento da participação dos membros da sociedade.

O que se espera é, na verdade, uma certa prudência ao se transportar um conceito longínquo no tempo, como no caso dos padrões adotados pela democracia grega, e aplicá-lo de forma simplista nas sociedades atuais, sem

sequer contextualizar os valores experimentados e aceitos a cada época. Nesse particular, afirma Giovanni Sartori:

Não nos percamos em distinções secundárias e duvidosas, como a de discutir se os antigos tinham liberdades políticas, mas não tinham liberdades civis, ou vice-versa. A essência é, muito simplesmente, que suas ideias de liberdade civil, política, jurídica, individual e qualquer outra não eram iguais às nossas. Nem poderia ser de outra forma, pois estamos separados dos antigos pela aquisição de valores dos quais eles não tinham conhecimento.<sup>56</sup>

As sociedades modernas traduzem-se em estruturas complexas. Essa complexidade tem como base a pluralidade de comportamentos de todos os gêneros (econômico, religioso, cultural, etc) que pela dificuldade de contemplar os diversos interesses acabam por romper e fragmentar o antigo modelo hegemônico de poder. Ocorre que a organização política direta se mostrou inviável em face da inexequibilidade de se instrumentalizar o processo decisório. Abriu-se, então, o caminho para o surgimento do modelo de participação representativa de governo em que os sujeitos do poder, os cidadãos, outorgam prerrogativas aos seus representantes eleitos e lhes conferem o poder de decidirem sobre as questões políticas.

Nos países em que a ampla participação dos cidadãos nas questões políticas delineiam a forma de governo popular e democrático, é comum que se dispensem maior atenção à concordância de opiniões do que propriamente ao dissenso, malgrado ser este o elemento que invariavelmente se apresenta nas atuais democracias contemporâneas, dada a pluralidade daqueles que as formam.

A tônica que insiste em rodear os discursos políticos tendenciosamente populistas, quase sempre recai no termo “consenso”, como se essa mágica palavra revelasse a maciça participação popular no processo deliberativo decisório. Falar em consenso num regime democrático nos moldes de um sistema de produção capitalista é, numa análise pragmática, conferir sentido a acordos celebrados entre as classes que dominam a dinâmica do processo produtivo do país.

<sup>56</sup> SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. São Paulo: Ática, 1994, 2v. p. 45-46

Nesse contexto, a classe política que representa as funções estatais e que se legitima pelo processo eleitoral do país ganha na sua composição qualitativa um perfil que pode não espelhar a pluralidade da sociedade. Nas palavras de Robert Dahl:

Mesmo que a “classe política” não seja uma boa amostragem das categorias econômicas e sociais de um país – e muitos defensores da democracia representativa argumentariam que ela não precisaria nem deveria sê-lo –, a ampliação do sufrágio junto à competição política torna, porém, os parlamentos, em particular, e a liderança política, em geral, consideravelmente mais representativos no sentido puramente estatístico.<sup>57</sup>

Considerando os padrões analisados até então, e fazendo um paralelo com a representatividade política da sociedade brasileira, concernentes às funções do Legislativo e Executivo, é de se exaltar que no contexto da nossa pluralidade societal, constatada pela paridade analógica da extensão territorial do país, tem-se como revelador, senão deveras inquietante, o questionamento de quão legítimo seria realmente o processo político pelo qual são tomadas as decisões acerca das políticas públicas. É de singular importância os comentários de Francisco Gérson Marques de Lima a respeito do tema:

Abrimos, aqui, um breve espaço para estabelecer a correlação existente entre as classes socialmente estratificadas (basicamente: baixa, média e alta) e sua correspondente representação nos órgãos legislativos ou, mais do que isso, nos atores políticos, senão no próprio palco político. A uma análise perfunctória conclui-se que no Brasil as classes baixa, média e alta representam, no índice populacional, respectivamente cerca de 70%, 25% e 5%, aproximadamente. No entanto, a representação política é inversamente proporcional, pois a classe alta fornece cerca de 70% (ou mais) dos representantes políticos da Nação, com cadeira nos Legislativos do país inteiro, enquanto a classe média participa com, aproximadamente, 20% e a classe baixa

<sup>57</sup> DAHL, Robert A.. Poliarquia: participação e oposição. São Paulo: Editora da universidade de São Paulo, 1997, p. 43

fica com os 10% restantes. Ou seja: graficamente as pirâmides apresentam-se invertidas, de ponta-cabeça uma para outra.<sup>58</sup>

Ora, a julgar pelos números acima apresentados é possível se inferir que a representatividade política que define os contornos das Instituições Públicas, tanto do Parlamento quanto do Executivo, está sendo construída por um alto percentual de uma determinada classe social, notadamente a classe alta, porém, em escala consideravelmente baixa se comparada a sua participação na pirâmide populacional.

Neste sentido há de se exaltar uma inquietação: essa formação da classe política brasileira, forjada pelo sufrágio universal e que trouxe à tona, como numa espécie de “radiografia” das urnas, a identificação com uma determinada faixa da sociedade e que representa a minoria quantitativa da população, será capaz de sublimar o sentimento de fidelização em relação ao eleitorado que lhe deu apoio e, concentrar os esforços pela criação e implementação das leis a ponto de priorizar o foco das decisões políticas para a maioria da sociedade?

Essa é uma indagação difícil de ser equacionada. É possível que sob quaisquer ângulos que se pretenda responder ao referido questionamento haverá uma incômoda e frontal repercussão no contexto da legitimidade de todo um sistema político. No caso da resposta afirmativa, a classe política não estará sendo fiel ao resultado das urnas. Em se tratando de resposta negativa, haverá um descompasso das ações em relação à maioria da população. De toda sorte, as leis que porventura serão criadas ou implementadas tenderão à aproximação do conflito de interesses e não à desejada estabilidade que se espera de um processo democrático, em favor desse ou daquele resultado, haja vista que ou a maioria da população ou a maioria dos votos perderá prestígio. Em última análise, haverá como derradeira instância de debate, o foro judicial. Há como se aparelhar tal apontamento com uma breve leitura do excerto da obra de Zagrebelsky:

A lei - neste ponto de sua história - já não é a expressão <<pacífica>> de uma sociedade política internamente coerente, senão que é manifestação e instrumento de competição ou enfrentamento social; não é o final, senão

<sup>58</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. Fundamentos Constitucionais do Processo: sob a Perspectiva da Eficácia dos Direitos e Garantias Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 120.

a continuação de um conflito; não é um ato impessoal, geral e abstrato, expressões de interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis e generalizáveis, é dizer, se se quer <<constitucionais>> do ordenamento. É, pelo contrário, um ato personalizado (no sentido de que provém de grupos identificados de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificados) que persegue interesses privados.

A lei, em suma, já não é garantia absoluta e última de estabilidade, senão que ela mesma se converte em instrumento e causa de instabilidade. As consequências das ocasionalidades das coalizões de interesses que ela expressa se multiplicam, por sua vez, em razão do número progressivamente crescente de intervenções legislativas requeridas pelas novas situações constitucionais materiais. O acesso ao Estado de numerosas e heterogêneas forças que reclamam proteção mediante o direito exige continuamente novas regras e intervenções jurídicas que cada vez estendem mais a presença da lei a setores anteriormente abandonados e a regulação autônomas dos mecanismos sociais espontâneos, como a ordem econômica ou deixados a livre iniciativa individual, como era a beneficência, hoje respaldada ou substituída pela intervenção pública na assistência e na seguridade social. Nestes campos, nos que as leis atuam sobretudo como medidas de apoio a este ou aquele sujeito social e vêm determinadas mas por variadas relações de força que por desenhos gerais e coerentes, a instabilidade é máxima e que urge a exigência de proteção frente à ocasionalidade dos acordos particulares que impulsionam a legislação.<sup>59</sup>

<sup>59</sup> “la ley - en este punto de su historia - ya no es la expresión <<pacífica>> de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición u enfrentamento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere, <<constitucionales>>, de ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares.

La ley, en suma, ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte em instrumento y causa de inestabilidad. Las consecuencias de la ocasionalidad de las coaliciones de intereses que ella expresa se multiplican, a su vez, em razón del número progressivamente creciente de intervenciones legislativas requeridas por las nuevas situaciones constitucionales materiales.

(tradução nossa).

##### **5. A FALIBILIDADE DA “SEPARAÇÃO DOS PODERES” NO PROCESSO DE REORGANIZAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS ANTE A DINÂMICA DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

O esclarecimento da população acerca das conquistas dos direitos econômicos, sociais e culturais, aliado a falta de representatividade política das classes menos favorecidas e uma estratificação econômica desigual, de certa forma, deram azo ao estímulo dos conflitos, o que acentuou a corrida pela tutela do Judiciário, o qual assumiu um novo perfil, com maior visibilidade política, cuja outorga lhe foi tacitamente sinalizada pela atual sociedade em face das crescentes e reiteradas demandas. Dessa transformação na dinâmica estrutural da atuação das funções estatais desnudou-se um cenário que revelou com grande densidade a ideia de que a clássica formatação da estrutura funcional do Estado deixou de se submeter aos rígidos padrões outrora calçados na “Tripartição dos Poderes”. É o que se pode inferir das palavras de João Maurício Adeodato:

[...] nos dias atuais, correntes como o uso alternativo do direito, o ativismo judicial ou a hermenêutica filosófica, apesar de suas diferenças, propugnam exatamente por uma politização do judiciário, entendendo-o como criador de direito e realizador de demandas sociais em defesa dos cidadãos e minorias menos privilegiados economicamente. E mesmo os mais legalistas e os partidários de uma clara separação de poderes reconhecem que esse princípio não pode ser mais compreendido como queria Montesquieu.<sup>60</sup>

---

El acceso al Estado de numerosas y heterogéneas fuerzas que reclaman protección mediante el derecho exige continuamente nuevas reglas e intervenciones jurídicas que cada vez extienden más la presencia de la ley a sectores anteriormente abandonados a la regulación autónoma de los mecanismos sociales espontáneos, como el orden económica, o dejados a la libre iniciativa individual, como era la beneficencia, hoy respaldada o sustituida por la intervención pública en la asistencia y en la seguridad social. En estos campos, em los que las leyes actúan sobre todo como medidas de apoyo a este o aquel sujeto social y vienen determinadas más por cambiantes relaciones de fuerza que por diseños generales y coherentes, la inestabilidad es máxima y se hace acuciante la exigencia de protección frente a la ocasionalidad de los acuerdos particulares que impulsan la legislación” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 3ª ed., 1999, p. 38).

<sup>60</sup> ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação dos poderes?. IN: NOVELINO, Marcelo (org).

Nesta senda é possível fazer a seguinte leitura, relativamente aos direitos sociais e tão-somente para sua concretude: quando o Judiciário encerra nas suas decisões resultados que estão em conformidade com a Carta Fundamental e faz prevalecer a vinculação prevista constitucionalmente de efetivação das políticas públicas para a consecução de direitos fundamentais – notadamente os direitos sociais –, não está se distanciando do exercício das atribuições que lhe foram conferidas pela Lei Maior e, dessa forma, não há de se falar em ilegitimidade.

Repugna, a certa corrente doutrinária, o fato de haver provimentos judiciais que adentram nas matérias que dizem respeito à concretização das políticas públicas. O entendimento é que se o judiciário age dessa forma estaria recaindo na usurpação das funções estatais das quais caberia exclusiva titularidade do Legislativo ou Executivo.

Tem-se como contraponto o fato de que os direitos sociais não se enquadram na prestação universal, ou seja, não requer uma uniformização da sua aplicabilidade para toda e qualquer classe da população, senão para aquela sob a qual o infortúnio da desigualdade social se impôs de tal modo que a impeça de usufruir, com dignidade, as condições mínimas de existência<sup>61</sup>, exigindo, portanto, a participação efetiva do Legislativo e do Executivo na elaboração e implementação de ações governamentais, respectivamente. Se o Estado deixa de atribuir a condição de destinatários de direitos sociais a uma considerável parcela dos seus cidadãos – e isso se dá tão-somente pela ausência de políticas públicas para as classes menos favorecidas economicamente – isso, por si só, já caracterizaria a redução da condição mínima de existência, ensejando, dessa forma, a busca pela tutela jurisdicional do Judiciário.

Já se foi dito, portanto, que perdeu intensidade e aplicabilidade a clássica teoria *Montesquiana*, que teve ao seu tempo, a consagração da classe social hegemônica, no momento em que se contrapôs à concentração do Poder Absoluto. Alavancadas pelo advento da Modernidade e a crescente complexidade das sociedades pós-industriais, as relações de poder se

---

Leituras complementares de direito constitucional: Teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 284.

<sup>61</sup> Por mais que pareça um conceito fluido, e sem a intenção de extrapolar os estritos limites desse trabalho, é possível, dentro de uma abordagem intelectual comum, sem maiores investigações científicas, reconhecer como natural e mínimo o direito à educação básica, às refeições mínimas diárias, à integridade física, dentre outros tantos mais ...

diversificaram e se constituíram com maior intensidade para além do âmbito estatal (diga-se, fenômeno que se deu de forma exógena ao sistema).

No atual estágio de Estado de Direito Social, para que se acolha o papel de agente ativo do Estado no processo de transformação do quadro de desigualdade social, deve-se mitigar à concepção do perfil negativo em relação ao cidadão, remetendo-se, então, para qualquer das funções estatais – precipuamente ao Judiciário, se provocado for –, a responsabilidade pela concretização das garantias constitucionalmente estabelecidas.

Portanto, é dever do Poder Estatal, no cotejo da conjunção das suas funções, fazer valer a eficácia vinculante dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais. Veja-se o que diz Ingo Wolfgang Sarlet acerca do tema:

Diversamente do que enuncia o art. 18/1 da Constituição Portuguesa, que expressamente prevê a vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais, a nossa Lei Fundamental, neste particular, ficou silente na formulação do seu art. 5º, § 1º, limitando-se a proclamar a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais. A omissão do Constituinte não significa, todavia, que os poderes públicos (assim como os particulares) não estejam vinculados pelos direitos fundamentais. Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível.<sup>62</sup>

Faz-se oportuno esclarecer que a prerrogativa outorgada pela Constituição ao Judiciário em favor da realização dos direitos fundamentais aperfeiçoa-se pela ponderação da racionalidade acerca dos pressupostos instrumentais da Administração Pública, vale dizer, da sua capacidade

<sup>62</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 7ª ed., p. 387.

técnica, financeira e orçamentária, sem que para a realização de tal decisão venha impor ao Estado o ônus de uma aplicação insustentável.

A título meramente ilustrativo, imaginemos uma situação hipotética em que determinado cidadão, de situação econômica bastante precária, venha a se socorrer da tutela jurisdicional para que o Estado lhe reserve o direito de receber gratuitamente um medicamento da marca “X”, do laboratório “Y”, em que postula ser de necessidade primária e imprescindível para a manutenção da sua saúde, do qual sem o seu fornecimento não haveria possibilidade de sobrevivência. Caberia, certamente, ao Judiciário fazer valer o direito fundamental à vida, determinando que a Administração lhe conceda um tratamento adequado. Entretanto, à guisa de informações diligenciadas pelo magistrado, o medicamento poderia não ser, necessariamente, da marca “X”, do laboratório “Y”, caso em que houvesse com isso uma desproporcionalidade em relação à realidade orçamentária do Ente estatal. Razoável, para tanto, que se determinasse, como medida alternativa, uma droga medicamentosa, que apesar de menor expressão econômica, surtisse os mesmos efeitos perseguidos. Assim, equalizam-se as legítimas pretensões dos cidadãos com as reais condições operacionais da Administração. Inconcebível seria erigir as dificuldades orçamentárias em face do estado não comum de precariedade da saúde do cidadão. É provável que seja menos danoso, no contexto dos direitos fundamentais, flexibilizar determinadas condutas orçamentárias (flexibilização de rubricas) do que deixar de priorizar a saúde dos cidadãos, mormente em condições especialíssimas como da qual se relatou. Depreende-se do exposto que a garantia do direito fundamental é incontestada, sob pena de transformar a Constituição num mero documento formal sem nenhuma eficácia. Para tanto, não se pode excepcionar, de nenhuma das funções estatais, a legitimidade para a sua concretização dos direitos fundamentais, principalmente ao Judiciário que tem o papel constitucional de garantidor. À Administração Pública, reserva-se os meios razoáveis de garantir sua implementação.

Como se pode inferir do próprio Texto Maior, especificamente ao art. 5º, § 1º, da CF/88, os direitos e garantias fundamentais dentre eles os direitos sociais, econômicos e culturais, por se constituírem em dispositivos de aplicação imediata, são susceptíveis à tutela judicial, mormente quando se

depara com uma eventual omissão legislativa ou pela falta de implementação de ações públicas pelo Executivo.

Através de um mero exercício mental, vamos imaginar o seguinte cenário, se possível fosse, de retorno ao tempo, em que se aplique com rigor o princípio da Separação dos Poderes, a saber: Existe um direito formalmente prescrito no ordenamento jurídico; não há regulamentação para este direito, ou, se há, não se concretiza por falta de implementação de ações políticas; ao mesmo passo, não se permite ao cidadão socorrer-se do Poder Judiciário para tal finalidade porque a ele, supostamente, não lhe foi outorgada determinada legitimidade. Pergunta-se: qual seria a finalidade de haver a prescrição de tal direito na Constituição? Qual seria então a função do Judiciário ante a violação de um direito constitucional? Uma ação política desmedida ou sua omissão, relativamente ao direito em tela, não seria objeto do crivo da sindicabilidade pelo Poder Judiciário?

Em maior ou menor grau é possível que o desejo de uma resposta negativa a todas essas indagações se veja respaldado no receio de ocorrer a transferência de poder para a função jurisdicional (tornando-o num “superpoder”) e, com isso, fomentar o desequilíbrio da estrutura do Estado em que se concentrariam, por via reflexa, as funções estatais legislativas, executivas e judiciais, favorecendo, dessa forma, o que pejorativamente recebe a alcunha de “ditadura togada”.

O aspecto idealista que inquieta parte da doutrina acerca da possível supremacia do Judiciário sobre os demais poderes constituídos parece residir no temor de uma acentuada aderência aos padrões morais subjetivos do julgador em detrimento dos pressupostos legais estabelecidos pelo ordenamento jurídico. E que a reiterada prática desses padrões acabe por tornar o sistema normativo com caráter débil e com possibilidade de ser impregnado de composição interpretativa de cunho prescritivo o que tornaria o direito e a moral sem linhas divisórias visíveis, o que tornaria o processo decisório com aspecto eminentemente pessoal e de alta carga axiológica, despregado da sustentabilidade da segurança jurídica perseguida pela subsunção perda de controle do Judiciário a ponto de se tornar ou não ser pertinente tal receio, nem ao menos plausível, tal situação.

A uma, porque a defesa dos direitos sociais do cidadão pelo judiciário está longe de ser ato ditatorial; até porque os direitos sociais, econômicos e culturais não podem ser reduzidos a meras promessas políticas

descompromissadas em ofertas eleitoreiras. Essa, certamente, não deveria ser a conduta das Instituições Públicas; isso porque além de disposto na Constituição, tais direitos e garantias ganharam também amplitude externa quando integraram as instâncias reguladoras, acolhidas no âmbito internacional, como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e pelo Protocolo de San Salvador. Oportunas são as seguintes considerações:

Além do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, há que se mencionar o Protocolo de San Salvador, em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, que entrou em vigor em novembro de 1999. Tal como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, este tratado da OEA reforça os deveres jurídicos dos Estados-partes no tocante aos direitos sociais, que devem ser aplicados progressivamente, sem recuos e retrocessos, para que se alcance sua plena efetividade. O Protocolo de San Salvador estabelece um amplo rol de direitos econômicos, sociais e culturais, compreendendo o direito ao trabalho, direitos sindicais, direito à saúde, direito à previdência social, direito à educação, direito à cultura, (...) Este Protocolo acolhe (tal como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) a concepção de que cabe aos Estados investir o máximo dos recursos disponíveis para alcançar, progressivamente, a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Este Protocolo permite o recurso ao direito de petição a instâncias internacionais para a defesa de dois dos direitos nele previstos – o direito à educação e os direitos sindicais. Estes instrumentos internacionais acabaram por alargar as tarefas do Estado, incorporando fins econômicos-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. A política deixa de concebida como um domínio juridicamente livre e desvinculado.<sup>63</sup>

A duas, porque quando o Judiciário supostamente estende a sua atuação não o faz ao arripio da legalidade, posto que a ela também se submete.

<sup>63</sup> PIOVESAN, op. cit. p. 517-518

Existe todo um arcabouço de controle da atividade judicial que perpassa desde os mecanismos de fiscalização exercidos no âmbito interno, na sua esfera administrativa (agora aperfeiçoado pelo CNJ), quanto também aos órgãos e instrumentos externos, tais como o Ministério Público, o Mandado de Segurança, a Ação Civil Pública, dentre outros.

A três, porque o “vácuo político”, intencional ou não, resultante da omissão do Legislativo e inércia do Executivo, relativamente às ações governamentais, propiciou uma maior capilaridade do Judiciário ao longo do contencioso processual nas extensas fileiras de suas demandas que, em harmonia com a nova conformação jurídica reconhecida pelo *Neoconstitucionalismo* (estreitamento das fronteiras entre o direito e a moral), encontrou na sua base principiológica do ordenamento jurídico, os fundamentos para a defesa dos direitos sociais que foram extraídos dos próprios padrões materiais (até então somente se ponderavam os padrões legais) exigidos pela sociedade, para a concretização das políticas públicas.

Portanto, é dentro desse contexto de expansão da atuação do Judiciário face à defesa dos direitos sociais que o Brasil oscilou entre autocontenção e ativismo judicial. Exceto por uma resposta ativa da classe política no sentido de tentar eliminar ou atenuar com vigor o atraso social, é bem provável que a sociedade se mantenha a mercê de embates institucionais como o que ora se depara.

## 6. CONCLUSÃO

É inegável que a atuação do Judiciário brasileiro tem se apresentado nos últimos anos como um fator de preocupação no equilíbrio das funções estatais. No entanto, essa postura ativista revela, marcadamente, uma característica de reaproximação do direito com valores morais, haja vista a grande promessa de igualdade da modernidade em contraposição aos registros da crise da pós-modernidade. A representatividade política interessada, os estéreis instrumentos legais positivados e as políticas públicas insuficientes sintetizam a falência de um sistema de poder estatal que insiste em confluir toda a sorte de solução dos conflitos sociais para as decisões judiciais.

A realização dos direitos sociais, os quais encontram-se prescritos num sem-número de dispositivos legais, espelha na parca iniciativa do Estado a

sua obstaculização. Projeta-se um cenário em que a classe política insiste em não alavancar esforços em projetos sociais que poderiam redundar num risco da perpetuação partidária. Como o Judiciário, em tese, não prescinde de uma contrapartida das suas ações perante o povo, já que esse não o elege, a classe política, inerte nas suas ações, direciona as soluções dos problemas sociais para as demandas contenciosas.

Por um lado o Judiciário sofre um verdadeiro inchaço nas suas instâncias internas, mas por outro, agiganta-se e se transforma na visão de Ingeborg Maus<sup>64</sup> “superego” da sociedade. As instituições estatais e a sociedade ao despertar da transferência de parcela do ônus dos problemas sociais ao Judiciário, mas que acabou por se reverter em parcela de bônus político, tentam agora por discursos instrumentais (ilegitimidade, reserva do possível, discricionariedade dos meios, princípio democrático, dentre outros) restabelecer o *status quo ante*.

A instabilidade gerada no sistema político pela transferência de responsabilidade para o Judiciário acabou obrigando o próprio sistema a promover sua auto-organização (característica do pensamento sistêmico).

Essa situação, embora necessária, não se configura como a ideal e nem deveria se perpetuar. A estabilização das funções estatais no âmbito dos direitos sociais deve ocorrer pela conjunção de todas as forças políticas institucionais que regem os Poderes do Estado.

## 7.REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação dos poderes?. IN: NOVELINO, Marcelo (org). **Leituras complementares de direito constitucional**: Teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2009.

BERCOVICI, G. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DAHL, Robert A.. **Poliarquia**: participação e oposição. São Paulo: Editora da universidade de São Paulo, 1997.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Ipeadata**. Disponível

<sup>64</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000.

em : <http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?65370046>. Acesso em: 20 ago 2009.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos Constitucionais do Processo:** sob a Perspectiva da Eficácia dos Direitos e Garantias Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade:** o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicon.** Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Genesis: Revista de Direito do Trabalho**, Curitiba, nº 118, out. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 7ª ed.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada.** São Paulo: Ática, 1994.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao desenvolvimento.** São Paulo: Método, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** Madrid: Trotta, 3ª ed., 1999.