

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/237082020>

O Papel dos Tribunais na Efetivação dos Direitos Sociais diante do Esvaziamento do Circuito Governo/Parlamento

Article · March 2011

CITATION

1

READS

80

1 author:



Murilo Gaspardo

São Paulo State University

22 PUBLICATIONS 12 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Governança financeira global e democracia: mapeamento de alternativas. [View project](#)

RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Rolando Roque da Silva (1. ed. 1762). São Paulo: Cultrix, 1995.

SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996.

SILVA, Otacílio Paula. *Ética do magistrado à luz do direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SOARES, António Goucha. A transformação do poder judicial e seus limites. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a. 21, n. 82, abr./jun. 2000.

STOLLEIS, Michael. O perfil do juiz na tradição europeia. In: BARBAS HOMEM, António Pedro et al. (Org.). *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Lisboa: Almedina, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica entre texto e norma. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Porto Alegre, 2006.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1970.

VAN CAENEGEN, R. C. "Oráculos da Lei" ou "Bouche de la Loi". In: BARBAS HOMEM António Pedro et al. (Org.). *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Lisboa: Almedina, 2009.

O PAPEL DOS TRIBUNAIS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DIANTE DO ESVAZIAMENTO DO CIRCUITO GOVERNO/PARLAMENTO

THE PAPER OF THE TRIBUNALS IN THE REALIZATION OF THE SOCIAL RIGHTS BEFORE THE EMPTYING OF THE CIRCUIT GOVERN/PARLIAMENT

Murilo Gaspardo

Doutorando, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, Departamento de Direito do Estado

RESUMO: O artigo discute o papel dos Tribunais na efetivação dos direitos sociais, diante do esvaziamento do circuito Governo/Parlamento e da constitucionalização de tais direitos. São questionadas as possibilidades e os limites desse tipo de atuação dos Tribunais, com relação à legitimidade, à capacidade (material, organizacional e cultural) e à adequação, apontando-se, também, os limites funcionais e riscos envolvidos. Conclui-se que a atuação dos Tribunais na efetivação dos direitos sociais é legítima e importante, porém não pode substituir a esfera política e apresenta limites e riscos para a democracia que devem ser considerados.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunais; Direitos Sociais; Política; Democracia; Legitimidade.

ABSTRACT: The article discusses the paper of the Tribunals, in the realization of the social rights, before the emptying of the circuit Govern/Parliament and the constitutionalization of these rights. There are questioned the possibilities and the limitations

of this kind of actuation of the Tribunals, about the legitimation, the capacity (material, organizational and cultural) and the adjustment, indicating, also, the functional limits and risks involved. The conclusion is that the actuation of the Tribunals in the realization of the social rights is legitimate and important, but cannot substitute the political sphere, and presents limits and risks for the democracy that should be considered.

KEYWORDS: Tribunals; Social Rights; Politics; Democracy; Legitimate.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A constitucionalização dos direitos sociais; 2 O esvaziamento do circuito governo/parlamento e o protagonismo dos Tribunais; 3 Limitações dos Tribunais na efetivação dos direitos sociais; Conclusão; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1 The constitutionalization of the social rights; 2 The emptying of the circuit govern/parliament and the protagonism of the Tribunals; 3 Limitations of the tribunals in the realization of the social rights; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a discutir o papel dos Tribunais na efetivação dos direitos sociais diante do esvaziamento do circuito Governo/Parlamento, ou seja, a arena política na qual historicamente se deu essa luta.

Para tanto, será feita inicialmente uma breve abordagem sobre a constitucionalização dos direitos sociais, pois foi a partir desse fenômeno que se passou a exigir perante os Tribunais que o Estado realizasse prestações positivas referentes a direitos como educação, saúde e moradia. Em seguida, procuraremos demonstrar como o esvaziamento do circuito Governo/Parlamento, ou seja, a crise da representatividade e da confiança nos atores políticos, como capazes de assegurar os direitos sociais, fez com que os movimentos populares passassem a buscar nos Tribunais a garantia desses direitos.

Partindo-se desses pressupostos, poderemos discutir as possibilidades e os limites da atuação dos Tribunais na efetivação dos direitos sociais. Primeiramente, coloca-se um questionamento sobre a legitimidade da atuação política dos Tribunais. Em seguida, passa-se a outra ordem de questionamentos referentes aos limites materiais, organizacionais e culturais da atuação dos Tribunais na efetivação dos direitos sociais. Em seguida, discutiremos se os Tribunais são aptos a fazer justiça social. Por fim, serão analisados os limites funcionais e riscos que envolvem a atuação do sistema jurídico na efetivação dos direitos sociais.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Até a constitucionalização dos direitos sociais no início do século XX, entendia-se que o Direito era o campo dos direitos subjetivos, ou seja, dos interesses juridicamente protegidos, os quais se restringiam ao que estivesse no domínio particular, enquanto a política era o campo do “interesse puro e simples”, ou seja, o interesse não protegido, que abrangia os bens coletivos e os bens indivisíveis. A partir do início do século XX, ocorreu a “volta das disputas distributivas ao primeiro plano do discurso jurídico, por força do constitucionalismo social”, de maneira que o problema dos bens coletivos e indivisíveis também passou a pertencer ao campo do Direito¹.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, a. 2, n. 8, p. 137-170, out./dez. 2004. Sobre a constitucionalização dos direitos sociais e a construção do Estado de Bem-estar Social, ver também VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 15-19.

O referido fenômeno se deu ao mesmo tempo em que a formação da chamada democracia de massa, o declínio da separação de poderes e da supremacia do Parlamento e da ascensão e expansão do Poder Executivo².

Paralelamente à afirmação e positivação dos direitos sociais, também se desenvolveu o conceito jurídico de “normas programáticas”, ou seja, aquelas “regras de conteúdo maleável, genérico e eficácia indefinidamente diferida”, talvez em virtude do reconhecimento das limitações da afirmação dessa espécie de direitos diante da realidade³.

Assim, tanto se reconhece o caráter jurídico dos direitos sociais e, portanto, a sua exigibilidade perante os Tribunais, como os limites que sua concretização envolve.

2 O ESVAZIAMENTO DO CIRCUITO GOVERNO/PARLAMENTO E O PROTAGONISMO DOS TRIBUNAIS

Partidos políticos e sindicatos, instituições ligadas ao circuito Governo/Parlamento, foram forçados para canalizar os conflitos sociais por meio da formulação de políticas e defesa de interesses de longo prazo e de caráter geral, ou seja, que afetam toda a sociedade, por meio de pressões e atuação junto a essas instituições.

No entanto, o contexto atual indica um esvaziamento do circuito Governo/Parlamento, o enfraquecimento da democracia representativa e a perda de representatividade dos partidos políticos, surgindo novos atores sociais que se organizam para lutar por questões pontuais, específicas e de curtíssimo prazo, tais como as associações de moradores, os movimentos ligados a direitos reprodutivos e liberdades sexuais, organizações não governamentais ambientalistas e movimentos sociais que lutam por direitos específicos, como o acesso à universidade, à moradia e a terra⁴.

Em muitas ocasiões, esses “novos atores”, especialmente os que representam os “setores mais fragilizados da sociedade”, não enxergam no circuito Governo/Parlamento, mas sim no Judiciário, o seu interlocutor político, ou seja, a instituição na qual buscarão a “afirmação de seus direitos”⁵.

² CASTRO, Marcos Faro de. Instituições econômicas: evolução de seus elementos constitucionais na sociedade de mercado. *Revista de Direito Empresarial*, Curitiba, n. 6, jul./dez. 2006. p. 46.

³ Idem, p. 52.

⁴ Nesse sentido, ver CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 32-34.

⁵ Idem, p. 33-34.

Exemplo de diferença de atuação entre os partidos políticos e os “novos atores” sociais é a maneira como poderiam se portar diante da defesa do direito à educação. Enquanto um partido político procuraria discutir e mobilizar a sociedade por uma ampla reforma na educação a ser debatida no Parlamento e no Governo, uma associação de moradores se mobilizaria e eventualmente ajuizaria uma ação junto ao Judiciário ou representaria no Ministério Público para que ele o fizesse, reivindicando a construção de uma creche no bairro.

A atual valorização do Poder Judiciário pode ser explicada como uma

resposta à desqualificação da política e ao derruimento do homem democrático, nas novas condições acarretadas pela decadência do Welfare State, fazendo com que esse Poder e suas instituições passem a ser percebidos como a salvaguarda confiável das expectativas por igualdade e a se comportar de modo substitutivo ao Estado, aos partidos, à família, à religião, que não mais seriam capazes de continuar cumprindo as suas funções de solidarização social.

Isso envolve, entre outros riscos, a transformação do cidadão em cliente dependente do Estado e a privatização da cidadania⁶.

No caso brasileiro, alguns fatores que contribuíram para essa perda de confiança da população menos favorecida nos partidos e nos seus representantes são as sucessivas reformas para privatizar serviços públicos e desconstitucionalizar direitos que ocorreram após o processo de redemocratização do País, levando os atingidos por essas medidas a buscar o Judiciário⁷.

Portanto, e apesar de seus riscos, abre-se a possibilidade de se construir uma cidadania à margem (ou paralela) ao circuito Governo/Parlamento, com o Poder Judiciário se transformando em uma arena muito importante para a luta pela expansão da cidadania⁸.

Observa-se que a conflituosidade coletiva da democracia contemporânea deságua no Poder Judiciário por enxergar nele uma alternativa ao sistema

⁶ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 24-25.

⁷ FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil*. Seminário *Direito e Justiça no Século XXI*, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 20 maio a 1º jun. 2003. p. 1.

⁸ Sobre a pressão dos movimentos sociais sobre o Judiciário ver LOPES, José Reinaldo de Lima. *Crise da norma jurídica e reforma do judiciário*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 80-81.

político que não vem desempenhando satisfatoriamente a sua função, o que acarreta o denominado fenômeno da judicialização da política e o protagonismo dos Tribunais⁹.

Essa conflituosidade se apresenta, sobretudo, com relação ao problema da efetivação dos direitos sociais e a construção da igualdade, ou seja, direitos que exigem uma prestação positiva do Estado. Discute-se a possibilidade de serem efetivados por meio de demandas judiciais, situação que se coloca na delicada fronteira entre o sistema político e o jurídico. Essa discussão, que, como já mencionado, tem na sua origem a inclusão dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais das constituições, apresenta três pontos polêmicos fundamentais: as fronteiras entre o político e o jurídico, e a denominada “judicialização da política”¹⁰; a legitimidade dos Tribunais para atuarem nesse campo; e os limites para a operacionalização e efetivação de decisões judiciais nessas matérias¹¹.

A função política desempenhada pelo Judiciário, historicamente, consistia no controle e na legitimação (justamente pela existência do controle) dos outros órgãos do Estado. Porém, com a incorporação dos direitos sociais pelas Constituições, o Judiciário assumiu outra função política, qual seja, a efetivação desses direitos¹².

Nesse sentido, Campilongo pondera que, “sem abandonar a tradicional função de adjudicação da conflituosidade interindividual, o Magistrado atua, no Estado social, como um garantidor da estabilidade e da dinâmica institucionais. Os direitos sociais agregam ao Estado de Direito um considerável aumento de complexidade”. Assim sendo, no campo dos direitos sociais, o Judiciário tem o desafio de “conferir eficácia aos programas de ação do Estado, isto é, às políticas públicas”¹³.

Frischeisen compreende essa judicialização da política como um “desdobramento do Estado Democrático de Direito”, pois, nesse Estado,

⁹ Sobre o protagonismo dos tribunais, ver: SANTOS, Boaventura de Souza et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. 2. ed. Porto: Afrontamento, 1996. p. 13.

¹⁰ Rafael Thomaz Favetti define a judicialização da política como o “fenômeno no qual há uma transferência do conflito político de sua arena própria (arena política) para uma arena jurídica”. E acrescenta: “Este fenômeno é típico de Estados com separação de poderes e significa a expansão do papel do Judiciário no sistema de Poder” (*Controle de constitucionalidade e política fiscal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 34).

¹¹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004. p. 74-77.

¹² LOPES, José Reinaldo de Lima. *A função política do poder judiciário*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 136-138.

¹³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Op. cit.*, p. 47.

os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo se submetem às regras constitucionais, de maneira que, se direitos sociais são desrespeitados por ação ou omissão estatal, este pode ser demandado perante o Judiciário, ao qual se conferiu a função de garanti-los. Além desse posicionamento, no que se refere à legitimidade do Judiciário para atuar nessa área, a autora também destaca a existência de mecanismos processuais para defendê-los¹⁴.

Assim sendo, Frischeisen aponta que a busca pelo Judiciário para a afirmação de direitos representa uma manifestação da autonomia dos sujeitos, os quais muitas vezes não conseguem se fazer ouvir pelos mecanismos representativos¹⁵.

Nesse mesmo sentido, defendendo que os Tribunais são legítimos e capazes de garantir a efetividade de direitos sociais, temos, por exemplo, a posição de Comparato¹⁶, que afirma que o Judiciário tem competência para julgar questões políticas e controlar a constitucionalidade de políticas públicas, especialmente quanto à efetivação de direitos sociais.

3 LIMITAÇÕES DOS TRIBUNAIS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Diante da busca pelos Tribunais para a efetivação dos direitos sociais, dois questionamentos são postos: um sobre a possibilidade de os cidadãos exigirem judicialmente a execução de políticas e a prestação de serviços públicos para o atendimento dos direitos sociais; outro sobre a maneira que o Judiciário poderá provocar a execução dessas políticas e a prestação desses serviços¹⁷.

Nesse sentido, é esclarecedora a lição de Santos:

A questão da legitimidade só se põe em regimes democráticos e diz respeito à formação da vontade da maioria por via da representação política obtida eleitoralmente. Como, na esmagadora maioria dos casos, os Magistrados não são eleitos, questiona-se o conteúdo democrático do intervencionismo judiciário

¹⁴ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Op. cit., p. 78-79.

¹⁵ Idem, p. 83.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *RT*, a. 86, v. 737, mar. 1997.

¹⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 130.

sempre que este interfere com o Poder Legislativo ou com o Poder Executivo. A questão da capacidade diz respeito aos recursos que os Tribunais dispõem para levarem a cabo eficazmente a política judiciária.¹⁸

Além desses dois problemas, temos outros, como os riscos da tensão com outros poderes, a indiferenciação funcional e as ameaças para a própria democracia.

3.1 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE

Um primeira observação crítica a ser feita quanto à supervalorização do Judiciário e de suas atribuições é que ele não é composto por representantes do povo, mas sim por funcionários não eleitos, os quais se sujeitam às leis, e não aos eleitores, de maneira que “não participaria propriamente do poder soberano do Estado”. Além disso, ressalta-se que é “um órgão do Estado, e não um órgão acima do Estado, embora possa às vezes parecer acima dos outros poderes”¹⁹.

Diante disso, a burocracia estatal, as forças de mercado e a mídia questionam:

No âmbito da democracia, como pode almejar o direito à última palavra uma instituição que controla de modo quase total o acesso aos seus quadros e em cujo âmbito os valores da independência e da autonomia se sobrepõem a outros com os quais deveria compor, como os da eficiência, transparência e equilíbrio das finanças públicas?²⁰

No entanto, ressalta-se que,

se a esfera de atuação dos Tribunais cresceu a ponto de levá-los a assumir funções políticas, bloqueando iniciativas do Executivo ou justapondo-se ao Legislativo, é porque a Constituição de 1988 de alguma forma o permitiu, na medida em que consagrou um extenso elenco de direitos, aumentou as garantias para proteção dos direitos fundamentais e instituiu um federalismo fiscal, por meio da transferência de recursos da União para estados e municípios.²¹

¹⁸ SANTOS, Boaventura de Souza et al. Op. cit., p. 20.

¹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do poder judiciário..., p. 124.

²⁰ FARIA, José Eduardo. Op. cit., p. 1-2.

²¹ Idem, p. 17.

Por outro lado, também não se pode deixar de alertar para o risco de se transformar o Judiciário em “agência de controle da vontade do soberano, permitindo-lhe invocar o justo contra a lei”²².

Como se pode observar, o problema da legitimidade política do Judiciário se relaciona à precariedade do controle democrático ao qual ele se submete.

Nesse sentido, Lopes ensina que

a independência do Judiciário tem que ser dos outros poderes e dos interesses mais poderosos da sociedade. Sua autonomia tem que ser para aplicar a lei, e fazer valer os direitos dos cidadãos conquistados na Constituição e nas leis, e para manter a paz e a segurança entre os iguais. Deste ponto de vista, o Judiciário tem também de ser autônomo em relação à voz das ruas, no sentido de que não pode julgar levado pela emoção.

Entretanto, “não pode ser independente, no sentido de irresponsável, ou não prestar contas à sociedade, aos cidadãos no que diz respeito à máquina judicial”²³.

Vale destacar que, ao contrário do que ocorre no Brasil, onde a “independência e a autonomia estão mais próximas do sistema do antigo regime de patrimonialismo dos cargos, de exclusivismo corporativo até, do que de democracia propriamente dita”, na Europa e nos Estados Unidos, existe um efetivo controle externo, naquela por meio de órgãos de controle administrativo e por Tribunais constitucionais eleitos pelo Parlamento e com mandato fixo, e nestes diretamente pelo Poder Legislativo²⁴.

Conclui-se preliminarmente que, sendo os direitos sociais previstos na Constituição e ela própria prescrevendo mecanismos judiciais para garanti-los, o Judiciário tem, sim, legitimidade para julgar questões a eles referentes. Porém, isso não significa que possa assumir funções que cabem a outros sistemas sociais diferenciados ou ficar isento de qualquer controle democrático no desempenho de sua função.

²² VIANNA, Luiz Werneck et al. Op. cit., p. 21.

²³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica..., p. 76.

²⁴ Para maiores detalhes sobre este ponto, ver LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica..., p. 77-80.

3.2 A QUESTÃO DA CAPACIDADE

3.2.1 Limitações Materiais

A proteção dos direitos sociais não consiste em impedir a intervenção de outrem numa situação consolidada, mas, ao contrário, requer a criação de uma situação. Assim, indaga-se, por exemplo, como garantir juridicamente o direito à educação se não há vaga na escola, tempo livre para o aluno estudar, pois ele precisa trabalhar para colaborar com o sustento da família, e material gratuito ou a baixo custo²⁵.

Embora, em determinadas circunstâncias, possam ser exigidos juridicamente, os direitos sociais dependem da atuação do Executivo e do Legislativo, em regra, para terem eficácia, por terem o “caráter de generalidade e publicidade”²⁶.

Assim, nota-se que, em termos de efetivação dos direitos sociais, a atuação do Judiciário apresenta três limitações importantes em relação aos demais poderes. Primeiramente, só atua mediante provocação, não pode atuar por iniciativa própria em relação a quaisquer matérias. Em segundo lugar, o Judiciário pode determinar que, em virtude de inconstitucionalidade ou ilegalidade, alguma norma não seja aplicada ou alguma política não seja implementada, como, por exemplo, foi provocado a agir diante de inúmeros planos econômicos, porém ele não pode apresentar uma política alternativa, nem colocar outra norma no lugar da que julgou ilegal ou inconstitucional²⁷. Por fim, o Judiciário não dispõe de meios próprios para implementar suas decisões, sobretudo em matéria de políticas públicas²⁸.

Além disso, a efetivação de direitos sociais, muitas vezes, depende de variáveis internacionais, tais como a situação da economia global, financiamentos internacionais, transferência de tecnologia, etc.²⁹ Assim, em virtude de a jurisdição dos Tribunais se restringir ao território nacional, não há como, por exemplo, um tribunal brasileiro determinar que um organismo financeiro internacional disponibilize uma linha de crédito para financiar a construção de casas populares ou algo parecido.

²⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais..., p. 126-127.

²⁶ Idem, p. 129.

²⁷ Idem, p. 134-135.

²⁸ FARIA, José Eduardo. Direito e justiça..., p. 9.

²⁹ Nesse sentido, ver CASTRO, Marcos Faro de. Instituições econômicas..., p. 57.

Outra limitação se refere à escassez de recursos orçamentários para o cumprimento de ordens judiciais, ou sua aplicação em outras áreas que não as sociais. Diante desse problema da inexistência ou escassez de um determinado serviço público, indaga-se: não havendo meios para atender a todos, a melhor solução é atender aquele que foi beneficiado por uma decisão judicial, ou atender primeiramente aquele que mais precisar e, em seguida, respeitar a ordem cronológica de inscrições ou solicitações do serviço?³⁰ E ainda: a quem caberá dizer quem é o mais necessitado? Ao juiz? Ao político eleito? Ao técnico, que nem sempre é tão técnico nem tão neutro?³¹

Ocorre ainda o conflito entre a chamada “eficiência administrativa e econômica”, que os últimos governos brasileiros vêm buscando, as quais muitas vezes implicam cortes de gastos sociais e a necessidade de ampliação desses gastos públicos a fim de se assegurar os direitos sociais.³²

Diante disso, poderia o Poder Judiciário ser acionado para determinar, por exemplo, que o Governo Federal diminuísse seu superávit primário a fim de ampliar os investimentos na compra de medicamentos?

Frischeisen mesmo reconhece que a implantação de direitos sociais implica questões que “são resolvidas na esfera política”, como a definição de que região da cidade ou grupo será beneficiado em primeiro lugar com alguma obra ou algum serviço público. Mas, em seguida, pondera que o descumprimento de normas constitucionais e legais sempre poderá ser submetido à apreciação do Judiciário, devendo-se, portanto, analisar-se em cada caso a exigibilidade de implementação de direitos sociais pela via judicial.³³

Outro problema que se coloca é que muitos direitos sociais não são exercidos exclusivamente contra o Estado, como o direito ao meio ambiente equilibrado e a defesa do consumidor, que envolvem conflitos de interesses entre cidadãos.³⁴

Essas considerações demonstram que não se pode esperar que basta ajuizar uma ação e esperar que os Tribunais, invocando a Constituição, vão

³⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais..., p. 131.

³¹ É interessante o debate sobre ser positivo ou não o Estado ser obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos. Sobre esse assunto, ver as posições opostas de BARATA, Luiz Roberto Barradas. Regulamentar é o melhor caminho. *Folha de São Paulo*, p. 3, 17 mar. 2007 (não) e SEMER, Marcelo. Garantindo o exercício de direitos. *Folha de São Paulo*, p. 3, 17 mar. 2007 (sim).

³² CASTRO, Marcos Faro. Julgar a economia. *Revista do TST*, v. 68, n. 1, p. 191, Brasília, jan./mar. 2002.

³³ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Construção da igualdade..., p. 86-87.

³⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais..., p. 131.

fazer, por meio de sentenças, todo o elenco de direitos sociais saltarem dos textos normativos para a realidade, transformando-se em casas populares, escolas, postos de saúde, etc., simplesmente porque eles não dispõem de meios materiais para fazê-lo. O que não significa que, diante de omissões da Administração Pública, nada possa ser feito em termos jurisdicionais.

3.2.2 Limitações Organizacional e Cultural

O Poder Judiciário atua como um prestador de serviços, atendendo às demandas que lhes são apresentadas pelos cidadãos, e como um poder político. No desempenho de sua primeira função, assim como os demais serviços públicos brasileiros, ele tem se revelado ineficiente.³⁵

Além disso, é preciso destacar que o Judiciário foi concebido e tem sua estrutura constituída para resolver conflitos interindividuais surgidos após a violação do direito positivo, mas agora é chamado a lidar com conflitos coletivos, a responder à situação de miséria do povo, desencadeados principalmente por movimentos sociais que representam essa população marginalizada, sem dispor de instrumentos processuais e sem estar preparado para tanto. Assim, apesar de ocorrer uma “explosão de litigiosidade, ou justamente por causa dela, eles (os Tribunais) jamais conseguem conduzir os processos a uma solução definitiva e coerente com outras ações idênticas, dentro de prazos de tempo minimamente razoáveis”³⁶.

Parte das dificuldades enfrentadas pelo Judiciário pode ser explicada pela insuficiência de recursos financeiros. Porém, ainda existem dois problemas que afetam a sua estrutura, pois é centralizada, concentrada e de difícil acesso para os cidadãos, tanto para ajuizarem suas demandas como para efetivamente participarem e influenciarem nos serviços judiciais.³⁷

Faria aponta que o Judiciário brasileiro se encontra perante o dilema da necessidade de superação da enorme distância existente entre os direitos sociais positivados e a realidade social brasileira, sendo que, para tanto, “a atividade judicial extravasa os estreitos limites do universo legal, afetando o sistema social, político e econômico na sua totalidade”³⁸.

³⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma..., p. 70. No mesmo sentido, ver FARIA, José Eduardo. Direito e justiça..., p. 3.

³⁶ FARIA, José Eduardo. Direito e justiça..., p. 4-8.

³⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma..., p. 72-75.

³⁸ FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 95.

Embora reconheça a necessidade de atuação do Judiciário na efetivação dos direitos humanos sociais, Faria é muito crítico a respeito de seu desempenho, apontando uma série de dificuldades a seguir abordadas.

Em primeiro lugar, Faria destaca a hesitação do juiz diante da necessidade de escolher entre o preenchimento de sentidos e conteúdos de normas programáticas que expressam direitos sociais, ou considerá-las como não vinculantes, apesar de serem “um dos núcleos centrais do próprio texto constitucional”. Nesse sentido, com referência à diferença entre os direitos positivados e a realidade, comenta:

Trata-se do fosso revelado pela crônica incapacidade dos Tribunais de aplicar normas de caráter social ou de alargar seu enunciado por via de uma interpretação *praeter legem*, com a finalidade de fazer valer os direitos mais elementares dos cidadãos situados abaixo da linha de pobreza.³⁹

Dessa ineficiência resulta uma crise de legitimidade do Judiciário perante a população, pois ele não consegue cumprir os papéis que se espera que cumpra⁴⁰.

Como aspecto positivo, Faria destaca a atuação dos seguimentos mais jovens da magistratura na primeira instância, os quais vêm promovendo “mudanças de caráter processual, permitindo a tais movimentos (sociais) e grupos (de assessoria jurídica popular) politizar os argumentos jurídicos, provocar decisões baseadas em critérios de racionalidade material e bloquear sentenças ditadas exclusivamente com base em critérios lógico-formais”⁴¹.

Entretanto, predomina na magistratura a hesitação ao lidar com demandas envolvendo direitos sociais, pois os Magistrados foram formados e treinados numa concepção normativista e formalista, em que deveriam lidar com conflitos interindividuais e respeitar rigidamente o dogma da independência entre os Poderes. Além disso, não dispõem dos conhecimentos técnicos e da experiência necessários para enfrentarem as novas formas de conflitos que lhes são apresentados e para manejarem os novos institutos jurídicos. Consequentemente, o Judiciário vem se omitindo de cumprir o papel que teria, no entendimento de Faria, a obrigação constitucional de desempenhar, qual seja, a garantia dos direitos humanos sociais previstos na Constituição Federal. Diante disso, o autor aponta a necessidade de mudanças organizacionais e culturais no Judiciário⁴².

³⁹ FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais..., p. 99.

⁴⁰ Idem, p. 101.

⁴¹ Idem, p. 102.

⁴² Idem, p. 108-111.

No que se refere à cultura jurídica, destaca-se, também, que a brasileira é utilitarista, no sentido de que se “imagina que todas as questões se resolvem através de um sistema de trocas de benefícios comensuráveis”, e individualista, ou seja, a consideração de que “o direito do indivíduo está acima do direito da comunidade, mesmo porque a comunidade propriamente dita deixou de existir, sendo substituída pelo mercado”. Diante disso, Lopes conclui: “Se as demandas mudam de sentido, deixando de ser pedido de proteção da propriedade para ser pedido de acesso à propriedade, a cultura jurídica tradicional tem dificuldades crescentes para aplicar aos casos as soluções tradicionais, ou seja, a condenação a uma devolução daquilo que foi ilicitamente retirado do poder alheio”⁴³.

Outro ponto a ser salientado é a posição social dos Magistrados, os quais pertencem à classe dominante, seja por sua origem, seja por sua adesão à ordem estabelecida, ocorrendo situações de crise quando algum juiz adere a uma racionalidade jurídica alternativa⁴⁴.

Observa-se, assim, que, além das dificuldades de meios materiais para dar efetividade aos direitos sociais, existem limites decorrentes da organização do Judiciário, de normas processuais, do excesso de demandas e da própria cultura jurídica e da posição social dos Magistrados.

Ressalta-se que reformas podem ser empreendidas e limites apontados podem ser superados (ou pelo menos alargados); no entanto, embora cumpra um papel importante no que se refere à garantia dos direitos, pelas razões já expostas no tópico anterior e pelas que serão apresentadas nos dois subsequentes, ver-se-á que não se pode esperar dos Tribunais a solução para o esvaziamento do circuito Governo/Parlamento no enfrentamento de problemas tipicamente políticos, como a concretização de direitos sociais.

3.3 OS TRIBUNAIS ESTÃO APTOS A FAZER JUSTIÇA SOCIAL?

A maior dificuldade de se resolver pela via judicial demandas coletivas, das classes populares, por políticas públicas decorre do fato de colocarem “em questão o processo global de apropriação das riquezas e dos benefícios sociais de modo geral”⁴⁵.

A expansão da cidadania e a garantia dos direitos sociais dependem da definição de “quem deve ficar mais rico e quem deve ficar mais pobre” na

⁴³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma..., p. 82.

⁴⁴ Idem, p. 85.

⁴⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais..., p. 138-139.

sociedade brasileira, sendo que os conservadores, aplicando a justiça comutativa, definiriam que tudo deveria continuar como está. Mas a justiça comutativa só pode ser aplicada “dentro da moldura maior da justiça distributiva”; portanto, é preciso fazer justiça social para que a cidadania seja expandida e os direitos sociais garantidos⁴⁶.

No entanto, remanesce a questão de quem deve pagar a conta da expansão da cidadania e da realização dos direitos sociais. A resposta de que deve ser o Estado não é esclarecedora, pois seus recursos são provenientes dos tributos pagos pela sociedade. Assim sendo, se o Estado for “incapaz de cobrar impostos que operem transferências de renda que efetivamente permitam a constituição de políticas públicas, está garantindo apenas a concentração de renda”. A corrupção na esfera pública, nesse contexto, manifesta-se como um “desvio de finalidade do Estado social e democrático”. Portanto, é necessário impedir a corrupção e garantir que os tributos sejam cobrados dos mais ricos e os recursos com eles arrecadados transferidos para os mais pobres por meio de políticas públicas e serviços públicos⁴⁷.

Portanto, o Judiciário não pode deixar de dar sua contribuição para a realização da democracia e da justiça distributiva, não podendo restringir sua atuação à proteção da propriedade privada. No entanto, também se evidencia que o “Judiciário transforma-se em arena de uma luta que o transcende”. Ou seja, suas decisões têm grande importância política para explicitar esses conflitos existentes na sociedade brasileira; porém, sem soluções gerais e estruturais, apresenta-se o seguinte paradoxo apontado por Lopes:

Ou legitimando uma tirania do Legislativo e do Executivo, cercados por anéis burocráticos e interesses privatísticos, impondo às classes populares a conta do desenvolvimento nacional, ou legitimando uma ditadura do Judiciário, que em nome da defesa das liberdades burguesas auxilia a reprodução das distorções sociais existentes, ou, em nome de uma atuação transformadora sem meios para agir globalmente, corre o risco de ser entendido como sinalizando o voluntarismo irracional.⁴⁸

⁴⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais...*, p. 140-141. Sobre esse assunto, ver também SANTOS, Boaventura de Souza et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas...*, p. 25.

⁴⁷ Idem, p. 141.

⁴⁸ Idem, p. 142-143.

Complementando, Lopes afirma que, diante do confronto entre direitos adquiridos e políticas de reforma ou de justiça social, “se cada sujeito de direitos não pode ter seus direitos sacrificados em nome do benefício coletivo, a dinâmica social conduzirá à consolidação de injustiças”, e indica como exemplo histórico mais importante a oposição dos juristas, até o final do processo abolicionista, da abolição sem a respectiva indenização⁴⁹.

Um ponto a ser destacado é que existem algumas espécies de conflitos, como os referentes ao direito à moradia, que precisam ser atacados de maneira global, discutindo-se, por exemplo, toda a lógica de ocupação do solo urbano, não sendo eficaz uma atuação individual ou abrangendo pequenos grupos⁵⁰.

A propósito, ao decidir sobre direitos sociais, as decisões judiciais, ainda que visem à proteção desses direitos, podem apresentar consequências negativas.

É o caso da ideia de proteção da “parte mais fraca”. Interessante exemplo é o do favorecimento de inquilinos nas relações de locação, o que acaba, indiretamente, com a pequena propriedade urbana familiar (como a de aposentados que têm um pequeno imóvel para alugar a fim de complementar sua renda e não têm condições de suportar a inadimplência e derrotas judiciais), levando à sua concentração nas mãos do capital industrial-financeiro (que pode suportar a inadimplência e derrotas judiciais), de maneira que “a aparente proteção do inquilino fez-se de fato a favor da lógica da acumulação e do lucro”. Portanto, “quando não se inserem os conflitos individuais na totalidade em que se acham, os resultados da análise e do julgamento podem ser bem imprevisíveis”⁵¹.

Outro aspecto negativo dessa judicialização dos conflitos coletivos é que ela pode levar à despolitização dos conflitos, de maneira que percam a “sua capacidade de demonstrar a relação daquele caso particular com o todo da organização social, política e econômica. Funcionariam, pois, como mecanismos de trivialização/individualização dos conflitos, impedindo justamente seus desdobramentos num quadro mais amplo”⁵². Assim, “quando o Judiciário toma conhecimento de demandas potencialmente públicas ou politizáveis, ele procede objetivamente à integração do conflito à órbita jurídica e retira-lhe o

⁴⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Raciocínio jurídico e economia...*, p. 159.

⁵⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *A função política...*, p. 133.

⁵¹ Idem, p. 138-139.

⁵² Idem, *ibidem*.

caráter político”, de maneira que acaba por cumprir a função de “desarmar os conflitos”, e isso faz com que sejam ordenados e banalizados⁵³.

Observa-se aqui, com toda nitidez, a dimensão política do problema discutido, que se encontra na raiz da expectativa que se cria quanto ao papel dos Tribunais.

Ou seja, as dificuldades enfrentadas pelo Judiciário em atender às inúmeras demandas sociais brasileiras, na verdade, revelam a situação de crise em que se encontra o Estado enquanto “ordenador das condições de vida política, ou seja, enquanto garantidor das condições de sociabilidade. O que está em discussão é quem deve ficar mais rico e quem deve ficar mais pobre”⁵⁴.

Assim, não seria suficiente um aumento dos meios disponíveis para o Judiciário continuar a fazer o que sempre fez, mas seria necessária uma reforma mais profunda para que pudesse atender uma clientela maior, diferente, assim como diferentes casos a serem julgados a partir de uma perspectiva muitas vezes oposta à cultura jurídica tradicional acima explicitada⁵⁵.

O Judiciário se encontra, portanto, diante de uma escolha política fundamental a ser feita em um contexto em que os direitos sociais foram constitucionalizados, criando-se uma expectativa nos marginalizados de “incorporação à cidadania”, com os movimentos populares se organizando e os não possuidores batendo nas portas dos Tribunais para pedir “sua parte na riqueza social”: defender o direito adquirido à riqueza apropriada por indivíduos ou grupos com base nas “normas e práticas vigentes”, ou fazer justiça distributiva atendendo às demandas dos não possuidores⁵⁶.

No entanto, é preciso indagar: mesmo com essa reforma profunda, o Judiciário seria capaz de atender a tal demanda? São os Tribunais a arena mais adequada para o processamento desse tipo de conflito?

3.4 LIMITES FUNCIONAIS E RISCOS DO SISTEMA JURÍDICO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A conflituosidade social exposta no item anterior é de difícil tratamento jurídico, pois o sistema jurídico trabalha com uma lógica decisória diferente da

⁵³ Idem, p. 139-140.

⁵⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma..., p. 85.

⁵⁵ Idem, p. 87.

⁵⁶ Idem, p. 88.

do sistema político. Exemplo disso se encontra na obrigatoriedade de o Judiciário decidir, ou seja, a proibição de denegação de justiça, enquanto que, na política e na economia, há uma possibilidade de controle de agenda, ou seja, pode-se adiar a decisão ou decidir parcialmente.

Além disso, as normas jurídicas produzidas por meio das disputas no Parlamento e no Governo funcionam como amortecedores da conflituosidade. Entretanto, como os conflitos em estado bruto e não amortecidos chegam com cada vez mais frequência e complexidade ao sistema jurídico, os Tribunais acabam decidindo com critérios da política, da ciência e da economia.

A dificuldade é agravada pelo fato de o Judiciário ser obrigado a trabalhar com problemas que não podem ser solucionados pelo direito processual disponível, dado o ineditismo de certas situações, confundindo-se, muitas vezes, as funções judiciária e administrativa, e atuando com um viés mais político do que jurídico.

O sistema jurídico não pode desempenhar a função nem operar com o código do sistema político. Nesse sentido, cabe uma breve referência à Teoria dos Sistemas, que confirma esse diagnóstico.

A Teoria dos Sistemas⁵⁷ trabalha a partir de uma perspectiva interna do sistema jurídico. Segunda ela, o Direito opera de modo fechado, com critérios exclusivos, de modo autopoietico (controla sua reprodução, ou seja, só por meio de normas jurídicas se pode produzir uma norma jurídica) e autorreferencial, porém é aberto em termos cognitivos⁵⁸.

O sistema jurídico é composto pela unidade da diferença entre lícito e ilícito. Compete aos Tribunais dizer o que é lícito e o que é ilícito. Portanto, a binariedade da lógica jurídica (lícito/ilícito) é diferente da política (governo/oposição, minoria/maioria).

A função do sistema jurídico é a generalização congruente de expectativas normativas⁵⁹. Tratar da escassez, por exemplo, é função do sistema econômico, e tomar decisões que vinculem a coletividade é função do sistema político.

⁵⁷ Sobre os conceitos da Teoria dos Sistemas aqui utilizados, ver LUHMANN, Niklas. *The position of courts in the legal system, in law as a social system*. Oxford. p. 274-304; LUHMANN, Niklas. *Le funzioni della giurisdizione nel sistema politico*. In: *Stato di diritto e sistema sociale*. Napoli: Guida, 1969. p. 53-64; GIORGI, Raffaele de. *Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad. p. 175-195; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 193.

⁵⁸ Nesse sentido, ver GIORGI, Raffaele de. *Luhmann e a teoria jurídica...*, p. 176.

⁵⁹ Em apertada síntese, pode-se dizer o seguinte sobre os termos que definem a função do direito:

Percebe-se que uma noção fundamental com a qual trabalha a Teoria dos Sistemas é a de diferença. Assim, há uma primeira diferença entre sistema e ambiente. Cada sistema opera com critérios operativos diferentes. O que diferencia a sociedade do ambiente é a comunicação⁶⁰. O sistema que tem como pressuposto a comunicação funciona comunicando-se. No interior da sociedade, criam-se formas especializadas de comunicação com base em um código comunicativo binário exclusivo, o qual “orienta as operações do sistema”, de maneira que “o sistema da sociedade moderna é diferenciado em sistemas especificados segundo a função”⁶¹.

Além dos códigos, os sistemas se diferenciam pela especialização funcional, de maneira que um sistema não pode desempenhar a mesma função que outro. A esse respeito, é preciso anotar que a função não é desempenhada para o próprio sistema, mas para a sociedade, para a qual realiza prestações específicas⁶².

Avaliando o fenômeno da politização do Direito, Campilongo apresenta a seguinte ponderação:

A politização do direito, paradoxalmente, está associada tanto à perversão das garantias jurídicas dos cidadãos – os totalitarismos sempre “politizaram” o sistema jurídico – quanto à expansão das franquias democráticas – é justamente nas democracias que a independência da magistratura e a criatividade dos juízes ganham espaços. Além disso, a politização do Direito – novamente, tanto nos regimes totalitários

“Generalização (equivale a dizer que o critério para a compreensão do sistema jurídico não pode ser individual ou subjetivo. Há generalização quando um ordenamento subsiste independentemente de eventos individuais); congruente (significa a generalização da segurança do sistema em três dimensões: temporal – segurança contra as desilusões, enfrentadas pela positivação; social – segurança contra o dissenso, tratada pela institucionalização de procedimentos; material – segurança contra as incoerências e contradições, obtidas por meio de papéis, instituições, programas e valores que fixem o sentido da generalização); expectativas normativas (são aquelas que resistem aos fatos, não se adaptam às frustrações ou, na linguagem de Luhmann, não estão dispostas à aprendizagem)” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico...*, p. 19).

⁶⁰ Nesse sentido: “O direito não intervém nem age sobre a sociedade, porque ele é um sistema de comunicação social. E a sociedade não é a soma dos fatos sociais ou dos homens, mas é o sistema universal da comunicação” (GIORGI, Raffaele de. *Luhmann e a teoria jurídica...*, p. 189).

⁶¹ Idem, p. 191.

⁶² Outras diferenças que marcam os sistemas, mas que não serão abordadas neste trabalho em virtude de seus limites e objetivos, são seus diferentes meios de comunicação, programas e centros.

quanto nos democráticos – está associada à crença de que o sistema jurídico pode ser o instrumento privilegiado para a consecução dos objetivos da coletividade. Como se existisse, entre a vontade geral e o Direito, mais do que a mera congruência entre escolhas valorativas e pautas de conduta, e como se houvesse, por parte do sistema jurídico, efetiva capacidade de implementação de relações causais no ambiente externo ao Direito, num processo decisório unívoco e que, mecanicamente, conduzisse aos resultados esperados.⁶³

Assim, “ao contrário do que se poderia imaginar, atribuir função política à decisão judicial – em termos operativos – está distante de ser a fórmula de garantir a democracia e reforçar o Estado de Direito”⁶⁴.

Após essas considerações, é preciso, ainda, apontar outros riscos que a atribuição ao sistema jurídico de funções que não lhes são próprias envolve.

O primeiro deles se refere a duas ordens de tensão que se estabelecem entre o Judiciário e os demais poderes: com o Legislativo, ela se dá quando do controle de constitucionalidade das leis por ele emanadas⁶⁵; com o Executivo, ela ocorre quando normas são descumpridas pela Administração, principalmente quando direitos sociais não são atendidos⁶⁶.

Assim, provocados a se posicionar para dar efetividade aos direitos sociais, os Tribunais se viram diante de um dilema: manterem-se neutros a fim de protegerem sua independência, mas sob o risco de se tornarem “socialmente irrelevantes”; ou tutelar os direitos sociais, correndo o risco de “entrar em competição com outros poderes e de, como poder mais fraco, começar a sofrer controle externo” pelo Legislativo e pelo Executivo⁶⁷ – controle que pode acarretar a perda de autonomia do Judiciário⁶⁸.

⁶³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico...*, p. 176.

⁶⁴ Idem, p. 177.

⁶⁵ Faria aponta que, “ao aplicar as leis a casos concretos, em outras palavras, eles (os juízes) acabam sendo seus coautores” (Direito e justiça..., p. 15).

⁶⁶ Nesse sentido, ver: FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Construção da igualdade...*, p. 88-89.

⁶⁷ SANTOS, Boaventura de Souza et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas...*, p. 26. Sobre as ameaças de controle externo em virtude da atuação política do Judiciário e a possibilidade de optar por não entrar em confronto com os outros Poderes, ver também FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça...*, p. 10-12.

⁶⁸ FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça...*, p. 18.

Ferraz Júnior também critica a perda de neutralidade política do juiz, pois ele é exposto à crítica pública, sobretudo dos meios de comunicação de massa, ocasionando uma “série de tensões entre sua responsabilidade e sua independência”⁶⁹.

Outro risco dessa “desdiferenciação de papéis, competências e prerrogativas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário” é a “tensão institucional e a assim chamada crise de governabilidade”⁷⁰, podendo gerar “efeitos mortais tanto para a vitalidade do regime democrático como para o desenvolvimento econômico do País”⁷¹.

Alguns aspectos de risco também envolvem questões simbólicas, morais e referentes à condução da sociedade, das instituições democráticas e da liberdade dos indivíduos. É do que se passa a tratar.

Partindo-se de noções da psicanálise, Maus aponta para a existência de uma “sociedade órfã” à procura de um pai. A orfandade se dá porque os indivíduos e a própria coletividade são infantilizados pela perda de consciência da interdependência das relações sociais e da incapacidade de submissão às normas sociais e, ao mesmo tempo, transformados em “meros objetos administrados”, facilmente submetidos a algum mecanismo ou instituição da sociedade industrial moderna⁷².

O crescimento do papel do Judiciário na sociedade contemporânea se manifesta, inicialmente, pela ampliação de suas funções, quais sejam: controle judicial sobre o legislador, aumento da margem de interpretação e da quantidade e espécies de litígios que lhes são submetidos. Todavia, também há um aspecto simbólico, pois se reconhece nos Tribunais a figura de um pai, a ponto de se poder afirmar que há “uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa”⁷³.

Diante desse contexto, o Parlamento, que é o espaço por excelência do debate e do conflito, não tem condições de disputar com a “figura imperial do pai”, representada pelos Tribunais, o espaço de condução política da sociedade. Desta maneira, “a eliminação de discussões e procedimentos no processo de

⁶⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? *Revista USP - Dossiê Judiciário*, São Paulo, n. 21, p. 16-18, mar./abr./maio 1994.

⁷⁰ FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça...*, p. 18.

⁷¹ *Idem*, p. 19.

⁷² MAUS, Ingborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. *Novos Estudos*, n. 58, p. 184-185, nov. 2000.

⁷³ *Idem*, p. 185.

construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da “consciência” social na Justiça”⁷⁴.

Isso tudo pode acarretar uma grave ameaça à própria democracia, pois, como explica Maus,

quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito superior, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.⁷⁵

No caso do Tribunal Constitucional Federal alemão, chegou-se ao ponto de se controlar a constitucionalidade da própria Constituição, tendo como critérios não as normas constitucionais, mas direitos suprapositivos definidos, evidentemente, pelo próprio Tribunal, de maneira que ele extrapola a sua competência constitucional.

Conseqüentemente,

assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição “corretamente interpretada”, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma “ordem de valores” submetida à Constituição.

Agindo desta maneira, o Tribunal Constitucional acaba sendo menos um “Guardião da Constituição” e mais um garantidor da própria jurisprudência que produziu⁷⁶.

⁷⁴ *Idem*, p. 186.

⁷⁵ *Idem*, p. 187. Aqui a autora faz referência especialmente à obra de Ronald Dworkin e à inclusão na moral no Direito na atividade interpretativa do juiz, o que a imuniza perante a crítica à qual ele deveria se sujeitar.

⁷⁶ MAUS, Ingborg. *Op. cit.*, p. 191-192.

A independência dos Tribunais foi construída por meio de sua vinculação à legalidade e sua oposição ao patriarcalismo dos príncipes. Porém, no cenário descrito, eles passaram a assumir as funções patriarcais e a negar sua vinculação à legalidade⁷⁷.

Diante disso, o Parlamento se apresenta como palco dos conflitos sociais, mas não é ele que os resolve, pois o papel de censor e árbitro é atribuído aos Tribunais, os quais, com fundamento em um direito suprapositivo e não escrito, assumem a função de “sintetizar a heterogeneidade social”⁷⁸.

Em última análise, o afastamento das barreiras do formalismo legal e a atuação dos Tribunais como supremos reguladores da moral com base em princípios suprapositivos podem colocar em risco a própria liberdade e autonomia dos sujeitos perante os mecanismos estatais de coerção⁷⁹.

Neste tópico, demonstrou-se, portanto, que, além de não ser capaz de operar com códigos que pertencem a outros sistemas e de desempenhar funções que não lhes são próprias, se o sistema jurídico tentar fazê-lo, poderá ser colocada em risco sua própria independência, assim como as instituições democráticas e a liberdade dos indivíduos.

CONCLUSÃO

Reconhece-se o caráter jurídico dos direitos sociais e, portanto, a sua exigibilidade perante os Tribunais, com os limites que sua concretização envolvem.

Como os direitos sociais estão previstos na Constituição e ela própria prescreve mecanismos judiciais para garanti-los, o Judiciário tem, sim, legitimidade para julgar questões a eles referentes. Porém, isso não significa que possa assumir funções que cabem a outros sistemas sociais diferenciados ou ficar isento de qualquer controle democrático no desempenho de sua função.

Reformas podem ser empreendidas e limites organizacionais, materiais e culturais podem ser superados (ou pelo menos alargados); no entanto, embora

⁷⁷ Idem, p. 194.

⁷⁸ É importante chamar atenção para o risco que este afastamento da legalidade, o antipositivismo e o antiformalismo envolvem, a exemplo do que se deu com o direito nazista, no qual se desenvolveu um verdadeiro “terror judicial”, no qual o “juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo”. Acrescenta-se, ainda, que “uma Justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente em face das necessidades políticas conjunturais dos aparelhos administrativos” (Idem, p. 195-197).

⁷⁹ Idem, p. 200-202.

cumpra um papel importante no que se refere à garantia dos direitos, não se pode esperar dos Tribunais a solução para o esvaziamento do circuito Governo/Parlamento no enfrentamento de problemas tipicamente políticos, como a concretização de direitos sociais.

O Judiciário se encontra diante de uma escolha política fundamental: defender o direito adquirido à riqueza apropriada por indivíduos ou grupos com base nas normas e práticas vigentes, ou fazer justiça distributiva atendendo às demandas dos não possuidores. No entanto, é preciso indagar: o Judiciário seria capaz de atender a tal demanda? Os Tribunais são a arena mais adequada para o processamento desse tipo de conflito?

Demonstrou-se que, além de não ser capaz de operar com códigos que pertencem a outros sistemas e de desempenhar funções que não lhes são próprias, se o sistema jurídico tentar fazê-lo, poderá ser colocada em risco sua própria independência, assim como as instituições democráticas e a liberdade dos indivíduos.

Diante disso, conclui-se que a incapacidade de o sistema político desempenhar satisfatoriamente sua função de tomar decisões que vinculem a coletividade, notadamente a fim de expandir a cidadania e de concretizar direitos sociais, precisa ser enfrentada por meio de ajustes no próprio sistema político, e não por meio da transferência das atribuições desse sistema para o sistema jurídico, pois este apresenta outra função e outra forma de operação, de maneira que não se aperfeiçoará o funcionamento de um e se criará dificuldades para o funcionamento de outro.

Entretanto, é preciso ponderar que “o Judiciário, provocado adequadamente, pode ser um poderoso instrumento de formação de políticas públicas”, como no caso da previdência social brasileira, em que a reivindicação em massa dos cidadãos por seus direitos permitiu avanços, mas é necessário que as reivindicações passem do caráter individual e particular ao social e geral. Além disso, “o debate judicial permite o avanço da democracia ao permitir as discussões de temas relevantes”, exigindo-se a racionalização das “propostas divergentes”⁸⁰.

REFERÊNCIAS

BARATA, Luiz Roberto Barradas. Regulamentar é o melhor caminho. *Folha de São Paulo*, p. 3, 17 mar. 2007.

⁸⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais..., p. 136-137.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CASTRO, Marcos Faro de. Instituições econômicas: evolução de seus elementos constitucionais na sociedade de mercado. *Revista de Direito Empresarial*, Curitiba, n. 6, p. 41-62, jul./dez. 2006.

_____. Julgar a economia. *Revista do TST*, Brasília, v. 68, n. 1, p. 190-203, jan./mar. 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *RT*, a. 86, v. 737, mar. 1997.

FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil. *Seminário Direito e Justiça no Século XXI*, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, p. 40, 20 maio a 1º jun. 2003.

FAVETTI, Rafael Thomaz. *Controle de constitucionalidade e política fiscal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? *Revista USP – Dossiê Judiciário*, São Paulo, n. 21, mar./abr./mai. 1994.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004.

GIORGI, Raffaele de. Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad.

LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do poder judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.⁸¹

_____. Crise da norma jurídica e reforma do judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Raciocínio jurídico e economia. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, a. 2, n. 8, p. 137-170, out./dez. 2004.

⁸¹ Este trabalho foi originariamente apresentado no seminário sobre o Poder Judiciário, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 19 de outubro de 1987.

LUHMANN, Niklas. *The position of courts in the legal system*. In law as a social system. Oxford.

_____. Le funzioni della giurisdizione nel sistema político. In: *Stato di diritto e sistema sociale*. Napoli: Guida, 1969.

MAUS, Ingborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos*, n. 58, nov. 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. 2. ed. Porto: Afrontamento, 1996.

SEMER, Marcelo. Garantindo o exercício de direitos. *Folha de São Paulo*, p. 3, 17 mar. 2007.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.