

O Papel Ativo do Poder Judiciário Enquanto Efetivador dos Direitos Sociais da Constituição Federal de 1988

Estefânia Maria de Queiroz Barboza*

Resumo: O presente artigo analisa o papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário no Estado Contemporâneo, enquanto intérprete da Constituição Federal de 1988, de modo a dar concreta efetivação aos direitos sociais estabelecidos naquela Carta. Para tanto, o artigo trata dos direitos sociais e as dificuldades enfrentadas em sua efetivação, defendendo que o Poder Judiciário deve exercer um papel ativo, tanto político, como social no Estado Brasileiro, interpretando os direitos sociais, especialmente os de cunho prestacional, de forma a lhes dar a maior efetividade possível, como única forma a se alcançar a justiça e a democracia, erigindo o Brasil a um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Direitos Sociais; Constituição Federal de 1988; Poder Judiciário.

Abstract: The present article analyses the role to be played by the Judiciary in the Contemporary State, as an interpreter of the Federal Constitution of 1988, so that it gives a concrete effectiveness to the social rights established in that Chart. For this purpose, the article deals with the social rights and the difficulties faced towards its effectiveness, defending that the Judiciary has to play an active role, both political and social in the Brazilian State, interpreting the social rights, especially the ones of rendering nature, so that they are given the greatest effectiveness possible, as the only way to reach justice and democracy, erecting Brazil to a real Democratic State by Right.

Key-words: Fundamental Rights; Social Rights; Federal Constitution of 1988; Judiciary.

1 Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar a problemática em relação ao papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário no Estado Contemporâneo, enquanto intérprete da Constituição Federal de 1988, de modo a dar concreta efetivação aos direitos sociais estabelecidos naquela Carta. Para tanto, será dado enfoque à visão sociológica da crise porque passa o Poder Judiciário, como consequência das mudanças na Sociedade Moderna, bem como ao método concretista de interpretação constitucional.

Para alcançar este objetivo, abordar-se-á a crise enfrentada pelo Poder Judiciário no Estado Brasileiro atual, depois será dado enfoque à transição histórica do Estado Liberal para o Estado Social, e o papel exercido pelo Poder Judiciário no contexto histórico, jurídico e sociológico do Estado Liberal.

Posteriormente, tratar-se-á dos direitos sociais, tais como concebidos pela Constituição de 1988 e as dificuldades enfrentadas em sua efetivação, enfocando-se o papel ativo do Poder Judiciário para efetivá-los enquanto direitos fundamentais,

* Advogada. Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora da UniBrasil. estefaniaqueiroz@uol.com.br

O PAPEL ATIVO DO PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO EFETIVADOR DOS DIREITOS SOCIAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

através da adoção do método de interpretação concretista das normas constitucionais de Friedrich Müller,¹ bem como a concepção da força normativa da Constituição de Konrad Hesse.²

Por fim, concluir-se-á que o Poder Judiciário deve exercer um papel ativo, tanto político, como social no Estado Brasileiro, que vive hoje num “cenário de tensões, antagonismos e contradições da sociedade capitalista contemporânea, da qual se destaca o esvaziamento do modelo liberal de organização e administração da justiça”,³ interpretando os direitos sociais, especialmente os de cunho prestacional, de forma a lhes dar a maior efetividade possível, como única forma a se alcançar a justiça e a democracia,⁴ erigindo o Brasil a um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

2 Diagnóstico da Crise do Poder Judiciário no Estado Brasileiro Atual

Não é novidade o tema que se aborda no presente artigo. O Poder Judiciário vem enfrentando nos últimos anos grave crise de legitimidade perante a sociedade, decorrente da grande disparidade entre a demanda social e a resposta jurisdicional. A solução não é simples, mesmo porque não é este o único problema que enfrenta o Judiciário no Brasil,⁵ que desafia problemas estruturais, funcionais, a questão da explosão de litigiosidade, etc.

Num primeiro momento, deve-se ter em vista que não é só o Judiciário brasileiro que vem enfrentando problemas. O aumento de litigiosidade, o maior acesso à Justiça, assim como a estrutura deficiente do Judiciário, ocasionando a lentidão na

¹ MÜLLER, Friedrich Müller. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.

² HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Rio Grande do Sul: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

³ FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça: A função social do judiciário*. 2ª edição, São Paulo: Ática, 1994, pp. 5, 6.

⁴ Ver neste sentido: RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*, organizado por Erin Kelly; tradução Caludia Berliner; São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 55.

⁵ Para se ter uma real dimensão da crise por que passa o Judiciário brasileiro, veja-se os questionamentos de José Eduardo Faria: “Como pode ele sobreviver fechado em si mesmo, incapaz de se auto-avaliar e de responder a estímulos externos? De que modo exercer suas funções instrumentais, políticas e simbólicas de modo minimamente eficiente? Como lidar com os conflitos emergentes no âmbito de uma sociedade tensa, heterogênea e conflitiva se o arcabouço do sistema jurídico está superado? Como aplicar direitos que conferem prioridade aos valores da igualdade e da dignidade se a cultura técnico-profissional dos operadores jurídicos, de caráter privatista e normativista, foi forjada com base em premissas incompatíveis com a atual realidade socioeconômica? ...Se as decisões dos juizes se circunscrevem apenas aos autos e às partes, como devem agir quando a resolução dos litígios a eles submetidos implica políticas públicas, cuja responsabilidade é do Executivo?” (FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil*. Texto preparado para o seminário “Direito e justiça no século XXI”, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, de 29 de maio a 1 de junho de 2003, acesso em 14/02/2004 no site: <http://www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>)

resolução dos litígios, bem como sua desconformidade com as exigências da sociedade contemporânea, são realidades constantes em vários países.⁶

Tal realidade pôde ser constatada na criação de um Observatório Permanente da Justiça Portuguesa⁷ pelo Ministério da Justiça daquele país, bem como pela criação, na França, da “Mission de recherche Droit et Justice”,⁸ também constituída por seu Ministério da Justiça junto com o Centro Nacional de Pesquisa Científica (CNRS - Centre national de la recherche scientifique),⁹ demonstrando que a preocupação com a Justiça não é um problema enfrentado apenas no Brasil.

Ainda, não se pode descurar de que a crise que hoje enfrenta o Judiciário decorre da crise que assola o próprio Estado, o qual vem atuando diversamente da expectativa dos cidadãos, uma vez que justifica suas políticas públicas (ou a ausência destas) em face do liberalismo e da economia globalizada,¹⁰ em detrimento dos direitos

⁶ A Europa ainda além de enfrentar a explosão de litígios e a estrutura do Judiciário incompatível com a Sociedade Atual, enfrenta ainda a questão da integração europeia. Neste sentido: “Pourquoi “reconstruire” la justice française? ...C’est parce qu’elle n’est plus conforme, dans sa structure même, aux exigences contemporaines qu’il faut la repenser. Cette inadapation paraît avoir deux causes essentielles: l’explosion de la demande de justice et l’intégration européenne. L’explosion de la demande de justice est un phénomène modialement observé dans les sociétés développées. Chaque homme veut trouver dans la justice un moyen d’atténuer les douleurs de la vie, quelle qu’en soit l’origine. Depuis le handicap de naissance jusqu’à l’accident de montagne, en passant par les difficultés de l’emploi ou du logement, toutes les misères que l’on rencontre dans l’existence doivent trouver leur réparation grâce à l’intervention du juge. Pour vaincre l’inertie des pouvoirs publics à prendre directement en charge les conséquences des “injustices” de la Providence, les malheureux de ce monde ont trouvé chez le juge l’oreille compatissante que ne leur prêtent pas toujours les patrons, les collectivités publiques, la sécurité sociale ou les compagnies d’assurances.” E continua: L’efficacité de notre justice est mise en doute quotidiennement. L’inaptitude de la justice pénale à lutter efficacement contre la délinquance et la criminalité est violemment critiquée. La justice administrative et sociale est désempante de lenteur. L’effectivité de la justice civile est peu crédible.” (BURGELIN, Jean-François. *Une justice à reconstruire*. In *Revue du Droit Public*, nº 112, Paris: Éditions LGDJ, 2002, pp. 117, 121).

⁷ “O Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OPJ) foi criado no Centro de Estudos Sociais (CES) da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, em 1996, através de um contrato celebrado com o Ministério da Justiça. O Observatório tem como objectivo principal acompanhar e analisar o desempenho dos tribunais e de outras instituições e actividades com eles relacionados, como as polícias, as prisões, os serviços de reinserção social, os sistemas de perícias e o sistema médico-léense, as profissões jurídicas e os sistemas alternativos de resolução de litígios. Compete-lhe, ainda, avaliar as reformas introduzidas, sugerir novas reformas e proceder a estudos comparados, fora e dentro da União Europeia. Estudos de opinião sobre o direito e a justiça fazem igualmente parte dos seus objectivos.” Para saber mais a respeito, acessar o site: <http://opj.ces.uc.pt/>.

⁸ La Mission de recherche Droit et Justice tem como objetivo geral a constituição de um potencial de pesquisa sobre o conjunto de questões de interesse à justiça e ao direito, concretamente a qualquer campo disciplinar. Para saber mais a respeito, acessar o site: <http://www.gip-recherche-justice.fr/index.htm>.

⁹ O CNRS é um órgão público de pesquisa fundamental, de característica científica e tecnológica, estabelecido sob a tutela do Ministro da Pesquisa na França. Para saber mais a respeito, acessar o site: <http://www.cnrs.fr/>

¹⁰ Ainda, com a globalização da economia, o atual governo “manteve intocada a agenda do governo e se curvou à premissa da estabilidade monetária que antes tanto criticara, aprofundando-a por meio do aumento do superávit primário, da disciplina fiscal e das tentativas de revogação de direitos constitucionalmente “adquiridos” do funcionalismo público e de taxaço de atos pretéritos”. FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil*. Texto preparado para o seminário “Direito e justiça no século XXI”, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, de 29 de maio a 1 de junho de 2003, acesso em 14/02/2004 no site: <http://www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>.

O PAPEL ATIVO DO PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO EFETIVADOR DOS DIREITOS SOCIAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

sociais garantidos constitucionalmente, acabando por esquecer de “sua finalidade precípua, qual seja, a de realizar o bem comum e, em decorrência, ajudar a população a alcançar a sua grande aspiração, que é a de toda a Humanidade: efetivar o sonho de ser feliz”.¹¹

Nas palavras do Ministro Antonio de Pádua Ribeiro: “a deficiente estrutura do Estado, inadequada para atender às suas finalidades, gera excesso de regulamentação e de atos administrativos ensejadores de conflitos com os particulares”,¹² ocasionando, ainda “a contínua edição de leis, muitas delas aprovadas e mal redigidas, causadoras de insegurança jurídica, e, em decorrência, de litígios.”¹³

Desta forma, as medidas políticas tomadas principalmente pelo Poder Executivo contra o cidadão, só fizeram a aumentar as demandas judiciais pelos que se sentiram lesados por tais medidas. E é justamente este número avassalador de litígios que acabam por sobrecarregar o Judiciário, que fica impedido de cumprir com sua função de prestar a jurisdição e de restaurar a ordem jurídica, quando vulnerada.¹⁴

Segundo José Eduardo Faria a “chamada “crise da Justiça” se traduz pela crescente ineficiência com que o Judiciário vem desempenhado suas três funções básicas: a instrumental, a política e a simbólica”.¹⁵

O presente artigo ater-se-á às funções política e simbólica que não vêm sendo bem desempenhadas pelo Judiciário, ou seja, buscar-se-á demonstrar que o Judiciário, exercendo um papel ativamente político e social na efetivação dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição de 1988, cumprirá suas funções enquanto mecanismo de controle social, assegurando a integração da sociedade, bem como enquanto disseminador de equidade e justiça na vida social.¹⁶

Estas questões acabam por colocar em evidência o papel do Judiciário enquanto parte do Estado, e conseqüentemente do Juiz enquanto operador do Direito, na busca de soluções para a efetivação dos direitos sociais de forma a se alcançar o bem-estar e a justiça sociais, princípios norteadores de nossa Constituição Federal.

¹¹ RIBEIRO, Antônio de Pádua. *O Judiciário como poder político no século XXI*, Conferência proferida em 23.06.99, por ocasião do “Congresso Brasil-Portugal ano 2000”, em Coimbra, Portugal, publicada na Revista Direito Estado e Sociedade – PUC RJ e acessível no site: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/>

¹² RIBEIRO, *op.cit.*, *ibidem.*

¹³ RIBEIRO, *Ibidem.*

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.125.

¹⁵ FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil*. Texto preparado para o seminário “Direito e justiça no século XXI”. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, de 29 de maio a 1 de junho de 2003, acesso em 14/02/2004 no site: <http://www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>

¹⁶ FARIA, *idem.*

Não obstante a dificuldade e complexidade do tema que se apresenta, buscar-se-á, dentro das possibilidades estruturais atuais, mostrar como o Poder Judiciário pode, através de uma interpretação concretista¹⁷ e aberta¹⁸ da Constituição, efetivar os direitos sociais por esta garantidos, diminuindo as desigualdades sociais e os conflitos que enfrenta a Sociedade brasileira, buscando atender os anseios dos cidadãos, e conseqüentemente, aumentando sua legitimidade perante a Opinião Pública.

Destarte, antes de analisar os novos papéis a serem desempenhados pelo Judiciário neste novo cenário, superando, inclusive a crise de legitimidade que enfrenta, insta ressaltar a concepção do Poder Judiciário no Estado Liberal, o surgimento do Estado Providência com o conseqüente aparecimento dos direitos sociais, para depois, ater-se a problematização quanto a sua efetivação através do Poder Judiciário.

3 Estado Liberal e Estado Social

Na doutrina liberal, o Estado era responsável apenas pela segurança das relações sociais, de forma a proteger a liberdade dos indivíduos, e “para desempenhar tal finalidade, se limitava a produzir a lei, a executá-la, bem como a censurar a sua violação”,¹⁹ os cidadãos possuíam, assim, apenas direitos correlativos a prestações negativas (dever de abstenção).

Assim, enquanto o liberalismo capitalista preocupava-se apenas em proteger o indivíduo contra a usurpação e os abusos do Estado, instaurando uma democracia política, o intervencionismo veio a ampliar sobremaneira a atividade Estatal e sua intervenção na vida econômico-social, diminuindo a esfera individual dos cidadãos.

O Estado de Direito, formado no Estado Liberal, tinha como seu elemento básico o princípio da legalidade,²⁰ privilegiando “a lei como fonte primária e quase exclusiva de regulação jurídica e como instrumento de racionalização das relações sociais”.²¹

Nesta concepção, o Estado Liberal estabelecia como pilares fundamentais do Poder Judiciário os princípios da neutralidade e imparcialidade e considerava os Juizes simples aplicadores ou executores das normas vigentes, “vinculando-os em sua ação interpretativa, negando-lhes qualquer poder criativo e impedindo

¹⁷ Neste sentido, ver: MÜLLER, Friedrich Müller. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Rio Grande do Sul: Sérgio Antonio Fabris, 1991

¹⁸ Neste sentido, ver: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris, Rio Grande do Sul, 2002.

¹⁹ CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 33.

²⁰ FARIA, José Eduardo. O modelo liberal de direito e Estado. In *Direito e justiça: A função social do judiciário*. 2ª edição. São Paulo: Ática, 1994, p. 24.

²¹ FARIA, *op.cit.*, p. 6.

O PAPEL ATIVO DO PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO EFETIVADOR DOS DIREITOS SOCIAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

que os tribunais²² exercessem ou ditassem “as regras de conduta a partir de sua própria existência”.²³

Esta posição do Direito no Estado Liberal funcionou como um obstáculo intransponível até o final do século XIX, quando a doutrina da solidariedade permitiu pensar um direito dos pobres a partir das idéias de reciprocidade e de troca.²⁴

Somente com a crise do capitalismo concorrencial e a crise da economia no período industrial é que o Estado foi chamado a intervir, vindo, então, a nascer o Estado Social ou Estado Providência.²⁵

O Estado Providência passa a limitar a liberdade contratual então existente, a fim de se oferecer um mínimo de dignidade às classes trabalhadoras, nascendo o Direito do Trabalho, como um dos primeiros direitos sociais, ao estabelecer normas mínimas a serem seguidas nos contratos individuais de trabalho.²⁶

Assim, os direitos sociais nascem justamente no período da sociedade industrial, como forma de proteger a classe operária e assalariada do risco profissional a que ficaram sujeitos,²⁷ impondo ao Estado certos deveres de prestações positivas a fim de melhorar as condições de vida de seus cidadãos, bem como promover a busca da igualdade material entre eles.²⁸

O Estado intervencionista procura “neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade, assegurando direitos afetos à segurança social, ao trabalho, ao salário digno, à liberdade sindical, à participação no lucro das empresas, à educação, ao acesso à cultura, dentre outros.” Deste modo, “enquanto os direitos individuais funcionam como um escudo protetor em face do Estado, os direitos sociais operam como “barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos”.²⁹

E é neste contexto histórico que começaram a surgir constituições políticas enquanto documentos de compromisso do Estado, num meio termo entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo. Ou seja, foi do embate entre o liberalismo e o intervencionismo, é que surgiram no Estado Contemporâneo, as Constituições com conteúdo social, chamadas de Constituições-dirigentes ou programáticas,³⁰ cujas normas

²² FARIA, *ibidem*.

²³ FARIA, *ibidem*.

²⁴ EWALD, François. *Histoire de l'état providence*. Paris: Grasset & Fasquelle, 1996, p. 31.

²⁵ Para saber mais sobre o surgimento do Estado Providência ler: EWALD, *op.cit.*

²⁶ CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 36.

²⁷ EWALD, *op.cit.* p. 290.

²⁸ BARROSO, *op.cit.*, p. 101.

²⁹ BARROSO, *op.cit.*, p. 101.

³⁰ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2000, p. 213 “A Constituição da República de 1976 é uma constituição programática porque contém numerosas normas-tarefa e normas-fim definidores de programas de acção e de linhas de orientação dirigidas ao Estado. Trata-se, pois, de uma lei fundamental não reduzida a um simples *instrumento de governo*, ou seja, um texto constitucional limitado à individualização dos órgãos e à definição de competências e procedimentos da acção dos poderes públicos.”

estabelecem diretrizes, “fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática”³¹ para o Estado.

Assim, os Estados Democráticos de Direito atuais têm como pilar o princípio da democracia econômica e social, do qual decorre o papel do Estado enquanto “responsável pela ‘justiça social’ e pela garantia das ‘prestações existenciais’ (mínimas ou máximas?) necessárias a uma ‘existência humanamente digna’”.³²

Insta conferir as palavras de Luís Roberto Barroso, ao explicar a passagem histórica da Constituição Liberal Burguesa para a Constituição Social nos Estados Democráticos de Direito:

“O avanço do socialismo científico – não apenas no campo da propagação de idéias, mas de sua efetiva adoção como forma de organização político-econômica por um terço da humanidade – rompeu a dogmática unitária do constitucionalismo liberal. O primeiro pós-guerra assiste ao surgimento do constitucionalismo social, na fórmula de compromisso entre a burguesia e o proletariado em ascensão. Já não há mais o “monopólio ideológico” dos princípios a serem gravados na constituição. Preservados, embora, os postulados essenciais do liberal-capitalismo, elas incorporam a tutela de alguns interesses das classes trabalhadoras e dos desfavorecidos em geral. Obrigada a ceder no plano da superestrutura jurídica, a resistência burguesa se transferiu para a tentativa de minimizar, na prática, o avanço social, inclusive pela negação do caráter jurídico das normas que o propiciavam.”³³

Ultrapassada a explicação histórica da transformação do Direito e da Constituição na transição do Estado Liberal para o Estado Social, passa-se a verificar o papel que o Poder Judiciário exercia no Estado Liberal frente à Sociedade e o novo papel que deve exercer no Estado Social, de forma a realizar a Justiça Social e alcançar um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

4 O Papel do Poder Judiciário na Transição do Estado Liberal Burguês para o Estado Social

É nesse contexto histórico que devemos visualizar o papel do Poder Judiciário enquanto intérprete das normas constitucionais. Os pilares da neutralidade e imparcialidade do Poder Judiciário eram compatíveis com o Estado Constitucional Liberal, até porque o Estado não tinha papel ativo na Sociedade, apenas intervinha para garantia dos direitos dos cidadãos, quando estes fossem violados.

Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o apego do Estado Liberal à lei como fonte única do direito e, portanto, reforçando a idéia de que o ato jurisdicional nada mais era do que o processo de subsunção do fato à norma fez com que o juiz se neutralizasse

³¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 136, 137.

³² CANOTILHO, *op.cit.*, p. 332.

³³ BARROSO, *op.cit.*, p. 108.

O PAPEL ATIVO DO PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO EFETIVADOR DOS DIREITOS SOCIAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

para “o jogo dos interesses concretos na formação legislativa do direito”.³⁴ Desta forma, não interessava ao Judiciário se os interesses da sociedade eram atendidos ou não por suas decisões, o que interessava era que se aplicasse a lei. Nesta concepção, a jurisdição não era vista como um ato decorrente e aplicador da justiça, mas apenas aplicador da lei.

A explicação desta neutralização do Poder Judiciário, limitando seu papel enquanto mero aplicador da lei (esta, sim, legítima e fruto da vontade do povo), decorre da Revolução Francesa, onde se buscou limitar o papel exercido pelos Magistrados (“*noblesse du robe*”), que afinal, estavam ao lado do Rei, do Estado Absolutista.³⁵

Esta visão de Poder Judiciário neutro e imparcial, apenas como aplicador técnico da lei, com o Direito protegendo apenas a liberdade individual, enquanto liberdade negativa, de não impedimento, tem lógica com a concepção de Estado Liberal Burguês, não podendo continuar valendo no Estado Social ou Providência atual.

No Estado Social, procura-se defender a “liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado”,³⁶ mudando a cobrança da Sociedade perante os Poderes do Estado, no sentido de “realização da cidadania social e não apenas a sustentação do seu contorno jurídico-formal.”³⁷

No Estado Social, dá-se extrema relevância aos direitos sociais, que diversamente dos direitos individuais, possuem um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação pelo Estado. Desta forma, o aparecimento dos direitos sociais acaba por alterar a função do Poder Judiciário, ao qual, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

“perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).”³⁸

³⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. “O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?”. In *Dossiê judiciário*. Revista USP nº 21, acessível no site: <http://www.usp.br/revistausp/n21/numero21.html>, em 14/02/2004

³⁵ A França até hoje sofre as consequências da Revolução Francesa, de desconfiança dos magistrados, na medida em que não existe ainda hoje um Poder Judiciário autônomo dos demais. Neste sentido confira-se as palavras do Procurador Geral da “*Cour de Cassation*” da França: “Il faut donc, dans cette perspective, instaurer pour la justice une place institutionnelle qui soit à la mesure de ses responsabilités de demain c’est-à-dire créer un pouvoir judiciaire. On ne peut, si l’on a une telle ambition que mesurer l’inadéquation du système juridictionnel français, fondé avant tout sur la méfiance à l’égard des juges, sur leur division en ordres séparés, sur le caractère très administratif de leur organisation. Il semblerait plus judicieux, à présent, de prendre acte de l’affaiblissement des pouvoirs exécutif et législatif et de porter tous nos efforts institutionnels vers la création d’un véritable pouvoir juridictionnel. La justice est, au fond, avec la culture, le dernier domaine où le génie français peu apporter un message significatif à un monde occidental à la recherche de valeurs que justifient sa civilisation.” (g.n.) (BURGELIN, Jean-François. “Une justice à reconstruire”. In *Revue du droit public*. Nº 1/2, Paris: Éditions LGDJ, 2002, p. 121).

³⁶ FERRAZ JÚNIOR, *op.cit.*

³⁷ FERRAZ JÚNIOR, *idem.*

³⁸ FERRAZ JÚNIOR, *idem.*

Ou seja, o juiz passa a ter em vista a finalidade da norma estabelecida do direito social em conflito, buscando sempre a concretização de seus objetivos primordiais, insertos na Carta Constitucional.

No mesmo sentido, Boaventura de Souza Santos afirma que:

“A consolidação do Estado-providência significou a expansão dos direitos sociais e, através deles, a integração das classes trabalhadoras nos circuitos do consumo anteriormente fora do seu alcance. Esta integração, por sua vez, implicou que os conflitos emergentes dos novos direitos sociais fossem constitutivamente conflitos jurídicos cuja dirimção caberia em princípio aos tribunais, litígios sobre a relação de trabalho, sobre a segurança social, sobre a habitação sobre os bens de consumo duradouros, etc, etc.”³⁹ (g.n.).

O juiz deve mudar, assim, seu papel de mero aplicador formal da lei e da Constituição e passar a interpretar o Direito de acordo com a realidade social de sua época.

No sentido de que o juiz deve interpretar a Constituição de acordo com a realidade em que vive, confira-se as lições de Peter Häberle:

“A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juizes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade. Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juizes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial.”⁴⁰

É neste sentido que mais adiante enfrentar-se-á a questão do novo papel do Poder Judiciário frente a prestação de sua função jurisdicional para atender aos anseios da sociedade contemporânea. Porém, antes de aprofundar-se nesta questão, cabe traçar algumas características dos direitos sociais estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

5 Os Direitos Sociais na Constituição de 1988

Conforme já enunciado anteriormente, os direitos sociais surgem com o advento do Estado Providência, como conseqüência às críticas elaboradas pelos socialistas às declarações individualistas bem como em razão das conseqüências trágicas do desenvolvimento capitalista, “apoiado na igualdade de todos perante a lei e na liberdade de contratar”,⁴¹ e, ainda, como forma de proteção aos trabalhadores em virtude do risco profissional e do aumento crescente do desemprego e da miséria.⁴²

³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. “Introdução à sociologia da administração da justiça”. In *Direito e justiça: a função social do judiciário*. Org. José Eduardo Faria, 2ª ed., São Paulo: Ática, 1994, pp. 43, 44.

⁴⁰ HÄBERLE. *op.cit.*, pp. 31, 32.

⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 249.

O PAPEL ATIVO DO PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO EFETIVADOR DOS DIREITOS SOCIAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No entanto, diversamente dos direitos individuais que exigiam apenas dever de abstenção ou defesa do Estado, os direitos sociais são conceituados como “dimensão dos direitos fundamentais do homem”,⁴³ demandando “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais.”⁴⁴ Valendo, assim, “como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.”⁴⁵

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 inovou no que diz respeito à proteção despendida aos direitos sociais, na medida em que estabeleceu um capítulo próprio dos direitos sociais e um título especial sobre a ordem social, bem como na medida em que reconheceu aos direitos sociais *status* de “autênticos direitos fundamentais”,⁴⁶ diversamente das Constituições brasileiras anteriores que lhes davam reduzida eficácia e efetividade, consagrando-os “sob a forma de normas de cunho programático.”⁴⁷

A relevância que se coloca ao interpretarmos as definições dos direitos sociais, reflete-se principalmente no que concerne ao estudo de sua efetividade⁴⁸ e na discussão acerca de instrumentos jurídicos e da interpretação que lhes dão ampla garantia.

⁴² Manoel Gonçalves Ferreira Filho elucida bem a questão histórica do aparecimento dos direitos sociais: “Ao mesmo tempo que a produção crescia velozmente, beneficiando os capitalistas, a miséria e a exploração colhiam os que, juridicamente livres e iguais em direitos são donos das máquinas, deviam alugar-se aos mesmos para ter o pão de que viver. As máquinas, por fazerem o serviço anterior de muitas pessoas, aumentavam os braços disponíveis para um mercado de trabalho que crescia menos rapidamente que o das disponibilidades. A concorrência pelo emprego forçava a dissolução da família, obrigando a esposa a empregar-se, bem como os filhos, embora crianças, para que houvesse alimento para todos. Assim, o enriquecimento global redundava na prosperidade acrescida, e muito, de alguns e na miséria também acrescida, e muito da maioria. A necessidade de proteção do economicamente fraco, por intermédio do Estado, foi, assim, ganhando a opinião pública. Ainda na primeira metade do século passado a Revolução Francesa de 1848 e sua Constituição reconheceram efetivamente o primeiro dos “direitos econômicos e sociais”: o direito ao trabalho, impondo ao Estado a obrigação de dar meios ao desempregado de ganhar o seu pão.” (FERREIRA FILHO, *op. cit.*, pp. 249, 250).

⁴³ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 277.

⁴⁴ SILVA, *idem*.

⁴⁵ SILVA, *idem*.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988”. In *Revista de direito do consumidor*, nº 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.104.

⁴⁷ SARLET, *idem*.

⁴⁸ Entendendo-se efetividade enquanto “realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social.” Representando “a materialização, no mundo dos fatos dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.” (Barroso, p. 85). Ou ainda, pode-se entender o conceito de efetividade que se quer dar, enquanto eficácia social da norma, na definição clássica de José Afonso da Silva, que vale a pena ser transcrito: “A *eficácia social* designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma, refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada, nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz Kelsen, ao “fato real de que ela é efetivamente aplica

A polêmica sobre a efetividade dos direitos sociais se dá na medida em que a doutrina tradicional os via “não como verdadeiros direitos, mas como garantias institucionais, negando-lhes a característica de direitos fundamentais”,⁴⁹ e portanto, dando-lhes pouca garantia e quase nenhum remédio jurídico para dotar-lhes de efetividade.

Neste sentido, a doutrina tradicional, ao tratar dos modelos de positivação dos direitos sociais, apontava as seguintes possibilidades: i. as normas sociais como normas programáticas, ii. as normas sociais como normas de organização; iii. as normas sociais como garantias institucionais.⁵⁰

Não obstante, José Afonso da Silva ressalta que a doutrina mais recente “vem refutando essa tese, e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade”,⁵¹ reconhecendo-os inclusive como direitos subjetivos públicos.⁵²

José Afonso da Silva, aborda com propriedade o tema, ressaltando que “o problema que se coloca agudamente na doutrina recente consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática”.⁵³

Também para Ingo Wolfgang Sarlet, são os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição de 1988 os que merecem maior estudo e debate, por serem “os direitos sociais os que mais tem suscitado controvérsias no que diz com sua eficácia e efetividade, inclusive quanto à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização.”⁵⁴

Do mesmo modo, Luís Roberto Barroso entende que a “efetivação dos direitos sociais é, indiscutivelmente, mais complexa do que a das demais categorias”,⁵⁵ até porque “tutelam, em última análise, interesses e bens voltados à realização da justiça social.”⁵⁶

A controvérsia quanto a efetividade dos direitos sociais se dá não só quando impõem um papel negativo do Estado, mas quando, principalmente impõem uma prestação positiva por parte deste, uma vez que enquanto os direitos sociais de defesa (de cunho

seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”. É o que tecnicamente se chama *efetividade* da norma.” Por outro lado, define a eficácia jurídica como “a *qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita*; nesse sentido, a eficácia diz respeito ‘a aplicabilidade, exigibilidade ou executividade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica.” (José Afonso, pp. 65, 66).

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...* op.cit.. p. 151.

⁵⁰ CANOTILHO, op.cit.. pp. 444, 445.

⁵¹ SILVA, op.cit., p.151.

⁵² Tese esta também abarcada por SARLET, Ingo Wolfgang, op.cit.; BARROSO, Luís Roberto, op.cit. e CANOTILHO, J.J., op.cit..

⁵³ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade...*, op.cit., p. 140.

⁵⁴ SARLET, op.cit., p.98.

⁵⁵ BARROSO, op.cit., p.107.

⁵⁶ BARROSO, op.cit., p. 108.

O PAPEL ATIVO DO PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO EFETIVADOR DOS DIREITOS SOCIAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

negativo)⁵⁷ independem, para sua efetivação de circunstâncias econômicas, os direitos sociais a prestações (de cunho positivo), exigem para sua efetiva realização o dispêndio de recursos, “dependendo, em última análise, da conjuntura econômica”.⁵⁸

Vale aqui ter em vista o estudo aprofundado realizado por Ingo Wolfgang Sarlet acerca dos direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988, classificando-os ora como direitos de defesa (negativos), ora como direitos a prestações (positivos), e analisando o problema da efetividade de cada um deles.⁵⁹

Para ele, os direitos sociais de cunho defensivo (direitos sociais negativos ou “liberdades sociais”) “por reclamarem (em princípio) uma atitude de abstenção por parte dos destinatários, virtualmente não costumam ter sua plenitude eficaz e, portanto, sua imediata aplicabilidade questionada seriamente”,⁶⁰ portanto não serão eles a preocupação maior deste trabalho.

Por outro lado, em razão das implicações econômicas geradas pelos direitos sociais prestacionais⁶¹ ou direitos subjetivos públicos, por exigirem prestações positivas do Estado, e conseqüentemente da maior dificuldade em sua efetivação, devem ser estes objeto de maior atenção pelo presente estudo.

Em face dessa exigência de uma atuação do Estado, pressupondo grandes disponibilidades financeiras por parte deste, é que os direitos sociais prestacionais sofreram logo limitação de sua efetivação (do ponto de vista econômico) pela construção dogmática da “reserva do possível”, que segundo Canotilho traduziria a idéia de que “os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”.⁶²

Para além disso, outra questão a ser enfrentada, é a questão política de que o Judiciário não poderia intervir na discricionariedade do Poder Executivo na realização de políticas públicas para efetivar os direitos sociais constitucionalmente consagrados, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes.

São justamente estes aspectos que serão abordados no próximo tópico, ou seja, como o Poder Judiciário pode atuar na efetivação dos direitos fundamentais sociais, especialmente no que diz respeito àqueles de cunho positivo.

⁵⁷ Exemplo clássico de direito social de defesa (de cunho negativo) é o direito de greve previsto no art. 9º da Constituição, cabendo ao Estado apenas a função de abster-se de reprimir e punir os que exercem referido direito.

⁵⁸ SARLET, *op.cit.*, p. 109.

⁵⁹ Ver a respeito: SARLET, *op.cit.*, pp. 97, 124.

⁶⁰ SARLET, *op.cit.*, p. 115.

⁶¹ Canotilho ainda distingue os direitos “sociais” em: i) *direitos originários a prestações*, como aqueles que independente da existência de uma previa oferta de sistemas ou serviços podem ser exigidos, de forma imediata, pelo cidadão; e ii) *direitos derivados a prestações*, como aqueles direitos dos cidadãos “a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes”. (CANOTILHO, *op.cit.*, pp. 447, 448) Ver também SARLET, *op.cit.*, p. 103).

⁶² CANOTILHO, *op.cit.*, p. 451.

6 Papel Político e Social do Poder Judiciário na Interpretação dos Direitos Fundamentais Sociais

Conforme já ressaltado no item anterior, o Judiciário vem enfrentando duas questões na interpretação e conseqüente aplicação e efetivação dos direitos sociais de cunho prestacional que demandam atividades positivas do Estado, e que, além de dependerem muitas vezes de políticas públicas para sua realização, e portanto gerando um aparente conflito com a discricionariedade dos outros poderes, envolvem também a questão orçamentária pelo gasto econômico envolvido.

Um dos maiores problemas enfrentados pelo Juiz - enquanto intérprete dos direitos sociais de cunho positivo ou prestacional - se dá quando as normas estabeledoras destes direitos parecem ser inexecutáveis, acabando o juiz por "negar o seu caráter vinculativo, distorcendo, por esse raciocínio, o teor de juridicidade da norma constitucional".⁶³ Também se apresentam dificuldades na efetivação dos direitos sociais, na medida em que muitas vezes estes podem contrariar "interesses particularmente poderosos, influentes sobre os próprios organismos estatais, os quais, por acumplicimento ou impotência, relutarão em acionar os mecanismos para impor sua observância compulsória."⁶⁴

A questão é polêmica. Os direitos sociais inovaram, em muito, na questão da intervenção pública na área social, envolvendo significativas mudanças na estrutura tributária e nas atribuições do Estado, as quais acabam por não serem efetivadas por "falta de leis complementares ou por uma mentalidade judicial tão obcecada pelos procedimentos formais, a ponto de não se preocupar com a solução dos litígios"⁶⁵ que explodem na realidade.

E mais, um dos grandes dilemas a ser enfrentado pelo Judiciário hoje é cobrir e diminuir as diferenças existentes entre o sistema jurídico-positivo e as condições de vida de uma sociedade com quase metade de seus habitantes vivendo abaixo da linha de pobreza, devendo assumir que a "atividade judicial extravasa os estreitos limites do universo legal, afetando o sistema social, político e econômico na sua totalidade."⁶⁶

Os direitos sociais que poderiam diminuir tais desigualdades sociais, e buscar uma justiça verdadeiramente social, apesar de consagrados na Constituição, não vêm sendo efetivados a contento, e que se aplicados poderiam corrigir as disparidade econômicas e neutralizar a "iníqua distribuição tanto de renda quanto de prestígio e de conhecimento."⁶⁷

⁶³ BARROSO, *op.cit.*, p. 80.

⁶⁴ BARROSO, *op.cit.*, p. 86.

⁶⁵ FARIA, José Eduardo. "O desafio do judiciário". In *Revista USP*, acesso em 14/02/2004 no site: <http://www.usp.br/revistausp/n21/numero21.html>.

⁶⁶ FARIA, *idem*.

⁶⁷ FARIA, *idem*.

O PAPEL ATIVO DO PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO EFETIVADOR DOS DIREITOS SOCIAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Ora, ao juiz caberá formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade as normas constitucionais, tendo sempre em vista que “o Direito existe para realizar-se”,⁶⁸ não podendo o Direito Constitucional ser interpretado diversamente, pois “sendo a Constituição a própria ordenação suprema do Estado, não pode existir uma norma ulterior, de grau superior, que a proteja”,⁶⁹ devendo, portanto, “encontrar em si mesma a própria tutela e garantia”.⁷⁰

Além disso, não se pode perder de vista que toda norma jurídica constitucional é dotada de coerção e sanção, sob pena de se entender que existem normas constitucionais não jurídicas e, portanto destituídas de efetividade, questão esta já superada pela doutrina, inclusive no que diz respeito às normas constitucionais programáticas.⁷¹

Ora, tal tese está sendo superada pela doutrina mais atual do Direito Constitucional, que entende que toda norma constitucional é norma jurídica, não só por estar contida na constituição, mas também porque todas as normas constitucionais, sem exceção, possuem força e coerção para serem cumpridas ou sanção para quem as viola, sendo, portanto, dotadas de efetividade.

Desta forma, a doutrina recente tem buscado mecanismos e fundamentos teóricos constitucionais, de forma a superar o caráter abstrato e incompleto das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais que exigem prestação do Estado, possibilitando sua concretização prática.⁷²

Neste sentido, afirma Luís Roberto Barroso que “já não cabe negar o caráter jurídico e, pois a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais, na sua múltipla tipologia”,⁷³ sendo “puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais”.⁷⁴

É justamente adotando um caráter científico que o Poder Judiciário deve interpretar a Constituição Federal, e os direitos sociais por ela garantidos, já que a ideologia já está na própria Constituição, bastando apenas que esta seja cumprida, e que seus direitos sociais sejam realizados para se alcançar uma Sociedade mais justa e solidária.

Para tanto, deve-se buscar dar a maior efetividade possível à norma consagradora de direito social prestacional, superando-se através do Poder Judiciário, quando provocado, as omissões do Poder Público.

Ainda, os juízes não podem se descuidar de que diversamente das normas programáticas, que contemplam interesses, de caráter prospectivo, os direitos sociais

⁶⁸ BARROSO, *op.cit.*, p. 87.

⁶⁹ BARROSO, *idem*.

⁷⁰ BARROSO, *idem*.

⁷¹ Entendendo desta forma, permitir-se-ia caracterizar como programática toda norma constitucional estabelecadora de direito social incômoda, descartando-se assim, sua incidência, não havendo necessidade de obedecer a seus preceitos porque ausente sua juridicidade, sua força, sua coerção.

⁷² SILVA, *op.cit.*, p. 140.

⁷³ BARROSO, *op.cit.*, p. 106.

⁷⁴ BARROSO, *idem*.

são normas que definem direitos, para o presente,⁷⁵ e, portanto, deve o Judiciário interpretá-los de forma a garantir-lhes máxima aplicação e efetivação,⁷⁶ e em caso de eventual conflito deve ser assegurada a força normativa da Constituição.⁷⁷

Incumbe, assim, ao Poder Judiciário a obrigação de fazer com que as normas jurídicas abstratas, definidoras de direitos sociais positivos, se transformem em ações concretas, alcançando-se o fim social para o qual foram criados, mesmo porque num Estado de direito, é o Poder Judiciário o intérprete maior e final das normas jurídicas e “titular da competência de aplica-las aos casos controvertidos.”⁷⁸

Neste viés, os juízes enquanto interpretes e aplicadores dos direitos fundamentais sociais, devem perquirir no sistema normativo constitucional, todas as possibilidades que se coadunam em prol da efetivação dos valores sociais incorporados ao patrimônio da sociedade brasileira pela Constituição de 1988.⁷⁹

Desta forma, o juiz, não pode, sob a desculpa de que inexistente lei integradora, deixar de aplicar um direito fundamental social, devendo neste caso, utilizar-se do que dispõe o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, no sentido de decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito, e mais, os princípios da República Federativa do Brasil, bem como todo o sistema de princípios estabelecidos na Carta Magna de 1988.

Entender que o Poder Judiciário não pode efetivar um direito fundamental social garantido pela Constituição por ausência de norma regulamentadora, estando neste caso a se imiscuir nas tarefas do legislativo, em ofensa ao Princípio da Separação de Poderes seria o mesmo que entender que um direito constitucionalmente garantido é destituído de qualquer garantia, ou de uma subversão da hierarquia das normas, onde o legislador ordinário teria o poder de impedir que um direito constitucional emanasse seus efeitos,⁸⁰ o que não se pode admitir de modo algum num Estado Constitucional.

Não obstante, é muito comum que o Poder Judiciário se sinta tolhido na aplicação dos direitos sociais prestacionais, por exigirem prestação político-administrativa de outro poder,⁸¹ gerando um aparente “conflito de discricionariedades entre dois poderes soberanos - um conflito inédito que exige um redimensionamento do equilíbrio da divisão dos poderes tal como nos foi legada pelo constitucionalismo moderno.”⁸²

⁷⁵ BARROSO, *op.cit.*, p. 118.

⁷⁶ Canotilho, reconhecendo a eficácia vinculativa das normas programáticas, considera ultrapassada a doutrina que diferencia a norma jurídica atual da norma programática, ressaltando que “todas as normas são *actuais*, isto é, têm uma força normativa independente do acto de transformação legislativa”, não havendo, portanto, na Constituição “...simples declarações...a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor”(Garcia de Enterría) CANOTILHO, *op.cit.*, p.1103.

⁷⁷ HESSE, *op.cit.*, p. 25.

⁷⁸ BARROSO, *op.cit.*, p.127.

⁷⁹ BARROSO, *op.cit.*, p.143.

⁸⁰ BARROSO, *op.cit.*, p.166.

⁸¹ Ver mais a respeito: FERRAZ JUNIOR, *op.cit.*

⁸² FARIA, “As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais”. In *Direito e justiça: a função social do judiciário*, org. José Eduardo Faria, 2ª ed., São Paulo: Ática, 1994, p. 64.

O PAPEL ATIVO DO PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO EFETIVADOR DOS DIREITOS SOCIAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Ainda o Poder Judiciário ao exercer um papel ativo, concretizando a norma constitucional, que o legislador deixou de integrar ou que o Poder Público deixou de aplicar, acaba por exercer uma atividade regulamentar,⁸³ que poderia parecer uma ofensa ao princípio da separação dos poderes, não obstante, as competências legitimadoras para o exercício desta atividade por parte do Judiciário estão previstas na própria Constituição, ou seja, os poderes a serem exercidos pelos juízes não são nada mais do que aqueles que lhes foram conferidos pelo Poder Constituinte originário, e, portanto legítimo e democrático.⁸⁴ E este poder político a ser exercido pelo Judiciário é democrático, na medida em que é funcional ao sistema democrático, ou seja, é necessário para o Estado Democrático.⁸⁵

De outra parte, não se pode descurar que muitas vezes os direitos sociais acabam por enfrentar problemas ideológicos para sua aplicação e efetivação, quer por parte do Poder Público, quer por parte do Poder Judiciário, quando aquele não exerce sua função. Não obstante, estes problemas ideológicos e discriminatórios devem ser enfrentados à luz da ideologia calcada na própria Carta Constitucional, ao estabelecer diversos princípios de cunho eminente social.

Desta forma, na falta de legislação integradora da norma de direito social de cunho prestacional, ou mesmo nos casos de leis contraditórias, deve o juiz exercer um papel político, sob pena de se provocar uma grave insegurança jurídica, com efeitos maléficos para a democracia, elaborando, para tanto, um “trabalho de elaboração judicial coerente, não só quanto à lógica interna do discurso jurídico, como também no que toca à sua lógica política.”⁸⁶

⁸³ Neste sentido, com grande propriedade abordou José Eduardo Faria: “Como a magistratura não pode deixar sem resposta os casos que lhes são submetidos, independentemente de sua complexidade técnica e de suas implicações econômicas, políticas e sociais, ela se sente impelida a exercer uma criatividade decisória que, como será examinado à frente, acaba transcendendo os limites da própria ordem legal. Afinal, “em casos difíceis”, nos quais a interpretação a ser dada a uma norma, lei ou código não está clara ou é controvertida, “os juízes não têm outra opção a não ser inovar, usando o próprio julgamento político” (Dworkin, 1997, p. 2). O problema é que, em muitos desses casos, nos quais julgar não significa apenas estabelecer o certo ou o errado com base na lei, mas também assegurar a concretização dos objetivos substantivos por ela previstos, o Judiciário não dispõe de meios próprios para implementar suas sentenças – especialmente as que pressupõem decisões, recursos materiais e investimentos do setor público. À mercê de atos, gastos, programas governamentais e serviços públicos fora de sua competência e jurisdição, a instituição se encontra numa encruzilhada.” (FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça ...*, *op.cit.*)

⁸⁴ Neste sentido, BARROSO, *op.cit.*, p. 169: “No tocante à legitimidade desta atuação *criativa* do Poder Judiciário, inexistente qualquer razão para infirmá-la. Já deixamos consignado que em uma democracia é não apenas possível, como desejável, que parcela do poder público seja exercida por cidadãos escolhidos com base em critérios de capacitação técnica e idoneidade pessoal, preservados das disputas e paixões políticas. A falta de emanção popular do poder exercido pelos magistrados é menos grave do que o seu envolvimento em campanhas eleitorais, sujeitas a animosidades e compromissos incompatíveis com o mister a ser desempenhado.”

⁸⁵ AZEVEDO, *op.cit.*, p. 46.

⁸⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.

Entender que o juiz deve ser imparcial e neutro como se entendia no Estado Liberal seria um retrocesso, hoje o Juiz deve participar “ativamente do processo de formação e eterna reconstrução da ordem jurídica”,⁸⁷ buscando atender os anseios da sociedade da qual faz parte.

Por outro lado, apesar da atividade do juiz não ser neutra quando da interpretação dos direitos sociais, esta também não será discricionária, uma vez que suas decisões devem ser pautadas “em função de regras e princípios, implícitos e explícitos adotados pelo sistema, de tal sorte que a decisão, ainda que inovadora, mantenha coerência com o ordenamento jurídico vigente, que não perde por isso a sua identidade.” É neste viés que o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior estabelece que “o sistema jurídico de um Estado democrático permite liberdade decisória, nas condições acima referidas, e espera do juiz, a quem garante independência institucional e funcional, a utilização dessa liberdade para a realização dos seus valores e por isso é que ele tem responsabilidade social.”⁸⁸

É justamente afirmando o papel social do juiz na interpretação da lei, que Häberle explica que “uma teoria jurídica que fique limitada à lógica normativa perde de vista a vinculação social da jurisdição” e que “a negação da ideologia da subsunção não significa que os órgãos de aplicação do direito devam atuar como geradores de casualidades”.⁸⁹

Desta forma, a atuação do Poder Judiciário não será determinada nem calcada por ideologias próprias, mas deverá ser orientada pelo conceito de justiça que se deduz dos valores e dos princípios consagrados na Constituição, inclusive em seu Preâmbulo, assim atuando, o Poder Judiciário poderá efetivar as normas definidoras dos direitos sociais, encontrando aí o fator legitimador de sua atuação jurisdicional num Estado Democrático de Direito.⁹⁰

Destarte, para instituir um verdadeiro Estado democrático, conforme pensado pelos constituintes, o Poder Judiciário deve interpretar sempre a Constituição, de forma a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. É esta ideologia adotada no Preâmbulo da Carta Constitucional a que deve pautar as decisões do Judiciário,⁹¹ e com fundamento nela dar maior efetividade aos direitos

⁸⁷ CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional e de teoria do direito*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 46.

⁸⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. “Responsabilidade política e social dos juizes nas democracias modernas”. In *Revista dos Tribunais* nº 751. maio de 1998, p. 45.

⁸⁹ HÄBERLE, *op.cit.*, p. 32.

⁹⁰ CLÈVE, *op.cit.*, p. 44.

⁹¹ Neste sentido, AZEVEDO, *op.cit.*, pp. 41, 42: “Para reconhecer a dimensão política da função judicial, tem-se e ter em mente que se trata de ‘uma atividade que tem por finalidade alcançar a realização da trama de princípios, valores, instituições e comportamentos sociais que estão definindo e constituindo uma certa ordem’”.

O PAPEL ATIVO DO PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO EFETIVADOR DOS DIREITOS SOCIAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

sociais, respondendo aos anseios de uma população tensa, heterogênea, e com grande carga de litigiosidade, tendo sempre em conta que o trabalho de aplicação do direito tem sempre destinação social.⁹²

Ainda, importa ressaltar que os Tribunais já vêm mudando a mentalidade, entendendo eles que o juiz deve interpretar a Constituição de forma a se alcançar o resultado efetivamente objetivado pelo Constituinte. Neste sentido, vale a pena transcrever trecho da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que superando a questão de que poderia violar o princípio da separação dos poderes ao se inferir em questão de política pública de saúde, e não acatando a teoria da “reserva do possível” para efetivar um direito fundamental social, julgou pela condenação do Poder Público em dar medicamentos aos que deles necessitarem. Veja-se: “Este recurso há de ser decidido enfrentando-se a questão diante da ótica do fim social do Direito e do Objetivo da lei, aferindo-se de forma superficial a razão de ser do próprio Estado.

É cediço que a ordem jurídica visa a paz social, e que o julgador, ao aplicar a lei, deve fazê-lo observando o fim social a que ela se dirige.

No caso dos autos, verifica-se que a Agravada é portadora de mal grave, necessitando de medicação específica. Diante do quadro exposto, deve-se aplicar a letra fria da lei ou quedar-se o magistrado ante a função social do direito? A resposta é clara. A letra fria da lei cede ante a justiça.

... O direito à vida sobrepõe-se a interesses financeiros e secundários. O que se discute nestes autos, é se a Agravada pode viver ou, como o Estado a considera, um estorvo, um gasto desnecessário, que deve ser evitado, devendo ser condenada à morte por ter contraído tal moléstia.

A insensibilidade tem limites, e o direito não pode amparar pretensão descabida como prevalência das finanças do Estado sobre a vida de uma pessoa enferma.

Recorde-se que o Estado existe para servir, e não para servir-se dos cidadãos, recolhendo impostos para manter sua máquina mor das vezes corroída.

Assim, há de prevalecer a humanidade ante o capital, sobrepondo-se o fim primeiro do Estado ante sua estrutura administrativa e fria, ou seja, cabe ao Estado manter o cidadão com um mínimo de dignidade na doença, e não lança-lo à inevitável morte para não gerar custo ao erário. Não se trata de dinheiro, mas de vida humana!⁹³

Por fim, deve o Judiciário assumir que exerce função política sim, e na medida em que interpreta através de amplo esforço de compreensão valorativa das regras, principalmente de direitos sociais previstas na Constituição de 88, ao estabelecer novos papéis a serem desempenhados pelo Estado enquanto provedor de serviços básicos, enquanto promotor de novas relações sociais, enquanto planejador de atividades econômicas,

⁹² AZEVEDO, *op.cit.*, p. 24.

⁹³ TJRJ – 17ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 5540/2000, Relator Des. Luiz Carlos Guimarães, DO 08/09/2000.

etc.⁹⁴ e efetivar os direitos sociais prestacionais, segundo os valores políticos e sociais consagrados na Constituição e segundo os anseios da população.

7 Conclusão

De todo o exposto, pode-se concluir que o Poder Judiciário pode e deve interpretar as normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de modo a lhes dar a maior efetividade, assumindo, assim, seu papel social e político na efetivação do bem-estar e da justiça social.

Para tanto, os juízes devem ter sempre em vista a efetivação dos princípios da liberdade, da igualdade, do direito à vida, da dignidade da pessoa humana em todas as interpretações, cabendo aqui citar trecho da obra do grande mestre Canotilho, ao estabelecer a liberdade igual como paradigma estruturante da ordem jurídico-constitucional portuguesa.⁹⁵

“A liberdade igual aponta para a *igualdade real* (art.9º/d), o que pressupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais. “Liberdade igual” significa, por exemplo, não apenas o direito a inviolabilidade de domicílio, mas o direito a ter casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos; não apenas o direito de expressão mas também a possibilidade de formar a própria opinião; não apenas direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efetiva posse de um posto de trabalho.”⁹⁶

Por fim, o Poder Judiciário deve assumir, assim, seu compromisso histórico com a efetivação dos direitos fundamentais sociais, buscando superar a crônica instabilidade institucional brasileira, no sentido de transformar as estruturas existentes, emancipar os cidadãos, através da tolerância política e do avanço social.⁹⁷

8 Referências Bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. “Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas”. *In Revista dos Tribunais*, nº 751, maio de 1998.

⁹⁴ FARIA, José Eduardo. *As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais, ...*, *op.cit.*, p. 62.

⁹⁵ Explica CANOTILHO, *op.cit.*, p. 450, que: “Existe uma relação indissociável entre direitos econômicos, sociais e culturais e direitos, liberdades e garantias. Se os direitos econômicos, sociais e culturais pressupõem a “liberdade”, também os direitos, liberdades e garantias estão ligados a referentes econômicos, sociais e culturais. Neste sentido se afirma que o paradigma estruturante da ordem jurídico-constitucional portuguesa é o paradigma da *liberdade igual*.”

⁹⁶ CANOTILHO, *op.cit.*, p. 450.

⁹⁷ BARROSO. *op.cit.*, p. 329.

**O PAPEL ATIVO DO PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO EFETIVADOR DOS
DIREITOS SOCIAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BURGELIN, Jean-François. “Une justice à reconstruire”. In *Revue du Droit Public*. Nº 1/2, Paris: Éditions LGDJ, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. *Temas de direito constitucional e de teoria do direito*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 46.
- EWALD, François. *Histoire de l'état providence*. Paris : Grasset & Fasquelle, 1996,
- FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça: A função social do judiciário*. 2ª edição, São Paulo: Ática, 1994.
- _____. *Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil*. Texto preparado para o seminário “Direito e justiça no século XXI”, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, de 29 de maio a 1 de junho de 2003, acesso em 14/02/2004 no site: <http://www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. “O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?”. In *Dossiê Jdiciário*. Revista USP nº 21, acessível no site: <http://www.usp.br/revistausp/n21/numero21.html>, em 14/02/2004
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p.249.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Rio Grande do Sul: Sérgio Antonio Fabris, 2002
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Rio Grande do Sul: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Eficácia das normas constitucionais”. In *RDP*, pp. 57, 58.
- MÜLLER, Friedrich Müller. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2ª ed.. São Paulo: Max Limonad, 2000
- RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Organizado por Erin Kelly; tradução Caludia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- RIBEIRO, Antônio de Pádua. “O judiciário como poder político no século XXI”.

ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA

Conferência proferida em 23.06.99, por ocasião do “Congresso Brasil-Portugal Ano 2000”, em Coimbra, Portugal, publicada na Revista Direito Estado e Sociedade – PUC RJ e acessível no site: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/>

SANTOS, Boaventura de Sousa. “Introdução à sociologia da administração da justiça”. *In Direito e justiça: A função social do judiciário*. Org. José Eduardo Faria, 2ª ed., São Paulo: Ática, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988”. *In Revista de Direito do Consumidor*. Nº 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.