

# Os serviços públicos como condição de possibilidade para a concretização dos direitos sociais fundamentais: o controle judicial da prestação dos serviços públicos no Brasil

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth<sup>1</sup>

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger<sup>2</sup>

## Resumo

O artigo aborda a problemática que envolve os aspectos deficitários da prestação dos serviços públicos pela Administração Pública brasileira. A análise da temática parte da compreensão dos serviços públicos como condição de possibilidade para a concretização dos direitos sociais fundamentais previstos na Constituição Federal, os quais são tomados como normas constitucionais de aplicabilidade imediata. Em face dessa tomada de posição, busca-se averiguar, a partir das vertentes teóricas representadas pelo procedimentalismo e pelo substancialismo, a importância que o controle judicial da prestação dos serviços públicos assume em um país de modernidade tardia como o Brasil, assim como analisar se a dita intervenção vem ocorrendo de forma efetiva ou atuando de maneira meramente cosmética.

**Palavras-chave:** Serviços públicos. Direitos sociais fundamentais. Procedimentalismo. Substancialismo. Controle judicial.

---

<sup>1</sup> Advogado. Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UNIJUÍ. Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Bolsista CAPES.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul e da Universidade de Caxias do Sul. Professora dos cursos de Mestrado em Direito Ambiental e relações de trabalho da Universidade de Caxias do Sul e em Desenvolvimento da Universidade de Ijuí. Pesquisadora do CNPq e FAPERGS

## 1 Introdução

O presente artigo tem por objetivo empreender uma análise sobre a importância do controle judicial no que diz respeito ao cumprimento das normas constitucionais estabelecidas de direitos sociais fundamentais pela Administração Pública brasileira. Para tanto, parte-se da compreensão dos serviços públicos como condição de possibilidade para que os referidos direitos sejam efetivados, razão pela qual, na primeira parte do trabalho, busca-se demonstrar: a) a intrínseca relação que há entre os direitos sociais fundamentais e os serviços públicos; b) as normas constitucionais instituidoras desses direitos devem ser compreendidas como direito de aplicação imediata e não como mero programa e/ou recomendação constitucional; c) o descompasso existente entre a previsão normativa constitucional dos referidos direitos e sua implementação efetiva por parte do Estado brasileiro, identificando as origens históricas desta contradição.

Em um segundo momento, considerando o panorama deficitário que a prestação dos serviços públicos apresenta no Brasil, o trabalho volta-se para a análise da discussão acerca da legitimidade do Poder Judiciário para questionar e interferir nas decisões políticas sobre o tema. O marco teórico escolhido para desenvolver esta discussão é o debate travado entre os autores *procedimentalistas* – que defendem a ideia de que ao Judiciário e, em especial, às Cortes Constitucionais, compete tão somente a função de interpretar o Texto Político de forma procedimental, ou seja, limitando-se a proteger o processo legislativo democrático, não se alicando à condição de guardiões de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais –, e *substancialistas* – compreendem que compete ao Judiciário, por meio, principalmente do controle de constitucionalidade das leis, resistir às ações dos Poderes Executivo e Legislativo que redundem na ineficácia dos direitos individuais ou sociais positivados constitucionalmente –, buscando-se verificar qual dos dois eixos teóricos melhor se ajusta à realidade brasileira.

Por fim, na terceira parte do trabalho, a análise direciona-se para o papel que vem sendo desempenhado no país pelo Poder Judiciário no controle da prestação dos serviços públicos pela Administração, em especial, no que diz respeito à atuação da jurisdição constitucional, buscando demonstrar que ela ainda assume posturas contraditórias que ora se identificam com as teses procedimentalistas e ora com as teses substancialistas.

## **2 Os serviços públicos e os direitos sociais fundamentais: notas sobre a gênese e aplicabilidade nas normas constitucionais estabeledoras de direitos sociais no Brasil**

A noção de “serviço público” encontra-se diretamente relacionada ao advento dos direitos sociais – ou de segunda geração –, nos albores do século XX, sob a influência da Revolução Industrial e dos movimentos sindicais que redundaram, posteriormente, na sua incorporação às Constituições Mexicana (1917), de Weimar (1919) e, no caso brasileiro, à Constituição de 1934.

Esta relação viabiliza-se diante do fato de que os direitos sociais pressupõem uma postura ativa por parte do Estado, que deve colocar à disposição dos cidadãos prestações de natureza jurídica e material, de forma a viabilizar a fruição de tais direitos. Compete, pois, ao Estado, por meio das leis, atos administrativos e da criação real de instalações e serviços públicos, definir, executar e implementar as políticas sociais que facultem o gozo efetivo dos direitos assegurados constitucionalmente.

É justamente em virtude disso que os direitos sociais são:

Os chamados direitos de créditos, ou seja, os direitos que tornam o Estado devedor dos indivíduos, particularmente dos indivíduos trabalhadores e dos indivíduos marginalizados, no que se refere à obrigação de realizar ações concretas, visando a garantir-lhes um mínimo de igualdade e de bem-estar social. Estes direitos, portanto, não são direitos estabelecidos ‘contra o Estado’ ou direitos de ‘participar no Estado’, mas sim direitos garantidos ‘através ou por meio do Estado’.<sup>3</sup>

Assim, torna-se possível afirmar que “os direitos sociais representam uma mudança de paradigma no fenômeno do direito, a modificar a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional”. Os direitos sociais, portanto, referem-se à possibilidade de se ter garantido, por meio da ação

---

<sup>3</sup> BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 2. ed. rev. e ampl. Ijuí: UNIJUÍ, 2000.

estatal, um mínimo de condições econômico-sociais para se viver com dignidade dentro de uma determinada comunidade política<sup>4</sup>.

Como assevera Sarlet:

Os direitos fundamentais sociais a prestações [...] objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada. Ademais, os direitos fundamentais sociais almejam uma igualdade real para todos, atingível apenas por intermédio de uma eliminação das desigualdades, e não por meio de uma igualdade sem liberdade, podendo afirmar-se, neste contexto, que, em certa medida, a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais.<sup>5</sup>

Daí a relação fundamental que se estabelece entre os serviços públicos e os direitos sociais fundamentais, dado que aqueles são condição de possibilidade para concretização destes.

No entanto, ao se trasladar essa concepção de serviço público para a realidade brasileira, um primeiro paradoxo que se apresenta diz respeito ao fato de que, em que pese o Brasil ser uma das dez economias do mundo e ter uma Constituição extremamente avançada, dados estatísticos revelam que mais de vinte milhões de pessoas vivem abaixo da linha da indigência, ao passo que mais de cinquenta milhões vivem abaixo da linha da pobreza. Ou seja, não se vislumbra no país, não

---

<sup>4</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. Ressalta que os direitos de segunda geração são os que asseguram às pessoas as condições de possibilidade para o gozo dos direitos individuais de primeira geração: “como poderia, por exemplo, um analfabeto exercer plenamente o direito à livre manifestação do pensamento? Para que isso fosse possível é que se formulou e se positivou nos textos constitucionais e nas declarações internacionais o direito à educação. Na mesma linha, como pode um sem-teto exercer o direito à intimidade (art. 5º, X, da Constituição brasileira)? Isso será uma ficção enquanto não lhe for assegurado o direito à moradia, hoje constante do rol de direitos sociais do art. 6º da Constituição. E assim sucessivamente”.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998

obstante a posituação dos direitos sociais no Texto Constitucional<sup>6</sup>, a implementação, por parte do Poder Executivo, de serviços públicos em um patamar mínimo para a concretização efetiva desses direitos em igualdade de condições para todos os cidadãos, o que expõe a flagrante contradição que há no país entre a pretensão normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o fracasso evidente do Estado enquanto provedor dos serviços essenciais para a vasta maioria da população.<sup>7</sup>

Algumas considerações de índole histórica podem ajudar na compreensão de tal panorama, iniciando-se pela própria forma como tais direitos foram “conquistados” no Brasil. Ao contrário dos países centrais – dentre os quais se destacam os Estados Unidos, a Inglaterra e a França –, nos quais os direitos integrantes das três gerações (civis<sup>8</sup>, políticos<sup>9</sup> e sociais) identificadas por Marshall<sup>10</sup> são resultado de intensas batalhas que redundaram na sua consolidação paulatina no Brasil, dentre outros países periféricos, tal processo ocorreu de forma bastante peculiar.

De acordo com Santos<sup>11</sup>, nos países periféricos e semiperiféricos, a conquista desses direitos deu-se por meio de “curtos-circuitos históricos”, ou seja, “pela consagração no mesmo acto constitucional de direitos que nos países centrais foram conquistados num longo processo histórico (daí, falar-se de várias gerações de

---

<sup>6</sup> No Brasil, os direitos sociais encontram-se positivados aleatoriamente no Texto Constitucional. O art. 6º da Constituição dispõe: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” O art. 7º da Carta Magna também elenca, em seus XXXIV incisos, direitos sociais. Também há referência aos direitos sociais no título “Da ordem social” da Lei Maior, que abarca os artigos 193 a 232.

<sup>7</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 2002.

<sup>8</sup> Os direitos civis, segundo Marshall estão relacionados ao exercício da liberdade individual e suas derivações, como a liberdade de ir e vir (liberdades físicas), a liberdade de imprensa, de pensamento e de fé (liberdades de expressão e de consciência), bem como o direito à propriedade privada e à justiça (garantia dos direitos). MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

<sup>9</sup> Os direitos políticos dizem respeito à ampliação do direito de voto (sufrágio universal), direito de constituir partidos políticos e direito de plebiscito, referendo e de iniciativa popular. BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 2. ed. rev. e ampl. Ijuí: UNIJUÍ, 2000.

<sup>10</sup> MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

<sup>11</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

direitos).” Ou seja, as gerações de direitos identificadas por Marshall como resultado da luta pela instituição da cidadania plena foram no Brasil, *outorgadas* pelo Estado e não *conquistadas* pelo povo.

Não obstante isso, no Brasil,<sup>12</sup> a pirâmide dos direitos estabelecida por Marshall foi invertida, uma vez que a obtenção de direitos sociais ocorreu sem que os direitos civis e políticos estivessem consolidados. No caso brasileiro, segundo o referido autor:

Primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje, muitos direitos civis, a base da sequência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população.<sup>13</sup>

Essa forma distorcida com que se deu a “conquista” das três gerações de direitos no Brasil ainda faz sentir seus efeitos na contemporaneidade, como destaca Castro, ao afirmar que, no país:

O alistamento eleitoral quase universal e as urnas eletrônicas (direitos de 2ª geração na ‘era da pós-modernidade’) convivem com a difusão de formas de trabalho escravo e com assassinatos de moradores de rua, privados não só do direito à moradia, mas também do direito à integridade e da liberdade de ir e vir (de 1ª geração).<sup>14</sup>

Diante desse panorama de insuficiência de organização institucional para sua concretização, decorrente justamente da noção de “curto-circuito constitucional” cunhada por Santos<sup>15</sup>, os direitos sociais fundamentais são tomados, majorita-

<sup>12</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

<sup>13</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 219.

<sup>14</sup> CASTRO E COSTA, Flávio Dino de. A função realizadora do poder judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Interesse Público*, [S.l.], v. 28, p. 64, 2004.

<sup>15</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v.1, n. 6, p. 273-311, 2008.

riamente, como *normas programáticas*, ou seja, como meras *metas* ou *finalidades* a serem alcançadas pelo Estado em longo prazo, dado que, de imediato, sua efetivação se mostra impossível diante da falta de recursos orçamentários e de capacidade operacional por parte da Administração Pública.

No entanto, “a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros *direito*.”<sup>16</sup> Nesse sentido, as normas denominadas programáticas constituiriam meros instrumentos de comunicação simbólica por meio dos quais se busca criar na população a ideia de um legislador atento aos problemas sociais e decidido a enfrentá-los.

Diante de tais assertivas, no entanto, deve-se recordar da lição de Hesse<sup>17</sup>, para o qual a Constituição não configura “apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.” Daí que, para o referido autor<sup>18</sup>, “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas”.

A partir disso, torna-se possível afirmar, de acordo com Streck<sup>19</sup>, que a Constituição ainda possui força normativa e não é uma simples ferramenta ou uma “terceira coisa” que se interpõe entre o Estado e Sociedade, sendo que o Texto Constitucional ganha ainda mais relevância em países que, como o Brasil, ainda não conseguiram superar as violências representadas pela falta de segurança e de liberdade, pela desigualdade política e pela pobreza.

Nesse sentido, as normas que tratam dos direitos sociais fundamentais, no Brasil, não podem ser tidas como meras recomendações ou preceitos morais

---

<sup>16</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

<sup>17</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

<sup>18</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

<sup>19</sup> STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 273-311, 2008.

com eficácia ético-política meramente diretiva, mas sim como Direito diretamente aplicável<sup>20</sup> Em virtude disso, Silva<sup>21</sup>, ao enfatizar o caráter vinculativo das normas programáticas, leciona que “o fato de dependerem de providências institucionais não quer dizer que não tenham eficácia. Ao contrário, sua imperatividade direta é reconhecida como imposição constitucional aos órgãos públicos”.

Torna-se, portanto, impossível aceitar a inexequibilidade imediata dos direitos sociais estabelecidos pela Constituição Federal brasileira, sob pena de se inocular o qualificativo *social* do Estado de Direito brasileiro, conforme afirmado no art. 1º do Texto Constitucional.<sup>22</sup>

Essa compreensão das normas instituidoras de direitos sociais como direito diretamente aplicável, quando cotejada com o contexto de falhas na prestação real dos serviços públicos básicos por parte do Estado brasileiro, faz emergir a discussão acerca da legitimidade do Poder Judiciário para questionar e interferir nas decisões políticas sobre o tema. E é justamente nessa seara de discussão que se desvela o debate entre os que defendem uma postura abstencionista do Judiciário frente a tais questões (procedimentalistas) e os que preconizam uma intervenção efetiva no sentido de “fazer valer” as disposições constitucionais, sempre que afrontadas pela Administração Pública (substancialistas). É sobre esse embate teórico que se ocupa o tópico a seguir.

---

<sup>20</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. Destaca que, ainda que não se tenham as normas instituidoras de direitos sociais fundamentais como de aplicabilidade imediata, deve-se considerar que elas cumprem também com “uma função sugestiva, apelativa, educativa e, acima de tudo, conscientizadora”, de forma que a sua supressão do Texto Constitucional “enfraqueceria a posição dos integrantes da sociedade civil organizada na reivindicação desses direitos junto aos governos federal, estaduais e municipais. A relevância das normas programáticas também está no sentido teleológico, de modo que apontam para fins futuros e servem de pauta de valores para movimentos que as queiram ver aplicadas e cumpridas”.

<sup>21</sup> SILVA, Felipe Gonçalves. Emancipação, esfera pública e direito: a teoria crítica de Jürgen Habermas. *Revista Mente, Cérebro & Filosofia*. São Paulo, p. 6-15, 2008.

<sup>22</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.



### **3 O poder judiciário e o acompanhamento do cumprimento da constituição pela administração pública: procedimentalismo *versus* substancialismo**

A partir da consideração das normas que estabelecem os direitos sociais fundamentais como sendo de exequibilidade imediata, assume relevância o papel desempenhado pelo Poder Judiciário no que diz respeito ao cumprimento efetivo dessas disposições constitucionais por parte da Administração Pública.

A intervenção do Judiciário no controle da prestação efetiva dos serviços públicos, no entanto, constitui questão tormentosa que suscita amplo debate, dado que a prestação de tais serviços, sob a perspectiva da clássica tripartição dos Poderes, são tarefas exclusivas do Executivo dentro do marco normativo previamente estabelecido pelo Poder Legislativo. Argui-se que o Judiciário não pode se substituir ao poder eleito de forma democrática, assim como não podem as decisões judiciais se sobreporem ao orçamento público, criando despesas e/ou alterando-o da forma como previamente estabelecido pelas autoridades para tanto competentes.

A objeção formulada por Bucci sintetiza a polêmica:

Uma vez que a política pública é expressão de um programa de ação governamental, que dispõe sobre os meios de atuação do Poder Público – e, portanto, com grande relevo para a discricionariedade administrativa, amparada pela legitimidade da investidura do governante no poder –, como pode, e até que ponto, o Poder Judiciário apreciar determinada política pública sem que isso represente invasão indevida na esfera própria da atividade política de governo?<sup>23</sup>

Nesse debate, dois eixos teóricos principais podem ser identificados. Por um lado, os autores denominados *procedimentalistas* – dentre os quais serão destacados no presente trabalho Antoine Garapon<sup>24</sup> e Jürgen Habermas<sup>25</sup> – entendem que a intervenção do Judiciário na política redundaria a perda da liberdade, enfra-

---

<sup>23</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

<sup>24</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>25</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1-2.

quecendo a cidadania ativa e transformando os cidadãos em meros clientes das burocracias estatais. De outra banda, autores designados por *substancialistas* – dentre os quais será destacado aqui Mauro Cappelletti<sup>26</sup> – entendem que a invasão da política pelo Judiciário é favorável e contribui para o enriquecimento da agenda igualitária, sem qualquer prejuízo à liberdade. A seguir, procurar-se-á traçar um breve paralelo no qual serão salientados os principais pontos de divergência entre estes dois eixos teóricos.

### 3.1 O procedimentalismo

Os autores tidos por *procedimentalistas* defendem a tese de que a intervenção do Judiciário na política conduziria à perda da liberdade dos cidadãos, que passariam a uma situação de gozo passivo de direitos, típica do que no Brasil se designa por *clientelismo*<sup>27</sup>. Nesse sentido, Antoine Garapon<sup>28</sup> compreende que o que ele denomina por “gigantismo do poder Judiciário”, coincidiria com o desestímulo para um agir orientado para fins cívicos, transformando o juiz e a lei nas derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados e socialmente perdidos.

Para o referido autor:

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o ‘déficit democrático’ de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

<sup>27</sup> No clientelismo, o Estado aparece para grande parcela da população como uma instituição necessária, mas “externa” ao cidadão, porque fora do seu controle. Ao Estado, portanto, apenas se “recorre” em busca de “favores pessoais”. O “cidadão”, assim, assume uma condição de *docilidade* que o transforma em *objeto* – e não *sujeito* – da ação do Estado. Em outras palavras, assume uma postura passiva, de mero *cliente* do Estado. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

<sup>28</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>29</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Ou seja, a valorização do Judiciário constituiria apenas uma resposta à desqualificação da política. Assim, o Judiciário e suas instituições passam a ser percebidos como a salvaguarda confiável das expectativas por igualdade, comportando-se de modo substitutivo ao Estado, aos partidos, à família, à religião, que não mais são capazes de continuar cumprindo as suas funções de solidarização social. Segundo Garapon<sup>30</sup>, “a sociedade democrática desfaz os laços e os refaz socialmente. Ela é obrigada, hoje, a fabricar o que antigamente era outorgado pela tradição, pela religião ou pelos costumes. Forçada a ‘inventar’ a autoridade, sem sucesso, ela acorre então para o juiz.”

Na falta de política, a Justiça assume o seu lugar, desinstitucionalizando a democracia e enfraquecendo, reflexamente, a cidadania ativa, uma vez que a população transfere à lei e aos seus aplicadores a esperança de uma real capacidade de transformação social<sup>31</sup>. Como salientam Vianna et al:

Da perspectiva de Garapon, o redimensionamento do papel do Judiciário nas sociedades contemporâneas seria conseqüência da ruína do edifício mental e institucional da modernidade, revestindo-se dos sombrios contornos de uma crise monumental do paradigma político da democracia e da sua expressão dogmática – a soberania popular –, construído a partir da Revolução Francesa. Assim, segundo ele, o Judiciário tem avançado sobre o campo da política onde prosperam o individualismo absoluto, a dessacralização da natureza simbólica das leis e da idéia de justiça, a deslegitimação da comunidade política como palco da vontade geral, a depreciação da autonomia cidadã e a sua substituição pela emergência do cidadão-cliente e do cidadão-vítima, com seus clamores por proteção e tutela, a racionalidade incriminadora e, afinal, o recrudescimento dos mecanismos pré-modernos de repressão e de manutenção da ordem.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 140-141.

<sup>31</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 140-141.

<sup>32</sup> VIANNA, Luiz Werneck. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Diante desse panorama pouco otimista, Garapon<sup>33</sup> propõe um novo papel para a Justiça: ao invés da cura salvífica dos indivíduos, competiria a ela auxiliá-los a encontrar, nas suas próprias relações sociais, as soluções para os problemas que os afligem. Nesse sentido, competiria ao Judiciário não uma intervenção no âmbito da política, mas sim na revitalização do tecido social. Ou seja, ao juiz competiria um papel de terapeuta social e não de interventor político.

Outro autor procedimentalista que combate a intervenção excessiva do Judiciário no âmbito da política é Jürgen Habermas<sup>34</sup>, para o qual tal interferência incide sobre a racionalidade do processo de produção da lei, que sob condições da divisão de poderes no Estado, não se encontra à disposição dos órgãos de aplicação do Direito. Para o referido autor :

A lógica da divisão de poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, sugere que se configure auto-reflexivamente a legislação, de modo idêntico ao da justiça e que se a revista com a competência do autocontrole de sua própria atividade. O legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontraram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei. De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador.<sup>35</sup>

Ou seja, se tal premissa não for observada, abrem-se as portas para os tribunais criarem o Direito, função reservada, segundo a lógica da divisão de poderes, ao legislador democrático.

Importante ressaltar que, para Habermas<sup>36</sup>, no processo democrático de criação legislativa, os cidadãos devem se reconhecer como *autores* do Direito, e não como seus destinatários. Ou seja, o cidadão não é um simples cliente da burocracia estatal, mas um ator autônomo que constitui a sua vontade e opinião no âmbito da sociedade civil e da esfera pública, canalizando-a em um fluxo comunicacional

---

<sup>33</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>34</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

<sup>35</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

<sup>36</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 301.

livre para o interior do sistema político. Nessa lógica, a comunicação política dos cidadãos envolve todos os assuntos de interesse público e resulta, ao final, nas decisões de corporações legislativas.

É de Habermas a seguinte lição:

A esfera pública é um sistema de alarme dotado de sensores não especializados, porém, sensíveis no âmbito de toda a sociedade. Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem de reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-los e a identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar. [...] Às vezes é necessário o apoio de ações espetaculares, de protestos em massa e de longas campanhas para que os temas consigam ser escolhidos e tratados formalmente, atingindo o núcleo do sistema político e superando os programas cautelosos dos 'velhos partidos'.<sup>37</sup>

A legitimidade do Direito, assim, advém do processo legislativo democrático, no qual todos os cidadãos sentem-se autores das normas, razão pela qual uma esfera pública atuante “fica caracterizada pela constituição de redes comunicativas capazes de orientar e criticar reflexivamente os resultados das instituições burocráticas de tomada de decisão”.<sup>38</sup>

Como ressaltam Vianna et al<sup>39</sup>, na ótica habermasiana “a comunidade de intérpretes da Constituição se faria presente diretamente na vida pública e não pela mediação dos tribunais.” Daí a afirmação de Silva<sup>40</sup> no sentido de que se os espaços abertos pelos procedimentos jurídico-democráticos não são ocupados e alargados por fluxos comunicativos constantes provenientes das bases sociais do mundo da

---

<sup>37</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed.. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 91, 116.

<sup>38</sup> SILVA, Felipe Gonçalves. Emancipação, esfera pública e direito: a teoria crítica de Jürgen Habermas. *Revista Mente, Cérebro & Filosofia*. São Paulo, p. 6-15, 2008.

<sup>39</sup> VIANNA, Luiz Werneck. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>40</sup> SILVA, Felipe Gonçalves. Emancipação, esfera pública e direito: a teoria crítica de Jürgen Habermas. *Revista Mente, Cérebro & Filosofia*. São Paulo, p. 6-15, 2008.

vida,<sup>41</sup> as possibilidades de autonomia e emancipação contidas no *medium* do Direito podem ser facilmente convertidas em simples instrumentos de dominação, dando aparência de legitimidade a uma dominação sistêmica ilegítima.

Com isso, o paradigma procedimental do Direito, segundo Cittadino<sup>42</sup>, “pretende *apenas* assegurar as condições necessárias, a partir das quais os membros de uma comunidade jurídica, por meio de práticas comunicativas de autodeterminação, interpretam e concretizam os ideais inscritos na Constituição”. Nesse sentido, as Cortes Constitucionais devem se limitar a uma interpretação procedimental da Constituição, limitando-se a proteger o processo legislativo democrático e não se alçando à condição de guardiãs de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais<sup>43</sup>. Em síntese, à jurisdição competiria tão somente a função de garantir as condições necessárias para que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas, bem como sobre a forma mais adequada para a sua solução.

Nesse diapasão, uma jurisprudência “ofensiva” por parte dos Tribunais Constitucionais somente teria espaço nos casos que versam sobre a “imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade”<sup>44</sup>. Ou seja, ao Judiciário somente caberia um papel ofensivo para a criação de uma jurisprudência constitucional que viesse a garantir autenticidade democrática aos procedimentos e uma ampla deliberação, sem exclusões sociais, que devem estar presentes na formação política da opinião e da vontade do soberano<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> De acordo com SOUZA CRUZ “o conceito habermasiano de mundo da vida é bastante complexo, pois envolve o horizonte de consciência individual e da coletividade na qual esse indivíduo se insere. Superando o pensamento husserliano, de modo a afastar o conceito de sua visão ainda estacionada na filosofia da consciência, Habermas o percebe como um horizonte que compreende a cultura, as tradições, sua percepção de pertencimento a um determinado grupo ou alguma instituição social, bem como a capacidade do indivíduo de agir e de se comunicar. O mundo da vida pessoal de alguém incapaz de ler ou de escrever é bastante diferente daquele versado nas letras, o que permite dizer que a linguagem define/circunscreve o mundo da vida individual.” SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>42</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

<sup>43</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed.. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

<sup>44</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed.. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 347.

<sup>45</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

Leal<sup>46</sup> chama a atenção para o fato de que não se pode simplesmente afirmar que Habermas é contra a jurisdição constitucional, referindo-se à necessidade de se entender que, na ótica habermasiana, “marcada pela radicalização dos espaços de participação e interlocução política racional, a ideia de uma instância privilegiada de dicção dos *standards* e pautas deontológicas normativas é tão arbitrária quanto a centralização do Poder nas mãos de um Parlamento ou Executivo imperiais.” Assim, em uma democracia marcada pela ideia de participação político-social por meio de veículos institucionais e não-institucionais, o Poder Judiciário, ou qualquer outro poder estatal, “não tem o condão de *make public choices*, mas pode e deve assegurar aquelas escolhas públicas já tomadas por estes veículos, notadamente as insertas no Texto Político, demarcadoras dos objetivos e finalidades da República Federativa.”<sup>47</sup>

### 3.2 O substancialismo

Opondo-se à perspectiva procedimentalista, os autores substancialistas entendem positivamente o processo de intervenção do Judiciário na política. Compreende-se, aqui, que:

O atual deslocamento da agenda revolucionária e a positivação do ideal de justiça nas Constituições modernas estariam configurando um território cognitivo e valorativo em que se reporia a perspectiva de uma transformação progressiva das sociedades e de suas instituições, desde que o Judiciário, um dos seus principais portadores, se comporte como guardião dos princípios e valores fundamentais.<sup>48</sup>

Ao analisar a problemática da “criatividade jurisprudencial”, ou seja, do papel do juiz enquanto mero aplicador ou participante ativo da atividade legislativa, Cappelletti<sup>49</sup> destaca que “a expansão do papel do judiciário representa o necessá-

---

<sup>46</sup> LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>47</sup> LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

<sup>48</sup> VIANNA, Luiz Werneck. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>49</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

rio contrapeso [...] num sistema democrático de ‘*checks and balances*’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno”. Tal fenômeno é identificado pelo referido autor<sup>50</sup> como resultado da flexibilização do formalismo jurídico verificada no século XX, em decorrência do novo papel atribuído ao Direito no *Welfare State*.

Com efeito, o Estado de bem-estar social foi responsável pelo aumento dos encargos do Legislativo e do Executivo. Reflexamente, verificou-se também um aumento das responsabilidades do Judiciário, que passou precipuamente, por meio do controle da constitucionalidade das leis, a exercer o controle dos demais poderes, protegendo, assim, a sociedade em geral contra eventuais abusos, ao transformar-se em um “terceiro gigante” capaz de controlar o “legislador mastodonte” e o “leviatanesco administrador.”<sup>51</sup>

Ao contrário da perspectiva habermasiana, não se crê aqui que a democracia representativa esteja dotada de capacidade de promover a razão e a justiça, o que se verifica na contemporaneidade a partir da exclusão das minorias do processo de formação da vontade do soberano VIANNA et al.<sup>52</sup>. Citando Martin Shapiro, Cappelletti salienta que o Executivo e o Legislativo não se comportam como instituições de vocalização da vontade popular, mas sim como uma

complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que resulta daí não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria [...], e sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes.<sup>53</sup>

Diante desse contexto, Cappelletti<sup>54</sup> compreende que o Poder Judiciário, atuando na esfera política, contribui para incorporar ao sistema político os grupos marginais que nele veem uma possibilidade de vocalização de seus direitos, por meio do processo. Ou seja:

<sup>50</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

<sup>51</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 47.

<sup>52</sup> VIANNA, Luiz Werneck. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>53</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

<sup>54</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 95.



Mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário [...] deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.<sup>55</sup>

Torna-se, assim, possível afirmar que a tese substancialista diz respeito ao constitucionalismo-dirigente que ingressa nos ordenamentos jurídicos dos países após a Segunda Guerra mundial, relegando ao Poder Judiciário, por meio da positivação dos direitos fundamentais, um papel de absoluta relevância para a concretização deles, o que perpassa por uma ação intervencionista e não meramente absteísta própria de um modelo liberal-individualista-normativista.<sup>56</sup> É justamente essa postura ativa por parte do Judiciário que será objeto de análise a seguir.

#### **4 O controle judicial dos serviços públicos no Brasil**

Uma análise da realidade deficitária apresentada pelos serviços públicos no Brasil revela que, não obstante o fato de não se poder vislumbrar no Poder Judiciário uma solução mágica para todos os problemas das insuficiências do *Welfare State*, a tese substancialista é a que melhor se amolda à realidade nacional de país de modernidade tardia. Isso por que:

*Dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados. [...] Com todos os cuidados que isso implica.<sup>57</sup>*

---

<sup>55</sup> VIANNA, Luiz Werneck. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 37-58.

<sup>56</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>57</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 52-53.

Tal posicionamento decorre da compreensão de que no presente momento histórico é preciso compreender que o Direito não cumpre mais com uma função de mera ordenação (como na fase liberal), ou de promoção (como na fase do Estado de Bem-Estar Social): no Estado Democrático de Direito, o direito “é mais do que um *plus* normativo em relação às fases anteriores, constituindo-se em um elemento qualificativo para a sua própria legitimidade, uma vez que impulsiona o processo de transformação da realidade.”<sup>58</sup> Nesse sentido, no Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional transforma-se na garantidora dos direitos sociais fundamentais e da própria democracia.

Nessa mesma linha de raciocínio, Vianna et al<sup>59</sup> entendem que, por um lado, se a intervenção do Judiciário no âmbito da política significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do Direito e a substituição de um Estado benfeitor por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos.

Mas, por outro lado, os sobreditos autores entendem que:

A mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimidas no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça.<sup>60</sup>

Assim, resta demonstrado que, na realidade brasileira, a única perspectiva que se apresenta como viável, por ora, para a consolidação dos direitos sociais fundamentais é a substancialista, o que se revela principalmente a partir do panorama

---

<sup>58</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>59</sup> VIANNA, Luiz Werneck. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>60</sup> VIANNA, Luiz Werneck. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 43.

de pobreza política<sup>61</sup> que grassa na realidade social do país, a impedir que um processo democrático de criação da lei como preconizado por Habermas se verifique.

Não obstante isso, deve ser levado em consideração o processo de enfraquecimento do Poder Público na contemporaneidade em decorrência da cada vez maior influência do Poder de Mercado, fazendo com que o Estado Administrador passe:

A ter uma função meramente ratificadora do projeto de crescimento social pautado pelas leis do mercado, organizando suas atividades e competências de maneira a gestar os problemas causados por este modelo, bem como intervindo somente em setores que são estratégicos para alavancá-lo, tais como políticas educacionais técnicas retroalimentadoras da mão de obra demandada por aquele modelo; políticas de saúde meramente curativas, suficientes para reabilitar os trabalhadores à produção; políticas de fomento e subsídios para setores que se encontram alinhados mercadologicamente, deixando ao largo as suas funções de gestor preventivo e acautelador das garantias e direitos fundamentais.<sup>62</sup>

Lembra Streck,<sup>63</sup> nesse diapasão, que as consequências desse “enxugamento” do Estado Providência em países que, como o Brasil, não tiveram um modelo de Estado tal, são absolutamente nefastas do ponto de vista da concretização dos direitos sociais fundamentais, em função justamente da grande desigualdade social ainda existente, fazendo com que se chegue ao seguinte dilema: “quanto mais ne-

---

<sup>61</sup> A expressão é cunhada por Demo, para o qual constitui pobreza política “aceitar um Estado avassalador e prepotente, bem como uma economia selvagem. É pobreza política conviver com um estado de impunidade, de exceção, de privilégio, em vez do Estado de direito. Ao povo só deveres, sem direitos. À minoria privilegiada, só direitos como dever. Para tanto, cultiva-se o analfabetismo, a desorganização da sociedade civil, o atrelamento dos sindicatos e partidos, o desmantelamento das identidades culturais, o centralismo administrativo. É pobreza política lancinante não reivindicar direitos, mas os pedir, os suplicar, os esperar passivamente. É pobreza política entender o Estado como patrão ou tutela, aceitar o centro como mais importante que a base, ver o serviço público como caridade governamental, conceber o mandante como possuidor de autoridade própria”. DEMO, Pedro. *Pobreza política*. 5. ed. Campinas: Autores Associados, 1996. (Col. Polêmicas do nosso tempo, v. 27). P. 22.

<sup>62</sup> LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>63</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. e atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

cessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe!”<sup>64</sup>

Para Streck,

tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, *que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador*, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito<sup>65</sup>

Assim, diante de uma realidade como a brasileira exsurge para o Direito e para a Constituição um novo papel, visto que no país ainda não se conseguiu superar as violências representadas pela falta de segurança e pela desigualdade política e social.

Final, não se pode olvidar que o Brasil, não obstante as reformas liberalizantes por que vem passando nas últimas décadas, ainda se configura como um Estado Democrático de Direito, tendo por obrigação constitucional realizar os objetivos elencados no art. 3º da Constituição de 1988, por meio da implementação de serviços e políticas públicas. Nesse sentido, destaca Barroso<sup>66</sup> que o novo Direito Constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com a redemocratização e reconstitucionalização do país, é fruto de duas mudanças de paradigmas: o primeiro representado pela busca da efetividade das normas constitucionais, fundamentada pela força normativa da Carta Política; e o segundo representado pelo desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional, lastreada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação que alçaram o Direito Constitucional ao centro do sistema jurídico, sendo responsável pelo processo de filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional.

---

<sup>64</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. e atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 25- 26.

<sup>65</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. e atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.26.

<sup>66</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Coord.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

Assim, em uma realidade como a brasileira, o controle judicial da prestação de serviços públicos pela Administração Pública, de forma a adequar a atuação do Poder Público ao conteúdo e aos fins constitucionais sempre que se vislumbrar hipótese de afastamento ou desvio do Texto Constitucional, assume especial relevância. Ou seja, afigura-se perfeitamente possível que o Judiciário busque, por meio da sua intervenção na política, assegurar a máxima eficácia dos direitos sociais fundamentais. Isso porque, no Brasil, como salienta Krell<sup>67</sup>, “a eficácia social reduzida dos Direitos Fundamentais Sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público.”

Dessa forma, o Judiciário, por meio principalmente do controle de constitucionalidade das leis, assume uma postura de instância de resistência às “investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.”<sup>68</sup>

Deve-se gizar que não se trata de uma atuação “invasiva” do Judiciário no campo de atuação do Poder Executivo, mas sim uma postura que busca corrigir inconstitucionalidades, abusos ou desvios de poder, de forma a compatibilizar a prestação dos serviços públicos às diretrizes e mandamentos constitucionais. Nesse sentido é o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, esposado no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 410.715-5:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, como adverte a doutrina, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer,

<sup>67</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

<sup>68</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional [...].<sup>69</sup>

Em que pese essa compreensão, no entanto, deve-se levar em consideração o fato de que, no Brasil, a jurisdição constitucional ainda não firmou posição definitiva quanto à opção por uma ou por outra corrente doutrinária (procedimentalismo ou substancialismo). Como salientam Leal e Schumacher<sup>70</sup>, uma análise atenta das recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, demonstra que ora o modelo seguido é o norte-americano, assentado “na interação do texto constitucional com a prática política, deixando para o processo político a especificação dos conteúdos tidos como substanciais”; ora no modelo alemão, que “tende a concentrar maior ênfase na capacidade formal do texto de influenciar a prática política, para o que a fiscalização exercida pelo Tribunal Constitucional se afigura como sendo de extrema relevância.”<sup>71</sup>

Assim, enquanto no modelo norte-americano a Suprema Corte estabelece como autolimitação da sua atuação no controle de constitucionalidade das leis o fato de que as decisões políticas não inadmissíveis, recusando-se, portanto, a julgar

---

<sup>69</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 410.715-5. *Diário da Justiça*, Brasília, 03 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

<sup>70</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig; SCHUMACHER, Gláucia. A concretização dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional: breve comparativo entre a atuação do *bundesverfassungsgericht* alemão e da *supreme court* norte-americana – reflexões acerca dos desafios e de se há uma jurisdição constitucional brasileira. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEWSKI, Clovis (Org.). *A concretização dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Norton, 2007. p. 245-260.

<sup>71</sup> Referidas diferenças entre o sistema norte-americano e o alemão decorre, segundo Leal e Schumacher da lógica de constituição dessas duas sociedades. Isso porque a formação da sociedade americana encontra-se assentada sobre o aspecto político e representativo, ao passo que a Alemanha, em decorrência dos resquícios deixados pelo nazismo, apresenta uma profunda desconfiança nos processos políticos e legislativos, outrora utilizados como instrumentos de legitimação das práticas nazistas, razão pela qual, na realidade germânica, a jurisdição constitucional passou a ter lugar de destaque no contexto da nova ordem democrática estatuída pela Lei Fundamental de 1949, Carta esta marcada pela proeminência dos aspectos valorativos e dos direitos fundamentais. LEAL, Mônia Clarissa Hennig; SCHUMACHER, Gláucia. A concretização dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional: breve comparativo entre a atuação do *bundesverfassungsgericht* alemão e da *supreme court* norte-americana – reflexões acerca dos desafios e de se há uma jurisdição constitucional brasileira. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEWSKI, Clovis (Org.). *A concretização dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Norton, 2007. p. 245-260.

conflitos entre órgãos estatais sob o argumento de que eles devem ser resolvidos por meio do processo político, centralizando, dessa forma, o foco sobre o Poder Legislativo, na Alemanha, o Tribunal Constitucional não pode se furtar a tomar uma decisão sob a alegação de tratar-se de uma questão política, fazendo, assim, com que o respeito ao legislador perpassa por uma lógica inversa, manifestando-se por meio do princípio da interpretação conforme, fazendo com que o foco centre-se, portanto, na jurisdição<sup>72</sup>.

Assim, em que pese, segundo as já referidas autoras<sup>73</sup>, existir no Brasil uma estrutura republicana semelhante a dos Estados Unidos e uma lógica social vinculada aos direitos fundamentais de forma semelhante à existente na Alemanha, ainda falta à jurisdição nacional “descobrir sua vocação”, dado que, em algumas decisões, o Supremo Tribunal Federal adota uma postura voltada à realização dos direitos fundamentais e da Constituição por meio da utilização, nas decisões, de recursos hermenêuticos semelhantes aos utilizados pelo *Bundesverfassungsgericht* alemão – como, por exemplo, a interpretação conforme a nulidade parcial sem redução de texto e as sentenças manipulativas aditivas e restritivas. No entanto, em outras decisões, o STF ainda assume uma postura ainda bastante conservadora, quando não reconhece a normatividade dos princípios constitucionais assentados em direitos fundamentais ou quando se esquia de tomar determinadas medidas alegando tratarem-se de questões de índole política, ocasiões estas em que se revela um posicionamento de inspiração americana.

É justamente em virtude dessas contradições que, trazendo o debate *procedimentalismo x substancialismo* para a realidade brasileira, Streck afirma que, em *terrae*

---

<sup>72</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig; SCHUMACHER, Gláucia. A concretização dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional: breve comparativo entre a atuação do *bundesverfassungsgericht* alemão e da *supreme court* norte-americana – reflexões acerca dos desafios e de se há uma jurisdição constitucional brasileira. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clovis (Org.). *A concretização dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Norton, 2007. p. 245-260.

<sup>73</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig; SCHUMACHER, Gláucia. A concretização dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional: breve comparativo entre a atuação do *bundesverfassungsgericht* alemão e da *supreme court* norte-americana – reflexões acerca dos desafios e de se há uma jurisdição constitucional brasileira. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clovis (Org.). *A concretização dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Norton Editor, 2007. p. 245-260.

*brasilis*, o dilema que se apresenta é que nenhuma das duas teses é sufragada no agir cotidiano dos juristas. Em relação ao substancialismo, isso se revela a partir da

inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição e da postura assumida pelo Poder Judiciário na apreciação de institutos como o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, além da falta de uma filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores à Constituição<sup>74</sup>. Ademais, ressalta o referido, que o Judiciário brasileiro não sufraga a tese substancialista porque, “preparado para lidar com conflitos interindividuais, próprios de um modelo liberal-individualista, não está preparado para o enfrentamento dos problemas decorrentes da transindividualidade, própria do (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição promulgada em 198<sup>75</sup>”.

Já em relação ao procedimentalismo, refere Streck que:

A submissão do Congresso à reiterada utilização indiscriminada de medidas provisórias por parte do Poder Executivo deixam claro o quanto estamos distante de promover o que Habermas denomina de ‘combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada e não institucionalizada’, enfim, o quando estamos distantes da criação democrática de direitos e da garantia da preservação dos procedimentos legislativos aptos a estabelecer a autonomia dos cidadãos.<sup>76</sup>

Ademais, a mescla de elementos retirados pela jurisdição constitucional brasileira ora do sistema americano ora do sistema alemão denota que ainda há, no Brasil, um processo de “importação cultural” despreocupado com os aspectos atinentes ao modelo de formação sócio-econômico-cultural do país, olvidando-se do fato de que “as instituições jurídico-constitucionais de um povo somente podem ser compreendidas a partir das ideias morais e dos princípios políticos que o animam e do sentido histórico com que se desenvolveram”, ra-

---

<sup>74</sup> STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 273-311, 2008.

<sup>75</sup> STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*.

<sup>76</sup> STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 273-311, 2008.



ção pela qual “não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra sem levar-se em conta os condicionamentos sócio-culturais e econômico-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos.”<sup>77</sup> Referida cautela deve-se ao fato de que “os mesmos textos e procedimentos jurídicos são capazes de causar efeitos completamente diferentes, quando utilizados em sociedades desenvolvidas (*centrais*) como a alemã, ou numa *periférica* como a brasileira.”<sup>78</sup>

Assim, aceitando-se o fato de que a postura substancialista por parte do Judiciário é a que melhor se amolda à realidade brasileira, reveste-se de curial importância buscar criar, na jurisdição constitucional do país, bases operacionais e teóricas mais sólidas e explícitas para a fundamentação das decisões, de forma a adequá-las à realidade nacional e centrá-las na noção de dignidade humana e no perfil democrático do Texto Constitucional brasileiro, haja vista que “enquanto isso não ocorrer, qualquer tentativa de incorporação de instrumentos e de recursos processuais próprios de outros modelos e de outras realidades se perderá no vazio em que se desenvolve a sua própria operacionalização, deixando sem identidade o país constitucional que somos.”<sup>79</sup>

Assim, a grande questão a ser enfrentada pela jurisdição constitucional brasileira é assumir sua verdadeira “identidade”, a fim de que, a partir de uma base teórica sólida, promova a efetiva concretização dos direitos sociais fundamentais, não tendo pejo em interferir nas decisões políticas sempre que estas representarem retrocesso social ou fragilização/inefetividade de ditos direitos.

---

<sup>77</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

<sup>78</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 42.

<sup>79</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig; SCHUMACHER, Gláucia. A concretização dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional: breve comparativo entre a atuação do *bundesverfassungsgericht* alemão e da *supreme court* norte-americana – reflexões acerca dos desafios e de se há uma jurisdição constitucional brasileira. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEWSKI, Clovis (Org.). *A concretização dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Norton, 2007. p. 245-260.

## 5 Conclusão

Como se procurou demonstrar no decorrer do presente trabalho, a interferência do Poder Judiciário no controle da forma como se dá a prestação dos serviços públicos pela Administração Pública pode ser vista como uma forma de “compensação” do déficit social que o país apresenta. Ou seja, diante da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo na efetivação dos direitos sociais fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988, a atuação do Poder Judiciário representa um importante instrumento para o resgate dos direitos não realizados.

Nesse sentido, uma postura substancialista impõe-se, visto que, no Brasil, em decorrência da pobreza política da população, o esforço em revalorizar a cidadania não pode ficar adstrito tão somente a confiar nos processos políticos de formação da opinião, ainda mais quando se leva em consideração o fato de que eles ainda se encontram profundamente dominados pelos nexos clientelísticos e de patronagem, de forma que uma postura procedimentalista por parte do Judiciário representaria apenas um afastamento desse Poder dos problemas sociais que cada vez mais se agudizam na sociedade brasileira, grande parte deles decorrentes justamente das falhas que a prestação efetiva dos serviços públicos apresenta.

No entanto, se se aceitar como positivo o controle do Judiciário sobre a prestação dos serviços públicos pela Administração Pública, deve-se levar em consideração o fato de que no país ainda não há um modelo sólido de jurisdição constitucional comprometido efetivamente com a realidade nacional, o que se revela precipuamente a partir das decisões contraditórias levadas a cabo pelo Supremo Tribunal Federal nas questões envolvendo a Administração Pública, que ora assume uma postura mais ativa típica do *Bundesverfassungsgericht* alemão, ora extremamente conservadora, lastreada nos moldes norte-americanos, revelando que ainda não há, em sede de jurisdição constitucional no país, a formação de uma “identidade” efetivamente comprometida com a correção das desigualdades sociais historicamente verificadas na sociedade brasileira e com uma atuação criativa e promocional dos direitos fundamentais estabelecidos no Texto Constitucional.

## **The public services as condition of possibility to the concretion of fundamental social rights: the judicial control of the public services response in brazil**

### **Abstract**

The present paper analyses the problem towards the response of the public services by the Brazilian Public Administration, especially when it is related to the deficient aspects. The study shows the comprehension of the public services as condition of possibility to the concretion of the fundamental social rights established on the Federal Constitution, which are considered constitutional norms of immediate applicability. Due to this argument, it is analyzed, through the theoretical basis represented by the proceduralism e the substantialism, the importance that the judicial control of the public services response represents in a late modernity in Brazil, as well as to consider if this intervention has occurred in an effective way or in a simply cosmetic way.

**Keywords:** Public services. Fundamental social rights. Proceduralism. Substantialism. Judicial control.

### **Referências**

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós- positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Coord.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 2. ed. rev. e ampl. Ijuí: UNIJUÍ, 2000.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CASTRO E COSTA, Flávio Dino de. A função realizadora do poder judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Interesse Público*. v. 28, 2004.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DEMO, Pedro. *Pobreza política*. 5. ed. Campinas: Autores Associados, 1996. (Col. Polêmicas do nosso tempo, v. 27).

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; SCHUMACHER, Gláucia. A concretização dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional: breve comparativo entre a atuação do *bundesverfassungsgericht* alemão e da *supreme court* norte-americana – reflexões acerca dos desafios e de se há uma jurisdição constitucional brasileira. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEWSKI, Clovis (Org.). *A concretização dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Norton, 2007. p. 245-260.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. O controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, p. 1843-1868, 2007. v. 7.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Felipe Gonçalves. Emancipação, esfera pública e direito: a teoria crítica de Jürgen Habermas. *Revista Mente, Cérebro & Filosofia*. São Paulo, p. 6-15, 2008.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1998.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v.1, n. 6, p. 273-311, 2008.

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