

A questão da judiciabilidade dos direitos fundamentais constitucionais

*Fahd Medeiros Awad**

Resumo

Este artigo tem como objetivo tratar da problemática envolvendo a judicialização das políticas públicas visando à efetivação dos direitos fundamentais. Defende-se a viabilidade de se reconhecer ao Poder Judiciário um novo papel, que não substitui, mas complementa e se agrega às suas antigas, clássicas e rotineiras funções. Numa sociedade moderna, complexa e policêntrica como a brasileira, o magistrado não pode mais se afastar das novas funções que lhe acometem. Ao se reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário, quando provocado, a determinar à administração a realização de políticas públicas, contribuindo, assim, para a difusão da ideia de que a implementação de um Estado democrático de direito e a afirmação da cidadania são fenômenos perseguíveis também mediante a atuação do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Judiciabilidade. Poder Judiciário. Políticas públicas.

Introdução

A complexidade que envolve a realização dos direitos fundamentais e a indissociável conexão com o não-agir político e, assim, com a não-formulação de políticas públicas adequadas pelos órgãos administrativos redundam numa outra discussão a ser enfrentada: a da judiciabilidade dos direitos fundamentais constitucionais.

Em princípio, os direitos denominados de defesa geram direito subjetivo que permite ao seu titular pleitear, pelos meios processuais, a vedação a interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental,

* Graduado em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul e mestre em Direito pela UFPR. Professor da Faculdade de Direito na disciplina Hermenêutica e Argumentação Jurídica.

ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal. Quanto às normas programáticas, entende-se que não produzem direitos subjetivos em seu aspecto positivo, tendo somente o condão de impedir que o legislador e a administração editem normas ou desenvolvam atividades em desconformidade com a axiologia constitucional.

O raciocínio complica-se ao se admitir que também os direitos de defesa apresentam um aspecto prestacional. Advoga-se, a propósito, a existência de um dever de proteção pelos órgãos governamentais correlacionado a um direito à proteção dos direitos fundamentais, independentemente da dimensão a que pertençam tais direitos. De fato, o Estado encontra-se incumbido de zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos contra ingerências por parte dos poderes públicos e contra agressões de particulares, o que, eventualmente, pode ser diretamente exigido em juízo, embora acerca desse assunto pairesm relevantes controvérsias.

A questão da judiciabilidade dos direitos fundamentais constitucionais

A questão da judiciabilidade dos direitos fundamentais em nível individual

A problemática da judiciabilidade dos direitos fundamentais – tanto os de caráter prestacional como os direitos de defesa na sua feição de direitos à proteção – pode ser equacionada em dois diversos momentos: um primeiro, em que se abordará a questão analisando situações que se reportam à pessoa individual, e um segundo, no qual se refletirá acerca da concretização, mediante o processo jurisdicional, dos direitos fundamentais em nível coletivo.

Quanto a este tópico, impende, inicialmente, reportar duas considerações. A primeira assertiva afirma que a judiciabilidade dos direitos fundamentais resulta conexa ao grau de regulamentação infraconstitucional desses direitos, ou seja, quanto maior for o detalhamento do direito subjetivo, tanto maior será a tutela deferida. Ingo Sarlet, analisando o assunto, orienta para o fato de que se tem preconizado que

a necessidade de uma concretização legislativa não se reconduz tão-somente ao aspecto da determinação do conteúdo, já que os direitos de defesa, de regra, também contêm formulações de cunho aberto e vago, mas que nem por isto deixam de ser diretamente aplicáveis pelos órgãos judiciários, mediante o recurso à interpretação, sem que se cogite, neste particular, de ofensa ao princípio da separação dos poderes. A necessidade de interposição legislativa dos direitos sociais prestacionais de cunho programático [e dos direitos de defesa na sua função de direitos à prestação] justifica-se apenas [...] pela circunstância [...] de que se cuida de um problema de natureza competencial, porquanto a realização destes direitos depende da disponibilidade dos meios, bem como – em muitos casos – da progressiva implementação e execução das políticas públicas na esfera socioeconômica. (1998, p. 266).

Por outro lado, é necessário analisar brevemente – como segunda assertiva – a teoria da ponderação de Alexy, que contrabalança a garantia do mínimo existencial, a qual decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, com os princípios da separação dos poderes, da competência do legislador democrático e o limite imposto pelos direitos de terceiros. (BARCELLOS, 2001, p. 157-169). Nenhum desses três princípios é absoluto nem tem fim em si mesmo, na medida em que servem justamente de meio para a garantia dos direitos fundamentais.

Dessa forma, apoiando-se na doutrina de Alexy, entende-se que, na medida em que se encontra em xeque a própria dignidade do ser humano,

quando lhe faltam as condições mínimas de sobrevivência, os argumentos da reserva do possível, da falta de recursos orçamentários, da indeterminação do conteúdo das normas garantidoras de direitos fundamentais – enquanto obstáculos à exigibilidade judicial dos direitos constitucionais – são relativizados e insuficientes para impedir que o Judiciário determine aos demais poderes que cumpram com a exigência constitucional de garantir o mínimo existencial a todo o indivíduo. (SARLET, 1998, p. 312-314).

Quanto ao segundo tema, concretização dos direitos fundamentais em nível coletivo, proceder-se-á, primeiramente, a uma breve digressão a respeito da classificação dimensional destes direitos para, em seguida, abordar com mais consistência a juridicização de demandas coletivas.

A classificação dimensional dos direitos fundamentais

A classificação a ser adotada por este artigo vai ao encontro das dimensões positivadas na Constituição Federal de 1988, o que não significa que ignoramos novas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais que estão sendo trabalhadas.

A noção de Estado democrático de direito revela-se nitidamente dominada pela nota da efetividade dos

direitos fundamentais. Esses direitos, reconhecidos a partir das primeiras constituições de índole liberal-individualista, enfrentaram um constante processo de evolução, tendo já passado por diversas transformações no que concerne ao seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação. (SARLET, 1998, p. 46-47).

Hoje, sustenta-se a existência de três (ou quatro, conforme certos doutrinadores) dimensões de direitos fundamentais: os direitos de primeira dimensão, que se consubstanciam nos direitos de cunho negativo, os direitos civis e políticos; os de segunda dimensão, que se espelham nos direitos de cunho positivo (os direitos sociais e econômicos); os de terceira dimensão, que se enquadram entre os direitos coletivos ou difusos. (SARLET, 1998, p. 48-52). Estes últimos se caracterizam pela sua natureza indivisível, não se reportando à pessoa individual, mas, sim, a um grupo (indeterminado ou determinável) de indivíduos. A preocupação político-jurídica com esses direitos vislumbrou-se a partir do texto constitucional de 1988, em que se contemplaram os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento sustentável, à proteção dos consumidores, das crianças e dos adolescentes, ao meio ambiente sadio e à qualidade de vida, dentre tantos outros.

Os direitos de terceira dimensão e as ações coletivas

A própria concepção de processo civil revitalizou-se com a abertura constitucional e legal à judicialização de ações coletivas, em contraposição às tradicionais demandas de cunho individual. Essas ações foram criadas com o propósito de defender justamente aqueles interesses que, por dizerem respeito a uma coletividade de pessoas, exigem, para que possam ser efetivados, um tratamento judicial distinto daquele concedido a direitos individuais. Nesse sentido, instrumentos como a ação civil pública, em que a legitimação, o objeto e o rito são diferenciados dos disciplinados para os pleitos tradicionais, revelam-se de grande interesse para a proteção e implementação de direitos coletivos.

Ações coletivas e direitos de primeira e segunda dimensão

Se a defesa e a realização fática desses direitos por vezes vem condicionada ao recurso às ações coletivas, semelhante raciocínio mostra-se válido para o que concerne tanto os direitos de primeira como aos de segunda dimensão na sua função de direitos à proteção. Apesar de não se apresentarem como direitos coletivos, mas como direitos individuais – em razão de sua

natureza divisível –, esses direitos requerem concreção mediante políticas universais, de modo que, se não ocorrerem essas medidas, vários indivíduos mostrar-se-ão prejudicados. No contexto que aqui se plantou, as ações coletivas – e em especial a ação civil pública – também se constituem num poderoso instrumental para a proteção dos direitos sociais e dos direitos de defesa enquanto direitos à proteção.

Ação civil pública e a questão da judiciabilidade dos direitos fundamentais em nível coletivo

É justamente aqui que se concentra o potencial promotor e transformador do *status quo* a ser levado a termo pelo Poder Judiciário. Dessa maneira, em caso de omissão do Executivo e do Legislativo, por deixarem de exercer o dever constitucional de criar e implementar políticas públicas no sentido de concretizarem os direitos fundamentais, independentemente da dimensão a que pertençam esses direitos, principia-se a refletir sobre a possibilidade de reconhecer ao Judiciário, quando provocado, uma função mais ativa, no sentido de compelir os demais poderes a cumprir com a sua função constitucionalmente estabelecida.

Nessa visão, a ação civil pública, instrumento de indiscutível importância para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais, também se revela como o meio mais adequado para a “juridicização de demandas coletivas pela realização de direitos assegurados pela ordem social constitucional”. (FONSECA, 2000, p. 115). Assim, o problema da eficiência e da suficiência dos recursos jurídicos para a efetivação dos direitos fundamentais encontra solução na revisão e adaptação de mecanismos já existentes, o que ocorre justamente com o emprego da ação civil pública. Ademais, de um “modo geral, a figura do interesse difuso pode aplicar-se a muitos dos direitos sociais e culturais e a muitas normas programáticas da nossa Constituição”. (ANTUNES, 1989, p. 21).

Rodolfo Mancuso, a propósito, reporta a configuração de um sensível crescimento dessas ações direcionadas ao Judiciário controvérsias relacionadas a políticas públicas em várias áreas, como se deu em São Paulo, acerca da constitucionalidade do plano PAS, referente ao campo da saúde; em matéria de educação básica, em que se controverteu sobre a efetiva aplicação do percentual mínimo em manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212 da CF/88) (Mancuso, 2002, p. 785).

Ainda no que diz respeito ao ensino fundamental, foi proposta ação civil pública para obrigar o Município a criar vagas na rede pública para que a nenhuma criança fosse negado o direito ao estudo escolar no ano letivo de 1998, sob pena de multa diária, além de impor ao prefeito a possibilidade de destituição do cargo e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública por cinco anos. Houve, no caso narrado, deferimento liminar de criação das vagas requeridas. (STRECK, 2002, p. 162).

Outras ações poderiam ser citadas, como as ações civis públicas exigindo o fornecimento de remédios a pessoas portadoras de doenças crônicas e a construção de locais condizentes para abrigo de menores.

O problema da tomada de decisão judicial em demandas coletivas

Precedentemente, analisou-se a questão da judiciabilidade dos direitos fundamentais mediante a propositura de ações individuais. Enquanto em litígios dessa natureza a matéria de discussão não se revela tão complexa e abrangente, a ponto de suscitar dúvidas e controvérsias sobre o conteúdo e os limites da decisão judicial, a mesma lógica não se denota quando a litigiosidade envolve direitos coletivos.

Cumprido esclarecer que, no sentido pretendido pela pesquisa, o termo “coletivo” vem sendo usado em oposição a “individual”, indicando as situações em que se pleiteia judicialmente a realização de interesses de um grupo ou uma generalidade de pessoas.

Lenio Streck hipotetiza a situação de uma invasão da propriedade de Tício por Caio. O fato enquadrar-se-ia como esbulho possessório, sendo passível de imediata reintegração de posse. A decisão não seria tão simples, no entanto, caso vários Caios sem teto ou sem terra invadissem as terras de Tício. Adverte ainda: “Se a justiça tratar da invasão/ocupação de terras do mesmo modo que trata os conflitos de vizinhança, as consequências são gravíssimas (e de todos conhecida).” (STRECK, 1999, p. 82-83).

Situação ainda mais dramática – e, infelizmente, verídica – vem descrita em jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. É o caso de ação de reintegração de posse ajuizada contra uma série de famílias que se haviam instalado, sem oposição, na propriedade do autor por um período que já constava de três anos. Os réus alegavam, inclusive, o estímulo e a conferência de regularidade à ocupação por parte do poder público, por haver implementado rede elétrica, de esgoto, telefonia e outros equipamentos urbanos no local. Em sede de apela-

ção e de embargos infringentes, reconheceu-se por maioria a procedência do período de reintegração, tendo em vista que ao Judiciário caberia tão-somente julgar a questão possessória. Quanto à solução do problema social criado no regime de separação dos poderes, incumbiria ao Executivo.

O único voto vencido, pronunciado pelo desembargador José Francisco Pelegrini, por outro lado, considera que o Estado e o poder público são um só, logo, o Judiciário, inegavelmente, também integra a estrutura estatal e, por tal motivo, revela-se tão responsável quanto o Município pelos problemas sociais locais. Aliás, enfatizou que, se a ocupação é um fato social, não pode o magistrado furtar-se de enfrentá-la da melhor forma possível. Relembrando o pensamento de Carlos Maximiliano, aduziu que “o julgador moderno preocupa-se com o bem e o mal resultante de seu veredicto, não só com a lei, nem só em dizer se é ou não de sua atribuição; tem que ver o que vai acontecer se julgar assim ou diferentemente” (a jurisprudência invocada não revela a fonte da citação de Carlos Maximiliano).

Julgando-se improcedente a reintegração, abrir-se-ia a possibilidade de ajuizamento de uma ação de desapropriação indireta – em que

ex-proprietário seria indenizado pela perda do seu direito – e estar-se-ia impedindo o ressurgimento de um grande problema social: a falta de moradia. Na controvérsia em discussão, as famílias já estavam bem sedimentadas, já há alguns anos, e com o beneplácito da administração municipal. Removê-las das suas casas por uma questão puramente possessória, embasada, ainda, numa visão ultrapassada da divisão dos poderes, não parece – na perspectiva desse estudo – a melhor solução. Reitera-se, todavia, que a tomada de decisão em casos dessa modalidade não é tarefa fácil e impermeável a instigantes discussões e controvérsias, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais.

A jurisprudência analisada bem sinaliza a problemática da judicialização de direitos fundamentais em nível coletivo, bem como aponta para a inevitável e necessária intromissão do Poder Judiciário – quando provocado – em questões que, tradicionalmente, não pertenciam à sua alçada. Não há como sustentar, num Estado democrático como o Brasil, que os magistrados permaneçam alheios aos dilemas sociais como se esses problemas fossemos “pulgas” que perturbassem somente as instâncias legislativas e administrativas.

Conclusão

Com base no estudo realizado, percebe-se a necessidade de postura do Poder Judiciário, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais. O Judiciário, quando “importunado” com ações que entrelaçam direitos fundamentais sociais de uma coletividade de indivíduos, quando “incomodado” com questões relacionadas à concretização de direitos constitucionais – no caso reportado, o direito à moradia –, não mais se encontra legitimado a esquivar-se de tomar uma solução justa, responsável, ponderada e, principalmente, constitucional.

Controvérsias desse calibre, exigindo a concreção de direitos fundamentais por meio do Poder Judiciário, revelam-se complexas quanto ao *modus decidendi*, exigindo do magistrado o manuseio consciente e inexorável do princípio da ponderação de valores e interesses.

Naturalmente, quase toda a questão que envolve a satisfação de direitos coletivos requer do jurista uma posição mais ativa e de maior responsabilidade social. Trata-se de ações de alta complexidade, cuja solução depende de um conhecimento amplo do juiz sobre a realidade social da qual faz parte. Essa afirmação demonstra-se ainda mais verdadeira quando a controvérsia submetida às vias judi-

ciais concerne à realização de direitos de um grupo, determinado ou não, de pessoas, sejam de primeira, segunda ou terceira dimensão, em que a administração pública figure como ré. A dificuldade de assunção de uma posição pelo Judiciário evidencia-se de forma mais contundente ainda. É o interesse público, indisponível, que está em jogo.

O princípio da ponderação, que deve estar presente em toda decisão judicial, nessas ações faz-se realmente indispensável. É a contraposição de interesses, públicos e coletivos, que deve ser bem analisada. Se a administração pública esquece, o Judiciário a relembra ao afirmar que, num Estado de democracia social, existem coisas sobre as quais é lícito decidir e, principalmente, outras sobre as quais não é lícito decidir. Tal sabedoria é plenamente aplicável em relação à implementação de direitos fundamentais num Estado democrático de direito como se pretende no Brasil.

Abstract

The question of judiciality of the fundamental constitutional rights

This article has the objective to decide about the problem involving the legalization of Public Politics aiming the effectiveness of fundamental rights. Defend the feasibility to recognize to Judiciary Power a new paper, that not substitute, but complement and incorporate to the ancient, classic and routinary functions. In the modern society, complex end policentric as the brazilian, the judge can't more move away of new functions that fit him. To recognize the legitimation of the Judiciary Power, when caused, to determinate for the administration the realization of public politics, helping like this for the diffusion of idea from the introduction of Democrate State of Right and the Statement of citizenship are phenomenos whose persecute also may be the Judiciary Power by means of.

Key words: Fundamental rights. Legalization. Judiciary Power. Public politics.

Referências

ANTUNES, Luis Felipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

BARCELLOS, A. de. O mínimo existencial e algumas fundamentações. In: TORRES, R. L. (Coord.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, E. (Coord.). *Ação civil pública: lei 7.347/85*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.