



PERSPECTIVAS E CONFLITOS SOBRE DIREITOS HUMANOS E TUTELA JURISDICIONAL: TENSÕES ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO EM DECISÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

PROSPECTS AND CONFLICTS ON HUMAN RIGHTS AND JURISDICTIONAL TREASURY: TENSIONS BETWEEN POLITICS AND THE RIGHT OF DECISION OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL COURT

Micheli Capuano Irigaray ¹
Jadir Zaro ²

RESUMO: Este trabalho analisa a perspectiva da função da jurisdição se abrir a possibilidade de promover a efetivação dos direitos humanos de forma democrática em uma nova ordem de sociedade justa e solidária. Nesse contexto de tensões entre a política e o direito, a problemática centra-se em refletir sobre quais os limites e possibilidades de efetivação dos direitos humanos através da tutela jurisdicional? Abordando-se no primeiro capítulo as tensões entre a política e o direito: limites da justiça; no segundo uma análise direitos humanos e tutela jurisdicional em decisão da Corte Constitucional Brasileira; e no terceiro capítulo uma reflexão quanto as perspectivas e conflitos nas decisões judiciais como desafios para uma nova ordem democrática de prevalência dos direitos humanos. Metodologicamente, adotou-se uma abordagem sistêmica, como procedimento a pesquisa bibliográfica e documental, como técnica a construção de fichamentos e resumos. Verificando-se a necessidade de construção de uma nova ordem democrática e solidária para legitimação da jurisdição constitucional, promovendo uma ampla comunicação com a sociedade na busca pela efetivação e reconhecimento dos direitos humanos.

¹Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, pesquisadora integrante do Grupo de Estudos Constitucionalismo Contemporâneo, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, Bacharel em Direito, Especialização em Direito Civil e Direito Constitucional e Ambiental, pela Universidade da Região da Campanha – URCAMP. Advogada, Docente da Rede Pública Estadual – Curso Técnico em Contabilidade. E-mail: capgaray@brturbo.com.br

² Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC e Universidade Católica Dom Bosco - UCDB. Graduado em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco - UCDB. Graduado em Filosofia pela Universidade Franciscana - UNIFRA. Integrante do Grupo de Pesquisas “Diversidade e Políticas Públicas”, vinculado ao PPGD da UNISC, coordenado pelo Prof. Pós-Doutor André Viana Custódio. E-mail: <jadirzaro@pallottipoa.com.br>.



PALAVRAS-CHAVES: Corte Constitucional Brasileira; Direitos Humanos; Direito; Política; Tutela Jurisdicional.

ABSTRACT: This paper analyzes the perspective of the function of the jurisdiction if it opens the possibility of promoting the realization of human rights in a democratic way in a new order of a just and solidary society. In this context of tensions between politics and law, the problem focuses on reflecting on the limits and possibilities of human rights through judicial protection? Approaching in the first chapter the tensions between politics and law: limits of justice; in the second, a human rights analysis and judicial protection in a decision of the Brazilian Constitutional Court; and in the third chapter a reflection on the perspectives and conflicts in judicial decisions as challenges to a new democratic order of human rights prevalence. Methodologically, a systemic approach was adopted, as a bibliographic and documentary research procedure, as a technique for the construction of records and abstracts. There is a need to build a new democratic and solidary order to legitimize constitutional jurisdiction, promoting a broad communication with society in the search for the realization and recognition of human rights.

KEYWORDS: Brazilian Constitutional Court; Human rights; Right; Policy; Jurisdictional Protection.

INTRODUÇÃO

O estado democrático de direito tem em sua estrutura organizacional, amparada na atribuição e separação dos poderes, legislativo, executivo e judiciário, especificando a cada um a sua abrangência e responsabilidade. Em tais atribuições, a unidade precisa conduzir as ações específicas, a fim de que os propósitos do próprio estado, dado como democrático de direito, venham a se efetivar.

Nesse contexto os fundamentos como liberdade, igualdade, participação efetiva, direitos sociais, dignidade humana, direitos humanos do cidadão, estruturam o estadodemocrático de direito, inclusive quanto ao reconhecimentoda importância da participação e atuação de seus atores.

Nesse reconhecimento de direitos sociais, onde o estado não se apresenta como mero espectador, principalmente perante os direitos humanos, sua abrangência



de responsabilidade deve atuar como uma questão aberta, algo próprio do estado democrático de direito, podendo ser discutida constantemente, sem contudo perde-se a unidade do estado e de seu poder.

Perante os constantes desafios e as dificuldades apresentadas no contexto atual, em que poderes e responsabilidades não estão de acordo com o esperado, a atuação do judiciário se mostrou uma forma de solucionar o problema sociais. Através da justiça constitucional, dada principalmente pelos tribunais, interferências dos demais poderes do estado se fazem presentes e exigem um repensar dos poderes e da própria participação do cidadão nesse debate.

Essa nova postura emerge como uma nova base de constituição do estado democrático de direito, frente aos direitos fundamentais e a dignidade humana, aos direitos do cidadão e direitos sociais reconhecidos, passando a ter uma função principiológica.

Torna-se imperioso afastar a dignidade humana de referenciais meramente interpretativos, propiciando uma mudança de paradigmas voltados ao resgate e proteção do indivíduo e da coletividade, de forma objetiva na sociedade.

Essa condição de reconhecimento dos direitos perpassa por questões inerentes a processos de interpretação relacionados ao poder hierárquico, a força de concretização suprema, os objetivos sumamente importantes e a medida máxima de necessidade de interpretação.

Nesse sentido os direitos fundamentais não são levados em consideração pelos setores públicos responsáveis, realçando a judicialização da política e o ativismo jurídico. Constantemente se apresentam situações em que o judiciário está submetendo os demais poderes, sentenças condenatórias, fundamentadas em interpretações constitucionais.

Assim as de tenções entre a política e o direito, refletem-se como a problemática da presente pesquisa centrando-se em analisar quais os limites e possibilidades de efetivação dos direitos humanos através da tutela jurisdicional?

Nessa construção, parte-se de uma análise das tensões entre a política e o direito: limites da justiça; para em um segundo momento refletir sobre direitos humanos e tutela jurisdicional em decisão da Corte Constitucional Brasileira, apresentando-se inclusive decisão exemplificativa. E finalmente, no terceiro momento, verificar as perspectivas e conflitos nas decisões judiciais como desafios para uma nova ordem democrática de prevalência dos direitos humanos.



Metodologicamente, adotou-se uma abordagem sistêmica, como procedimento a pesquisa bibliográfica e documental, de decisões judiciais realizadas pelo judiciário brasileiro, como técnica a construção de fichamentos, resumos e relatórios de debates em grupo de estudo.

Verificando-se a necessidade de construção de uma nova ordem democrática e solidária para legitimação da jurisdição constitucional, promovendo uma ampla comunicação com a sociedade na busca pela efetivação e reconhecimento dos direitos humanos.

Nessa perspectiva observa-se a necessidade de interpretação constitucional, em bases de refundação da participação direta do cidadão, de uma sociedade voltada a busca pela efetivação e reconhecimento dos direitos humanos.

2 TENSÕES ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO: LIMITES DA JUSTIÇA

Frente aos constantes acontecimentos e decisões, cresce a preocupação acerca da transformação de direitos em desejos, de um déficit na construção do “prometido” estado democrático de direito, frente a função jurisdicional do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de políticas públicas, seus limites e legitimidade. (MORAIS, BRUM, 2016)

Nesse sentido a instituição de um novo modelo para o estado social - como estado democrático de direito, a partir da Constituição Federal de 1988, emerge com destaque as promessas de uma nova ordem democrática, participativa, justa e solidária, de erradicação da pobreza e redução das desigualdades, contrapondo-se aos limites de práticas de políticas de inclusão em um ambiente econômico excludente pelo imperativo de sua base capitalista. (MORAIS, BRUM, 2016)

Observa-se que esse paradoxo apresenta uma análise quanto aos limites e implicações da atuação do Supremo Tribunal Federal no contexto do estado social, e de que forma a jurisprudência da corte constitucional interfere ou não em matéria de políticas públicas.

Pierre Rosanvallon ao analisar o conceito de legitimidade por reflexividade destaca as crises fiscal, ideológica e filosófica, como crises estruturais do estado social, as quais podem ser endógenas ao modelo como ainda advir dos influxos do mercado, próprios do capitalismo financeiro e das relações político-econômicas com outros estados nacionais. (MORAIS, BRUM, 2016)



Nesse contexto de crises e influxos do mercado, marcado por desigualdades o consenso dos autores esta no fato do estado encontrar-se em um intenso jogo de tensões e oposição de interesses que influenciam e atingem as políticas públicas internas, em uma agenda de escolhas, que deveriam ser antes políticas do que jurídicas. Porém, nos últimos tempos, identifica-se um chamamento do judiciário a esse jogo de tensões de legitimidade que autoriza esse poder a deliberar sobre a (in)adequação constitucional de políticas públicas e as implicações desse agir para uma base democrática no atual estado democrático de direito. (MORAIS, BRUM, 2016)

Os limites e possibilidades dos regimes democráticos contemporâneos levam a uma leitura instrumental do debate em torno do tema da legitimação democrática, onde a discordância sobre qual arranjo institucional pode fornecer o melhor tipo de legitimidade democrática é inevitável, como no pensamento de Dworkin quanto ao conceito de democracia tratar-se de um conceito interpretativo ligado a slogans que envolvem a discussão acerca das relações entre democracia e constitucionalismo, conduzindo a perspectiva de que somente a democracia garante a dignidade. (MORAIS, BRUM, 2016)

Nessa perspectiva a dicotomia entre concepções democráticas tem reflexos sobre o debate da competibilidade entre democracia e controle jurisdicional de constitucionalidade. Na posição majoritária observa-se a prevalência da desconfiança do controle de constitucionalidade exercido pela instância contramajoritária – visto que as questões controversas deveriam ser levadas a deliberação e decisão da maioria dos cidadãos, como defende Hart. (MORAIS, BRUM, 2016)

Essa reflexão entre diferentes esferas da democracia, evidencia-se como no paradoxo entre direitos e deveres, na busca em descortinar uma era de direitos, de influxos contraditórios da globalização – propondo a proposição de pensar uma outra globalização, de superação das revoluções por igualdade e dignidade, de reconhecimento e efetivação dos direitos humanos, na defesa do bem maior que é a vida. (MORAIS, BRUM, 2016)

Nesse contexto observa-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o controle de políticas públicas, vincula-se ao entendimento dos limites e possibilidades de atuação do poder judiciário, ligados ao dever estatal de assistência e à obrigação de caráter jurídico - constitucional que se impõe ao poder público.



Identificando-se a judicialização das políticas públicas e os limites e possibilidades de legitimação da atuação desse Poder.(MORAIS, BRUM, 2016)

Esse embate que coloca em xeque a clássica tripartição de poderes, entre a concretização do mínimo existencial e a reserva do possível, pelo fundamento constitucional de dignidade da pessoa humana no contexto de um estado democrático de direito que não deve deixar prevalecer à vontade de poder, mas sim possuir limites capazes de frear direitos e desejos.

O fenômeno da judicialização de dimensão objetiva, quanto à garantia dos direitos fundamentais, tem o poder judiciário como protagonista nas decisões que historicamente eram reservadas às instâncias políticas, configurando, cada vez mais, uma transferência de decisões estratégicas para sua esfera de competência. Essa aproximação entre direito e política apresenta-se como eixo central do conflito de competência, pela grande incidência de questões políticas sendo decididas pelo direito, de vinculação dos poderes políticos e representativos à Constituição. (LEAL, 2012)

A teoria de Häberle, de participação democrática, pode apontar um caminho para além de uma interpretação meramente dogmática e positivista escrita, relacionada à Constituição, ultrapassando conceitos e direcionando-se para uma perspectiva aberta e plural, de matriz cultural, caracterizando-se como um elemento vivo, resultante das interações e das cristalizações que se processam entre texto normativo e o entorno cultural. (LEAL, 2010)

Observa-se que a perspectiva de participação democrática e atendimento dos direitos fundamentais, perpassa por decisões, que podem reproduzir a necessidade de interferência do poder judiciário em questões políticas, que deveriam estar pautadas na agenda política, orientando a construção de políticas públicas, mas acabam sendo transferidas para decisão da instância do Tribunal Constitucional.

Arroyo (2006) demonstra a necessidade de reflexão quanto ao controle constitucional, de seus limites funcionais para não ultrapassar o princípio de divisão e harmonia de poderes, da utilização dos parâmetros de controle jurisdicional por parte dos juízes, no momento de embasar suas decisões, como forma de proteger e garantir o cumprimento de suas finalidades e funções constitucionais de ordenar, estabilizar, judicializar, integrar, limitar e controlar o poder, assim como de estabelecer os princípios de organização do estado e promoção de seus fins materiais, mediante



disposições jurídicas que permitam a atuação dos cidadãos e a proteção dos direitos fundamentais.

3 DIREITOS HUMANOS E TUTELA JURISDICIONAL EM DECISÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Em análise à decisão do Supremo Tribunal Federal – acórdão de 02/02/2016 – Ag. Reg. Recurso Extraordinário com agravo – 905.257 do estado de São Paulo, evidenciam-se questões relativas aos conflitos e perspectivas entre a efetividade dos direitos humanos e as tensões entre o direito e a política na prestação da tutela jurisdicional. O presente julgado é apresentado de forma exemplificativa, tendo-se a certeza que outras decisões semelhantes, no próprio setor da educação ou em demais proteções e garantias de direitos fundamentais, estão sendo contemplados pelo judiciário.

O caso ora analisado teve como Relatora a Ministra Rosa Weber, sendo agravante o Município de São Bernardo do Campo e Agravado o Ministério Público do estado de São Paulo. Na ementa:

Direito administrativo e processual civil. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Reforma de escola municipal de ensino fundamental. Segurança contra incêndio. Obtenção de auto de vistoria do corpo de bombeiros. Multa diária. Alegação de ofensa aos arts. 2º e 5º, IV, da constituição federal. Debate de âmbito infraconstitucional. Eventual violação reflexa da constituição da república não viabiliza o manejo de recurso extraordinário. Acórdão recorrido publicado. Em 08.10.2014. (STF, 2018)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o exame da legalidade dos atos administrativos pelo poder judiciário não viola o princípio da separação de Poderes. Em acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora. Brasília, 02 de fevereiro de 2016. Ministra Rosa Weber – Relatora.

A matéria debatida, em síntese, diz com a condenação do município, em ação civil pública, a realizar obras de reforma em escola municipal de ensino fundamental para obtenção de auto de vistoria do corpo de bombeiros, em prazo fixado pela sentença, sob pena de multa diária.



O agravante ataca a decisão impugnada, ao argumento de que a violação dos preceitos da Constituição Federal se dá de forma direta. Insiste na tese da afronta ao princípio da separação de poderes:

“(...)Se é possível admitir que a decisão judicial determine a realização de obras públicas, é preciso que a decisão seja proferida com vistas à realidade da Administração Pública. E neste ponto, também o aspecto orçamentário-financeiro deve ser considerado.(p. 3)

O Tribunal de Justiça do estado de São Paulo julgou a controvérsia em decisão cuja ementa reproduzo:

“APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Obras e serviços de reforma em prédio escolar. Dever do Município. Limitações legais ou dificuldades financeiras que não podem colocar em risco a incolumidade física dos estudantes. Inexistência de violação ao princípio da separação dos poderes. Judiciário que tem por dever institucional zelar pelo cumprimento irrestrito de normas constitucionais. Cominação de astreintes. Possibilidade. Recursos oficial e voluntário não providos.” (p.4)

Na decisão a Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da relatora. Unânime – presidência do senhor ministro Luís Roberto Barroso. 1ª Turma, 2.2.2016. A decisão do Supremo Tribunal Federal teve o agravo regimental conhecido e não provido, por entendimento de que no caso analisado inexistente a alegada violação do artigo 2º da lei fundamental, sob o amparo da jurisprudência desse tribunal de que o exame da legalidade dos atos administrativos pelo poder judiciário não viola o princípio da separação de poderes.

Pelas razões expostas na decisão ora analisada, observa-se a prevalência do posicionamento de atuação do poder judiciário diante da omissão do estado, o qual frustra direitos fundamentais, garantias constitucionais, sob a argumentação de que as limitações legais ou dificuldades financeiras não podem colocar em risco a incolumidade física dos estudantes, diante de tal perspectiva.

Nesse sentido deve-se analisar a ponderação judicial, nas democracias estáveis, tanto a autolimitação judicial, como o ativismo judicial funcional e extraordinariamente o ativismo judicial clássico, tem constituído a regra para assumir os processos constitucionais de conteúdo político.

Mesmo que se reconheçam as funções do Tribunal Constitucional – jurisdicional, constitucional e político do estado, na contribuição de sua jurisprudência para o desenvolvimento político, social e econômico da sociedade, deve-se perceber também, em que medida a justiça constitucional utiliza-se das questões políticas, e



quais os impactos de suas decisões constitucionais nos processo político, econômico e social, qual o limite para essa interferência e quais as perspectivas para atuação de uma jurisdição constitucional? (ARROYO, 2006)

A decisão ora analisada implica em condicionantes de ordem orçamentária para o poder executivo, o qual se manifesta contrariamente a decisão, porém, por sua vez a judicialização também impera como forma de concretização de direitos, em obrigação de fazer para tutelar a vida e a segurança de crianças de uma escola de ensino fundamental, quanto à obrigatoriedade de adequações de acordo com vistoria do corpo de bombeiros.

Os direitos humanos e fundamentais constituem limites materiais que devem ser tutelados pelo Tribunal Constitucional na apreciação das questões políticas, baseando-se nos princípios da vontade popular e no respeito à liberdade, com elementos constitutivos da comunidade política. Na medida em que estes valores fundamentais se transformam em princípios constitucionais, adquirem conteúdos jurídicos vinculantes, se convertendo em valores de controle judicial. (ARROYO, 2006)

Destaca-se nesse contexto, o questionamento sobre a legitimidade da jurisdição constitucional não residir nos limites traçados pelo debate entre substancialismo x procedimentalismo, passando pela análise de uma jurisdição constitucional aberta. (LEAL, 2007)

Observa-se a necessidade de um aprofundamento no estudo quanto ao sentido e legitimidade da jurisdição constitucional, tanto no substancialismo, como no procedimentalismo, reavaliando sua forma de operacionalização, a partir dos pressupostos da noção de jurisdição constitucional aberta, verificando-se as perspectivas para que essa reflexão nos conduza para além, de uma nova ordem jurídica, sobre qual a jurisdição que temos e qual a que queremos? (LEAL, 2007)

Outro aspecto de análise é o conflito de competência entre os poderes, a perspectiva de interferência na previsão e execução orçamentária, apresentam-se como questões políticas, de uma agenda de políticas públicas, levadas à judicialização.

Arroyo (2006) observa que a responsabilidade judicial se manifesta em contínuos e permanentes conflitos e também em relações de cooperação com os demais poderes, pois não há uma única solução para esse perigo de interferência, mas deve prevalecer uma cuidadosa seleção dos magistrados no estabelecimento



das garantias institucionais, no sentido de promoção da norma legal, com respeito aos limites de sua interpretação constitucional em causas políticas. Tal cuidado possibilita a redução de problemas maiores no exercício incontrolado dos magistrados constitucionais.

Na divisão dos poderes, deve-se analisar a multiplicação de tempos da política, necessitando de uma ampliação desse campo, para tratar da teoria da representatividade como um mecanismo que permite que a política repense a dimensão da vontade imediata, abrindo-se para uma perspectiva da prática do juízo e da deliberação, contra uma concepção voluntarista e unidimensional da soberania. (MENDES, 2014)

Assim destaca-se a necessidade de repensar uma representatividade que permita que a opinião das pessoas seja levada em consideração, na tomada de decisões em políticas públicas, para além de um imperativo pela via judicial do controle de constitucionalidade nas obrigações de fazer do estado.

4 PERSPECTIVAS E CONFLITOS NAS DECISÕES JUDICIAIS: UM DESAFIO PARA UMA NOVA ORDEM DEMOCRÁTICA NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Desse modo a representatividade constitui um mecanismo de circulação entre as instituições do estado e as práticas sociais, quanto a divisão de poderes como essa ferramenta que absorve a circulação dentro do próprio estado, em uma em que a proposição da deliberação para decisões políticas estejam sujeitas a revisão com um intercâmbio argumentativo desde um ponto de vista teórico, em que o papel do juízo na política favoreça a perspectiva de tempo e espaço na política, assim, as duas caras da representatividade, tanto do tempo como da deliberação, sejam adaptadas a uma divisão de poderes que promova certa forma de diálogo, capaz de rever que tipo de intervenção institucional será a mais adequada nessa divisão de base democrática? (MENDES, 2014)

Nessa perspectiva de análise de violação ao princípio de separação entre os poderes em conflito com a atuação do poder judiciário diante de omissões do estado, faz-se necessário a observação das teorias acerca do papel da deliberação na democracia e o fato de relacionar-se diretamente com a divisão de poderes e vice-versa, constituindo uma relação contraintuitiva. (MENDES, 2014)



Essa premissa funda-se na perspectiva de que nenhuma instituição democrática em particular basta para assegurar que se tomem em consideração todas as preocupações relevantes para a sustentação da democracia, permeando por distintos tipos de valores, como a vontade popular, a linguagem, os direitos, a pressão pela eficiência para almejar distintas perspectivas entre as instituições, em práticas de elaboração coletiva de decisões, para promoção de um autêntico critério de legitimidade que represente uma deliberação pelo diálogo. (MENDES, 2014)

Mendes (2014) ainda posiciona-se quanto ao problema da democracia e da deliberação, pela perspectiva da legitimidade, pela análise da representação conferida pela eleição de seus participantes. A ciência política questiona o papel do juiz constitucional como um ator político, apontando como alternativa uma nova teoria normativa de expectativa deliberativa.

Nesse sentido Dworkin expressa à democracia como um esquema procedimentalmente incompleto de governo, na medida em que pode especificar de maneira infinita novos procedimentos das precondições da democracia e de sua análise caso a caso, contextualizando com a proposta de Rawls ligada ao princípio liberal de legitimidade, referindo-se a aceitação de um mecanismo não majoritário e não representativo do processo de decisão. (MENDES, 2014)

Destaca-se que não se trata de subordinar os procedimentos a substancia, ou de colocar o papel do juízo na obediência a uma decisão legislativa ou judicial, mas do atendimento de um parâmetro moral, que na posição de Dworkin, Rawls e Waldron traz a aceitação da ideia de razão pública como um critério substantivo que regula essas perspectivas possibilitando justificar as oscilações inerentes a divisão de poderes. (MENDES, 2014)

Em uma análise mais aprofundada, observa-se que a democracia não pode abdicar de um juízo de consequências pelo propósito de certificar a legitimidade de suas instituições, nesse critério, a legitimidade democrática não deveria limitar-se a um critério formal e meramente de ingerência institucional. Na proposta de Bentham ao conflito entre lei e moral, admite a possibilidade de contar com um sensor institucionalizado da substancia e das decisões coletivas. (MENDES, 2014)

Essa busca pela análise de legitimidade conduz a uma distinção da legitimidade contextual e comparativa do desenho deliberativo, ressaltando a relevância do valor de um processo contínuo de formação de vontade política, onde a Corte seria um instrumento de garantia de decisões corretas, de práticas para



fomentar uma cultura pública de maior densidade deliberativa, e conseqüentemente de redução dos riscos de decisões majoritárias em desacordo com a participação e o diálogo deliberativo das decisões políticas. (MENDES, 2014)

Como proposta para dar conta desses conflitos analisados, verifica-se a necessidade de construção de modelos de diálogos diante de uma promessa epistêmica inerente a deliberação e da expectativa de uma divisão de poderes deliberativa que tenha maiores probabilidades de alcançar melhores respostas para suas alternativas, pressupondo dois tipos ideais de interação a partir da confrontação da atitude deliberativa e a adversativa, em uma exposição da discussão de forma aberta e do reconhecimento do diálogo como um dos fatores de maior desafio para a perspectiva deliberativa, utilizando-se do argumento de John Stuart Mill para justificar a liberdade de expressão fundando-a na verdade, apesar de ter sofrido críticas. (MENDES, 2014)

Uma revisão judicial não deve ser vista somente como uma forma de contenção, mas também como um mecanismo que promova a existência de uma melhor e maior deliberação, para o alcance de uma perspectiva através do diálogo na implementação das políticas públicas pela deliberação participativa, para além da forma de representação vinculada ao controle majoritário de representação de uma minoria totalitária.

Observa-se a necessidade de construção de uma nova ordem, sob os fundamentos de uma democracia deliberativa capaz de transformar uma corte constitucional em um catalizador de ampliação de espaços democráticos, de equilíbrio entre a “teoria do diálogo” e a da “última palavra”, na construção de uma nova base de legitimidade que não se reduza a uma certificação procedimental, propiciando uma ampliação das conotações das decisões coletivas em seu aspecto de continuidade e precondições morais, as quais devem ser inerentes ao processo de tomada de decisões coletivas. (MENDES, 2014, p. 145)

Assim essa perspectiva de uma nova ordem deve observar como premissa fundamental, a prestação dos serviços públicos de forma adequada e proporcional, como instrumentos de realização dos direitos sociais, promovendo garantias fundamentais na efetivação da realização da dignidade humana e da consecução do objetivo fundamental do desenvolvimento nacional, em um processo de inclusão social. Destacando-se ainda o caráter vinculante da perspectiva prestacional dos



serviços públicos, sem afastar a forma satisfativa pela via do poder judicial, mas ponderando a forma de consecução das políticas públicas. (SCHIER, 2016)

Nessa tarefa de construção de uma dogmática constitucionalizada, emerge a necessidade de comprometimento com democracia, o pluralismo e com a emancipação, na busca de um referencial teórico que promova o estado de bem-estar, estabelecendo programas de governo, dentro de uma agenda política vinculada ao estado democrático de direito e aos princípios ligados a consecução dos direitos fundamentais, de acesso aos direitos sociais. (SCHIER, 2016)

Com bases nas premissas expostas, conclui-se por uma reflexão da dimensão atribuída aos serviços públicos e da efetividade dos direitos sociais, mediante a atuação da administração pública, fazendo-se assim uma releitura dos serviços públicos como mecanismos de concretização de direitos fundamentais no contexto da reformulação dos papéis do estado, em especial na realidade dos estados emergentes, como forma de consolidação de uma nova base democrática, própria do estado democrático de direito.

5 CONCLUSÃO

O Brasil, ao acentuar o valor da sua constituição federal e de ser um estado democrático de direito, reconhece a importância da participação do cidadão e ao mesmo tempo demonstra a centralidade dos direitos fundamentais, que apresentam como referencial maior os direitos humanos, dados cada vez mais em proporções universais. Objetivando acentuar elementos relevantes de tal processo, fazem-se algumas ponderações.

Todo estado democrático de direito, para assim ser constituído, necessita reconhecer a importância dos seus cidadãos, garantindo-lhes a proteção e a possibilidade de participação. Para tanto, ter protegido a sua dignidade e lhe oferecer condições dignas de acesso as necessidades básicas para o seu desenvolvimento, não pode ser atribuição de uma instituição. A centralidade na democracia e no ser humano, exige a intervenção e participação de todos.

Compreende-se existirem responsabilidades primeiras de cada instituição, diga-se, atividade e responsabilidade preponderante. Quando tal instituição não prioriza o que lhe é próprio, faz se necessário existir meios de fiscalização e retomada daquilo que lhe é próprio. Quando isso acontece em instituições privadas, a



fiscalização é feita pelo estado, o problema está quando isso acontece com órgãos públicos, quem pode atuar?

A judicialização é a atual resposta para alguns problemas sociais, que pela própria natureza e identidade, exige uma análise institucional interna e externa, para que a atuação dos demais poderes não se reduza a decisões proferidas pelo judiciário. Planejamento, diálogo, proximidade e trabalho em conjunto, principalmente com a participação do cidadão, são meios adequados para se evitar atitudes extremas.

Na tripartição de poderes, a intervenção do judiciário em atribuições referentes ao poder executivo precisa ser vista como exceção, meio alternativo em vista da proteção garantida pela normatização constitucional e não como procedimento primordial, primeiro e adequado, em vista do acesso às necessidades básicas.

Destaca-se ainda a importância da centralidade dos direitos fundamentais, com referência aos direitos humanos. Justificativas superficiais, tais como falta de planejamento, recursos controlados ou o bem maior de todos os seres humanos, precisam ser analisados com muito cuidado, principalmente ao demonstrarem a indiferença para com o cidadão, que se encontra numa situação de exclusão e vulnerabilidade. Acesso à educação básica é um direito e uma garantia constitucional, de responsabilidade e preocupação de todos: cidadão, legislativo, executivo e judiciário.

O estado democrático de direito, com sua divisão de poderes, ordem civil legal e direitos civis reconhecidos, precisa perceber um outro valor presente em sua identidade. A democracia não é só um regime político, mas uma forma social, que possui e reconhece conflitos, criando e conservando direitos, na afirmação da soberania popular.

A soberania popular está sendo prejudicada pela centralização do poder, visão autoritária e oligárquica brasileira. A hierarquia entre pessoas parece sempre existir, determinando ordens e prioridades, além de causar a dissolução de direitos, aumentar as carências das classes populares e fortalecendo os privilégios da classe dominante.

Problema igualmente relevante se enfrenta quando se constata que sociedade e poder estatal estão apenas imbuídos dos ideais empresariais, provocando a perda de direitos, em que educação e saúde são privatizadas, em vista do lucro. Se



a participação do cidadão faz parte da identidade do estado democrático de direito, o presente processo não está favorecendo.

Audiência pública, tutela jurisdicional, direitos humanos, direitos fundamentais, participação cidadã e demais conquistas, precisam ser vistos como valores que constituem um estado democrático de direito, recebendo maior espaço e sendo percebidos como identidade e parte do cidadão participativo atuante.

Faz-se, contudo, necessário reconhecer a importância do judiciário e a sua atuação na aplicação dos direitos fundamentais, no presente momento. A continuação desse processo, voltado para a importância do estado, de seus poderes e de seu cidadão, precisa conduzir ao debate, ao diálogo e a unidade, fazendo com que direitos humanos não sejam apenas referenciais, mas realidade de um estado humanizado e humanizador.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Rio de Janeiro, jul./set. 1999.

ARROYO, Cesar Landa. La Justicia Constitucional y la doctrina de las politicalquestions. In: *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*. México: Porrúa, 2006, pp. 43-72.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 18, abr./jun. 2009.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: *Novos Estudos*, n. 58. São Paulo: CEBRAP, novembro de 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de. BRUM, Guilherme Valle. *Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional: entre direitos, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.



LEAL, MôniaClarissaHennig. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: existe realmente “un” o “el”activismo? In: *Estudios Constitucionales*, año 10 n. 2, 2012, pp. 429-454.

_____. La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *amicuscuriae* en el Derecho brasileño. In: *Estudios Constitucionales*, Año 8, Nº 1, 2010, pp. 283 - 304. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82018806010>>. Acesso em 13 abr. 2018.

_____. *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. Uma divisão de Poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una Justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: SigloVeintiuno, 2014.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; SCHIER, Paulo Ricardo. *Serviço Público: condição humana no estado social e democrático de direito*. Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 975-992, set./dez. 2016.