

A RELAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Tiago Rodrigo dos Santos¹

RESUMO: Sob a ótica mais acadêmica e menos prática, pretende-se analisar o confronto entre a democracia e os direitos fundamentais sociais. De um lado, o país sofre com a desigualdade social e com grande parte da população carente dos requisitos mínimos para uma existência digna e cidadã. Por outro lado, vive-se sob a égide do Estado democrático de direito, estando as políticas públicas de promoção social dependentes da promulgação de leis que determinem um agir ao Poder Executivo. Nesse aspecto, aborda-se a ambivalência democrática dos direitos fundamentais sociais no Estado de direito, isto é, o fato de que eles são tanto democráticos quanto ademocráticos², bem como o papel da jurisdição constitucional, na sua forma concentrada e difusa, na solução desse conflito aparente.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Direitos Fundamentais Sociais. Ambivalência e conflito aparente. Jurisdição Constitucional. Concentrada e Difusa. Papel.

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 A Democracia e a Ambivalência Democrática dos Direitos Fundamentais – 3 O Papel da Jurisdição Constitucional – 4 Considerações Finais.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende trazer a discussão da comunidade acadêmica o embate travado diuturnamente pelos direitos fundamentais e a democracia, necessários para o exercício da cidadania, bem como o papel da jurisdição constitucional na resolução desse aparente conflito.

É da vontade do povo, ou dos seus representantes, que emana as inovações

¹ Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Tem publicada a monografia *A Efetividade da Federação Brasileira: a participação do Município no pacto federativo*. In: Corralo, Giovanni (Org.). *Estudos de teoria do Estado: novas perspectivas do Estado democrático de direito*. Passo Fundo: UPF, 2004. p. 55-142.

² Termo utilizado em "ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. V. 16. Porto Alegre: Ufrgs, 1999. Tradução de Luís Afonso Heck". Expressando a partícula "a" as noções de afastamento, privação, negação, o termo "ademocrático" é utilizado para significar a ausência de valores democráticos e embora não conste nos dicionários de língua portuguesa foi mantido e inclusive adotado no presente trabalho.

da ordem jurídica e são esses novos mandamentos ou a inexistência ou insuficiência deles que põem frente a frente a democracia e os direitos fundamentais. Nenhum direito fundamental é absoluto. Assim também a democracia não é um valor absoluto e está adstrita às disposições inscritas na Lei Maior do ordenamento jurídico.

Uma sociedade em desenvolvimento, como a brasileira, em que há um déficit social inegável, padece de um grave problema: como se dar efetividade aos direitos fundamentais, ultrapassando-se as barreiras do processo democrático? Embora exista, observados alguns requisitos, a previsão constitucional de eleição pelo povo dos representantes nas Casas Legislativas, há democracia – seja representativa, seja participativa – ante a ausência de meios materiais de promoção social e de dignidade da pessoa? Qual a relação dos direitos fundamentais com a existência e o exercício da cidadania? Nessa perspectiva, o que se espera da jurisdição constitucional e qual vem sendo o seu papel?

A tarefa a que se propôs dissertar não é daquelas de fácil abordagem. Tampouco o tempo que se dispunha era disponível para maiores e mais profundas elucubrações a respeito do tema. A colocação do tema e do problema e a possibilidade de posterior discussão demonstram que se está diante de um regime democrático e que a troca de ideias para a formação do convencimento é essencial. Importa, assim, saber qual a relação existente entre a democracia e os direitos fundamentais.

2. A DEMOCRACIA E A AMBIVALÊNCIA DEMOCRÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um Estado que se pretenda chamar de Direito deve estar, além de vinculado a uma Constituição, restrito ao que a lei determina. Essa foi uma das maiores conquistas da Revolução Francesa, ou seja, limitar a atuação do Estado às condicionantes legais. Nessa perspectiva, a democracia surge como a vontade do povo na edição das leis, pois de nada adiantaria impor a ordem jurídica ao Estado se este ditasse as suas próprias regras.

A democracia, como se sabe, tem origem grega e significa poder (*krátos*) do povo (*démos*). É da vontade da maioria que a democracia retira a sua legitimidade. Esse é um dos aspectos que caracterizam a democracia, isto é, ela é um processo que exige um consenso majoritário da vontade do povo. Essa maioria impõe a sua vontade sobre a minoria e o caminho pretendido pela maior parte dos cidadãos, em tese, é aquele que o

Estado irá seguir.

Não obstante, não se pode olvidar que o poder é de todo o cidadão e essa é uma premissa que deve acompanhar sempre o estudo dessa forma de governo. Não foi de outra forma que a Constituição da República Federativa do Brasil dispôs em seu artigo primeiro, parágrafo primeiro: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”³.

Disso decorrem algumas considerações, quais sejam: (i) os poderes constituídos (executivo, legislativo e judiciário) são expressão que advém do povo; (ii) o exercício pode ser direto ou indireto, por meio de representantes eleitos; (iii) as formas de representação e as maneiras de participação são mencionadas pela Constituição; e (iv) o exercício da democracia está limitado pelo disposto na Constituição, principalmente, mas não somente, pelos direitos fundamentais.

Esse é um segundo aspecto da democracia. Que ela tem de ser vista como forma de manifestação da vontade de todo cidadão e não apenas da maioria. Dessa forma, deverá ela ter em relevo que, embora a maioria tenha entendido de certa maneira, há uma quantidade de pessoas que, mesmo que não tenham uma porção suficiente de votos para fazer valer o seu entendimento, possuem uma visão diversa daquela vencedora. Essa perspectiva distinta da minoria deve ser considerada e valorizada e não sufocada pela maioria. E essa proteção pode ser encontrada dentro do próprio valor democracia. Sem essa garantia intrínseca, a democracia, em muito pouco tempo, tornar-se-ia a ditadura da maioria.

Viu-se, assim, que a democracia pode ser entendida como um valor que possui dois significados primordiais: um de que todo o poder emana do povo e outro de que esse poder será exercido através de um consenso majoritário da vontade desse mesmo povo, seja diretamente, seja por meio de representantes. Percebe-se, com isso, que o desejo e aspirações do povo integram o exercício da democracia, mas a sua realização depende da vontade da maioria. Como o poder é de todo o povo e não apenas da maioria, asseguram-se formas de proteção da minoria, seja pela própria democracia, seja por outros meios.

Nenhum direito ou valor é absoluto. Parte-se dessa premissa para se dizer que a democracia, no tanto em que ela é forma de se estabelecer políticas públicas assim

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 3.

como inovar na ordem jurídica, também não é e não deve ser aplicada sem temperamentos.

A democracia, uma vez fiscalizada pelos direitos fundamentais inscritos na Constituição, protege-se de si mesma. Os direitos fundamentais, num Estado Democrático de Direito, têm o poder de manter a democracia e impedir que essa forma de governo se torne uma ditadura da maioria.

Dessa forma, inobstante a maioria do povo ou de seus representantes aspirar à efetivação de certos direitos, se eles não se coadunarem com os princípios insculpidos na Carta Política, a democracia cederá à vontade do poder constituinte, de forma a eliminar da ordem jurídica a afronta aos direitos fundamentais.

Nisso também têm relevância os ditames previstos no Preâmbulo Constitucional que oferece as razões pelas quais a nova ordem jurídica foi estabelecida. É assim que o Poder Constituinte pretendeu “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”⁴

Ademais, pode-se afirmar, na esteira da lição de Robert Alexy, que os direitos fundamentais são democráticos e ademocráticos. Pede-se aqui vênia para a transcrição dos ensinamentos do professor alemão:

Direitos fundamentais são democráticos por isso, porque eles, com a garantia dos direitos de liberdade e igualdade, asseguram o desenvolvimento e existência de pessoas que, em geral, são capazes de manter o processo democrático na vida e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião e associação, assim como com o direito eleitoral e com as outras liberdades políticas asseguram as condições funcionais do processo democrático. Ademocráticos são os direitos fundamentais, pelo contrário, por que eles desconfiam do processo democrático. Com a vinculação também do legislador eles subtraem da maioria parlamentar legitimada poderes de decisão.⁵

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1.

⁵ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. V. 16. Porto Alegre: Ufrgs, 1999. Tradução de Luís Afonso Heck. p. 213.

Sob o ponto de vista dual que os direitos fundamentais assumem diante da democracia, ousa-se afirmar que os direitos fundamentais, como um todo, são democraticamente ambivalentes. Isto é, possuem dentro de uma mesma norma valores democráticos e axiomas antidemocráticos. A liberdade de imprensa tem um limite imposto pelo direito à intimidade e isso se pode deduzir da norma que se extrai do texto constitucional. O legislador que pretenda, no exercício da democracia, regular a liberdade de imprensa de forma que a intimidade, valor também protegido constitucionalmente, venha a ser mitigada, não terá sua lei admitida no ordenamento jurídico, uma vez que o processo democrático deverá ser limitado pela norma constitucional de ponderação de direitos fundamentais.

Ocorre que essa limitação não é somente negativa, mas também pode ser positiva. Isto é, não basta somente que os direitos fundamentais atuem como forma de impedir que o exercício da democracia os avilte, mas também como forma de exigir uma atuação da democracia no desenvolvimento de políticas públicas para a promoção de direitos fundamentais.

Carmen Lúcia Antunes Rocha aduz que “urgia, pois, que se promovesse constitucionalmente, por uma remodelação da concepção adotada pelo sistema normativo democrático, a igualdade jurídica efetiva, a dizer, promotora da igualação.”⁶

Veja-se que os direitos fundamentais passaram a exercer não apenas um obstáculo à democracia, mas também um impulso à efetivação de certos direitos sociais que exigiam do Poder Público uma atuação para a realização e não apenas para proteção das posições jurídicas do cidadão.

E essa atuação encontra grande desenvolvimento no que concerne ao princípio da isonomia, em que “de um conceito jurídico passivo mudou-se para um conceito jurídico ativo, quer-se dizer, de um conceito negativo de condutas discriminatórias vedadas passou-se a um conceito positivo de condutas promotoras da igualação jurídica.”⁷

Os objetivos traçados pela Carta Magna também oferecem subsídios para determinar os limites ao exercício da democracia e evitar o uso abusivo de seus poderes. É o que se vê do artigo 3.º da Constituição da República Federativa do Brasil que afirma serem

⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 15, 1996. p. 86.

⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 15, 1996. p. 88.

“objetivos fundamentais” do país:

[...]:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁸

Percebe-se, assim, que a democracia não pode ser exercida sem que a vontade geral da nação – propostas primeiramente no Preâmbulo e depois por todo o texto constitucional, expressa pela norma constitucional e prevista pelo poder constituinte – seja abarcada pelo legislador e representante do povo, demonstrando a pretensão de dar um mínimo de efetividade às aspirações da sociedade.

Sem garantir esse acesso ao que há de mais elementar para a sobrevivência e para a subsistência digna, não se possibilita aos que desprovidos desse mínimo o exercício consciente e efetivo do poder democrático. A isso alerta Rodolfo Arango quando diz

Something similar occurs with respect to the conception of democracy held by Habermas. It is an idealized concept, which presupposes the existence of the rights to autonomy and political participation, but which is not concerned to assure that the material conditions for this autonomy and participation be exercised effectively by every individual.⁹

Surge aqui mais um duplo aspecto da democracia, ressaltado pelo supracitado autor. Afirma que, para Habermas, essa forma de governo se estanca em garantir o direito à autonomia e participação política, sem se preocupar com os meios para

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 3.

⁹ ARANGO, Rodolfo. Basic social rights, constitutional justice, and democracy. In: *Ratio Juris*, v. 16. n.º 2. Oxford: Blackwell, june 2003, p. 148. Tradução livre: “Algo semelhante ocorre com relação à concepção de democracia realizada por Habermas. É um conceito idealizado, que pressupõe a existência dos direitos de autonomia e participação política, mas que não está preocupado em garantir as condições materiais para que essa autonomia e participação sejam exercidas efetivamente por cada indivíduo.”

efetivá-lo, denominando-a de “procedimental”. Ao contrário, esclarece que há autores que defendem uma democracia “funcional”, em que somente se poderá exercer os direitos de participação e autonomia política se forem garantidas condições materiais para o desenvolvimento e a obtenção de certas liberdades.

Diferentemente de países desenvolvidos, nas sociedades em desenvolvimento, para que o voto seja tido como igual, há que se igualar os atores do processo democrático. Se a democracia é a liberdade de atuação e de escolha, ela não poderá existir onde não haja escolha, como é o caso de um sem-número de habitantes que, embora tenha direito ao voto, estão imobilizados pelas amarras da inexistência de meios materiais para a atuação democrática, caso da grande maioria dos assistidos pela Defensoria Pública.

Ademais, não se deve olvidar que democracia e cidadania costumam peregrinar lado a lado no contexto social. E mais do que isso, não se pode esquecer que sem condições mínimas de dignidade da pessoa não há cidadania e, por conseguinte, não há democracia.

Há a necessidade, para se assegurar o desenvolvimento democrático de um país, de alicerçar formas de efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais, de forma a estabelecer a igualdade material dos que assim poderão ser chamados cidadãos.

Carmen Rocha vê nas ações afirmativas uma forma de ultrapassar essa barreira da falta de meios para o exercício da democracia:

*A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais.*¹⁰

Com efeito, se os direitos fundamentais atuarem de forma a impor ao Estado uma obrigação de fazer em favor da integração do povo na cidadania, será possível uma

¹⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 15, 1996. p. 99.

efetiva participação democrática na vida política do país.

Frank I. Michelman assevera, fundado nas lições de William Forbath, que

[...] the motivating moral ideal [of constitutionalized social rights] is that of a society committed to run itself in ways designed to constitute and sustain every person (at least every person who chooses on fair terms) as a competent and respected contributor to political, social, and economic life.¹¹

Portanto, não é possível separar os direitos fundamentais do exercício da prática democrática. Mais que isso, o exercício da cidadania pressupõe a efetividade dos direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais. Para tanto, não apenas as reivindicações da minoria, mas o zelo da Corte Constitucional pela manutenção das normas extraíveis da Constituição são inderrogáveis atribuições.

3. O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional, nesse embate entre o exercício da democracia e os direitos fundamentais, tem papel fundamental e que, como referido alhures, não pode ser delegada a outro poder, tampouco pode ser revogada a sua atuação.

Alexander Hamilton já afirmava em seu Federalista n.º 78 que:

A independência rigorosa dos tribunais de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada; quero dizer, em uma Constituição que limita a alguns respeitos a autoridade legislativa, proibindo-lhe, por exemplo, fazer passar *bills of attainder* e decretos de proscrição, leis retroativas ou coisas semelhantes. Restrições desta ordem não podem ser mantidas na prática, senão por meio dos tribunais de justiça, cujo dever é declarar nulos todos os atos manifestamente contrários aos termos

¹¹ MICHELMAN, Frank I. The constitution, social rights, and liberal political justification. In: *J.CON*, v. 1, n.º 1, 2003. p. 26. Tradução Livre: "(...) o ideal moral de motivação (dos direitos sociais constitucionalizados) é o de uma sociedade comprometida com a execução de meios próprios destinados a constituir e manter cada pessoa (ao menos toda pessoa que escolhe em condições justas) como um competente e respeitado contribuinte da vida política, social e econômica."

da Constituição. Sem isso, ficariam absolutamente sem efeito quaisquer reservas de direitos e privilégios particulares.

Algumas dúvidas se têm suscitado sobre o direito atribuído aos tribunais de justiça de declarar nulos, como contrários à Constituição, atos do corpo legislativo; porque se pensa que de semelhante doutrina resultaria a superioridade do Poder Judiciário sobre a legislatura, visto que uma autoridade não pode declarar nulos os atos de outra sem que lhe seja necessariamente superior.¹²

Historicamente, assim, possuem as Cortes Constitucionais um direito, do qual decorre um dever também indissociável, de fazer o equilíbrio necessário entre as forças democráticas e os direitos fundamentais.

A esse respeito, Carmen Rocha afirma que

[...] [à Suprema Corte norte-americana] – e, em geral, ao Poder Judiciário, nos Estados em que ele desempenha um papel forte como direta e efetivamente responsável pelo respeito e pela prática da Constituição, ou às Cortes Constitucionais, nos Estados onde a elas cabe esse mister – tem sido atribuído o avanço das concepções e execuções efetivas e eficientes das normas dos direitos fundamentais.¹³

Mas para que isso ocorra, muitas vezes há a necessidade de que a intervenção do Poder Judiciário ataque o cerne do processo democrático, precisando atuar de maneira a proteger a minoria da vontade da maioria. Denota-se que

Os grupos minoritários, mesmo os grupos politicamente organizados mas não participantes dos esquemas dos governos em exercício, passaram a vislumbrar o processo judicial constitucional como um processo político de conquistas ou de reconhecimento de direitos

¹² HAMILTON, Alexander. *O federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 459.

¹³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 15, 1996. p. 89.

conquistados, mas ainda não formalizados, expressamente, nos documentos normativos.¹⁴

A afirmação de Robert Alexy traduz como os direitos fundamentais agem sobre a democracia, quando diz que

Em muitos Estados este jogo deve ser observado: a oposição perde primeiro no processo democrático e ganha, então, diante do tribunal constitucional. Também a Constituição brasileira conhece essa possibilidade ao ela conceder, no artigo 103, VII, aos partidos políticos representados no congresso, o direito a uma ação por causa de inconstitucionalidade diante do tribunal constitucional.¹⁵

Do que acima ficou estabelecido, faz-se mister enfatizar que a proteção dos direitos sociais da minoria, embora limite a prática democrática, acaba, por fim, alavancando o desenvolvimento das classes e tendendo a uma igualação que resulta, indiretamente, na valorização da democracia e na efetividade da cidadania.

Nessa esteira, a atuação do Tribunal Constitucional na promoção de direitos sociais, decorrentes do princípio da igualdade, dá-se pelas formas da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou por Mandado de Injunção.

Isso se justifica porque, para a promoção desses direitos, há necessidade de uma atuação do legislador de forma a dar efetividade às posições jurídicas do povo. Se o legislador assim não o faz, permanece inerte, ou faz de forma insuficiente, de maneira a não contemplar certas classes de pessoas que, por suas características semelhantes ou iguais, deveriam estar inseridas no contexto legal, autoriza aos legitimados para a proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade e do Mandado de Injunção que demandem do Supremo Tribunal Federal uma atuação no sentido de determinar que se cumpra o direito previsto na Constituição, se de lei não necessitar a sua efetivação, ou que o Poder Legislativo promova as medidas cabíveis para fazer cessar a inconstitucionalidade.

¹⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 15, 1996. p. 89.

¹⁵ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 16. Porto Alegre: Ufrgs, 1999. Tradução de Luís Afonso Heck. p. 213.

Rodolfo Arango assenta na urgência da efetivação do direito o poder de o juiz determinar o reconhecimento do direito sem trocar de papéis com o legislador:

Although the constitution is not an Aladdin's lamp that would make it possible for us to make our wishes come true at once, judges must take the constitution seriously when violations of human dignity, particularly violations of basic human rights, are at stake. What makes it possible for the constitutional judge to intervene in a controlled, objective and reasonable manner in the recognition of basic social rights, without falling into the temptation of replacing the legislator? The answer here is found in the application of objective principles that do not allow him to be arbitrary. One of these principles is urgency, which leaves human autonomy untouched but is presupposed by constitutional and democratic state.¹⁶

Essa ingerência da jurisdição na democracia para a promoção de direitos fundamentais é normalmente necessária justamente porque o que existe é uma inação, uma inércia do legislador. E essa posição estática do Poder Legislativo pode ser lesiva à compleição tanto quanto ao exercício do direito. Essa omissão, vista da perspectiva de uma sociedade subdesenvolvida que necessita da prestação do Estado para a promoção social, atinge direitos fundamentais e os impossibilita, muitas vezes, de se verem efetivados.

J. J. Gomes Canotilho afirma que “[...] torna-se necessário manter a *externalização* das acções constitucionais tendentes a assegurar o cumprimento da Constituição”, uma vez que “os constituintes moderados aceitam, no momento fundacional, compromissos emancipatórios semanticamente formulados, mas não acreditam neles, nem tencionam levá-los à prática.”¹⁷

¹⁶ ARANGO, Rodolfo. Basic social rights, constitutional justice, and democracy. In: *Ratio Juris*, v. 16, nº 2. Oxford: Blackwell, June 2003, p. 147. Tradução Livre: “Embora a constituição não seja uma lâmpada de Aladdin que possibilitaria a nós fazermos nossos desejos se tornarem realidade de uma só vez, juízes devem levar a constituição a sério quando as violações da dignidade humana, particularmente violações de direitos humanos básicos estão em jogo. O que torna possível para o juiz constitucional a intervenção, de maneira controlada, objetiva e razoável, no reconhecimento de direitos sociais básicos sem que caia na tentação de substituir o legislador? A resposta aqui é encontrada na aplicação de princípios objetivos que não permitem a ele agir arbitrariamente. Um desses princípios é a urgência, a qual mantém a autonomia humana, pressuposto do Estado constitucional e democrático, intocada.”

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 2001. p. XVII. Grifo no original.

Nessa linha, o mandado de injunção previsto no artigo 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil tem merecido destaque na efetivação de direitos previstos constitucionalmente e que, por omissão legislativa, não sofrem a regulação infraconstitucional necessária ao desenvolvimento da cidadania. Com a criação do mandado de injunção, afirma Luís Roberto Barroso, “o constituinte de 1988 [...] atendeu, assim, a um reclamo generalizado da sociedade e da doutrina em busca de maior efetividade para as normas constitucionais, enfrentando uma das principais disfunções históricas do constitucionalismo brasileiro.”¹⁸

Foi assim que o Supremo Tribunal Federal, embora tenha num primeiro momento promovido à equiparação do Mandado de Injunção à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (MI 107-3), revisando o seu posicionamento, passou a adotar em inúmeros acórdãos a seguinte diretiva encontrada na presente ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL ART. 8º, §3º DO ADCT ANÍSTIA. REPARAÇÃO ECONÔMICA ÀQUELES QUE FORAM IMPEDIDOS DE EXERCEREM, NA VIDA CIVIL, ATIVIDADE PROFISSIONAL. PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. MORA DO CONGRESSO NACIONAL. PROJETOS DE LEI VETADOS PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. WRIT PRETENDE A MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO DESTE TRIBUNAL, PARA QUE ESTE FIXE OS LIMITES DA REPARAÇÃO E ACOMPANHE A EXECUÇÃO DO ACÓRDÃO. O TRIBUNAL DECIDIU ASSEGURAR, DE PLANO, O DIREITO À INDENIZAÇÃO, SEM CONSTITUIR EM MORA O CONGRESSO NACIONAL, PARA, MEDIANTE AÇÃO DE LIQUIDAÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DE SENTENÇA DE CONDENAÇÃO, A FIXAR O VALOR DA INDENIZAÇÃO. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO EM PARTE.¹⁹

O Ministro Marco Aurélio Mello, em seu voto, afirmou a necessidade de se dar efetividade às normas constitucionais e aos direitos nela inscritos, de maneira a, em

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 92.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 543-5 – DF. Relator Ministro Octavio Gallotti. 24.05.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+543%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+543%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 21.12.2010.

assim o fazendo, garantir eficácia à Constituição, *in verbis*:

[...] o pano de fundo, na espécie, é o teor do § 3.º do artigo 8.º das Disposições Transitórias da Carta de 1988, revelador de dispositivo que já vigora há doze anos [...].

Como disse, são passados doze anos, e não doze meses. E não veio à balha o diploma previsto no § 3.º do artigo 8.º

Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos esteios da doutrina nacional, sempre proclamou que faltava às Constituições brasileiras mecanismo que tornasse efetivos os direitos nela fixados.²⁰

Do mesmo voto, extrai-se argumento convincente, embora célere, de que o mandado de injunção foi idealizado para efetivar direitos, *ex vi*:

Conceder-se-á [mandado de injunção] para quê? Para emitir-se um certificado de que o Congresso Nacional está omissa na regulamentação do preceito da Carta da República? Não. Conceder-se-á – e a razão de ser é essa – para que o direito, assegurado constitucionalmente, possa ser exercido pelo titular [...].²¹

Esse viés adotado demonstra que o Poder Constituinte não pretendeu dar ao mandado de injunção a mesma incumbência revelada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que encontra no princípio da separação de Poderes o seu maior obstáculo para a efetivação dos direitos sociais.

Ocorre que na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão o Supremo Tribunal Federal tem interpretado o § 2.º do artigo 103 da Constituição Federal de forma a não açambarcar a competência do Legislativo com a possibilidade de, através de decisão judicial, expedir provimentos normativos temporários até que o legislador venha a agir.

Restringe-se a Corte Constitucional brasileira a, nesses casos, cientificar o Poder Constituído inerte para que tome as providências necessárias para o saneamento da

²⁰ Ibid., inteiro teor, p. 72.

²¹ Ibid., inteiro teor, p. 73.

inconstitucionalidade existente, albergada principalmente sob o manto da separação dos Poderes.

No entanto, do dispositivo constitucional não necessariamente somente isso se pode retirar, senão que é possível, através de hermenêutica sistemática e teleológica, extrair norma no sentido de que o Tribunal Constitucional brasileiro está autorizado a suprir temporariamente a inércia do Poder constitucionalmente incumbido do dever de regulamentar direitos para sua efetivação.

Em caso tal, não estará a jurisdição constitucional substituindo o processo legislativo, mas suprimindo a inexistência de regras a respeito do direito constitucional com uma determinação judicial. Quanto mais em uma sociedade carente de promoção e desenvolvimento sociais, em que a inércia legislativa em detrimento de direitos sociais é utilizada principalmente para afastar a maioria da população, minoritária em representação, do exercício da cidadania e da democracia.

Ademais disso, como afirma Luís Roberto Barroso²², embora normalmente a atividade legislativa é uma faculdade e, na expressão de J. J. Gomes Canotilho²³, atua nos limites de liberdade de conformação do legislador, quando a Constituição exige que haja uma manifestação do parlamento a respeito de certos direitos, que dependem dessa regulação para serem efetivados, essa atuação deixa de ser facultada e passa a ser um dever jurídico da Casa legislativa, de modo a vinculá-la a um ditame constitucional. Se o legislador preferiu abster-se de se manifestar sobre certa matéria em detrimento de direitos constitucionalmente previstos, cabe ao Poder Judiciário dar cabo a essa inconstitucionalidade, através de formas efetivas de ação, ainda que temporárias.

E na ausência de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou de mandado de injunção na corte constitucional, cabe a cada um dos que se acharem prejudicados pela inércia estatal na consecução de seu fim o ajuizamento de ações individuais perante o Poder Judiciário que, em controle difuso, determinará a aplicação do direito fundamental omitido ou desprotegido.

A promoção de direitos sociais e o exercício da cidadania e da democracia dependem de uma ação do Judiciário, na inércia do Executivo e do Legislativo, que, embora não ignore a deficiência orçamentária e as dificuldades de alcançar êxito em sua efetivação,

²² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 195 et. seq.

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. XII.

promovam e desenvolvam os meios de sobrevivência digna da população. Contra esses empecilhos de ordem econômica, afirma Rodolfo Arango que

The fact that there are many duties and relevant actors involved in the fulfilment of social rights does not stand in the way of their implementation by the judiciary. These characteristics of basic social rights demand the application of other principles, such as the principles of subsidiarity and solidarity, which are not taken into account by most judicial theorists and political philosophers who defend standard theories of rights.²⁴

Um caso prático é trazido pelo mesmo autor e que se aplica efetivamente também à situação brasileira. Na verdade, o fato é observado em todos os países em que há um déficit social intenso: trata-se da inexistência de vagas nas escolas e do necessário aporte financeiro para a criação desses lugares nas instituições de ensino, ao que se pode adicionar o ingrediente da inexistência de meios de sobrevivência digna que obriga as crianças em idade escolar a pedirem esmolas nas ruas e a desistirem dos estudos. E a questão que Arango expõe é se a criança pode demandar do Estado além de um lugar na escola, também os meios que possibilitem ela de assistir de forma efetiva às aulas? E responde o autor de forma incontestável:

The best constitutional reasons speak on behalf of decisions by constitutional judges that would compel the authorities to guarantee not only the availability of places but also the material resources to secure the exercise of basic social rights. The reasons against such guarantees, that is, a lack of money or inadequate infrastructure, and the responsibility of the parents, do not justify the failure to recognize the aforementioned constitutional position, for its non-recognition by the state will harm the individual, by excluding him

²⁴ ARANGO, Rodolfo. Basic social rights, constitutional justice, and democracy. In: *Ratio Juris*, v. 16. nº 2, Oxford: Blackwell, June 2003. p. 143. Tradução Livre: "O fato de que há muitos deveres e relevantes atores envolvidos no cumprimento de direitos sociais não impede a sua implementação pelo Judiciário. Essas características dos direitos sociais básicos demandam a aplicação de outros princípios, tais quais os princípios de subsidiariedade e solidariedade, que não são considerados pela maioria dos teóricos judiciais e filósofos políticos que defendem teorias padrões de direitos."

from the benefits of progress and condemning him to a marginal status in the society.²⁵

Verifica-se que o papel da jurisdição constitucional na proteção e promoção dos direitos sociais, mesmo que com o afastamento da democracia, acaba por beneficiar a democratização da sociedade e a possibilitar o acesso à cidadania.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Exposto dessa forma o tema, pode-se entrever dentro das questões atinentes aos direitos fundamentais, principalmente no que tange aos direitos sociais, uma relação de convivência aparentemente conflituosa entre eles e a democracia na busca pela cidadania.

De um lado, os direitos fundamentais são tidos como linhas mestras para o desenvolvimento de uma nação, dentro dos seus objetivos propostos pela Constituição do Estado. São, ao mesmo tempo, forma de proteção da democracia e também dão azo à anulação dos atos emanados do processo democrático. Podem ser considerados, por isso, tanto democráticos quanto ademocráticos, trazendo nas normas que deles se extraem uma ambivalência, *i. e.*, encerram valores positivos e negativos de democracia.

De outro, o sistema democrático de escolha das políticas públicas e de inovação da ordem jurídica vigente no país, cuja sociedade é carente de investimentos sociais e de desenvolvimento humano, exige um papel ativo e que nem sempre é desempenhado pelo Poder Constituído para tanto.

Entre esses dois polos, que não se podem colocar em oposição permanente sob pena de inviabilizar o Estado, encontra-se a Jurisdição Constitucional, depositária da proteção da Magna Carta, da qual se esperam decisões capazes de efetivar a democratização dos direitos constitucionalmente previstos, consolidando meios materiais para que a parcela socialmente deficitária da sociedade possa participar das decisões políticas do país e concretizar o seu desejo de cidadania.

Em última análise, o Poder Judiciário como um todo, também no controle

²⁵ *Ibid.*, p. 145. Tradução Livre: "As melhores razões constitucionais sustentam decisões de juízes constitucionais que compeliriam as autoridades a garantir não somente a disponibilidade de lugares mas também os meios materiais para assegurar o exercício de direitos sociais básicos. Os motivos contrários a essas garantias, que seriam a falta de dinheiro ou a infraestrutura inadequada, a responsabilidade dos pais, não justificam a falta de reconhecimento da referida posição constitucional, pois o seu não-reconhecimento pelo estado prejudicará o indivíduo, ao excluí-lo dos benefícios do progresso e o condenando a um status à margem da sociedade."

difuso de constitucionalidade, tem o dever de fazer valer a intenção dos constituintes insculpida no Preâmbulo Constitucional e impor à democracia as limitações da ambivalência dos direitos fundamentais.

Democracia, além de igualdade de valor do voto e capacidade eleitoral ativa e passiva, significa também ter acesso igualitário a todos os meios necessários para garantir a existência digna da pessoa, sem a qual não é possível, também, o exercício da cidadania. Para a promoção da igualdade propalada, necessário que se dê efetividade mínima aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos e, nisso, tem se empenhado a Defensoria Pública prevista constitucionalmente desde 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. In: *Revista de Direito Administrativo*, n.º 217, jul.-set. 1999. Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 16. Porto Alegre: Ufrgs, 1999. Tradução de Luís Afonso Heck. p. 203-14.

ARANGO, Rodolfo. Basic social rights, constitutional justice, and democracy. In: *Ratio Juris*, v. 16. nº 2. Oxford: Blackwell, June 2003. p. 141-54.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

BOBBIO, Norberto, BOVERO, Michelangelo (org.). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 543-5 – DF. Relator Ministro Octavio Gallotti. 24.05.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+543%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+543%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 21.12.2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Direitos constitucionais sociais e os direitos fundamentais: são os direitos sociais constitucionais direitos fundamentais? In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n.º 42, jan.-mar. 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. p. 252-7
- DORNELLES, João Ricardo. Notas introdutórias sobre a fundamentação dos direitos humanos: uma breve análise sobre os direitos humanos, a cidadania e as práticas democráticas. In: *Direito e Democracia*, vol. 1, n.º 1, 1.º sem. 2000. Canoas: Ulbra. p. 53-80.
- DOBROWOLSKI, Sílvio. O controle do poder político pelos grupos sociais. In: *Estudos de Direitos Constitucional: Homenagem a Paulo Bonavides*. p. 378-99.
- HAMILTON, Alexander. *O federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Voto secreto nos legislativos estaduais e municipais, ou de como as coisas podem mudar. In: *Estudos de Direito Constitucional: Homenagem a Paulo Bonavides*. p. 363-77.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MICHELMAN, Frank I. The constitution, social rights, and liberal political justification. In: *I.CON*, v. 1, n.º 1, 2003. p. 13-34.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 15, 1996. p. 85-99.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto

- Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 46, jan.-mar. 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. p. 42-73.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: *Arquivos de Direitos Humanos*, n.º 4, Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002. p. 137-91
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. In: *Interesse Público*, n.º 17, 2003. Editora Notadez. p. 56-74.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. p. 129-73.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Direito e Democracia*, vol. 1, n.º 1, 1.º sem. 2000. Canoas: Ulbra. p. 5-52.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.