

O CONFLITO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA NA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS

THE CONFLICT BETWEEN CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY IN JUDICIAL INTERVENTION IN PUBLIC POLICY

Eduardo Barbuto Bicalho

RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar o conflito existente entre os elementos constitucionalismo e democracia e como tal conflito interfere na interpretação do direito, culminando na intervenção judicial nas políticas públicas. De forma mais específica, o estudo parte da demonstração da concepção de constitucionalismo e democracia aqui firmados para trabalhar o conflito entre eles. Posteriormente, busca-se entender as políticas públicas, o seu ciclo, sua análise e avaliação, bem como a forma com que o Poder Judiciário pode intervir sobre as mesmas. Ao fim, o presente artigo cuida de identificar formas de intervenção judicial em políticas públicas, e demonstrar como a ponderação de princípios constitucionais pode levar à decisão do elemento a prevalecer no caso concreto (constitucionalismo ou democracia) e as consequências desse processo sobre a política pública judicializada.

PALAVRAS-CHAVE:

1. Constituição; 2. Democracia; 3. Neoconstitucionalismo; 4. Políticas públicas.

ABSTRACT:

This article intends to demonstrate the conflict between the elements constitutionalism and democracy and how such conflict interferes with the interpretation of the law, culminating in judicial intervention in public policy. More specifically, the study is the demonstration of the conception of constitutionalism and democracy firm here to work the conflict between them. Subsequently, we seek to understand the public policies, their cycle, analysis and evaluation, as well the way of the judiciary can intervene on them. At the end, this article deals to identify ways of judicial intervention in public policy, and to demonstrate how the weighting of constitutional principles can lead to decision of the element to prevail on the factual case (constitutionalism and democracy) and the consequences of this process on public policy judicialized.

WORDKEYS:

1. Constitution; 2. Democracy; 3. Neoconstitutionalism; 4. Public Policies.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende demonstrar os conflitos existente entre constitucionalismo e democracia, de modo a evidenciar as dificuldades de coexistência prática desses dois elementos em sua plenitude, bem como os reflexos de tais conflitos na interpretação judicial das políticas públicas.

Para tal demonstração, partir-se-á de uma análise do paradigma do neoconstitucionalismo, sendo este compreendido, para os fins deste artigo, nos termos formulados por Alexy, ou seja, como um modelo de interpretação/aplicação do direito permeado por vários institutos que elevam a importância do documento constitucional dentro do ordenamento jurídico, de modo que a constituição passa a ser o norte interpretativo de qualquer matéria do direito.

Além disso, no citado paradigma cresce também o papel do intérprete na aplicação do direito e de sua preocupação com a máxima efetividade das normas constitucionais, principalmente no que se refere aos princípios, já que estes possuem, em regra, conteúdo mais vago e abrangente, sendo marcado por valores e exigindo maior atividade hermenêutica.

Posteriormente, traçaremos alguns pontos de conflito existentes entre as ideias de constitucionalismo e de democracia aqui desenvolvidas. Nesse ponto, nossa preocupação é estudar o caráter conservador do constitucionalismo, uma vez que o mesmo busca a manutenção de direitos positivados em um documento que conta com inúmeras proteções contra mudanças. Por outro lado, tal característica será contraposta ao aspecto renovador da democracia, ou seja, da necessidade do povo, como titular do poder soberano, ser capaz de se auto regular a cada momento, alterando o *status quo* anterior.

Paralelamente, pretendemos também questionar a possibilidade de ocorrer o oposto das premissas acima mencionadas, um conflito às avessas, como no caso de a maioria dos indivíduos serem contrária à efetivação de liberdades de minorias. Nessa situação hipotética, a minoria utilizaria o direito constitucional da liberdade (constitucionalismo) como fundamento para as mudanças e a maioria (a princípio entendida como a manifestação da democracia) defenderia a manutenção do *status quo*.

Em seguida, analisaremos o impacto do conflito acima exposto na análise jurisdicional de políticas públicas. Para tanto, traçaremos algumas características das políticas públicas, sua análise e avaliação, bem como descreveremos o seu ciclo a fim de demonstrar em que momento pode se dar a intervenção do Poder Judiciário na mesma.

Por fim, descreveremos como o conflito entre constitucionalismo e democracia pode se desenvolver nas análises/avaliações judiciais de políticas públicas e identificaremos as dificuldades de se conciliar essas questões, concluindo que é preciso, mediante a ponderação de princípios constitucionais, encontrar pontos de equilíbrio capazes de não eliminar qualquer dos elementos envolvidos e, ao contrário, acomodar as características dos dois modelos a fim de trazer liberdade e segurança para a sociedade.

1 O NEOCONSTITUCIONALISMO

O termo neoconstitucionalismo foi e é utilizado em diversas acepções, como sinônimo ou não de pós-positivismo, mas para o presente artigo, utilizamos este termo para designar uma nova forma de entender e pensar o direito como um todo, e que tal entendimento difere das bases juspositivistas prevalentes até então.

A ideia geral de neoconstitucionalismo, aqui defendida, é que o direito não deve ser tido somente como normas positivadas, mas deve permitir a interferência de elementos morais, de justiça, que podem determinar a aplicação ou não de uma regra positiva. Com efeito, as principais críticas ao positivismo não se relacionam pelo que ele afirma, mas pelo que ele nega.

Em síntese, o neoconstitucionalismo possui as seguintes características principais:

a) A inserção de elementos filosóficos, sociais, políticos etc. na discussão jurídica: no paradigma do neoconstitucionalismo há a preocupação com a justiça da lei, a qual passa a ser entendida como um instrumento e não mais um fim em si mesmo. O mais importante agora é a dignidade humana, a qual deve ter o ordenamento jurídico a seu serviço. Para tanto, inúmeras outras questões, que anteriormente eram afetas apenas a outras ciências, passam a adentrar a interpretação e aplicação do direito;

b) O reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos no momento atual da evolução do constitucionalismo, os princípios jurídicos possuem uma nova e importante missão, qual seja, a de estabelecer os valores que devem ser privilegiados por todo o ordenamento jurídico, em pró da dignidade humana. Para tanto, deixam de ser meros vetores de interpretação e passam a ter força normativa e aplicação imediata, podendo sua violação ser questionada judicialmente. Nesse ponto, podemos concluir que os princípios são os instrumentos de positivação dos valores morais, sendo portanto a interseção entre a moral e o direito;

c) A lei não é a única fonte do direito: Outras fontes do direito passam a ter relevância na aplicação do lei, principalmente quando esta produz injustiças no caso concreto. Entre tais fontes, destaca-se os costumes, pois a evolução dos valores sociais podem ocasionar que normas jurídicas se tornem obsoletas e por isso precisem ser atualizadas, por via interpretativa, à realidade social;

d) As regras podem ter sua aplicação afastada no caso concreto, quando violarem princípios: como o valor principal passara a ser a dignidade da pessoa humana, exigiu-se que a interpretação do direito se dirigisse à efetivação dos princípios constitucionais, os quais representam valores a serem protegidos pelo direito. Assim, caso alguma regra jurídica violasse tais elementos axiológicos, as mesmas não deveriam ser aplicadas aos casos concretos.

e) Atenção maior à ponderação do que a simples subsunção: também em razão da importância dadas aos princípios e, principalmente, à sua normatividade e aplicação direta aos casos concretos, uma nova forma de interpretação ganhou espaço na interpretação do direito, qual seja, a ponderação. Pondera-se, uma vez que os princípios, entendidos como mandados de otimização, admitem uma aplicação gradual, indo do mínimo ao máximo de aplicação no caso. Assim, o método da subsunção, no qual a norma é ou não aplicada inteiramente ao fato, dá lugar à maior incidência da ponderação entre princípios, permitindo que dois ou mais valores sejam considerados em determinada medida.

f) A constitucionalização do direito, ou seja, a irradiação das normas constitucionais para os outros ramos do direito: ainda na ótica da importância dada aos valores constitucionalmente protegidos, passa-se a realizar a interpretação conforme a constituição de todos os ramos do direito, ou seja, todas as normas de direito civil, penal, administrativo, tributário etc. devem ser interpretadas à luz da Constituição.

g) O foco no intérprete da norma: a valorização dos princípios jurídicos e outras normas consideradas “abertas”, por permitirem uma maior variedade de aplicações e interpretações, atribuem ao intérprete um papel mais relevante do que lhe era reservado no paradigma positivista, uma vez que ele possui maior liberdade de criação e adaptação do texto aos fatos sociais em conflitos. Tal papel se acentua quando o intérprete é o Poder Judiciário, já que este possui a “palavra final” na resolução de conflitos sociais, sendo aquele que, efetivamente, irá aplicar a norma jurídica. Nesse sentido, esclarece-nos Eros Grau:

“(…) é importante também observarmos que todos os operadores do direito o interpretam, mas apenas uma certa categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da norma de decisão. Este, que está autorizado a ir além da interpretação tão-

somente como produção de normas jurídicas, para dela extrair normas de decisão, é aquele de Kelsen chama de ‘intérprete autêntico’: o juiz.”¹

h) A judicialização da política: crescimento do papel do Poder Judiciário, mediante institutos jurídicos como a repercussão geral nos recursos extraordinários, o efeito vinculante do controle concentrado de constitucionalidade e a súmula vinculante levam para os tribunais assuntos de ordem política que passar a ser discutidos em foro judicial, principalmente no que toca a questões relacionadas à omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, as quais passaram a ser vistas como inconstitucionais. De fato, se o Estado existe para garantir os direitos escritos na Constituição e se o Judiciário é o guardião do documento constitucional, inúmeras contendas políticas passam a ser conduzidas para esta outra arena, gerando também, em alguns casos, o fenômeno comumente chamado de “ativismo judicial.

Vê-se então que passa a existir uma nova concepção da constituição, que mantém suas bases no constitucionalismo clássico, mas que se inova dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito. Nessa nova visão, a constituição não é apenas o instrumento de positivação dos direitos, mas sim uma carta de valores, eleitos para reger todo o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, o Estado. Assim, é fundamental que as demais normas do sistema estejam em consonância com os valores contidos na constituição.

No que concerne aos princípios, pode-se dizer que a visão dos mesmos passa a ser completamente diferente nesse novo paradigma constitucional. Se no período positivista, os princípios são meros vetores de interpretação, sem qualquer força normativa, no neoconstitucionalismo temos dois tipos diferentes de normas jurídicas: normas-regras e normas-princípios.

As normas-regras são mais específicas e trazem a forma exata de sua aplicação. É aplicável no método “tudo ou nada”, ou seja, ou a norma é aplicável ou não é, de acordo com mera subsunção. As normas-princípios são entendidas por Robert Alexy como “Mandados de Otimização”, ou seja, como normas que podem ser aplicáveis em diferentes graus e que exigem do intérprete sempre que lhes aplique no grau máximo possível. Além disso, eles representam a abertura constitucional às transformações sociais, pois resumem em seu enunciado alta carga valorativa cambiante, a qual pode se adaptar à realidade social.

Então, com relação aos princípios, há que se ressaltar que a teoria de Alexy prevê que, em caso de conflitos entre princípios (que representam direitos fundamentais), deve o

¹ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4ª edição. Malheiros Editores. São Paulo. 2006. Pág. 28.

intérprete realizar o sopesamento dos bens e valores em disputa e decidir, no caso concreto, qual princípio deve prevalecer, causando ao outro o mínimo prejuízo possível.²

Por outro lado, o neoconstitucionalismo é também marcado pelo fortalecimento do controle de constitucionalidade e da rigidez constitucional, sendo os tais institutos adotado por praticamente todos os países ocidentais. É por tais características que o Poder Judiciário, caracterizado como o guardião da constituição, é ainda mais fortalecido diante dos demais poderes no paradigma do neoconstitucionalismo.

Por fim, salientamos que, no *jusnaturalismo* buscava-se um direito ideal, o dever-ser absoluto (o direito é o que deve ser) e, por isso, a lei somente é válida quando justa. No *juspositivismo*, buscava-se um direito somente baseado no “ser” (direito é o que é) e assim o direito é válido quando posto pela autoridade competente. Já no neoconstitucionalismo, o que se quer é o “poder-ser” (o direito é o que ele pode ser) e, portanto, o direito é válido quando posto, desde que não viole os direitos fundamentais.

2 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO PARADIGMA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Diante do exposto acima concernente ao paradigma do neoconstitucionalismo, pudemos perceber que os princípios constitucionais passaram a ser o elemento de maior importância na interpretação da constituição, uma vez que possuem alta carga valorativa, incorporando o que é tido pela sociedade como o mais importante.

Os princípios também possuem a função de atualizar o direito, uma vez que possuem conteúdos variáveis, os quais podem ser alterados de acordo com o modo pelo qual a sociedade “pensa”. Por isso, é relevante entendermos o papel do intérprete da constituição e o papel do Poder Judiciário nesse contexto.

O intérprete teve o seu papel na aplicação do direito bastante majorado, visto que no positivismo apenas devia realizar a subsunção, se atendo estritamente ao texto da lei. No neoconstitucionalismo, no entanto, passa-se a buscar um equilíbrio entre o valor justiça e o valor segurança, o que dá aos intérpretes do direito maior liberdade, inclusive de não aplicação da lei em caso em que o resultado da mesma possa ser injusto.

²ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.p.112.

O intérprete, portanto, tem a função de revelar o real sentido do texto, ele não visa aplicar a norma simplesmente, ele tem o papel de construí-la. Assim, o texto da lei não é a norma, a regra de conduta, mas apenas uma matéria bruta, que deve ser lapidada pelo intérprete para que a verdadeira norma apareça.

Nesse processo, o intérprete se utiliza do texto como um ponto de partida, uma baliza inicial e, posteriormente, são acrescentados elementos diversos, como dados do caso concreto, a realidade social, cultura, pré-compreensões e visões de mundo do intérprete, dentre outros.

A norma, portanto, é o resultado desse processo, é o texto interpretado, é o resultado da construção de um significado, que ocorre mediante vários tipos de operações e instrumentos, dentre os quais se misturam os métodos clássicos de interpretação (literal, histórica, sistemática, teleológica etc) e outros mais afetos às novas demandas do neoconstitucionalismo, como a ponderação, o sopesamento de bens e valores em disputa.

Nesse contexto, o Poder Judiciário possui um papel de suma relevância nos ordenamentos jurídicos nos quais a interpretação da constituição fica a cargo dos juízes, tanto no que concerne às cortes constitucionais (controle concentrado de constitucionalidade) quanto aos juízes que possuem a prerrogativa de afastar a aplicação de determinada norma jurídica por entendê-la inconstitucional (controle difuso de constitucionalidade).

Ocorre que, no tocante aos princípios constitucionais, em razão de os mesmos possuírem um conteúdo indeterminando, contemplando muitos comportamentos, é possível que um possa entrar em conflito com outros. Então, é preciso que, mediante a ponderação dos valores em disputa, procure-se sacrificar o mínimo possível de um princípio para que o outro prevaleça.

Essa ideia evidencia que nós nos filiamos aos doutrinadores que pensam que, em matéria de restrição a direitos fundamentais, deve prevalecer a teoria externa, em detrimento da teoria interna, conforme o pensador Robert Alexy. Senão vejamos: pela teoria interna da restrição a direitos fundamentais, o conteúdo do princípio fundamental não pode ser restringido por fatores externos a ele próprio, então não há conflito entre princípios e nem ponderação. Assim, quando o direito não for aplicado não é porque ele foi restringido, mas sim porque o direito, desde a sua concepção, não abrangia aquele caso concreto.

A teoria externa por sua vez concede ao direito, inicialmente, um caráter quase infinito, englobando todos os casos, mas depois vai sendo paulatinamente restringido quando em confronto com outras normas do ordenamento que também gozam da mesma proteção. Assim, quando um direito não se aplica a um caso concreto, é porque há outro direito prevalecendo no caso.

Para exemplificar, podemos dizer o seguinte: para os adeptos da teoria interna, o direito a liberdade, desde a sua concepção, não engloba a liberdade de agredir outro indivíduo. Por outro lado, para a teoria externa, a liberdade, inicialmente, abrange tudo, mas, em conflito com o direito à incolumidade física e psicológica, terá o seu espectro de atuação limitado, restringido, passando a não englobar o direito de agredir outro indivíduo.

De fato, o resultado das duas formas de interpretar é o mesmo, apenas o procedimento utilizado que diverge. Apesar disso, entendemos que a teoria externa da restrição a direitos fundamentais é a mais acertada, por estar em consonância com os princípios da máxima efetividade dos princípios fundamentais e por dar ao intérprete um método mais consistente para se chegar a um resultado, qual seja, a ponderação.

Importante mencionar também que, nesse processo de interpretação, de revelação de conteúdo, inevitável que se tenha como ingrediente a forma de pensar própria do intérprete, os seus valores íntimos, suas pré-compreensões e pré-conceitos, o que influencia muitas vezes de forma determinante no resultado da norma construída.

3 A DEMOCRACIA

Após a exposição do nosso entendimento sobre neoconstitucionalismo, iniciamos o estudo da ideia de democracia, a fim de também fixarmos as bases conceituais do presente artigo.

O termo democracia possui um conceito mutável, algo que vem evoluindo desde a idade antiga, com os gregos e romanos. Em termo de linguística, a palavra vem do grego, sendo a união dos termos *demo* = povo e *kratos* = poder. Assim, temos a ideia do povo exercendo o poder.

Em termos clássicos, a democracia é uma forma de governo em que todos os cidadãos elegíveis participam igualmente - diretamente ou através de representantes eleitos - na proposta, no desenvolvimento e na criação de leis, exercendo o poder.

Essa noção de democracia perpassa pela visão de Jean Jacques Rousseau, do Contrato Social, mediante o qual os cidadãos se unem e acordam de forma igualitária sobre a forma em que irão viver. Surge para superar a noção de soberano e súditos. O povo passa a ser o seu próprio soberano e a lei se torna o instrumento pelo qual o poder é exercido. Dessa forma, o povo se autorregula.

Segundo Rousseau, existe um problema que envolve toda a sua teoria política, qual seja, “o homem nasce livre, mas por todo o lado se encontra a ferros”. Essa questão mostra que, para Rousseau, o homem é bom por natureza, a sociedade o corrompe, mas somente a sociedade é capaz de salvá-lo. Isso porque para ele somente participando da elaboração das leis e respeitando-as é que o homem pode ser verdadeiramente livre. Temos, então, uma noção de liberdade coletiva, de liberdade dentro do Estado.

Outra ideia de Rousseau que nos parece importante é a noção de vontade geral. Para ele, a vontade geral não é a simples soma das vontades individuais, mas o resultante de uma composição de vontades em que se elimina os excessos de cada um e, ao final, sobra uma vontade perfeita, que não se equivoca, nos termos abaixo:

“Quando vários homens reunidos consideram-se como um só corpo, eles têm uma única vontade, relacionada à preservação comum e ao bem-estar geral. Então, todos os meios do Estado são vigorosos e simples, suas máximas são claras e luminosas, não há interesses confusos, contraditórios, o bem comum mostra-se em toda parte com evidência e requer apenas bom senso para ser percebido”.³

Por fim, podemos também visualizar um caráter extremamente positivista e normativista em Rousseau porque o mesmo entende que a lei é a manifestação perfeita da vontade geral e, por isso, nada mais deve ser considerado se não contiver na lei. Ocorre a supervalorização do legislativo em detrimento dos demais poderes, o que se manteve por muitos anos, sendo prova o Código Napoleônico que sobreviveu a várias constituições francesas.

Desde então, o conceito de democracia vem variando bastante, permitindo formas mais modernas, como a democracia representativa, que para Rousseau significava o fim da liberdade, mas que foi necessária em razão das dificuldades práticas de participação de todos os cidadãos.

“Rousseau, entretanto também estava convencido de que “uma verdadeira democracia jamais existiu nem existirá”, pois requer muitas condições difíceis de serem reunidas. Em primeiro lugar um estado muito pequeno, “no qual ao povo seja fácil reunir-se e cada cidadão possa facilmente conhecer todos os demais”; em segundo lugar, “uma grande simplicidade de costumes que impeça a multiplicação dos problemas e as discussões espinhosas”; além do mais, “uma grande igualdade de condições e fortunas”; por fim, “pouco ou nada de luxo” (donde se poderia deduzir que Rousseau, e não Marx, é o inspirador da política de “austeridade”).”⁴

³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. Editora L&PM. 2007. p. 115.

⁴ BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. 6ª edição. Editora Paz e Terra. 1997. Pág. 41.

Também foi assim porque a noção de vontade geral é utópica. Não há consenso quanto a isso. Em verdade, os homens são movidos por interesse particulares, mas que em algum ponto se tornam coletivos, em razão de traços de solidariedade. Fora isso, são as elites que conduzem os rumos da nação e, por isso, a caracterização da democracia representativa.

Em sua teoria sobre democracia, Schumpeter defende que não é possível dar ao eleitorado o poder de decidir, mas sim que cabe ao povo escolher os representantes. Se baseia na regra da maioria, a qual se efetiva na escolha dos representantes. Então sustenta completamente a democracia representativa, baseada na noção da liderança, como demonstra o texto abaixo:

“Em primeiro lugar, de acordo com o ponto-de-vista que adotamos a democracia não significa nem pode significar que o povo realmente governa em qualquer dos sentidos tradicionais das palavras povo e governo. A democracia significa apenas que o povo tem oportunidade de aceitar ou recusar aqueles que o governarão. Mas, uma vez que deve decidir isso de maneira inteiramente não-democrática, devemos limitar nossa definição, acrescentando-lhe um outro critério para identificação do método democrático, isto é, a concorrência livre entre possíveis líderes pelo voto do eleitorado. Um dos aspectos dessa definição pode ser expressado se dizemos que a democracia é o governo dos políticos. E é da máxima importância compreender claramente o que essas palavras significam.”⁵

Todavia, o conceito que pretendemos estabelecer neste trabalho é aquele que entende a democracia como uma regra de procedimento, a qual se baseia no princípio da maioria. Em outras palavras, os regimes democráticos são aqueles que possuem regras, aceitas por todo o grupo social, para o exercício do poder. Não há vontade geral ou objetivo comum, mas sim um modelo procedimental pelo qual os perdedores se submetem às decisões dos vencedores, porque entendem que tal atitude faz parte das “regras do jogo”. Nesse sentido, vale conferir a definição de Bobbio:

“Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados

⁵SCHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, Socialismo e Democracia. Fundo de Cultura. Editora Fundo de Cultura. Rio de Janeiro. Pág. 339.

a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos”.⁶

Nesse sentido, a regra básica que determina os vencedores e os perdedores é a da maioria, ou seja, nas eleições, aquele que possui a maioria dos votos, é o vencedor, ganhando assim o direito de exercer o poder sobre todos, inclusive os que votaram de forma diferente. A submissão dos perdedores das eleições é fundamental, pois se assim não fosse, restaria sempre um estado de guerra, de golpe de Estado, de usurpação do poder etc.

Apesar de outros critérios terem sido incorporados à regra da maioria, como as eleições proporcionais, por exemplo, entendemos que a regra básica ainda é a da maioria. Assim, em regra, os representantes eleitos (no Brasil, os membros dos poderes Executivo e Legislativo) advogam interesses de grupos majoritários.

4 O CONFLITO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Após traçarmos as ideias gerais de constitucionalismo e de democracia por nós adotadas, é possível depreender que tratam-se de conceitos que, apesar de buscarem conviver nas sociedades ocidentais modernas, em muitos aspectos se afastam mutuamente, conforme demonstramos a seguir.

Um primeiro ponto de conflito entre constitucionalismo e democracia se dá na perpetuação do modelo político e social traçado pela norma fundamental no momento de sua elaboração: enquanto o neoconstitucionalismo prima pela força normativa da constituição, sua superioridade, que podemos extrair da rigidez de seu texto e do controle de constitucionalidade, a democracia exige que o povo possa decidir seu próprio modelo de Estado e suas normas, a cada momento, ou seja, não é justo que as pessoas possam impor seus valores para as gerações futuras, as quais devem permanecer tão livres quanto seus antepassados.

Assim, podemos ilustrar esse conflito no binômio “segurança jurídica x soberania popular”, e nos questionar a respeito de institutos como o das cláusulas pétreas, por exemplo. O que é mais importante? Não por à prova direitos fundamentais garantidos por uma classe dominante em um momento histórico ou permitir a autorregulamentação constante?

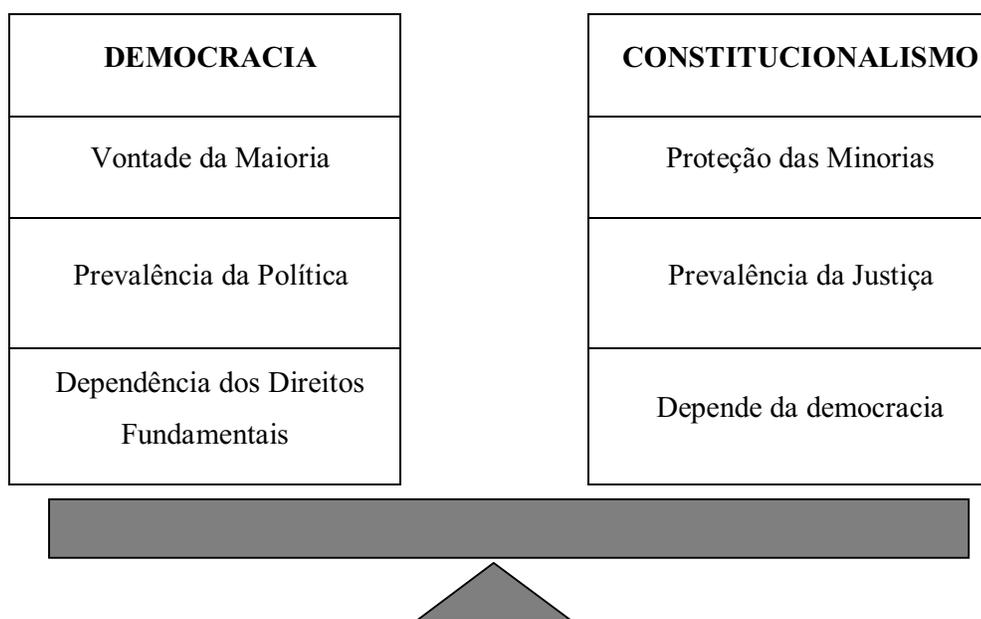
⁶ BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. 6ª edição. Editora Paz e Terra. 1997. Pág. 18.

Outro ponto de conflito é a proeminência existente em um poder do Estado sobre os demais em cada modelo descrito. Enquanto a balança pender para a democracia, temos o primado da lei, e o Poder Legislativo se mostra como o detentor da “última palavra” em matérias constitucionais, conferindo às normas os valores presentes no povo. Por outro lado, se pender para o constitucionalismo, identificamos um Poder Judiciário mais forte, capaz de rever, em última instância, os atos normativos dos demais poderes, muitas vezes considerando seus próprios valores e pré-compreensões, por serem elementos da interpretação.

Além disso, é preciso destacar que o primado da lei (ou do legislativo) pode promover maior adequação das normas à realidade social, mas há o risco de tais valores serem sempre os emanados da maioria, subjugando qualquer manifestação de minorias existentes no povo. O primado da constituição, por outro lado, visa garantir a existência das minorias com direitos fundamentais de liberdade e igualdade, com inúmeros mecanismos de proteção.

Paradoxalmente, apesar do conflito existente, constitucionalismo e democracia são interdependentes, ou seja, sem direitos fundamentais constitucionalmente garantidos não é possível exercer plenamente a democracia. Por outro lado, sem participação popular não é possível a observância plena dos direitos fundamentais. A ilustração abaixo demonstra o conflito e o paradoxo acima explicitados:

Figura 1



Fonte: Próprio autor

Uma grande preocupação atual que se relaciona intimamente com o presente trabalho é o ativismo judicial, ou seja, até que ponto o Poder Judiciário deixa de ser apenas um

legislador negativo e passa a, de fato, criar normas jurídicas? Os órgãos judicantes, que não foram eleitos pelo povo, possuem legitimidade para tanto? A interpretação constitucional, não sendo isenta de valores pessoais do intérprete, deve ser exercida apenas pela Suprema Corte?

Tais questões ainda se tornam mais discutíveis em um sistema como o brasileiro, que contém institutos jurídicos que concedem ainda mais força ao Judiciário, como os da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante, os quais cometem de força vinculante, caráter geral e abstrato, os entendimentos jurisprudenciais.

5 POLÍTICAS PÚBLICAS

Após apresentarmos nossa ideia sobre o constitucionalismo, a democracia e os conflitos entre tais elementos, passaremos ao estudo das bases conceituais das políticas públicas, a fim de podermos, em item subsequente, avaliar como o conflito acima pode estar presente na interpretação do direito pelo Poder Judiciário envolvendo políticas públicas.

De início, portanto, podemos afirmar que as políticas públicas são definidas por Secchi como uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público. Este, por sua vez, consiste em um problema entendido pela coletividade como relevante. Contudo, ainda há entre os pesquisadores muita divergência envolvendo o conceito das políticas públicas.

Primeiramente, esclarecemos que Secchi se vincula à abordagem multicêntrica das políticas públicas, entendendo que o Estado não possui o monopólio na implementação das mesmas, dividindo este espaço com organizações privadas, organizações não governamentais, organismos multilaterais e redes de políticas públicas.⁷ Assim, entende o citado autor que:

“A essência conceitual de políticas públicas é o problema público. Exatamente por isso, o que define se uma política é ou não pública é a sua intenção de responder a um problema público, e não se o tomador da decisão tem personalidade jurídica estatal ou não estatal. São os contornos da definição de um problema público que dão à política o adjetivo ‘pública’.”⁸

Em segundo lugar, Secchi esclarece que muitos autores conceituam política pública como sendo tudo aquilo que, em regra, os governos escolhem fazer ou não fazer. Nesse entendimento, não são apenas as ações que visam resolver problemas públicos que podem ser

⁷ SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2ª edição. São Paulo. Editora Cengage Learning. 2013. Págs. 2/3.

⁸ SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2ª edição. São Paulo. Editora Cengage Learning. 2013. Pág. 5.

consideradas políticas públicas, mas também as omissões. Contudo, o citado autor entende que situações de omissão ou negligência governamental não devem ser consideradas políticas públicas, mas apenas a falta de inserção do problema na agenda formal.⁹

A nosso ver, por outro lado, há omissões que podem ser caracterizadas como políticas públicas, desde que sejam intencionais e que o “não fazer” possa gerar um resultado querido pelos formuladores de políticas públicas. Nesse raciocínio, se a omissão não é precedida por qualquer deliberação ou decisão nesse sentido, podemos entender que o problema não foi inserido na agenda. Porém, se, diante de um problema, há um estudo que conclui pela não atuação governamental, entendemos que temos uma política pública.

Importante mencionar também a grande contribuição da autora Celina Souza, que reuniu as principais definições de políticas públicas, explicitando como as mesmas estão sendo entendidas pelos estudiosos do assunto, conforme demonstrado em seu texto abaixo:

“Não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas. Lynn (1980) a define como um conjunto específico de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”.² A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam em responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz.”¹⁰

6 O CICLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Após compreendermos o significado de políticas públicas, adentramos no estudo referente às fases de implementação de uma política pública. A literatura que utilizamos sobre o assunto costuma identificar a existência de um ciclo que descreve o processo no qual essas políticas se desenvolvem. Assim, o esquema abaixo, apresentado por Leonardo Secchi¹¹, sintetiza o ciclo de políticas públicas da seguinte forma:

⁹ SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2ª edição. São Paulo. Editora Cengage Learning. 2013. Pág. 6.

¹⁰ SOUZA, Celina. “Estado da Arte” da Área de Políticas Públicas: Conceitos e Principais Tipologias. XXVII Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS). Caxambu. 2003.

¹¹ SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2ª edição. São Paulo. Editora Cengage Learning. 2013. Pág. 43.

IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA – FORMAÇÃO DA AGENDA – FORMULAÇÃO DE ALTERNATIVAS – TOMADA DE DECISÃO – IMPLEMENTAÇÃO – AVALIAÇÃO – EXTINÇÃO.

Esse fluxo não ocorre sempre da forma acima, mas é um paímetro razoável de demonstração da ordem em que os eventos costumam acontecer. Em primeiro lugar, um problema público é identificado e após é formada a agenda. Esta, por sua vez, consiste nos problemas que serão o foco das decisões, aquilo que, por diversos motivos, tem precedência sobre os demais, de modo a ser trabalhado em primeiro lugar.

Muitos fatores influenciam a formação da agenda, tais como a linha política adotada pelos implementadores, o contexto histórico e político, as pessoas que ocupam os cargos decisórios, as instituições presentes no governo, o marco normativo, dentre muitos outros, os quais são capazes de determinar que um assunto entre ou saia da agenda. Trata-se, portanto, de uma lista de prioridades.

Secchi, citando Cobb e Elder, diz que existem três condições para que um problema entre na agenda:

- “atenção: diferentes atores (cidadãos, grupos de interesse, mídia etc.) devem entender a situação como merecedora de intervenção;
- resolutividade: as possíveis ações devem ser consideradas necessárias e factíveis;
- competência: o problema deve tocar responsabilidades públicas.”¹²

As alternativas são possíveis soluções para os problemas públicos, que são apresentadas para que uma seja escolhida, num processo denominado de definição de alternativas. Estão relacionadas aos objetivos da política pública e pressupõem a elaboração de métodos, programas, estratégias ou ações que poderão alcançar os objetivos estabelecidos.

Seguindo, tem-se a tomada de decisão, que é o momento em que um problema é escolhido para ser trabalhado e uma alternativa é escolhida para ser implementada. Nesse momento, o problema foi estudado, os objetivos foram definidos e é preciso buscar a melhor alternativa capaz de resolver a questão.

Secchi esclarece que os estudiosos de políticas públicas se dividem entre um modelo de racionalidade, no qual “a tomada de decisões obedece a alguns passos seqüenciais, em um

¹² SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2ª edição. São Paulo. Editora Cengage Learning. 2013.. Pág. 48.

padrão ideal”¹³, e o modelo incremental, de Charles E. Lindblom, no qual “os problemas e as soluções são definidos, revisados e redefinidos simultaneamente e em vários momentos da tomada de decisão”. Existem, por fim, autores que defendem que primeiro se criam soluções para depois correr atrás de um problema para solucionar, como John Kingdon. Há também o Modelo *GarbageCan* ou “lata de lixo”, o qual é descrito por Celina Souza da seguinte forma:

“O modelo *garbagecan* ou ‘lata de lixo’ foi desenvolvido por Cohen, March e Olsen (1972), argumentando que escolhas de políticas públicas são feitas como se as alternativas estivessem em uma lata de lixo. Ou seja, existem vários problemas e poucas soluções. As soluções não seriam detidamente analisadas e dependeriam do leque de soluções que os decisores (*policymakers*) têm no momento.

(...)

As escolhas compõem um *garbagecan* no qual vários tipos de problemas e soluções são colocados pelos participantes à medida que aparecem.”¹⁴

O nosso entendimento é que ambas as situações podem ocorrer. Em regra, as alternativas são pensadas para solucionar um problema. Contudo, nem sempre elas surgem após a identificação do problema, mas sim de forma independente e aleatória, ou até mesmo antes dele.

Posteriormente, temos a implementação da política, quando as ações são efetivamente postas em práticas, seguida pela avaliação, que será estudada no próximo item deste trabalho, terminando com a extinção da política pública.

7 ANÁLISE E AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A análise de políticas públicas é o procedimento pelo qual se estuda o problema público, suas características e variantes, bem como as alternativas de solução possíveis, escolhendo, dentre elas, a mais apta para resolver o problema na medida desejada.

O analista de políticas públicas deve considerar muitos aspectos em sua análise, muitos deles que extrapolam os cálculos de custo e benefício no tocante à implementação de uma política pública. Há custos políticos, conjuntura política, econômica e social, interesses

¹³ SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2ª edição. São Paulo. Editora Cengage Learning. 2013.. Pág. 53

¹⁴ SOUZA, Celina. “Estado da Arte” da Área de Políticas Públicas: Conceitos e Principais Tipologias. XXVII Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS). Caxambu. 2003. Pág. 75.

partidários e eleitores e diversos outros fatores que vão influenciar na escolha do programa a ser implementado.

A análise, portanto, ocorre antes da implementação da política pública e é direcionada a um *policymaker* (implementador de políticas públicas). Visa demonstrar os benefícios de se optar por uma determinada solução e mostrar para o governo o que ele deveria fazer.

O autor Thomas Dye mapeou diversos modelos de análise de políticas públicas com o objetivo de esclarecer detalhes das políticas e prever suas consequências¹⁵ Ele também diferencia a análise de políticas públicas da defesa das mesmas, explicando que analisar é explicar as causas e consequências, verificar o que os governos fazem, por que o fazem e quais as consequências disso. Requer, então, crítica. Defender, por sua vez, é prescrever o que os governantes devem perseguir, dizer o que o governo deve fazer. Requer retórica, persuasão, ativismo.¹⁶

A análise, segundo Dye, possui as seguintes características: (i) não visa, a princípio, recomendar uma ação. Isso ocorre em segundo plano. O foco principal é a descrição e a explicação; (ii) a análise requer pesquisa rigorosa das causas e consequências da política pública; e (iii) a análise visa desenvolver teoria geral sobre política pública.¹⁷

Defende, por fim, que entender políticas públicas é uma arte e um “artesanato” (técnica). Arte porque requer *insight*, criatividade e imaginação para identificar problemas sociais e descrevê-los e tentar achar soluções e analisar os resultados bons ou ruins das políticas públicas. Técnica porque requer conhecimentos de economia, ciência política, administração pública, sociologia, direito e estatística.¹⁸

Segundo Weimer e Vining, o analista deve saber reunir, organizar e comunicar informação relevante, bem como saber desenvolver estratégias para rapidamente entender a natureza dos problemas políticos e a gama de possíveis soluções. Precisa também saber contextualizar os problemas sociais e ter habilidades técnicas para prever melhor os impactos sociais da política e ainda entender as instituições nas quais os programas se processam.¹⁹

¹⁵ O citado autor mencionou os seguintes modelos de análise: Institucional, de processo, de grupos, de elite, racional, incremental, teoria dos jogos, da opção pública e sistêmico. Todos esses modelos apresentam vieses de análise, os quais não são excludentes e demonstram apenas um foco diverso, a fim de entender coisas diferentes das políticas públicas. É importante conhecê-los a fim de verificar quais as premissas utilizadas pelo analista de políticas públicas em seu estudo sobre determinado problema público.

¹⁶ DYE, R. Thomas. *Understanding Public Policy. Policy Analysis*. Publisher: Pearson. 13ª edição. 2010. Págs. 6/7.

¹⁷ DYE, R. Thomas. *Understanding Public Policy. Policy Analysis*. Publisher: Pearson. 13ª edição. 2010. Pág.7.

¹⁸ DYE, R. Thomas. *Understanding Public Policy. Policy Analysis*. Publisher: Pearson. 13ª edição. 2010. Pág.17.

¹⁹ WEIMER, David L. e VINING, Aidan R. *Policy Analysis. Concepts and Practice*. Publisher: Pearson. 5ª edição. 2010. Págs. 37/38.

A análise em políticas públicas não exige um único modelo de análise ou método de pesquisa. O cientista é que vai encontrar a melhor forma de fazer. Não requer um programa fixo, mas depende de criatividade. O cientista deve ser estimulado pela teoria e moldado na prática. A avaliação de políticas públicas, por sua vez, consiste em estudo posterior à implementação da política pública, tendo o objetivo de verificar se a política está atingindo os seus objetivos, bem como os impactos dela na realidade social, isto é, o impacto de um programa já existente. Nas palavras de Secchi:

“Avaliação é a fase do ciclo de políticas públicas em que o processo de implementação e o desempenho da política pública são examinados com o intuito de conhecer melhor o estado da política e o nível de redução do problema que a gerou. É o momento-chave para a produção de feedback sobre as fases antecedentes.”²⁰

A necessidade de avaliação cresceu muito nas últimas décadas em razão da busca pela eficiência no serviço público, já que, conforme Frederico Lustosa da Costa e José Cezar Castanhar:

“A avaliação sistemática, contínua e eficaz desses programas pode ser um instrumento fundamental para se alcançar melhores resultados e proporcionar uma melhor utilização e controle dos recursos nele aplicados, além de fornecer aos formuladores de políticas sociais e aos gestores de programas dados importantes para o desenho de políticas mais consistentes e para a gestão pública mais eficaz.”²¹

Os mesmos autores apresentam três metodologias básicas de avaliação: de metas, de impacto e de processos. A primeira delas é o tipo mais tradicional e visa verificar o atingimento das metas propostas pela política pública. A segunda procura identificar os efeitos produzidos sobre uma população-alvo de um programa social. A de processos, por sua vez, “investiga de forma sistemática o desenvolvimento de programas sócias com o propósito de: mediar a cobertura do programa social, estabelecer o grau em que está alcançando a população beneficiária; e, principalmente, acompanhar seus processos internos.”²²

Por fim, importante mencionar que a avaliação de políticas públicas é hoje algo institucionalizado no Estado, não se concebendo mais um programa sem um método de avaliar o seu sucesso. Carlos Aurélio Pimenta de Faria explica detalhadamente a origem de tal institucionalização, conforme trecho abaixo transcrito:

²⁰ SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2ª edição. São Paulo. Editora Cengage Learning. 2013. Pág. 63.

²¹COSTA, Frederico Lustosa da e CASTANHAR, José Cezar. Avaliação de programas públicos: desafios conceituais e metodológicos. Rio de Janeiro. 2003. Pág. 971.

²²COSTA, Frederico Lustosa da e CASTANHAR, José Cezar. Avaliação de programas públicos: desafios conceituais e metodológicos. Rio de Janeiro. 2003. Págs. 979/980.

“Como destacado por diversos autores, a medição e a avaliação do desempenho governamental e das políticas públicas tornaram-se parte integral da agenda de reformas dos anos de 1980 e 1990, as quais, como se sabe, estiveram longe de se circunscrever aos países latino-americanos. Tanto por razões pragmáticas como ideológicas – e não nos parece pertinente arrolarmos aqui os fatores de ordem econômica, política e ideológica que têm dado sustentação aos processos de reforma do Estado em grande parte das democracias ocidentais –, o desenho dessas reformas privilegiou dois propósitos básicos. Em primeiro lugar, a adoção de uma perspectiva de contenção dos gastos públicos, de busca de melhoria da eficiência e da produtividade, de ampliação da flexibilidade gerencial e da capacidade de resposta dos governos, bem como de maximização da transparência da gestão pública e de responsabilização dos gestores, em um processo no qual o “consumidor” dos bens e serviços públicos estaria, supostamente, em primeiro plano. O segundo propósito ou expectativa é de que tais reformas pudessem contribuir para uma reavaliação da pertinência das organizações governamentais preservarem todo o seu leque tradicional de atribuições, prevalecendo um contexto de valorização da provisão privada de bens e serviços (Caiden e Caiden, 2001, p. 79).”²³

Outra questão importante a se assinalar é que tanto a análise quanto a avaliação de políticas públicas deve se preocupar com o estudo da conjuntura, ou seja, é preciso entender em que contexto social, político, econômico, histórico se situa o problema público, as pessoas que compõem os cargos públicos e que, por isso, podem escolher o que entra na agenda de discussão ou o que será implementado, e também os aspectos internacionais que, hoje, diante da globalização, afetam diretamente as políticas públicas.

Especificamente em matérias de políticas públicas, é importante ressaltar que elas, em regra, se traduzem em ações estatais com o objetivo de se efetivar algum direito constitucionalmente garantido aos cidadãos, tais como educação, saúde, moradia e também outros ligados a direitos individuais, como a participação política, o acesso à justiça, liberdade de crença etc.

No mundo global, os Estados não são independentes para formular e implementar políticas públicas, já que, como veremos mais adiantes, a efetivação de certos direitos pode atingir interesses contrários de grupos políticos e econômicos. Então cabe ao Estado essa mediação, a fim de ajustar os interesses em conflito e alcançar saídas alternativas capazes de atender aos mandamentos constitucionais.

8 O PODER JUDICIÁRIO E SUA INTERVENÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS

²³FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A Política da Avaliação de Políticas Públicas. RBCS Vol. 20 nº. 59 outubro/2005.

O Poder Judiciário brasileiro, nos últimos anos, vem aumentando sua participação nas políticas públicas de diversas formas. Essa nova postura se intensificou após a Constituição da República de 1988, pelos seguintes fatores:

a) A Constituição previu um grande rol de direitos fundamentais, incluindo as suas três dimensões, tornando discussões, anteriormente travadas apenas no campo político, em jurídicas;

b) A Constituição concedeu ao Poder Judiciário a qualificação de guardião da Constituição, prevendo diversos instrumentos que dão aos magistrados a capacidade de intervir em questões políticas, dentre os quais se destacam as ações judiciais de controle concentrado de constitucionalidade como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Dessa forma, como quase todos os direitos estão positivados no texto constitucional, qualquer ação ou omissão do Poder Legislativo ou Executivo poderão violar direitos fundamentais, estando assim em desacordo com a Constituição e acarretando a possibilidade de atuação do Judiciário.

Além disso, a tese da força normativa da Constituição prevaleceu e, hoje, o não cumprimento, por parte do Estado, de suas ações no sentido de promover a efetivação dos direitos fundamentais, gera a possibilidade de judicialização da omissão, ou seja, gera direito subjetivo para o indivíduo acionar o Judiciário e requerer que este conceda, forçadamente, a tutela do direito, vinculando assim os demais poderes.

Ainda é possível a intervenção judicial quando há ação do Estado, já que é comum a utilização de leis e outros atos normativos como instrumento de implementação de uma política pública, o que acarreta na submissão ao controle de constitucionalidade, seja ele concentrado, nos termos do inciso I, alínea “a” e parágrafo primeiro do art. 10, da Constituição da República do Brasil de 1988, seja difuso, conforme art. 97 da mesma Carta Constitucional.

Dessa forma, leis implementadoras de políticas públicas, ou atos normativos com a mesma função, podem ser levadas por um dos legitimados para propor as ações do controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de avaliar a constitucionalidade em abstrato de determinada norma, assim como, em um caso concreto, qualquer juízo ou tribunal tem a competência para afastar a aplicação de norma considerada inconstitucional.

Ocorre que tais declarações, em matéria de políticas públicas, não se circunscrevem ao Direito, ao ordenamento jurídico. Elas possuem um espectro de atuação bem maior, pois

influenciam em diversas ações que foram, estão sendo ou serão tomadas pela Administração Pública a fim de efetivar um direito fundamental.

Nesse contexto, é possível que o Judiciário afete as políticas públicas de várias maneiras, a saber:

a) É possível que o Judiciário prejudique uma política pública ou até mesmo a elimine, quando a entendê-la por inconstitucional ou que a sua ampliação pode gerar algum efeito inconstitucional;

b) Por outro lado, o Judiciário pode obrigar a Administração Pública a implementar ou expandir uma política pública, por entender que a mesma contribui para a efetivação de um direito constitucionalmente previsto;

c) Pode o Judiciário implementar diretamente uma política pública;

d) É possível também que o Judiciário, efetivando individualmente direitos, afete o orçamento público planejado para a efetivação de direitos de forma coletiva, como é o caso da saúde, especialmente, dos medicamentos.

Diante de tais possibilidades, entendemos que o Judiciário pode participar do ciclo de políticas públicas em todos os seus momentos: estabelecendo problemas, escolhendo alternativas, decidindo e implementando políticas públicas.

Secchi esclarece que os juízes são atores de políticas públicas, interferindo principalmente nos seguintes tipos de políticas: regulatórias, sociais e as que tratam, direta ou indiretamente de liberdades civis ou políticas, indo de encontro ao nosso entendimento de que os direitos individuais de primeira dimensão também requerem políticas públicas para sua efetivação. Segundo o autor:

“Os juízes também são protagonistas na elaboração de políticas públicas quando emitem uma decisão judicial ou, no caso de um tribunal, uma súmula que torne pública a interpretação sobre determinada norma legal”.²⁴

É possível também afirmar que o Poder Judiciário pode atuar no ciclo de políticas públicas de várias formas: como analista, pode verificar a existência de problemas públicos e dar a solução diretamente ou obrigar aos demais poderes a atuarem de determinada forma; como avaliador de políticas públicas, pode criticar os impactos de determinada política na sociedade; e como implementador (*policymaker*), quando institui diretamente uma ação visando resolver um problema público.

²⁴SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2ª edição. São Paulo. Editora Cengage Learning. 2013. Pág. 108.

9 NEOCONSTITUCIONALISMO X DEMOCRACIA NA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Considerando a grande importância do Poder Judiciário no paradigma do neoconstitucionalismo ora adotado, podemos perceber que em determinados casos, as políticas públicas serão analisadas ou avaliadas, a depender do momento que a mesma foi judicializada, por magistrados dispostos em todos os graus de jurisdição.

Considerando também o conflito existente entre o constitucionalismo e a democracia anteriormente exposta, entendemos que os órgãos julgadores irão se posicionar, no caso concreto, de modo mais favorável a um desses elementos, de acordo com inúmeros fatores que vão desde as peculiaridades do caso como as concepções pessoais do juiz.

Em casos em que a prevalência da constituição aponta para uma manutenção dos direitos adquiridos, um juiz com viés mais garantista pode julgar inconstitucional uma política pública que vise flexibilizar direitos anteriormente conquistados. Outros, por sua vez, priorizando o caráter democrático do processo legislativo, podem entender que a geração atual não deve ser eternamente vinculada ao que as anteriores decidiram.

Pela via inversa do conflito, no caso em que uma política pública pretenda ampliar o escopo dos direitos já previstos constitucionalmente, pode ser que um magistrado mais conservador priorize a democracia e a “vontade da maioria” e, assim, mantenha o *status quo*, não permitindo a regular implantação ou desenvolvimento da referida política. Outro, por sua vez, pode exacerbar o constitucionalismo, dando máxima efetividade ao texto constitucional e ampliando seu sentido a fim de alcançar a situação buscada pela *policy*, desse modo permitindo a sua implantação ou expansão.

Casos como esses devem ser resolvidos, em nosso entendimento, mediante a atividade de ponderação, já que, neste trabalho, adotamos o posicionamento de Robert Alexy no que concerne aos princípios constitucionais, entendendo os mesmos como mandados de otimização que podem ser efetivados em vários graus e restringidos por fatores externos, como os demais princípios constitucionais. Nas palavras do autor:

“(…) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades

jurídicas. O âmbito de possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.”²⁵

Sendo assim, assim como Alexy, no que toca a questão das restrições a direitos fundamentais, prestigiamos à teoria externa, pela qual os princípios constitucionais são tidos como normas *prima facie*, ou seja, o direito é descrito pela norma e possui um grau de abrangência inicialmente considerado pelo intérprete, mas parte dele está sujeito às restrições quando em conflito com outros direitos fundamentais, ao contrário da teoria interna, no qual o âmbito do direito está totalmente previsto na norma. Assim, quando o mesmo não se aplicar a um caso significa que tal caso não estava englobado pelo direito.

Essas diferentes teorias resultam em entendimentos contrários no tocante à ponderação de princípios constitucionais, conforme explica a Professora Jane Reis Gonçalves Pereira:

“No plano da interpretação judicial, a teoria interna refuta a existência de conflito entre os direitos e, conseqüentemente, a ponderação de bens. A tarefa do operador jurídico ao interpretar o direito fundamental deve ater-se a identificar seu conteúdo constitucionalmente estabelecido e a verificar sua adequação à questão de fato apreciada, não lhe competindo estabelecer restrições recíprocas a direitos ou bens supostamente antagônicos.”²⁶

“Na primeira fase, o intérprete deve determinar, da forma mais ampla possível, as diversas faculdades e posições jurídicas que decorrem do direito fundamental em jogo. Trata-se de verificar, à luz do dispositivo que assegura o direito, seu ‘conteúdo inicialmente protegido’, sem tomar-se em consideração se outros direitos individuais ou interesses comunitários podem ser afetados ou restringidos. A leitura da norma, nessa etapa, é a mais ampliativa possível.

(...)

No segundo momento, promove-se a harmonização do amplo ‘conteúdo inicialmente protegido’ do direito com os direitos e bens constitucionais que se apresentarem como contrapostos, a fim de identificar o ‘conteúdo definitivamente protegido’. São traçados, assim, os limites definitivos do direito, os quais, para essa concepção, são limites externos, já que resultam do ‘recorte’ do conteúdo inicialmente protegido do direito fundamental.”²⁷

Sendo assim, concordamos com o citado autor no sentido que os princípios são normas de caráter mais aberto que as normas-regras e podem ser efetivadas de várias formas e níveis. Além disso, os princípios são marcados por possuírem um forte conteúdo axiológico, demonstrando os valores considerados mais importantes pelo ordenamento jurídico. Sendo assim, em caso de conflito entre princípios constitucionais, faz-se necessário realizar os

²⁵ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores. 2008. Pág. 90.

²⁶PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Editora Renovar. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife. 2006. Pág. 141.

²⁷PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Editora Renovar. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife. 2006. Pág. 147.

sopesamento dos valores que estão em disputa, a fim de determinar qual deve prevalecer em um determinado caso concreto, restringindo o mínimo possível o outro.

No caso das políticas públicas também se aplica o mesmo raciocínio: uma determinada ação governamental pode estar voltada para o atendimento a um determinado direito fundamental, mas pode estar violando outro. Pode estar favorecendo a ideia do constitucionalismo, mas afrontando valores democráticos. Pode estar priorizando a vontade da maioria, mas ao arrepio de direitos constitucionais para todos previstos.

É preciso, portanto, que o intérprete do direito sopesse os princípios em conflito, avaliando se, no caso concreto, deve prevalecer o constitucionalismo ou a democracia e, após tal ponderação, deve compatibilizar o princípio prevalecente com o resultado prático a ser aplicado sobre a política pública em análise.

Para tanto, é necessário que o analista de política pública também interprete os princípios constitucionais, realizando a ponderação de direitos fundamentais, a fim de escolher a melhor solução, assim como o *policymaker* e demais envolvidos. Por outro lado, o judiciário, a fim de compreender com mais clareza o caso em discussão, também deve conhecer a realidade social e política que resultaram na efetivação daquela política pública.

CONCLUSÃO

Considerando o exposto supra, podemos reafirmar que constitucionalismo e democracia ao mesmo tempo em que se complementam, se excluem mutuamente. De fato, qualquer modelo que supervalorize um desses dois elementos, em detrimento do outro, vai apresentar falhas profundas, capazes de comprometer a estabilidade do Estado e/ou a paz social. Sendo assim, é preciso encontrar um meio termo, uma mediania capaz de permitir a função corretiva de cada um e evitar as consequências ruins.

Por exemplo, entendemos ser imprescindível a limitação do poder da maioria mediante direitos e garantias fundamentais, uma vez que nenhum Estado pode alcançar a paz social se o grupo dominante puder eliminar minorias ou retirar-lhes direitos básicos.

Nesse ponto, o garantismo de Ferrajoli é extremamente elucidativo e nos convida ao pensamento pelo qual a própria democracia deve ser limitada, ou seja, a maioria, mesmo que próxima à unanimidade, não pode tudo, conforme demonstra a transcrição abaixo:

“A primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é precisamente que sobre tudo se deva decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão. Sob este aspecto o Estado de direito, entendido como sistemas de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais, se contrapõe ao Estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático. Mesmo a democracia política mais perfeita, representativa ou direta, é precisamente um regime absoluto e totalitário se o poder do povo for nela ilimitado.”²⁸

Assim, um constitucionalismo forte, que realmente proteja a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, a vida privada, a liberdade de expressão, de crença, de imprensa, de exercício de profissão e de propriedade, é fundamental para garantir a paz social. E tais direitos devem ser garantidos a todos e contra todos, inclusive contra a maioria dos cidadãos.

Por outro lado, é importante que o ordenamento jurídico possa estar aberto às mudanças dos valores sociais, admitindo a atualização mediante instrumentos de revisão e reforma constitucionais capaz de permitir que o povo exerça, democraticamente, o seu poder de maneira atual e constante.

Além disso, também a participação popular na gestão da coisa pública e na definição de metas e prioridades faz parte desse modelo de Estado Democrático, que precisa ser efetivo, permitindo o controle dos atos praticados pelos que exercem o poder.

Esse raciocínio se aplica completamente às políticas públicas, porque é possível que um programa que vise a concretização de direitos de minorias possa ter sua constitucionalidade questionada judicialmente.

Nesse ponto, nos questionamos sobre as habilidades dos juízes para intervir de modo correto sobre as políticas públicas. Conforme os textos abordados neste trabalho, percebemos que existem muitos conhecimentos necessários ao analista/avaliador de políticas públicas para que a análise/avaliação possa trazer bons resultados. É preciso, então, verificar se o Judiciário possui tais qualidades ou se trabalha em conjunto com especialistas que as possuam.

A avaliação de políticas públicas, por exemplo, pressupõe uma série de conhecimentos, como os critérios, padrões, metodologias, avaliações de processos e resultados, que não podem ser esquecidos por um juiz ou tribunal que pretende avaliar uma política pública.

De fato, a análise ou avaliação de políticas públicas não pode se circunscrever apenas à questão jurídica, mediante a implementação individual de direitos fundamentais tutelados pela ordem constitucional. Há que se estudar os impactos na realidade social e ponderá-los

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. Editora Revista dos Tribunais. 3ª edição. São Paulo. 2002. Pág. 689.

com a máxima efetividade constitucional, a fim de estabelecer um parâmetro razoável para a intervenção.

Não cabe também ao Judiciário ser omissivo, olvidando suas competências constitucionais ou testemunhando silenciosamente inúmeras violações omissivas ou comissivas dos direitos fundamentais, que afetam intimamente a vida das pessoas.

Nesse contexto, lidar com o conflito entre constitucionalismo e democracia em torno de uma política pública exige senso crítico apurado dos responsáveis pelo exercício dos poderes estatais: enquanto executivo e legislativo devem interpretar a constituição em consonância com os valores presentes na sociedade e alterar a mesma quando houver incompatibilidade, devem ser sensíveis para identificar se tais mudanças não estão privando minorias dos seus direitos fundamentais. Por outro lado, o poder judiciário, como guardião da constituição, deve ser cauteloso para garantir que as minorias não estão sendo subjugadas, mas sem intervir em decisões políticas que ultrapassem esse limite, para que não subtraia dos representantes eleitos a prerrogativa de fazer valer a vontade dos que eles representam.

Importante também ressaltar que, em nenhum regime de Estado, grupo social, comunidade ou até mesmo numa simples associação de pessoas, deve prevalecer sempre a vontade da minoria. É preciso não permitir que o garantismo ocasione uma inversão de valores. Com efeito, a minoria precisa ser respeitada e nunca aniquilada em seus direitos fundamentais, mas, como regra geral, é a vontade da maioria que deve prevalecer.

Além do bom senso dos representantes, outras medidas, de caráter mais objetivo, podem contribuir para o equilíbrio entre constitucionalismo e democracia. Em primeiro lugar, é favorável que se tenha uma constituição o mais aberta quanto possível, e que trate apenas das questões essenciais para a manutenção do Estado e dos direitos fundamentais, porque assim se evita deixar ao Judiciário a possibilidade de intervir em uma gama muito grande de matérias, inclusive em algumas nas quais não se justifica tal controle judicial, porque não afeta os direitos fundamentais. Isso porque ao conferir ao tribunal constitucional a função de guardião da constituição, este recebe a incumbência de controlar os atos que violam não somente a constituição material, mas também a formal, o que gera a seguinte regra: quanto mais normas fazem parte do texto constitucional, maior o âmbito de controle de constitucionalidade.

Também os institutos, hoje presentes no ordenamento jurídico brasileiro, que buscam a participação popular nas decisões judiciais, como o *amicus curiae*, as consultas e audiências públicas e até mesmo as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, contribuem para “levar mais democracia ao constitucionalismo”, e que devem ser ampliados através de

outros institutos jurídicos ou até mesmo mediante pesquisas de opinião a fim de identificar os valores presentes no seio social.

Além disso, é necessário que o Judiciário possua especialistas em políticas públicas para assessorar sua participação no ciclo, seja como analista ou avaliador, para que, mediante os recursos apresentados pela teoria geral das políticas públicas, especialmente a avaliação de impactos, os elementos constitucionalismo e democracia sejam razoavelmente ponderados, para que se chegue a uma decisão mais justa.

Por fim, é preciso grande preocupação, principalmente nos casos difíceis, no que se refere à argumentação das decisões judiciais, de modo a explicitar claramente os motivos, as valorações e as conclusões efetuadas na decisão, a fim de se permitir o controle, ainda que apenas social, das decisões proferidas.

Por todo o exposto, percebe-se que um grande desafio para os pensadores e profissionais, tanto do direito como de outros ramos das ciências sociais, é o desenvolvimento de teorias, práticas, institutos, procedimentos etc. que permitam que se alcance, mediante a ponderação dos princípios constitucionais presentes no caso concreto, o equilíbrio entre constitucionalismo e democracia e uma justa intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores. 2008.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª Edição. Malheiros Editores. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Artigo disponível na página eletrônica Consulta Jurídico, disponível na Internet: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica

_____. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). Disponível na Internet: <http://www.iea.usp.br/iea/revista/coletaneas/justicadireito/index.html>

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. 6ª edição. Editora Paz e Terra. 1997.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. Controle Judicial de Políticas Públicas. Editora Saraiva. 2011.

COSTA, Frederico Lustosa da e CASTANHAR, José Cezar. Avaliação de programas públicos: desafios conceituais e metodológicos. Rio de Janeiro. 2003.

DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Tradução de Luis Carlos Borges. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2000.

DYE, R. Thomas. Understanding Public Policy. Policy Analysis. Publisher: Pearson. 13ª edição. 2010.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A Política da Avaliação de Políticas Públicas. RBCS Vol. 20 n°. 59 outubro/2005.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. Editora Revista dos Tribunais. 3ª edição. São Paulo. 2002.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4ª edição. Malheiros Editores. São Paulo. 2006.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2013.

_____. Teoria Pura do Direito. Editora Martins Fontes. São Paulo. 1999.

LASSALE, Ferdinand. A Essência da Constituição Conferência pronunciada em 1863 para intelectuais e operários da antiga Prússia.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A súmula vinculante como fonte hermenêutica de Direito. Interesse Público – IP, Belo Horizonte. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade Constitucional. Disponível na Internet: www.sbdp.org.br

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Editora Renovar. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife. 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. Editora L&PM. 2007.

SCHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, Socialismo e Democracia. Fundo de Cultura. Editora Fundo de Cultura. Rio de Janeiro. 1961.

SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2ª edição. São Paulo. Editora Cengage Learning. 2013.

SOUZA, Celina. “Estado da Arte” da Área de Políticas Públicas: Conceitos e Principais Tipologias. XXVII Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS). Caxambu. 2003.

WEIMER, David L. e VINING, Aidan R. Policy Analysis. Concepts and Practice. Publisher: Pearson. 5ª edição. 2010.