

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 31 • n.º 122

abril/junho — 1994

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor



SENADO FEDERAL
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

Judiciário, democracia, políticas públicas

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

SUMÁRIO

1. A defesa da democracia e a defesa da livre iniciativa — serão a mesma coisa? 2. Democracia: direitos civis e liberdade individual — a proteção jurisdicional tradicional. 3. Democracia, direitos sociais e políticos públicos — planejamento e despesas públicas. 4. Judiciário e direitos sociais — os limites e potenciais da atuação Judicial nas políticas públicas. 5. O sentido e o valor do judiciário no Estado democrático

1. A defesa da democracia e a defesa da livre iniciativa — serão a mesma coisa?

Há uma pergunta que compete a uma ou duas gerações de brasileiros: afinal, uma democracia define-se pela liberdade de iniciativa econômica? Será que as liberdades públicas e os direitos humanos são secundários na vida democrática?

Creio que nossa geração precisa ter sempre em mente os eventos que marcaram o período ditatorial: Congresso Nacional e Judiciário permaneceram funcionando. Se assim foi, claro que a democracia não nasceu deles, que não foram as “instituições” que resguardaram a democracia e a restauraram. Tiveram seu papel, sem dúvida, mas não o exageremos. Isto é de capital importância, porque depois do período constituinte de 1987/88 corremos o sério risco de voltar a acreditar que é um documento e uma burocracia que podem salvar a vida democrática, ou um grupo elitizado de intelectuais, políticos profissionais ou jornalistas e imprensa (às vezes mais desorientante e desorientadora) os mais capazes de defender o “progresso político-social” do Brasil. A questão é mais complexa, e os atores importantes numa sociedade democrática são os cidadãos

José Reinaldo de Lima Lopes é Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP e Pesquisador do CEDISO — Centro de Estudos Direito e Sociedade.

Conferência apresentada no Seminário “Democratização do Judiciário” organizado pela AMATRA — Associação dos Magistrados do Trabalho da 4.ª Região, em Porto Alegre, RS.

todos, com liberdade de organização e voz na cena política pública.

2. Democracia: direitos civis e liberdade individual — a proteção jurisdicional tradicional

Vistas estas linhas preliminares, seria bom elencar alguns itens necessários em toda organização social democrática moderna. Vários deles já se tornaram até mesmo lugares comuns. São, no entanto, constitutivos de um regime de homens livres: os direitos civis, as liberdades públicas, a regra da maioria e a alternância no poder, a separação entre governo e Estado, a limitação constitucional dos poderes, a legalidade, a igualdade perante a lei, e tantos outros. O tema que parece pouco esclarecido é o das novas regras democráticas relacionadas aos direitos sociais e econômicos.

Será verdade que os direitos inscritos, por exemplo, no art. 7.º de nossa Constituição sustentam a democracia? Será verdade que seu desrespeito e sua não-implementação evidenciam a falta de democracia?

Os direitos tradicionalmente reconhecidos como direitos e liberdades individuais têm uma proteção já definida em nossa tradição jurídica. Dois remédios constitucionais de que dispomos são típicos de tal proteção: o mandado de segurança e o *habeas corpus*. Nos dois casos, um cidadão recorre ao juiz (Judiciário) pleiteando que cesse ou se evite um ato ou medida de autoridade pública que viole seus direitos e liberdades individuais.

Dentro da esfera de liberdade individual, chamada de liberdade *geográfica* (significando um espaço de vida no qual a interferência de terceiros — particulares ou Estado — apenas ocorre se houver vontade do homem livre), os remédios também são tradicionais. Digamos que esta chamada esfera da vida privada se constitui e organiza, atualmente, sob o signo das obrigações privadas: advindas dos contratos (de massa, de consumo, ou privados propriamente) ou da responsabilidade civil (relações involuntárias, como diziam os clássicos). Nestes casos, também o Judiciário tem um papel tradicional, chamado a *intervir por qual* quer das partes para impor e executar as obrigações entre particulares. Mesmo que hoje em determinados campos os direitos dos particulares deixem de ser individualistas (como no caso do direito do consumidor, do direito ambiental e urbano, etc.), ainda assim, a controvérsia judicial pode ter um papel relevante e

relativamente eficaz.

Ao mesmo tempo, ninguém parece ter dúvida de que o Judiciário, nestes casos, desempenha um papel democraticamente definido ao assegurar o julgamento segundo a lei, a igualdade perante a lei, o princípio da legalidade, que funda qualquer república democrática.

As dúvidas e perplexidades surgem quando se trata de disputas que envolvem outra natureza de direitos. Diria que se trata dos direitos cuja garantia não está na aplicação de uma norma de caráter obrigacional, como as regras dos contratos, mas de normas formuladoras de políticas públicas. Aqui, sim, temos questões novas a examinar. Por isso, convém subdividir tal questão em dois pontos: num primeiro momento, estabelecer as relações entre democracia, direitos sociais e políticas públicas; num segundo momento, estabelecer as relações entre um modelo de Estado emergente dos anos 80 e o papel do Judiciário nesse contexto.

3. Democracia, direitos sociais e políticas públicas — planejamento e despesas públicas

Iniciemos com as lições de um insuspeito autor, Norberto Bobbio. Para ele, o Estado liberal é pressuposto histórico do Estado democrático. Assim, as regras do jogo democrático são apenas o mínimo, sem as quais não pode haver democracia, mas que por si só não asseguram a existência da democracia. Em outras palavras, são condição necessária, mas não suficiente, da vida democrática¹. Além disso, afirma ele que a democracia está num processo de expansão, ou seja, ela é hoje um processo em si mesmo que almeja mais liberdade em mais lugares². Ou seja, de um Estado democrático, passa-se a procurar uma sociedade democrática. Creio que os novos direitos sociais são representativos disto e por isto são direitos constitucionais. Estes direitos constituem elemento essencial da democracia, na medida em que é inerente a esta a concessão de condições reais de possibilidade de vida digna. Se a democracia é o oposto do poder autocrático e se a sua realização depende da eliminação progressiva de oligarquias, de restrição ao acesso ao Estado (cargos de decisão ou de

¹ Cf. BOBBIO, Norberto. "Democracia Representativa e Democracia Direta" in *O Futuro da Democracia*. Rio: Paz e Terra, 1986, pp. 18-20. Cf. também seu *A Era dos Direitos*. Rio: Campus, 1992, p. 147.

² Idem, "Democracia Representativa...", cit., p. 55.

execução), transparência crescente do exercício do poder e participação consciente dos cidadãos, *a negativa dos direitos sociais, ou seja, a negativa das condições de possibilidade de vida digna garantida sob o nome de direitos sociais, é negativa da democracia.*

Os novos direitos, que aliás nem são tão novos visto que já se incorporaram em diversas constituições contemporâneas, inclusive brasileiras anteriores à de 1988, têm característica especial. E esta consiste em que não são fruíveis, ou exequíveis individualmente. Não quer isto dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem judicialmente outros direitos subjetivos. Mas, de regra, dependem, para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo por terem o caráter de generalidade e publicidade. Assim é o caso da educação pública, da saúde pública, dos serviços de segurança e justiça, do direito a um meio ambiente sadio, o lazer, a assistência aos desamparados, a previdência social, e outros previstos no art. 6.º, no art. 7.º, sem contar as disposições dos incisos do art. 170, do art. 182, do art. 193, do art. 225, e muitas outras espalhadas ao longo do corpo de toda a Constituição de 1988. Ora, todos os direitos aí previstos têm uma característica que durante muito tempo assombrou os que foram formados em nossa dogmática herdada do século XIX: não se trata de direitos individuais, não gozam, aparentemente, da especificidade de proteção proposta no art. 75 do Código Civil: qual a ação, quem o seu titular, quem o devedor obrigado? Naturalmente, a dogmática do século XIX, que ainda prevalece entre nós, teve enormes dificuldades para dar a resposta a isto. *Tratava-se, como já disseram alguns entre nós, parafraseando Pirandello, de direitos à procura de um autor.* De fato, a dificuldade deriva materialmente do modelo social do mercado, ao qual corresponde um modelo jurídico de relações interpessoais³.

São estes direitos que dependem, para sua eficácia, de uma ação concreta do Estado, e não simplesmente de uma possibilidade de agir em juízo. Existe, fundamentalmente, uma dupla série de questões jurídicas a serem enfrentadas. Em primeiro lugar, (1) trata-se de saber se os cidadãos em geral têm ou não o direito

de exigir, judicialmente, a execução concreta de políticas públicas e a prestação de serviços públicos. Em segundo lugar, (2) trata-se de saber se e como o Judiciário pode provocar a execução de tais políticas.

Quanto à exigibilidade concreta dos direitos, alguns remédios constitucionais foram criados: a iniciativa popular de leis (art. 61, § 2.º) é um deles, mas situa-se fora da esfera do Judiciário. O outro é o mandado de injunção (art. 5.º, LXXI). Este, todavia, parece mais apto à defesa tradicional (limitativa do poder público) do que à defesa ativa e promocional dos direitos sociais, muito embora seja o remédio previsto para os casos em que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de prerrogativas constitucionais inerentes à cidadania, por exemplo. Ainda mais, temos visto algumas tentativas de responsabilização do Estado por omissão de serviços essenciais. E, no entanto, tal responsabilização é bastante complexa e difícil, visto que a maioria dos serviços omitidos são *uti universi*, e *uti singuli*⁴, não remunerados diretamente pelos usuários, mas mantidos por meio de impostos gerais, etc. Além disso, a prestação do serviço depende da real existência dos meios: não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço, o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social.

Mais ainda, muitos dos direitos sociais não são exercíveis exclusivamente contra o Estado. Imagine-se o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal), ou o direito à promoção da defesa do consumidor (art. 5.º, XXXII, art. 170, V); o conflito de interesse não está, primariamente, entre o Estado e o cidadão, mas entre cidadãos. Qual o *direito* de que gozam? Cada vez mais, os direitos sociais interessam à proteção de alguns cidadãos contra outros, capa-

³ Sobre o assunto ver o meu *Responsabilidade do Fabricante e a Defesa do Consumidor*. S. Paulo: RT, 1992, onde resumidamente esboço este modelo e se encontra bibliografia básica sobre o tema.

⁴ Para a distinção ver os administrativistas em geral, por exemplo: Mário Mazagão, Hely Lopes Meirelles.

zes de violarem a ordem pública. o bem comum, o gozo pacífico do patrimônio comum da humanidade, etc.⁵

Pode o Judiciário provocar a execução de políticas públicas? Esta segunda questão precisa ser analisada tomando-se o conjunto de medidas que compõem uma *política pública*.

Uma política pública, juridicamente, é um complexo de decisões e normas de natureza variada. Para promover a educação ou a saúde o que deve fazer o Estado? Quais os limites constitucionais, quais as direções impostas pela Constituição? A falta de reflexão sobre o complexo de normas que aí se entrelaçam pode ser fonte de trágicos mal-entendidos. Começamos afirmando que ao Estado não são dadas muitas opções; uma política de educação, ou saúde, ou preservação de meio ambiente dependerá sempre, mais ou menos, do seguinte: gastos públicos, de curto, médio e longo prazos e legislação disciplinadora das atividades inseridas em tais campos. A legislação terá ou o caráter de organização do serviço público, ou a promoção indireta do serviço de saúde ou educação por particulares (empresas, não nos enganemos). Esta última opção significa, claramente, promover alguma legislação sobre o assunto, e exercer, de certa forma, o poder de polícia, seja autorizando, fiscalizando ou ordenando e estimulando a coordenação das atividades estatais, privadas e todas entre si.

Nesta perspectiva, cresce a importância de alguns capítulos constitucionais pouco conhecidos dos juristas em geral. Refiro-me particularmente ao Título VI (Da Tributação e do Orçamento), Capítulo II (Das Finanças Públicas), arts. 163 a 169. Em geral o estudo de tais normas tem sido relegado a um segundo pla-

no, seja nos currículos das faculdades de direito, seja no debate público. Em geral, também, o estudo de tais normas restringe-se a uma perspectiva negativa dos tributaristas que invocam continuamente os princípios fixados na Magna Carta inglesa (de 1215) para argumentar sempre pela inconstitucionalidade das iniciativas do Estado. É certo que há inúmeras iniciativas inconstitucionais, mas será que nosso estudo jurídico deveria restringir-se ao estudo do limite ao poder de tributar? Será que a tanto se reduz o direito público que precisamos saber em plena *transição pós-moderna*, digamos assim, do Estado? Ora, os princípios da Magna Carta inglesa, para quem conhece um pouco de história, dizem respeito à renda feudal, e não ao tributo moderno⁶. A analogia tradicional no caso tem o limite de toda analogia: opera com a semelhança de termos relevantes e não com a identidade, o que sempre torna suas conclusões incertas.

Assim, para a compreensão das políticas públicas é essencial compreender-se o regime das finanças públicas. E para compreender estas últimas é preciso inseri-las nos princípios constitucionais que estão além dos limites ao poder de tributar. Elas precisam estar inseridas no direito que o Estado recebeu de planejar não apenas suas contas, mas de planejar o desenvolvimento nacional, que inclui e exige a efetivação de condições de exercício dos direitos sociais pelos cidadãos brasileiros. Assim, o Estado não só deve planejar seu orçamento anual, mas também suas *despesas de capital e programas de duração continuada* (art. 165, § 1.^o)⁷.

⁶ Cf. HESPANHA, António Manule. "Para um Teoria da História Institucional do Antigo Regime" in *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 1984.

⁵ A questão fundamental por detrás da idéia de bem comum é sem dúvida a rediscussão do tema da justiça de maneira racional, abandonando-se o emotivismo que em geral impera entre nós, ou seja, a concepção de que o justo se define pelo que alguém sente como sendo justo. Mas também sem cair no objetivismo puro e simples, tradicionalista e sementeira de *aiatolás* de toga ou beca. Importante lembrar aqui a contribuição de Luciano de Oliveira, da Fundação Joaquim Nabuco, de Recife, num lúcido texto (*Illegalidade e Direito Alternativo: notas para evitar alguns equívocos*), cujo manuscrito gentilmente me encaminhou, onde se distingue com clareza os direitos civis dos direitos sociais, provocando os juristas a pensar nos meios de defesa, de uns e outros, de modo distinto.

⁷ Sobre a questão do planejamento ver GRAU, Eros Roberto. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, S. Paulo: RT, e COMPARATO, Fábio Konder. "Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado" in *Revista de Direito Público* n.º 97, pp. 17-28. Talvez a contribuição mais lúcida para a discussão do tema venha sendo dada por José Afonso da Silva. Em texto claro e preciso ("A Constituição e sua Revisão", *Cadernos Liberais IV/XCI*), resultado de conferência apresentada em 2 de abril de 1991, faz um exemplar diagnóstico da incapacidade do Estado brasileiro de formular as políticas públicas, devido a sua privatização por grupos sociais determinados e ao sistema de representação congressional que transforma os legisladores em agenciadores de verbas públicas. O texto é de leitura indispensável.

As políticas públicas agrupam-se também em gêneros diversos: existem (1) as *políticas sociais*, de prestação de serviços essenciais e públicos (tais como saúde, educação, segurança e justiça, etc.), (2) as políticas sociais *compensatórias* (tais como a previdência e assistência social, seguro-desemprego, etc.), (3) as políticas de *fomento* (crédito, incentivos, preços mínimos, desenvolvimento industrial, tecnológico, agrícola, etc.), (4) as *reformas de base* (reforma urbana, agrária, etc.), (5) políticas de *estabilização monetária*, e outras mais específicas ou genéricas. Em todas elas colocam-se diversas questões relativas aos princípios democráticos: qual o grau de transparência ou de sigilo que se requer em cada caso, qual a previsibilidade de que se pode dispor, qual o impacto que se pode causar, qual o sentido da política, *verificados seus beneficiários* a curto, médio e longo prazos? Qual a responsabilidade do Estado na implementação da política pública? Responsabiliza-se por prejuízos causados a indivíduos singulares, ou não? Responsabiliza-se pelo insucesso, ou seja, pelo resultado da política, ou apenas pelos meios? Os membros dos poderes públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, podem ser politicamente responsabilizados pela não-implementação de políticas públicas? Podem ser responsabilizados politicamente ou civilmente pela distorção ou desvio de políticas públicas?

Sem os planos, sem os orçamentos, nada de política pública pode ser implementado. Paradoxais e quase inúteis seriam, então, as decisões judiciais a respeito de qualquer direito social? Eventualmente não, e isto passamos a ver em seguida.

4. Judiciário e direitos sociais — os limites e potenciais da atuação judicial nas políticas públicas

Há diferentes limites à atuação do Judiciário no que diz respeito às políticas públicas: uns de natureza institucional, outros de natureza social, econômica, política e ideológica.

Entre os de natureza institucional citemos

* Sobre o assunto cf. Claus Offe. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio: Tempo Brasileiro, 1984; também sobre a responsabilidade, limitada ou inexistente do Estado, pelo desempenho, por particulares, de atividades fiscalizadas ver Jean F. Overstake "Responsabilité du Fabricant de Produit Dangereux", *Revue de Droit Civil*, LXX, 485, Paris.

os seguintes: 1. os limites da coisa julgada: esta atinge as partes de uma lide concreta, não os cidadãos em geral (exceto no caso das ações civis públicas ou as previstas no Código de Defesa do Consumidor, mas mesmo assim de modo ainda restrito); 2. os limites da lide cingem-se à pretensão resistida, o que é difícil de definir individualmente se o caso é de omissão política geral que afeta singularmente um cidadão (o remédio seria algo na forma do mandado de injunção, mas ainda não existe adequadamente); 3. a necessidade de provocação das partes (toda jurisdição é provocada); 4. a perspectiva de aplicação da lei a um caso (lide) já existente (o Executivo e o Parlamento produzem as normas que valerão para o futuro, prospectivamente); 5. falta de canais adequados para que se questionem, de maneira não-fragmentada, a confecção (no Parlamento) e a execução (pelos três poderes) dos orçamentos públicos. Neste último caso, os Tribunais de Contas são cada dia mais questionáveis como mecanismos de transparência pública; 6. impossibilidade de num caso, especialmente em primeiro grau, ouvir todas as partes potencialmente envolvidas e toda a dimensão do mesmo (imaginem-se a relação fundamental entre desenvolvimento e ordem econômica internacional).

Os limites de natureza política, econômica, social e ideológica são os mesmos que se colocam para os outros poderes: o Parlamento e o Executivo não se dispõem a fazer as reformas porque lhes falta a representação política adequada, ou a vontade política, porque se deixam dominar pelos interesses de sustentação do *status quo*, porque a mídia e a opinião pública ali veiculadas se identificam com um *animus* conservador, antes que transformador, porque a repercussão política de intervenções estatais tem sido negativa, etc. Repete-se hoje, entre nós, a disputa travada em torno do abolicionismo. A escravidão, durante todo o império, foi justificada em nome do direito adquirido, da legitimidade das compras de escravos, da defesa do patrimônio e do capital dos senhores de escravos. A defesa dos interesses privados custou ao Brasil um atraso social do qual até hoje não saímos. E tal atraso justificava-se com o argumento do direito adquirido. Assim, também os limites ideológicos são gravíssimos, quando não conseguimos, como juristas, conciliar o direito adquirido com a reforma.

Sem que se perceba que a justiça comutativa

va (ou retributiva) só se aplica entre iguais, e que as reformas a serem conduzidas socialmente têm a intenção de fazer justiça distributiva, e, pois, entre desiguais, as decisões judiciais correm o risco de se equivocarem profundamente. Para que haja distribuição de vantagens na sociedade brasileira é essencial que se esclareça de vez que a justiça social certamente interferirá com os que têm mais. Os tribunais precisam compreender que a própria justiça tributária é uma forma de justiça distributiva e não se pode fazer com que uns paguem sempre e outros nunca paguem⁹.

Em poucas palavras, a simples condenação dos Estados a indenizações de alguns cidadãos, que tiveram a oportunidade de chegar ao Judiciário, e a declaração de inconstitucionalidade das leis não significam logicamente a democracia. Tais decisões podem, muito facilmente, tornar-se em forma de transformar o Estado na grande agência de seguros dos que já têm algo ou muito a perder e impedi-lo de transformar-se no grande promotor do desenvolvimento social. Convém lembrar as palavras do saudoso Paulo VI: "Desenvolvimento é o novo nome da paz"¹⁰.

Em livro recentemente publicado, o Professor Gerald N. Rosenberg, da Universidade de Chicago, qualificava de vã a esperança que alguns depositam no papel reformador da Suprema Corte na vida política e social norte-americana. O título de seu trabalho é exatamente este: *A Vã Esperança: Podem os Tribunais Provocar Mudança Social? (The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?)* Chicago: Univ. of Chicago Press, 1991). Seu estudo chega à conclusão negativa, salvo se concorrerem algumas condições, em con-

junto ou separadamente: (a) quando outros atores sociais ofereçam incentivos concretos ao cumprimento das decisões inovadoras; (b) quando o cumprimento das decisões possa ser feito pelo mercado; (c) quando outros atores sociais possam impor restrições que induzam ao cumprimento das decisões judiciais; (d) quando as pessoas que desejam introduzir inovações sejam protegidas pelos tribunais. A crítica feita ao ensaio de Rosenberg afirma que seu modelo de análise não permite destacar e apreciar adequadamente o impacto qualitativo que uma decisão pode ter na opinião pública, afetando indiretamente até mesmo a cultura geral de um povo. O exemplo disso seria o caso *Brown v. Board of Education* (de 1954), pelo qual a Suprema Corte teria dado início às reformas anti-segregacionistas cujo auge se deu no governo Johnson (1963-68). Naquele caso, a Suprema Corte julgou que a segregação de alunos negros embora atribuindo-lhes condições e direitos iguais aos brancos, era intrinsecamente desigual e, pois, inconstitucional (*separate but equal are inherently unequal*)¹¹.

No Brasil pós-constituente corremos o risco de voltar ao bacharelismo judicialista, acreditando que por instrumentos jurídico-legais superaremos nossa pobreza, desigualdade e falta de democracia. Alguns elementos da tese de Rosenberg podem auxiliar-nos a ver os limites e o potencial das decisões judiciais na implementação dos direitos sociais, que dependem, como dito acima, de políticas públicas.

As políticas públicas são um conjunto heterogêneo de medidas do ponto de vista jurídico, como já mencionado. Envolvem elaboração de leis programáticas, portanto de orçamentos de despesas e receitas públicas. Dependem de leis de natureza civil ou pública, como sejam as que definem planos diretores de cidades, zoneamentos, definição de áreas de preservação ambiental, códigos de variada espécie (como o Código de Defesa do Consumidor), reorganização de institutos herdados do século XIX, tais como os contratos, que se transformam em contratos de massa, contratos-padrão, reorganização da propriedade, definindo-se novos conjuntos de coisas fora do comércio, não-alienáveis, e assim por diante. Imaginemos uma política habitacional: nela

⁹ Cf. sobre o assunto "A Justiça Federal e o Ajuste Fiscal", de Gentil Domingues dos Santos (*Folha de S. Paulo*, pp. 2/2, edição de 9 de março de 1993). Analisando com lucidez a questão, afirma que "ao Poder Judiciário não é dado, à escusa de independência dos poderes, impedir o normal, regular e legítimo exercício, pelo Estado, dos demais poderes — o Executivo e o Legislativo".

¹⁰ "As excessivas disparidades econômicas, sociais e culturais provocam, entre os povos, tensões e discórdias, e põem em perigo a paz. (...) Combater a miséria e lutar contra a injustiça é promover não só o bem-estar mas também o progresso humano e espiritual de todos e, portanto, o bem comum da humanidade. A paz não se reduz a uma ausência de guerra, fruto do equilíbrio sempre precário de forças." (*Populorum Progressio*, n.º 76)

¹¹ Sobre o papel das decisões judiciais e dos instrumentos jurídicos para implementar mudanças sociais, ver também o meu *Direito e Mudança Social*, S. Paulo, tese, 1991.

estão envolvidos vários dos assuntos já elencados. Para além disso, existem os atos concretos de execução de tais políticas, normalmente exercidos por órgãos administrativos centralizados e descentralizados (autarquias e empresas públicas), sem contar o poder de polícia, exercido por antecipação (na forma de autorizações e licenças) ou posteriormente (na forma da fiscalização).

Além de tão variados meios, é preciso lembrar a característica situação do Judiciário: trata-se de um poder distinto dos outros, pois só atua mediante provocação, como já referido acima. *Ne procedat iudex sine auctorem*. Assim, se o Executivo e o Legislativo podem dar início *espontaneamente* (do ponto de vista jurídico-institucional) a reformas, o mesmo não se dá com o Judiciário. Este depende de provocação dos interessados. Naturalmente hoje em dia já existem mecanismos processuais, ainda novos para os padrões da tradição jurídica, que possibilitam o ingresso de substitutos processuais de interesses coletivos: pensemos especialmente nas ações civis públicas, nas diversas formas de defesa dos consumidores previstas no Código de Defesa do Consumidor, nos mandados de injunção e na ampliação da legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Mesmo assim, não havendo, ou não aparecendo, interessados na propositura de tais ações, a questão ficará adstrita aos meios individuais de defesa de interesses, fazendo com que se fragmentem decisões que, a rigor, deveriam atingir toda uma política.

De mais a mais, como visto no caso dos planos de estabilização econômica desde 1986, ao Judiciário ocorrem os interessados em obstar, por ilegalidade ou inconstitucionalidade, a aplicação de algumas normas. Não se vê, e nem seria possível ver-se, a ida ao Judiciário para a proposta de uma política alternativa. O foro próprio, naturalmente, dá-se no Executivo e no Legislativo. Mas com isto fica evidente o limite do Judiciário ao tratar de determinadas questões: podendo impedir a aplicação de uma norma, não pode colocar outra em seu lugar. Sua função, neste caso, é sempre a tradicional: aplicar, num caso concreto, o direito vigente. Nunca é, por natureza, criar direito geral e novo.

Imaginemos o direito à saúde (art. 6.º e art. 196 CF), ou o direito a um meio ambiente saudável (art. 225 CF), ou o direito ao bem-estar urbano (art. 182 CF). Como torná-los eficazes? Não se trata de aplicar uma norma qual-

quer entre indivíduos que disputam determinada coisa. Trata-se antes de garantir condições de exercício de direitos sociais e de gozo de bens não submetidos ao regime da propriedade, da disponibilidade do consumo, da mercadoria. As contradições começam a surgir de maneira muito clara. E as contradições surgem quer pela deficiência do Judiciário em resolver problemas de caráter coletivo ou comum, quer pela falta de equilíbrio na aplicação de princípios aparentemente contraditórios. Assim, de um lado, a exploração mercantil da saúde é frequentemente louvada como um valor da iniciativa privada. Ao mesmo tempo que proliferam os serviços particulares de saúde, decaem os serviços públicos da área. As seguradoras e prestadoras de serviços de saúde atendem a uma população mais ou menos definida: os que têm emprego fixo em setores mais ou menos organizados da atividade econômica, ou os que têm renda suficiente para filiar-se a um plano de saúde. O que dizer dos trabalhadores informais, dos que estão em setores menos dinâmicos da economia, dos funcionários públicos, dos que não podem pagar um plano de saúde? Quem os defende? O que vemos é o avanço progressivo da mentalidade privatista: o Judiciário é chamado a decidir, isto sim, se é ou não legal ou constitucional a intervenção legislativa nos contratos de tais planos de saúde, em que condições as cláusulas de reajuste de tais ou tais planos devem ser mantidas ou podem ser anuladas, etc. Mais ainda, ao interferir em tais contratos-padrão, estará também o Judiciário interferindo na distribuição desigual dos benefícios, visto que o reajuste de uma prestação pesa diferentemente para indivíduos de classes diferentes de renda.

Outro exemplo que mostra as contradições existentes entre os interesses individualmente postulados e a política pública e o papel desempenhado pelo Judiciário: o caso dos reajustes das pensões e aposentadorias ocorrido em 1991. As ações começaram a ser propostas de maneira fragmentária e localizada. As decisões judiciais começaram a aparecer também fragmentariamente. No entanto, as decisões judiciais não poderiam substituir-se ao orçamento da previdência social, seja por questões de direito, seja por questões de fato. Se o orçamento foi bem ou mal elaborado, a consequência, naturalmente, foi que o acerto das contas da previdência só pôde fazer-se no ano seguinte, reorganizadas que foram as receitas e as despesas, contando já com as decisões que

deram pela inconstitucionalidade do reajuste votado anteriormente pelo Congresso Nacional. Ora, neste embate muitos indivíduos considerados singularmente nada poderiam ter feito. Assim, um representante do INSS chamado a responder judicialmente pelo reajuste era, de fato e de direito, impossibilitado de dar a solução, pois o empenho das verbas é feito de forma legal. Mas não tivesse havido a avalanche de casos, não teria havido a reorganização das contas da previdência. Pergunta-se, porém, se é justo que um funcionário do INSS seja submetido à ameaça de prisão ou ao vexame a que foram alguns submetidos, inclusive pela imprensa.

Mais ainda, a contradição básica a que podemos chegar em muitos destes casos é a de considerar que o Estado (encarnado no Executivo para a maioria dos leigos) deve se responsabilizar por todos os prejuízos, deve comportar-se como uma agência seguradora geral de cidadãos e instituições, enquanto fica impedido de tomar providências no exercício de seu poder de polícia, ou mesmo na aprovação de políticas públicas, planejando a médio e longo prazos.

Ora, se a função de planejamento é tão importante, convém esclarecer, todavia, que o Judiciário não está suficientemente aparelhado, do ponto de vista institucional, para interferir nestas questões, como parece em geral não estar culturalmente preparado, despreparo que compartilham os magistrados com a maior parte dos bacharéis. Em acórdão recente do 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (Ag. Instr. n.º 516.632-9, j. 21.10.92, maioria de votos) o exemplo da complexidade do problema é claro. O Tribunal foi chamado a julgar a aplicação de um índice de correção monetária, especificamente de *deflação (tablita)*. Não nos importa tanto a decisão final quanto o caminho seguido para chegar a ela. Houve voto vencedor e voto vencido. O vencedor traz algumas considerações que merecem destaque: (1) julga trazendo à colação o princípio de direito privado de respeito aos contratos acima das disposições de ordem financeira da União; (2) apela para o princípio da apreciação de toda lesão de direito pelo Poder Judiciário; (3) cita como autoridade para definir as causas da inflação um jurista de postura nitidamente conservadora, desprezando outras contribuições; (4) afirma, com outras palavras, que o fenômeno inflacionário é *culpa do governo*, não mencionando as variadas causas que os eco-

nomistas mencionam, inclusive os estrangulamentos estruturais da economia, os conflitos distributivos, desconsiderando que mesmo os países capitalistas centrais têm a sua taxa de inflação, sendo de supor que ali não há tanto interesse governamental na mesma; (5) conclui que "*cabe ao Judiciário ignorar o índice oficial e aplicar qualquer outro*, como também pode fazer pericia para calcular a inflação real e a correção devida, impedindo o enriquecimento sem causa" (grifo nosso).

O voto vencido, por seu turno, considera e pondera que: (1) a deflação é um índice de correção negativo e não faz sentido a jurisprudência reconhecer o poder estatal para publicar índices de correção crescentes e negar-lhe o poder de publicar índices decrescentes (deflatores); (2) historia os inúmeros índices, alegando que medem, para setores, regiões geográficas, universos e com métodos distintos a inflação; (3) que a publicação de índices dá aos agentes econômicos uma margem subjetiva de aplicação, sendo que muitos, para sua proteção, os "superestimam"; (4) em apoio a seu raciocínio, incorpora artigos de especialistas e economistas; (5) conclui que os indexadores são mecanismos macroeconômicos, à disposição do Executivo e do Legislativo da União, não podendo o Judiciário compensar individualmente os prejuízos. Em suma, o voto vencido reconhece que, com as medidas de estabilização da moeda, perde-se de um lado, ganha-se de outro. O indivíduo que vai buscar o acréscimo de correção monetária nas contas que tinha a receber não vai, naturalmente, buscar a declaração de nulidade ou ilegalidade da medida que significou o decréscimo nas suas contas a pagar.

Julgando os casos em bases singulares, o Judiciário pode enredar-se nestes paradoxos insolúveis. Pensando fazer justiça num caso particular, ao dar a correção monetária a um, esquece-se de que esta mesma pessoa pode ter-se beneficiado de outro índice no seu passivo. Isto não quer dizer que há matérias interditas para o Judiciário: quer apenas dizer, acompanhando as distinções dos clássicos, que cada vez mais chegam ao Judiciário demandas relativas ao fazer a justiça distributiva, quando ele foi instituído para fazer a justiça comutativa. Ora, sendo assim, o que tem feito e o que pode fazer o Judiciário brasileiro?

5. *O sentido e o valor do Judiciário no Estado democrático*

Se tantos são os problemas em que se envolve o Judiciário, será que terá mesmo um valor positivo na ordem democrática, e qual seria? Naturalmente, a resposta é afirmativa, dependendo, porém, de uns tantos esclarecimentos. Em primeiro lugar não se pode confundir democracia com liberdade de mercado. As constituições democráticas, com exceção talvez da norte-americana, organizam e disciplinam a liberdade de iniciativa, de tal modo que hoje, como adverte Fábio Comparato, a intervenção do Estado no domínio econômico não é execução: a regra constitucional, ao contrário, é que a atividade econômica da livre iniciativa é, por natureza, disciplinada e não anárquica.

Em segundo lugar, é preciso compreender que o Estado democrático garante direitos sociais mínimos e, mais ainda, promove reformas sociais. Isto não é um apêndice à democracia e nem uma recomendação simplesmente ética. Trata-se de uma condição de possibilidade e de eficácia do Estado de direito que entre os cidadãos não se abra um fosso insuperável de vantagens e oportunidades distintas: são estas condições de miséria que desestabilizam as democracias. As reformas institucionais e legais são também dever constitucional do Estado, de modo que ao Judiciário não compete simplesmente ser zeloso defensor do *status quo* iníquo em que vivemos sob o pretexto de defender o princípio do *direito adquirido*. Fazer isto significaria aplicar apenas a parte da Constituição que interessa aos *beati possidenti*. Aplicar a Constituição é também sustentar as medidas de valorização do trabalho, defesa do consumidor, defesa do meio-ambiente, reforma agrária e urbana, etc.

Em terceiro lugar, o Judiciário deve zelar para que a intervenção promocional, planejadora do Estado, seja feita de acordo com a lei e, sobretudo, de acordo com os princípios constitucionais. Não é por acaso que José Eduardo Faria vem insistindo na importância do Judiciário neste momento histórico: ele menciona com frequência o fato de que a aplicação da Constituição, seja por meio da edição do conjunto de leis complementares, seja por meio da interpretação dos princípios nela abrigados, é uma garantia fundamental da democratização da sociedade brasileira.

Um papel político fundamental do Judiciário é ser um canal de veiculação de reivindicações coletivas. Mas este papel, parece-me, é

apenas supletivo. Tornou-se relevante nas décadas de 70 e 80, quando os mecanismos de representação popular não funcionavam a contento, seja por vícios do sistema eleitoral, seja pelas medidas ditatoriais que impediam livre associação política, seja por outros defeitos existentes à época. Hoje um dos papéis mais relevantes do Judiciário está em garantir esta adequada representatividade da cidadania nos lugares próprios. O próprio Judiciário não pode ser permanentemente o canal de reivindicações: quando isto acontece é sinal claro de que os outros canais estão obstruídos e de que as negociações informais não funcionam, certamente pela enorme desigualdade de poder negociador e político das partes envolvidas.

As dificuldades do Judiciário em exercer tarefas administrativas tem sido clara. É preciso, aqui também, redefinir sua prática. Um exemplo vivo em São Paulo é a greve que atinge os serviços do Judiciário estadual. Algo de errado existe quando o orçamento elaborado pelo Tribunal de Justiça não atende as necessidades básicas do funcionalismo. É preciso lembrar que Justiça não é só a magistratura togada, é também o conjunto de servidores, cartórios, policiais, etc. Sem que haja adequado apoio, profissionalizado, competente, ágil, bem-remunerado, é ilusório e vão acreditar que a máquina judiciária funcionará melhor. As caixinhas, os presentes, os favores oferecidos a servidores necessitados encarecem a Justiça e distanciam-na dos pobres.

Outro elemento de enorme importância: o Judiciário, provocado adequadamente, pode ser um poderoso instrumento de formação de políticas públicas. Exemplo disto certamente é o caso da previdência social brasileira. Não fosse atitude dos cidadãos de reivindicarem judicialmente e em massa seus interesses ou direitos, ficaríamos mais ou menos onde sempre estivemos. Mas aqui, também, o Judiciário há de dividir o papel de protagonista dos casos com os cidadãos e advogados iniciadores das ações. Resta ver, para que efetivamente se fale em políticas públicas, que haja iniciativas de caráter menos particularmente reivindicantes e mais sociais, como nas defesas de interesses difusos antes que de interesses individuais homogêneos conforme se diz na moderna processualística.

Pela sua natureza, o debate judicial permite o avanço da democracia ao permitir as discussões de temas relevantes. Seja lá qual for a

nossa opinião a respeito de temas, como censura, liberdade de imprensa, aborto, direitos de minorias, direito de greve, etc., sua submissão a uma discussão judicial amplia o espaço de democracia, porque exige, com mais ou menos sucesso, a racionalidade das propostas divergentes.

Mas talvez hoje, como nunca, está em jogo perante o Poder Judiciário a questão fundamental da justiça distributiva no Brasil. Se até agora sua formação intelectual, ideológica, profissional habilitou, com tantas e tantas insuficiências, claro está, o Judiciário a exercer suas funções em casos marcados por disputas de trocas justas ou injustas, hoje o problema principal é o de distribuir justamente as vantagens e desvantagens comuns aos cidadãos todos. "Eis aí, pois, o que é justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção. Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom" (Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. L.V, 3). Se democracia tem algo a ver com justiça, e todos estão convencidos que tem porque não há quem defenda a democracia dizendo que ela é boa porque produz injustiça ou porque é incapaz de desfazer injustiça, então um dos temas importantes do Judiciário é atuar, a despeito de suas limitações, promovendo a justiça distributiva na linguagem dos clássicos. Ao Judiciário incumbe, pois, para desempenhar hoje seu papel histórico num Estado democrático, dar-se conta do modelo de Estado, de sociedade e de conflitos em que está imerso, escapar da ilusão liberal mais simples de que sua missão se reduz à proteção da propriedade privada e que as reformas sociais de que necessitamos virão por si, sem a sua participação.

Para terminar citemos as palavras de Morton Horwitz (*The Transformation of American Law*. Cambridge, Harvard University Press, sdp): "Estritamente falando, nunca poderia existir um regime de *laissez-faire*, a menos que os juizes se recusassem a prover a execução de todos os contratos e se recusassem a conceder indenizações por todos os danos causados a pessoas e patrimônios. (...) Neste sentido, a teoria contratualista dos juizes do século XIX era ao mesmo tempo instrumental (no sentido da promoção do desenvolvimento econômico) e liberal (no sentido tradicional de ser hostil à

regulação legislativa ou administrativa). Em resumo, ao analisar as atividades dos juizes em particular na decisão de lides relativas a contratos, ilícitos e direitos reais, a categoria do *laissez-faire* é freqüentemente pouco útil principalmente porque incapaz de distinguir entre finalidade distributiva e desenvolvimentista. Ao mesmo tempo ignora a significação política de se deixar a tarefa de regulação governamental em primeiro lugar aos juizes, que era, o mais das vezes, o verdadeiro objetivo dos defensores do *laissez-faire*." (p. XV)

Nada do que foi dito significa que o Judiciário precisa abdicar de sua função democrática e constitucional de controlar o exercício, segundo a lei e a Constituição, dos poderes públicos. O arbítrio, a privatização do Estado e o autoritarismo são tradicionais na vida política brasileira e não serão controlados senão com a ajuda do Judiciário. E, no entanto, é preciso evitar a todo custo confundir Estado de direito com limites constitucionais do poder de tributar; é preciso evitar confundir democracia com regime de liberdade de iniciativa; é preciso evitar confundir submissão à Constituição com interpretação de todo o texto constitucional a partir de princípios singulares; é preciso compreender cada vez mais de finanças públicas; é preciso, enfim, que os membros do Poder Judiciário sejam mais informados por outras ciências sociais. Assim como um juiz de família não pode furtar-se empregar técnicas avançadas na verificação da paternidade cujo reconhecimento se pede, não pode ignorar que ao julgar causas de caráter social, econômico e político depende de mais informações que as obtidas nos velhos manuais de seu tempo de faculdade.

O Poder Judiciário tem papel central no desenvolvimento democrático. Mas este passará, inevitavelmente, pela sua própria democratização, a envolver controles sociais eficazes sobre a administração da justiça e prestação de contas transparentes. As prerrogativas de que gozam os membros do Judiciário são essenciais ao desempenho de seu papel, são pilares do Estado democrático e, infelizmente, no Brasil ainda não se firmaram em toda parte. A independência do Judiciário deve ser reafirmada e cada vez mais garantida. Ela, porém, não se confunde com sua irresponsabilidade, civil ou política. Prerrogativas e irresponsabilidades¹² não são a mesma coisa. E no

¹² Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Irresponsáveis*.

processo político brasileiro atual, aumentando o papel da Justiça, aumenta sua responsabilidade.

veis? trad. Carlos A. de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989: "Na sua tentativa de conciliar os dois valores acima mencionados, deve este levar em conta o fato de que emergiu na sociedade moderna o fenômeno de certo grau de inevitável politização e socialização da função judiciária, amplamente examinado acima. E justamente este fenômeno, ao mesmo tempo que, obviamente, impõe acentuada prudência nas relações entre o Judiciário e o resto da organização estatal e social, também impõe, contudo, maior abertura e sensibilização e, assim, a responsabilização da moderna magistratura peran-

te o corpo social, suas necessidades e aspirações. Tenha-se presente, outrossim, que este terceiro modelo reflete a idéia central de todo sistema democrático de governo, idéia que freqüentemente aparece sob a fórmula de *checks and balances*: isto é, que o poder, para não degenerar, nunca deve ser deixado sem controle, e que, igualmente, quem tem o poder de controle não deve ser irresponsável no exercício de tal poder. Este terceiro modelo aspira ser, em suma, a resposta moderna à famosa e antiga questão posta por Juvenal: *sed quis custodiat et ipsos custodes?*" (p. 90)