

A FUNÇÃO REALIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

FLÁVIO DINO DE CASTRO E COSTA

Deputado Federal pelo PCdoB do Maranhão;

Ex-Juiz Federal e ex-Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe);

Mestre em Direito Público (UFPE); e professor de Direito Administrativo na UnB.

SUMÁRIO: 1 As políticas públicas no Brasil: Tragédias, Dores e Funerais; 2 O Judiciário é um Intruso na “Casa Alheia”?; 3 Os Convites ao Judiciário; 4 O que Limita os Passos do Judiciário (para o bem e para o mal); 5 Conclusão.

1 AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: TRAGÉDIAS, DORES E FUNERAIS

Há dois anos e meio coordenando os Juizados Especiais Federais no Distrito Federal, tenho todos os dias me deparado com casos que denunciam o imenso déficit na implementação de políticas públicas em nosso país.¹ Um pai, com visíveis problemas mentais, transitando pelos nossos corredores, em busca de um benefício assistencial para sustentar seus dois pequenos filhos, deixados pela mãe. Um portador do vírus HIV que luta por uma aposentadoria há oito anos, em meio a lágrimas e internações. Uma mãe que postula pensão em virtude da morte do seu filho que a sustentava trabalhando na construção civil, vítima de um simples prego no pé não adequadamente tratado (“vá para casa, não é nada grave[...].”

Para além de considerações de doutrina jurídica, esses casos parecem mais pujantes para, no pórtico desse estudo, destacar uma pré-compreensão essencial: a tarefa de realização dos direitos fundamentais no Brasil é escandalosamente incompleta.

Outros indicadores reforçam essa premissa.

No Brasil, a teoria do desenvolvimento desigual e combinado demonstra toda sua pertinência. Trotski, citado por Raymundo Faoro em: *Os Donos do Poder*, afirma:

Índios lançaram fora os arcos e flechas e apanharam imediatamente os fuzis, sem percorrer o caminho que havia entre essas duas armas no

¹ Em todo o texto, utilizamos a expressão “política pública” como sendo o “conjunto de atos e de não-atos que uma autoridade pública decide pôr em prática para intervir (ou não intervir) num domínio específico” **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 605.

passado. [...] Desta lei universal da desigualdade do ritmo decorre outra lei que, na falta de melhor nome, pode denominar-se lei do desenvolvimento combinado, no sentido da aproximação das etapas diversas, da combinação de fases discordantes, *da amálgama de formas arcaicas com as modernas*.² (grifo nosso).

Esse amálgama revela-se, por exemplo, na inadequação da transposição mecânica para o nosso país do clássico ensinamento acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais: direitos individuais (1ª geração); direitos políticos (2ª geração); e direitos sociais (3ª geração). O descolamento desse esquema conceitual da prática brasileira é manifesto. No plano da efetividade, os direitos políticos estão mais universalizados do que os direitos individuais clássicos. No nosso país, o alistamento eleitoral quase universal, e as urnas eletrônicas (direitos de 2ª geração na “era da pós-modernidade”), convivem com a difusão de formas de trabalho escravo e com assassinatos de moradores de rua, privados não só do direito à moradia mas também do direito à integridade e à liberdade de ir-e-vir (de 1ª geração).

Tal amálgama jurídico decorre de vários fatores, merecendo destaque a brutal concentração de renda. Esta

é medida pelo índice de Gini, que vai de 0 a 1. Zero significaria que cada um dos habitantes de um país teria

renda idêntica, situação ideal, mas obviamente utópica. Índice 1, ao contrário, seria o número de um país em que a renda estivesse toda na mão de uma só pessoa, outra situação impossível. O Gini do Brasil, no relatório-2001, mas com base em dados de 1997, era de 0,591. No relatório-2002, com base em dados de 1998, aumentou para 0,607. Renda mais concentrada que a do Brasil só em Serra Leoa, República Centro-Africana e Suazilândia, paupérrimos países africanos”.³

Celso Furtado lembra que: “Nos países de renda *per capita* semelhante à do Brasil (4.500 dólares) a percentagem de pobres é de cerca de 10% da população total, portanto, menos de um terço da percentagem brasileira [34%]”.⁴

Tudo isso é ainda agravado pelas imensas assimetrias regionais, que reforçam o citado modelo de desenvolvimento desigual. Na última pesquisa sobre o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) dos Municípios brasileiros, dos vinte piores, oito ficam no Maranhão, cinco no Piauí e três no Amazonas.

A proposta desse artigo é analisar quais os papéis e quais os limites do Poder Judiciário na busca da superação desse panorama claramente inconstitucional, por intermédio da alteração de políticas públicas.

² FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. São Paulo: Globo, 2001, p. 821.

³ *Folha de S. Paulo*, 24/07/2002. Reportagem de CLÓVIS ROSSI e LEILA SUWWAN.

⁴ FURTADO, Celso. **Em Busca de Novo Modelo**. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 11.

Considero imprescindível destacar nessa introdução que não pretendo, de modo idealista e ingênuo, sustentar o papel central de soluções jurídicas para a problemática exposta. Como leciona Pietro Barcelona, “não basta transformar as expectativas em direitos se não se toca nas condições prático-materiais que determinam seu aparecimento e definem os âmbitos em que eles podem ser efetivados”.⁵

2 O JUDICIÁRIO É UM INTRUSO NA “CASA ALHEIA”?

Ainda no campo das considerações introdutórias, uma questão é obrigatoriamente posta quando se debate acerca da função do Judiciário, no controle das atividades típicas dos demais ramos do Estado: até onde isso não se torna inconstitucional, por violar a independência entre os Poderes?

Somente é possível enfrentar esse problema destruindo um mito, consistente

“na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados”, como expõe Canotilho.⁶ Para tanto, é imprescindível situarmos o princípio em foco no âmbito da filosofia liberal, recompondo-se a partir daí a sua historicidade, como faremos a seguir.

A principal marca do Iluminismo – movimento no bojo do qual emerge o liberalismo – é uma visão racionalista e antropocêntrica do mundo. A Revelação divina deixa assim de ser o principal parâmetro da verdade, ocorrendo um processo de secularização das ciências que têm repercussões inclusive no terreno das teorias e práticas políticas, na medida em que desaparecem as bases de justificação de um poder estatal ilimitado. A impregnação da filosofia liberal por esses postulados pode ser identificada nitidamente em Locke⁷ e Montesquieu⁸ – os dois teóricos

⁵ *Apud* NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Em Defesa da Política**. São Paulo: Senac, 2001. p. 94. A citação vem a propósito de questões como o escorchante pagamento de juros da dívida pública, sustentado por sucessivas metas de superávit primário, que embarçam fortemente a capacidade do Estado implementar políticas públicas. De janeiro a junho de 2003, o citado superávit chegou a 5,41% do PIB, ultrapassando 40 bilhões de reais, enquanto o pagamento de juros no mesmo período foi de 74 bilhões de reais. Já nos nove primeiros meses de 2004, o superávit foi de R\$ 69,771 bilhões (5,6% do PIB) e R\$ 95,284 bilhões foram gastos com juros.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 108.

⁷ O inglês John Locke viveu entre 1632 e 1704, tendo aliado uma intensa atuação política à sua atividade de elaboração teórica. Exerceu diversos cargos públicos no governo de Guilherme de Orange, instalado no poder com a Revolução Gloriosa. Foi um período marcado por sucessivas vitórias da ideia de um Governo jungido a limites ditados pelos direitos dos indivíduos e controlado pelo Parlamento. Essas referências são imprescindíveis, na medida em que a obra de Locke está umbilicalmente entrelaçada com estes acontecimentos históricos. Cabral de. Moncada, referindo-se a Locke, acentua que ele “foi um pensador com o seu pensamento político fortemente condicionado por uma situação histórica bem determinada e ao serviço da vida.” (MONCADA, Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 216). Renato Janine Ribeiro, no mesmo sentido, na apresentação de uma edição brasileira de (RIBEIRO, Renato Janine. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.), enfoca esta característica de muitos que se dedicam à Filosofia Política: “Difícilimo, tratando de Montesquieu – mas isto talvez valha para todo filósofo político –, recortar com precisão um espaço em que a vocação é do cientista e outro em que é do político.” (Ibidem, p. XXXVII).

⁸ Charles-Louis de Secondat, barão de Montesquieu, viveu entre 1689 e 1755. Sua obra mais importante é “*O Espírito das Leis*”, na qual apresenta uma teoria geral da sociedade, consoante leciona Norberto Bobbio: “Desde o primeiro capítulo da grande obra de Montesquieu, intitulado ‘Das Leis em Geral’, fica claro que seu interesse é principalmente a descoberta das leis que governam o movimento e as formas das sociedades humanas, para tornar possível a elaboração de uma teoria da sociedade.” (BOBIO, Norberto. *A Teoria das Formas de Governo*. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 128).

fundamentais do princípio da tripartição funcional do Estado.

No tocante a Locke, é importante sublinhar que a sua visão sobre o pacto que funda o Estado é diversa da exposta por Hobbes. Para este, o estado de natureza que antecede ao mencionado pacto é caracterizado pela “guerra de todos contra todos”, decorrente do incontrolável apetite egoísta dos homens. Para saírem dessa situação incômoda, os indivíduos renunciam à liberdade total e instituem o Estado, limitado somente pelo seu dever de evitar a sua própria dissolução – já que se constitui no único meio de assegurar a paz.

Em contraste com essa concepção, Locke não admite a identidade entre estado de natureza e estado de guerra, pois aponta a existência de algum grau de sociabilidade anterior à fundação do Estado, decorrente da propriedade.⁹

Isso significa que existem direitos que antecedem ao surgimento do Estado, que não são alienados pelos indivíduos quando celebram o pacto social, e que constituem balizas intransponíveis aos governantes. Em consequência, o Estado que assim nasce não pode agir arbitrariamente, já que – sendo fruto de uma delegação outorgada pelos indivíduos – não pode ir além dos poderes nos quais cada um deles é investido no estado de natureza.¹⁰

Assim, emergem do pensamento lockeano dois meios de contenção do poder do Estado: o direito de resistência¹¹ e a técnica da “divisão de poderes”. Por esta, abusos são combatidos mediante a distribuição das funções estatais entre diferentes mãos. O capítulo XII do *Segundo Tratado sobre o Governo* é dedicado à análise dos Poderes Legislativo, Executivo e Federativo, referindo-se este último à política externa do Estado. No parágrafo 143, inserto no

⁹ A esse propósito, Francisco Teixeira ensina que: “para ele [Locke] o Estado não é a única instância criadora da sociabilidade. Ancorado em conhecimentos econômicos, ele descobre o nascimento e o desenvolvimento de uma certa socialização entre os indivíduos, ainda no estado de natureza. E não só isso: ele acreditava que essa socialização tendia a se desenvolver, na medida em que avançasse a troca de mercadorias [...]. Mas, o que é mais importante destacar desse trecho citado por Locke, é o fato de que a integração social, mediada pelo mercado, antecede a sociabilidade criada pelo Estado[...]” (TEIXEIRA, Francisco José Soares. *Economia e Filosofia no pensamento político moderno*. Campinas: Pontes Editores, 1995. p. 50).

¹⁰ “O grande objetivo da entrada do homem em sociedade consistindo na fruição da propriedade em paz e segurança, e sendo o grande instrumento e meio disto as leis estabelecidas nessa sociedade, a primeira lei positiva e fundamental de todas as comunidades consiste em estabelecer o poder legislativo [...]. [O Legislativo] não é, nem poderia ser, absolutamente arbitrário sobre a vida e a fortuna das pessoas [...] porque ninguém pode transferir a outrem mais poder do que possui, e ninguém tem poder arbitrário absoluto sobre si mesmo ou sobre outrem, para destruir a própria vida ou tirar a vida ou a propriedade de outrem [...]. O poder do legislativo, em seus limites extremos, restringe-se ao bem público da sociedade.” (Ibidem, p. 86-87.)

¹¹ Tal direito desse modo é explicitado por Locke: “[...]sendo o legislativo somente um poder fiduciário destinado a entrar em ação para certos fins, cabe ainda ao povo um poder supremo para afastar ou alterar o legislativo quando é levado a verificar que age contrariamente ao encargo que lhe confiaram [...]. E, nessas condições, a comunidade conserva perpetuamente o poder supremo de se salvaguardar dos propósitos e atentados de quem quer que seja, mesmo dos legisladores, sempre que forem tão levianos ou maldosos que formulem planos contra as liberdades e propriedades dos súditos; [...] sempre que alguém experimente trazê-los [os homens] a semelhante situação de escravidão, terão sempre o direito de preservar o que não tinham, o poder de alienar, e de livrar-se dos que invadem esta lei fundamental, sagrada e inalterável da própria preservação em virtude da qual entraram em sociedade.” (Ibidem, p. 93.)

mencionado capítulo, fica bem evidenciada a conveniência de adoção da “divisão de poderes”.

Montesquieu por sua vez, trilhando vereda diversa, alcançou o mesmo resultado. Com efeito, como ponto de partida, vejamos a tipologia das formas de governo por ele adotada, apresentada logo no pórtico do Livro Segundo de *O Espírito das Leis*:

Existem três espécies de governo: o Republicano, o Monárquico e o Despótico. Para descobrir sua natureza, basta a idéia que os homens menos instruídos têm deles. Suponho três definições, ou melhor, três fatos: ‘o governo republicano é aquele no qual o povo em seu conjunto, ou apenas uma parte do povo, possui o poder soberano; o monárquico, aquele onde um só governa, mas através de leis fixas e estabelecidas; ao passo que, no despótico, um só, sem lei e sem regra, impõe tudo por força de sua vontade e de seus caprichos.¹²

A preocupação de Montesquieu com o problema da limitação do poder revela-se com o estabelecimento da dualidade entre governos moderados e despóticos. Os primeiros, que recebem uma valoração positiva, tanto poderiam ser Repúblicas quanto Monarquias,¹³ segundo suas palavras:

O inconveniente não ocorre quando o Estado passa de um governo moderado para outro governo moderado, como da república para a monarquia, ou da monarquia para a república; e sim quando cai e é lançado do governo moderado para o despotismo.¹⁴

A leitura do capítulo X do Livro Terceiro (intitulado “Diferença entre a obediência nos governos moderados e nos governos despóticos”) reforça essa dualidade e a rejeição ao despotismo como governo imoderado:

Nos Estados despóticos, a natureza do governo requer uma extrema obediência; e a vontade do príncipe, uma vez conhecida, deve produzir seu efeito tão infalivelmente quanto uma bola lançada contra outra deve produzir o seu.

Não há temperamento, modificação, acomodamentos, termos, equivalentes, conferências, reprimendas; nada de igual ou de melhor para propor; o homem é uma criatura que obedece a outra criatura que quer. [...] Ali a parte do homem, como a dos animais, é o instinto, a obediência, o castigo.¹⁵

A essência do governo moderado está em “combinar os poderes, regulá-los, temperá-los, fazê-los agir, dar, por assim dizer, maior

¹² MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 19.

¹³ A moderação no governo monárquico é assegurada pela existência de poderes intermediários, que impedem abusos por parte do monarca, consoante Montesquieu expõe no capítulo IV do Livro Segundo (Id. *Ibid.*, p. 27-28).

¹⁴ *Ibidem*, p. 131.

¹⁵ *Ibidem*, p. 39.

peso a um deles, para colocá-lo em condições de resistir a outro”.¹⁶

Como consectário deste princípio da moderação, apresenta-se a teoria da tripartição funcional do Estado. Montesquieu dedica a esta teoria o Livro Décimo Primeiro de *O Espírito das Leis*, no qual consigna:

A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Ela [...] só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.¹⁷

Nesse aspecto, a vinculação da obra de Montesquieu à experiência inglesa – na qual Locke foi personagem exponencial, consoante demonstrado – é evidente. Significativamente, o capítulo VI do mesmo Livro Décimo Primeiro é denominado “Da constituição da Inglaterra”.

Os três Poderes, segundo Montesquieu, são o legislativo, o executivo das coisas que dependem do direito civil e o executivo das que dependem do direito das gentes. Este último corresponde ao poder federativo,

de acordo com a nomenclatura utilizada por Locke. Tais poderes jamais deveriam ser enfeixados pelos mesmos homens, sob pena de perecer a liberdade.

Como constatamos com essa análise, o princípio da tripartição tem uma matriz histórica que o vincula intimamente a uma finalidade, qual seja, a tutela da liberdade, mas para o seu alcance não se cogitou (nem se cogita) da necessidade de uma separação rígida entre os poderes estatais – tese que pertence exclusivamente ao campo dos mitos.

Nesse sentido, Madison consignou no *Federalista* n° 47:

[...] ele [Montesquieu] não queria dizer que esses poderes não devem ter nenhuma ingerência parcial, ou nenhum controle sobre os atos uns dos outros. O que quis dizer [...] não podia ser senão isto: que quando todo o poder de um braço é exercido pelas mesmas mãos que possuem todo o poder de outro, os princípios fundamentais de uma constituição livre estão subvertidos.¹⁸

Na realização desse princípio nos Estados “moderados” (segundo a terminologia montesquieuniana), essa ingerência parcial sempre se fez presente,¹⁹ de modo que não existe incompatibilidade principiológica entre o exercício do controle jurisdicional

¹⁶ MONTESQUIEU, op. cit., p. 75.

¹⁷ *Ibidem*, p. 170.

¹⁸ MADISON, James *et al.* *Os artigos Federalistas, 1787-1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 333.

¹⁹ No mesmo *Federalista* n° 47, Madison faz uma detalhada demonstração de como essa “ingerência” ocorria na Inglaterra e em vários estados dos EUA (*Ibidem*, p. 332-337).

sobre a atuação dos demais Poderes e o postulado inscrito no art. 2º da nossa Constituição. Ao contrário: nos últimos cem anos cada vez mais o Judiciário é chamado a exercer tal papel, como demonstraremos a seguir.

3 OS CONVITES AO JUDICIÁRIO

Afastado o princípio da tripartição funcional como óbice a uma presença mais ativa do Judiciário no concerto do Estado, vejamos quais são os fatores e elementos que o convidam crescentemente a tal intervenção.

3.1 A EXPANSÃO DO ESTADO (INCLUSIVE DO JUDICIÁRIO) NO SÉCULO XX

No alvorecer do Direito moderno, em congruência com a ideologia então dominante acerca das funções do Estado, o papel atribuído às normas jurídicas não ia além de consagrar regras de condutas que protegessem a liberdade, a propriedade e a economia de mercado. Contudo, no século XX foi explicitada a impossibilidade do Estado se manter restrito às funções antes tidas como as necessárias à manutenção e expansão do sistema capitalista. Diante do acirramento de crises econômicas e da insuficiência das “leis de mercado” para solucioná-las, bem como da constituição da classe trabalhadora, como sujeito histórico autônomo – mudando a intensidade e a qualidade das reivindicações de direitos – o aparelho estatal foi progressivamente expandido e tornado mais complexo.

O Estado, desde então, passou a ter não somente as clássicas funções inerentes ao binômio “proteção-repressão”. Ele deve intervir na esfera econômica, realizar programas sociais, combater as desigualdades, amparar os consumidores etc. Nesse modelo estatal “alargado”, que se convencionou chamar de *Welfare State*, é evidente que o Direito sofreu impulsos na mesma direção, como instrumento imprescindível para o alcance das metas enfocadas. Em conseqüência, as normas jurídicas diversificaram-se, passaram a regular uma maior quantidade de temas e a incidir sobre um conjunto maior de relações sociais.

Assim, o Direito no Estado Providência é um regulador global, implicando expressivas mudanças qualitativas. Três interessam-nos mais diretamente nesse momento. Em primeiro lugar, o agigantamento dos aparatos administrativos e das tarefas legislativas. Em segundo, a configuração do sistema jurídico como um espaço heterogêneo, plural e contraditório. Em terceiro lugar, a ampliação da incidência do código “lícito-ilícito”, alcançando uma maior quantidade de conflitos interindividuais e também políticas públicas (necessárias à tutela dos direitos sociais, coletivos e difusos).

Esses três fatores estão na base da “explosão de litigiosidade”, que os sistemas judiciais vivenciaram no século XX, exigindo que eles se transformassem no “terceiro gigante”, de que fala Mauro Cappelletti:

[...] a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais [...] não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.²⁰

É importante frisar que a mencionada “explosão” não diz respeito somente ao número de processos ou à quantidade de direitos discutidos. A ampliação da conflituosidade conduz a uma mudança de qualidade nos conflitos submetidos à jurisdição. Temos não mais meros conflitos de interesses, mas também conflitos de valores. Em uma ação demarcatória de terras particulares não há conflitos de valores, já que o valor debatido é o mesmo, qual seja, o direito de propriedade. Em vez disso, os juízes passaram a se defrontar com a oposição entre valores: propriedade \times função social, propriedade \times direitos dos consumidores, propriedade \times

direitos ambientais, direito à terra \times direitos ambientais. Situações como essas são inovadoras porque se trata, em última análise, de conflitos distributivos. Ao decidirem ações dessa natureza, mais do que meramente resolverem uma lide, os juízes estão dirimindo conflitos distributivos: distribuição de poder e de riquezas. Dessa forma, as instituições judiciárias são chamadas a arbitrar conflitos que, tradicionalmente, não integravam os seus âmbitos de competência, já que tal arbitragem competia aos ramos mais especificamente políticos do Estado (Executivo e Legislativo).

Tal realidade de expansão do Estado não se alterou com a hegemonia aparentemente inabalável que o neoliberalismo²¹ alcançou nas últimas décadas do século XX, caracterizada pelas sucessivas vitórias eleitorais de partidos conservadores nos países ocidentais e pela queda dos governos comunistas no leste europeu.²² Robert Kurz dedicou várias páginas para demonstrar como a necessidade de crescente regulação jurídica, problemas sociais e ecológicos, demandas por

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993. p. 46-47.

²¹ Este termo generalizou-se para denominar os que, pelo menos retoricamente, defendem um Estado “mínimo”, pouco intervencionista, confiando-se primordialmente ao mercado as tarefas de produção e distribuição de riquezas. Hayek, um dos mais importantes teóricos do que se convencionou chamar de neoliberalismo, sustentava que ao Estado deveriam ser reservados poucos âmbitos de atuação: proteção contra violência, epidemias, inundações ou avalanches, estradas (curtas), pesos e medidas, estatísticas, mapas, proteção e sigilo da vida privada, tributação, certo número de infortúnios. (HAYEK *apud* ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 126-127). Refletindo o apogeu dessa ideologia, entre 1990 e 1997, em todo o mundo, foi alienado um patrimônio estatal avaliado em US\$ 513 bilhões, segundo estimativa do periódico francês *Le Monde Diplomatique* (*Revista Época*, agosto de 1998).

²² Referimo-nos especialmente à ascensão, nos anos 1970 e 1980, do Partido Republicano nos EUA (com Ronald Reagan e George Bush), do Partido Conservador na Inglaterra (com Margaret Thatcher e John Major) e da Democracia-cristã na Alemanha (com Helmut Kohl). Integra esse processo também o enfraquecimento do chamado eurocomunismo, bastante forte eleitoralmente até os anos 70 na França e na Itália. No caso dos países do “socialismo real”, o símbolo maior da derrocada foi a derrubada do muro de Berlim, em 1989.

agregados infra-estruturais e as políticas de protecionismo comercial conduzem exatamente ao oposto daquilo que os neoliberais defendem (ao menos como retórica). Conclui o citado ensaísta:

[...] quanto mais total for o mercado, tanto mais total será o Estado²³ [...]. Em todos os países, a quota do Estado equivale hoje, em média, a cerca de 50% do produto social bruto, e, em todo o Mundo, mais da metade da população depende direta ou indiretamente da economia estatal.²⁴

Ou seja, como aponta Nicolao Dino: “O minimalismo estatal é, pois, em certo sentido, uma falácia, um engodo, uma inebriante cortina de fumaça destinada a ocultar e, principalmente, entreter possíveis adversários”.²⁵

3.2 A NOVA TEXTURA DAS NORMAS JURÍDICAS E A MORTE DO JUIZ NEUTRO

Ao contrário da tese montesquieuniana, o juiz não é, nem nunca foi, a “boca inanimada da lei”. É inevitável a presença do elemento subjetivo no ato jurisdicional, na medida em que aplicar é indissociável dos atos de interpretar e criar. Aquilo que se diz ser uma percepção racional do direito po-

sitivo é, em verdade, um ato de vontade. Juízes neutros somente são encontráveis nos cemitérios (não como visitantes...).

A atividade judicial exige do magistrado, em maior ou menor grau, um papel criador, atribuindo relevância ou não a um determinado fato, solucionando casos de lacunas e antinomias (“casos difíceis”), especificando o sentido de conceitos jurídicos indeterminados (termos vagos, que só adquirem um sentido – dentre muitos possíveis – no momento da aplicação).²⁶ Esses últimos, contemporaneamente, representam um convite expressivo a um papel mais proeminente do Judiciário. A multiplicação de atores em conflito nas sociedades de massa, aliada à superação da pauta típica de direitos do Estado liberal, acarretaram extraordinário grau de generalização e abstração nas categorias conceituais que marcam o discurso jurídico. Isso é uma marca inevitável da legislação em sociedades complexas, atingindo inclusive âmbitos tidos como imunes, a exemplo do Direito Penal. Comparemos o art. 121 do Código Penal brasileiro com o art. 68 da Lei

²³ Olhando a realidade brasileira não há como discordar: uso rotineiro de medidas provisórias, demandas crescentes por financiamentos públicos via BNDES e por subsídios fiscais, imprescindibilidade de políticas sociais compensatórias mantidas pelos Governos, ações “de massa” no Judiciário, entre outros indicadores, ratificam a continuidade da tendência de papel expandido do Estado. No panorama global, o novo ciclo de guerras imperialistas neste princípio de século XXI comprova que os Estados estão bem vivos[...].

²⁴ KURZ, Robert. *Os Últimos Combates*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 95-102.

²⁵ *Revista de Informação Legislativa*, n. 160, out./dez. 2003. p. 206.

²⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello auxilia a compreender o alcance dessa expressão assentando: “[...]ao lado de conceitos unissignificativos, apoderados de conotação e denotação precisas, unívocas, existem conceitos padecentes de certa imprecisão, de alguma fluidez e que, por isso mesmo, se caracterizam como plurissignificativos”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 415).

de Crimes Ambientais: no primeiro caso, o crime é “Matar alguém”; no segundo, “Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental”.

Mesmo com o constante recurso a essa técnica legislativa (termos vagos), a ordem normativa permanece “incompleta”: a legislação não abarca todos os fatos que ocorrem na sociedade. Desse modo, freqüentemente os juízes têm que escolher entre a aplicação da norma geral exclusiva ou da norma geral inclusiva, para usar conceitos de Norberto Bobbio. Na primeira hipótese, qualificando o comportamento humano não regulado como sendo avesso à ordem jurídica e, portanto, ilícito; na segunda, considerando o não regulado como semelhante ao regulado e, por conseguinte, incluído na incidência da norma reguladora.

Escolhas e vontades estão na essência do fazer judicial – que isso fique bem sublinhado, assim como as conseqüências daí advindas. Como ensina Joaquim Falcão:

Na democracia, dificilmente os juízes podem, como ocorreu no autoritarismo, lavar as mãos nas neutras águas de um formalismo legal imaginário. Sobretudo quando as sentenças tomam posições diante da discricionariedade político-administrativa do Executivo. A interpretação judicial, pretenda-se

ou não, há que ser um ato politicamente responsável. Sem o que, aliás, inexistente Poder Judiciário. Existe só ‘judiciário’.²⁷

3.3 O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL – UMA PROPOSTA QUE NÃO MORREU

O constitucionalismo do século XX, em ruptura (e ao mesmo tempo em continuidade) com o momento histórico precedente, redefiniu o papel das Constituições escritas nas sociedades. Aquelas passaram a cuidar não somente de garantias (sintoma de continuidade), mas também de programas vinculantes (sintoma de ruptura) a serem obrigatoriamente perseguidos por todos os destinatários das normas constitucionais, sobretudo os agentes do Estado. No contexto europeu da segunda metade do século passado, pesaram sobremaneira, nesse processo de redefinição, as desilusões e desconfiças com determinados resultados da luta política, tais como governos autoritários, racistas e beligerantes, além de crises econômicas e sociais.

De modo similar, em nosso país, no contexto de superação da ditadura militar, a base material para o desenvolvimento da doutrina do dirigismo constitucional era enorme: aversão às políticas de contingência e a “casuísmos” normativos; desejo de salvaguardar eficazmente as instituições democráticas, colocando-as acima de mudanças legislativas ordinárias;

²⁷ FALCÃO, Joaquim. A Política Econômica dos Juízes. *Folha de S. Paulo*, 26 out. 2001.

diversificadas demandas sociais e políticas, amordaçadas pelo regime autoritário; persistência da crise econômica e da perda de renda em face da inflação, empobrecendo crescentes segmentos sociais.

Assim, os constituintes de 1987/1988 agiram movidos pela pretensão de alterar o *status quo*, atribuindo novas tarefas ao Estado e alargando o próprio conceito de cidadania. Aprovaram, então, uma Constituição dirigente, segundo a expressão consagrada por Canotilho, com o propósito explícito de servir de programa permanente para a ação pública, impregnando-a de compromissos como Justiça, Igualdade e Bem-Estar Social. A leitura dos arts. 1º, 3º e 170 da Carta sustenta suficientemente a análise empreendida.

Não ignoramos que nos anos que se seguiram à aprovação da Constituição atravessamos uma crise constitucional,²⁸ de que são eloqüentes sintomas as 47 emendas constitucionais (incluídas as emendas de revisão) aprovadas em 16 anos – certamente um recorde mundial. Igualmente sabemos que a Carta de 1988 em larga medida nunca deixou de ser uma

Constituição nominal, como Loewenstein classifica as Constituições que não são plenamente capazes de dirigir o processo político-social.²⁹

Entretanto, proclamamos que a proposta de uma Constituição dirigente permanece viva, por vários motivos. Primeiro, pela visão do processo de expansão do Estado que descrevemos no item 3.1, ainda não esgotado consoante as assertivas e prognósticos de Robert Kurz. Em segundo lugar, pela constatação de que – não obstante a grande quantidade de emendas acima mencionada – o texto de 1988 não foi atingido nas partes mais intensamente programáticas, permanecendo no mínimo como um conjunto de “promessas irrealizadas” que alimentam a luta contra-hegemônica. Reportando-se à situação colombiana, Rodrigo Uprimny e Mauricio García-Villegas argumentam:

[...] o Direito pode ser usado para reativar a esperança coletiva [...]. As constituições progressistas são, por um lado, uma concessão do aparelho estatal em benefício das pessoas e, nesse sentido, traduzem-se num remédio contra a rebeldia e, por outro, também significam uma possibilidade de efetiva melhoria dos

²⁸ Abordei o tema no artigo “Globalização e Crise Constitucional” (*Revista de Direito Administrativo*, n. 211. Renovar/FGV), jan./mar. 1998.

²⁹ Na *Teoría de la Constitución*, Loewenstein apresenta o que chama de uma classificação ontológica das Constituições, segundo o papel das Cartas escritas na realidade sociopolítica. A Constituição normativa é assim caracterizada: “sus normas dominan el proceso político o, la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas”. Quanto à Constituição nominal, destaca o autor: “una constitución podrá ser jurídicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la constitución carece de realidad existencial”. Finalmente, no que tange à semântica, diz: “em lugar de servir a la limitación del poder, la constitución es aquí el instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos de la localización del poder político” (LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, 2. ed. Barcelona: Ariel, 1983).

direitos cidadãos, tal como as normas o manifestam, e assim são uma promoção de mudanças e um remédio contra o conformismo”.³⁰

O terceiro motivo pelo qual afirmamos que a Constituição dirigente não morreu articula-se com as concepções do seu arauto mais conhecido em nosso país, o próprio Canotilho. Referimo-nos especialmente às reflexões expostas na obra Canotilho e a Constituição dirigente, entre as quais destacamos:

Compreendo perfeitamente que, quando estamos a falar em direito mitigado, em direito reflexivo, em direito pós-moderno, em direito desregulado, verdadeiramente estamos a passar por uma outra fase que ainda não é possível obter no Brasil. No fundo, estamos a imaginar uma teoria da constituição já pós-moderna, em que não existe centro, em que o Estado é um herói local, em que o Estado é um herói humilde, em que nós somos uma parcela de outro esquema organizativo. Estamos a esquecer que no Brasil a centralidade é ainda no Estado de Direito democrático e social, que a centralidade é ainda no texto constitucional, que é carta de identidade do próprio país, que são estes direitos, apesar de pouco realizados, que servem como uma espécie de palavra de ordem para a própria luta política.³¹

O vigor do conceito em tela representa a manutenção de um enfático convite para que o Judiciário seja mais partícipe da arena pública, ainda que se reserve um lugar central para os Parlamentos na densificação dos programas constitucionais. Com efeito, como de certo modo já adiantado no item 3.1, o dirigismo constitucional acarreta o estabelecimento de mais e novos parâmetros jurídicos de controle da validade das políticas públicas, fortalecendo inclusive o controle sobre as omissões legislativas. Em suma, abrem-se largos caminhos para que a discricionariedade dos agentes políticos seja limitada pela ação do Judiciário.

3.4 AS GARANTIAS NA E DA CONSTITUIÇÃO

Ernesto Benda, ex-presidente do Tribunal Constitucional da Alemanha, referindo-se ao Estado de Direito, diz:

La memoria de las largas luchas por un así concebido Estado de Derecho, que sólo al paso del tiempo pudo dejar atrás al autoritario Estado-policía, pero también la contemplación de otros países carentes de tales garantías, nos prohíbe subestimar un tal concepto de Estado formal de Derecho.³²

Essa advertência presta-se a que destaquemos, no início desse tópico, a

³⁰ “Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia”. SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a Democracia**. São Paulo: Civilização Brasileira, 2002. p. 320.

³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 35.

³² BENDA, Ernesto. **Manual de Derecho Constitucional**. Madri: Ed. Marcial Pons, 1996. p. 488.

importância das garantias formais restauradas e/ou instituídas pela Constituição de 1988, em favor de sua autoridade e dos direitos dos cidadãos. Na esteira da recomendação de Benda, lembremo-nos da crônica de incapacidade das nossas elites dominantes de se conformarem com as regras do Estado de Direito, quando estas lhes parecem desfavoráveis. Entre tantos episódios, basta a referência historicamente mais próxima: o regime de exceção instaurado após o golpe de 1964, com seus atos institucionais, suas emendas constitucionais outorgadas, suas violações a direitos individuais e sua pretensão de se colocar acima do controle jurisdicional – como dispunha o AI-05.

Assim, não podemos menosprezar normas como aquelas que limitam o poder do constituinte derivado ou como a que consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CF).

Nesse passo, a Constituição de 1988, de todas quantas tivemos, foi a que instituiu um sistema mais largo de garantias. Estas atuam como um poderoso chamado a que o Judiciário atue mais intensamente no arbitramento de conflitos, em planos praticamente ilimitados.

Além das garantias já citadas, vejamos o controle de constitucionalidade das leis. Ao lado da manutenção do sistema difuso – tradicional e essencial em

nosso Direito – a nova Carta fortaleceu exponencialmente o sistema concentrado, com destaque para a ampliação da legitimidade ativa em Ações Diretas de Inconstitucionalidade e a criação de novas ações, a exemplo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O exame do que ocorreu com a nova configuração das Ações Diretas de Inconstitucionalidade é bastante elucidativo, acerca das transformações sofridas pelo Judiciário. No STF, aquelas saltaram de 158 em 1989 para 255 em 2000 – representando um crescimento de 61%. É interessante notar, ainda, que daquelas protocoladas no ano de 2000, 29,64% foram ajuizadas por partidos políticos, 26,88% por Governadores de Estado, e 24,51% por confederações sindicais ou entidades de classe, totalizando 81,03%. Agregue-se a isso mais um dado: todos os partidos políticos que naquele ano propuseram ADINs ou situavam-se no campo da oposição ao Governo Federal da época, ou possuíam representação parlamentar insignificante. Com essas informações, pode-se dimensionar o quanto o papel do STF foi expandido, no tocante à arbitragem de conflitos políticos, de maneira que os agentes vencidos na arena estritamente política buscam – amparados na Constituição – o Judiciário como caminho para a reversão do quadro. Esse processo permanece em curso, com 289 ADINs propostas no ano de 2003, devendo-se apenas registrar que o Procurador-Geral da República passou a liderar o

ranking, com 40,48% das ações diretas apresentadas.

São centenas os exemplos de políticas públicas que foram alteradas por força de ADINs, nem sempre acarretando resultados ampliadores das citadas políticas. A título exemplificativo, citamos o art. 19 da Lei nº 10.260/2001:

A partir do primeiro semestre de 2001, sem prejuízo do cumprimento das demais condições estabelecidas nesta Lei, as instituições de ensino enquadradas no art. 55 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, ficam obrigadas a aplicar o equivalente à contribuição calculada nos termos do art. 22 da referida Lei na concessão de bolsas de estudo, no percentual igual ou superior a 50% dos encargos educacionais cobrados pelas instituições de ensino, a alunos comprovadamente carentes e regularmente matriculados.

Apreciando a ADIn nº 2545/DF, o STF suspendeu o dispositivo, assentando:

O art. 19 da Lei nº 10.260/01, quando determina que o valor econômico correspondente à exoneração de contribuições seja obrigatoriamente destinado a determinada finalidade está, na verdade, substituindo por obrigação de fazer (conceder bolsas de estudo) a obrigação de dar (pagar a contribuição patronal) de que as entidades beneficentes educacionais estão expressamente dispensadas.

Ainda no terreno do controle de constitucionalidade, houve outra

expressiva alteração com a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), prevista pelo art. 102, § 1º, da Constituição e regulamentada pela Lei nº 9.882/99. A imensa potencialidade desse instrumento, no tocante ao controle e implementação de políticas públicas, foi revelada com a recente decisão acerca da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos, proferida pelo Ministro Marco Aurélio na ADPF nº 54 – posteriormente cassada por questões processuais. Essa decisão alterava radicalmente a feição de uma política pública obviamente relevante – em relação à qual subsistem acentuadas dificuldades de deliberação nas instâncias políticas – em virtude de implicações morais e religiosas. Realçamos que a decisão determinava “não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, ou anomalia que atingiu o feto”. Sendo um direito constitucional, o Sistema Único de Saúde era obrigado a atender às demandas daquela natureza, modificando-se uma linha substantiva na política de saúde no Brasil.

Na mesma trilha de expansão das funções judiciárias, outros instrumentos processuais foram criados ou aprimorados pela Constituição, a

exemplo do Mandado de Segurança Coletivo e do Mandado de Injunção (“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, dispõe o inciso LXXI do art. 5º da Constituição). Este último, sobretudo destinado a proteger o cidadão das omissões dos legisladores, teve a sua efetividade bastante limitada pela jurisprudência auto-restritiva do STF.³³ Entretanto, a sua manutenção no texto fundamental sempre abre ensejo a eventuais reenquadramentos, como aliás a própria ADPF vem atravessando – após contundentes resistências subseqüentes à sua regulamentação.³⁴ Ness perspectiva, este hipotético reenquadramento em torno do mandado de injunção é necessário, à vista do tipo de relação que há entre o Judiciário e o Parlamento no Brasil – não havendo qualquer indício de que “apelos” como aquele conduzam a deliberações parlamentares.

No mesmo âmbito, abordamos, finalmente, a Ação Civil Pública, arma que mais amiúde tem produzido efeitos no controle da conduta comissiva ou omissiva da Administração. Isso decorre da largueza de sua aplicabilidade, qual seja, a “proteção do

patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, conforme o art. 129, III, da Constituição. Entre muitos casos em que o manejo da ação civil pública resultou na implementação de políticas públicas, recordemo-nos do fornecimento gratuito de medicamentos anti-HIV, ordenado judicialmente antes mesmo que houvesse lei tratando do assunto. Seguem mais dois exemplos, bastante instigantes:

TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO
- AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - Processo: 200404010145703 UF: SC Órgão Julgador: QUARTA TURMA - Data da decisão: 23/06/2004 DJU DATA: 04/08/2004 Relator(a) JUIZ EDGARD A. LIPPMANN JUNIOR.

Decisão: A TURMA, POR MAIORIA, NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. VENCIDO O DES. ATHAYDE, ENTENDENDO DESCABER A INVASÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS, NO MÉRITO DA ADMINISTRAÇÃO.

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DUPLICAÇÃO DE RODOVIA FEDERAL. INTERVENÇÃO DO

³³ “O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado[...]” (MI nº 168-5/RS). Com algumas exceções, tem entendido o STF que o provimento do mandado de injunção implica tão-somente a notificação do Parlamento para que supra a omissão, em geral sem que se produza qualquer resultado prático.

³⁴ Foi proposta inclusive uma ADIN contra a Lei nº 9.882/99 (ADIN nº 2231-8).

PODER JUDICIÁRIO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.
P O S S I B I L I D A D E .
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. -

A moderna jurisprudência admite a intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública, viabilizando a antecipação de tutela para determinar a execução de obra relativa à duplicação de rodovia federal, ante a responsabilidade civil do Estado sobre mortes e mutilações decorrentes de acidentes de trânsito havidos na rodovia de sua competência.

TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO

Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL –

478166 Processo: 200204010006100

UF: PR Órgão Julgador: TERCEIRA

TURMA - Data da decisão: 27/05/

2003 DJU DATA: 04/06/2003

Relator(a) JUÍZA MARGA INGE
BARTH TESSLER.

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
DIREITO DO CONSUMIDOR.
CORRETA INFORMAÇÃO
ACERCA DOS RISCOS E
POTENCIAIS DANOS QUE O
CONSUMO DE BEBIDAS
ALCOÓLICAS CAUSA À SAÚDE.
INSCRIÇÃO NECESSÁRIA NOS
RÓTULOS DE BEBIDAS
ALCOÓLICAS.

1. É possível e exigível do Judiciário impor determinada conduta ao fornecedor, sem que esta esteja expressamente prevista em lei, desde que afinada com as políticas públicas diretamente decorrentes do texto constitucional e do princípio da plena informação ao consumidor (art. 6º, II, III e IV, da Lei 8.078/90), pois traduz-se em dever do Estado, do qual o Judiciário é poder, de acordo com o art. 196 da Constituição.

2. O consumo de alcoólicos não interessa só à comunicação social, propaganda e ao comércio de tais produtos, interessa sob o aspecto da saúde pública, da proteção do menor e do adolescente, da segurança veicular, do direito de informação e de proteção ao consumidor.

3. O comando do art. 9º, do Código do Consumidor, indica os direitos básicos do consumidor à informação adequada e clara sobre o produto e sobre os riscos que apresenta, sobretudo, tratando-se de produto potencialmente nocivo à saúde, cuja informação deve ser feita de maneira ostensiva, a despeito da previsão do art. 4º, § 2º, da Lei 9.294/96 determinar que os rótulos de bebidas alcoólicas conterão advertência para que os consumidores evitem o consumo excessivo de álcool.

4. Inocorre preclusão de matéria que diz com as condições da ação, caso da legitimidade, sobretudo nas ações civis públicas onde se perseguem direitos difusos, cujo interesse depreende-se da propriedade, das relações privatísticas em geral, o que, *in casu*, revelou-se pelo interesse demonstrado pela embargante, tantas vezes reiterado, de defender a posição dos associados que são fabricantes de bebidas, tese da coré União.

5. Condenada a ré União a exigir na rotulagem de todas as bebidas alcoólicas produzidas ou comercializadas no território pátrio, do teor alcoólico e do alerta em expressão gráfica adequada, de que “O ÁLCOOL PODE CAUSAR

DEPENDÊNCIA E EM EXCESSO É PREJUDICIAL À SAÚDE” e a Abrabe a expedir esta informação a todas as suas associadas e comunicar aos demais produtores de alcoólicas, quanto à necessária adequação.

5. Provido o recurso. (grifo nosso).

3.5 A PROMESSA DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O último “convite” à atuação judicial ampliada que selecionamos diz respeito à promessa, feita pelo próprio texto constitucional, de que os direitos fundamentais por ele albergados não seriam condenados ao “mundo dos mortos”. Estabelece a Constituição: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º).

Nas interpretações acerca desse preceito, não há dissensos expressivos quanto à chamada eficácia mínima das normas instituidoras de direitos fundamentais, sintetizada em quatro efeitos e/ou aptidões:

- a) revogação dos atos subconstitucionais anteriores que com elas sejam incompatíveis;
- b) limitação da liberdade do legislador;
- c) atuação como parâmetros interpretativos para todo o sistema jurídico; e
- d) vedação à atuação legislativa ou administrativa em sentido contrário

ao nelas prescrito. Nessas quatro hipóteses, é cabível a intervenção judicial a fim de concretizar tais efeitos e/ou aptidões, daí o “convite” acima referido.

Entretanto, em se cuidando dos direitos fundamentais prestacionais,³⁵ permanecem as discussões para definir-se se a aplicação imediata em tela alcança a extração, diretamente pelo Judiciário, de efeitos positivos e concretos em favor dos cidadãos, independentemente da mediação legislativa. Em outras palavras, debate-se o alcance do “convite”, perquirindo-se se é possível ao Judiciário criar ou alterar os contornos de uma política pública, a pretexto de garantir o gozo de um direito fundamental prestacional. A resposta predominante é negativa, normalmente sendo invocados a discricionariedade administrativa e o respeito à “reserva do possível” como fundamentos. Em que medida funcionam esses e outros limites à interferência do Judiciário no campo das políticas públicas?

4 O QUE LIMITA OS PASSOS DO JUDICIÁRIO (PARA O BEM E PARA O MAL)

Nessa última parte do estudo, vamos nos dedicar a analisar alguns fatores que têm embaraçado os passos do Judiciário, em direção a um papel ainda mais protagonista e efetivo na

³⁵ Utilizamos a expressão “direitos prestacionais” em oposição aos “direitos de defesa”. Aqueles reclamam uma atuação positiva do Estado, visando assegurar as condições materiais para sua fruição (por exemplo, direito à moradia). Os segundos implicam um dever de abstenção de particulares ou do Estado (v.g. não discriminar negativamente por motivo racial). A auto-aplicabilidade desses é ordinariamente aceita.

concretização dos direitos fundamentais, como consideramos que a sociedade brasileira almeja.

Em primeiro lugar, não podemos deixar de ressaltar que o Judiciário vive uma profunda crise, repleta de dificuldades (e de oportunidades). Em seguida, falaremos sobre a discricionariedade e a doutrina da “reserva do possível” como motivadores da autocontenção judicial.

Deixaremos de lado, por agora, aspectos como condutas ímprobas ou relações perniciosas com segmentos socialmente poderosos, não porque sejam fatores que possam ser descartados de plano, mas sim por não serem práticas hegemônicas no aparelho judicial brasileiro. Os casos identificados e devidamente comprovados (segundo o devido processo legal) são numericamente pouco expressivos, abalando muito mais a imagem da instituição do que constituindo um indicador capaz de alterar a essência das coisas. Obviamente tais casos devem ser incisivamente combatidos, inclusive por intermédio da instituição de novos mecanismos de controle disciplinar (*u.g.* criação do Conselho Nacional de Justiça e aperfeiçoamento da legislação sobre crimes de responsabilidade).

4.1 O JUDICIÁRIO EM CRISE – O CASO BRASILEIRO

Retomando considerações feitas em outro lugar,³⁶ desdobramos a abordagem em duas dimensões,

denominadas crise de identidade e crise de desempenho (evidentemente entrelaçadas).

A primeira dimensão da crise fica bastante nítida quando se coloca a seguinte indagação: “Qual o papel do Judiciário no Brasil?”. Formulando-a para integrantes da Magistratura nacional, com certeza chegaríamos – de acordo com as ênfases presentes – a duas classes de respostas:

- a) dirimir conflitos aplicando a lei;
- b) dirimir conflitos fazendo justiça.

A insuficiência dessas respostas, para o estabelecimento de uma identidade institucional, é evidente. No primeiro caso, em que se revela um maior apego ao paradigma normativista, as dificuldades se estabelecem a partir da constatação de que o sistema legal brasileiro está distante do mito de um sistema objetivo, harmônico e coerente – “pronto” para simplesmente ser “aplicado” pelos Juízes.

Ademais, como já indicado no item 3.2, crescentemente o legislador impregna os textos normativos com conceitos jurídicos indeterminados, em virtude da grande complexidade e dinamismo dos fatos a serem regulados, bem como dos freqüentes impasses no processo legislativo, solucionados, na impossibilidade de estabelecimento de maiorias estáveis e claras, com o recurso a acordos conducentes à adoção de cláusulas

³⁶ COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

legais abertas, por isso mesmo capazes de receberem a aprovação do Parlamento.

Dessa forma, ainda que não se coloque em dúvida a vinculação dos Juízes aos parâmetros políticos, ideológicos, axiológicos etc., transformados pelos legisladores em normas, é manifesta a incapacidade da fórmula em análise (letra *a*) para definir plenamente o papel que os Magistrados desempenham na sociedade brasileira.

Melhor sorte não resta para a segunda alternativa (letra *b*), mais ligada a posições jusnaturalistas. Afinal, quantos milhares de páginas já foram gastas refletindo sobre o delineamento do que é a justiça, constituindo sem dúvida um valiosíssimo referencial para a ação prática dos Juízes, sem que contudo possamos nele encontrar o caminho a ser trilhado (e nem seria de se esperar que tal ocorresse).

A crise de identidade assim delineada é agravada pelo peso do individualismo típico do bacharelismo clássico, em decorrência do qual pouco se cuida, no seio do Judiciário, de um debate mais organizado e coletivo acerca de qual projeto institucional deve ser implementado. Certamente tal debate não seria conclusivo, no sentido

do alcance de verdades imutáveis, mas seguramente construir-se-iam balizas hegemônicas mais claras do que as acima registradas – portanto, capazes de melhor posicionar a instituição no interior do processo histórico.³⁷

Essa dimensão da crise judiciária foi bem revelada em duas pesquisas conduzidas pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (IDESP), a primeira em 1993 e a outra em 2000.

Na primeira ocasião, foi solicitado aos juízes que manifestassem as suas opiniões sobre uma seqüência de afirmações, entre as quais merecem destaque:

- a) O juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem que ser sensível aos problemas sociais;
- b) O compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei.

Enquanto 73,7% declararam concordar “inteiramente” ou “muito” com a assertiva *a*, somente 37,7% manifestaram o mesmo grau de concordância com a proposição *b*.³⁸

A contradição presente nesses dados foi apontada por José Eduardo Faria:

³⁷ Dissertando sobre a estrutura organizacional do Judiciário, José Eduardo Faria assim se refere a um estudo de Alberto Binder, intitulado *Perspectivas sobre a Reforma do Processo Penal na América Latina* (Buenos Aires: USIS Information Program, 1993): “... o autor faz uma análise objetiva e realista das estruturas organizacionais do Judiciário em todo o continente latino-americano, concluindo que a não-geração de idéias novas, a falta de vontade de mudar, o isolacionismo judicial, a prodigalidade, a ineficiência administrativa e o anacronismo organizacional têm levado este Poder a se distanciar perigosamente de seu meio ambiente. Toda vez que um juiz ou um advogado é solicitado a sugerir mudanças que eles próprios seriam capazes de adotar, ou que considerem necessário implementar, eles abordam apenas questões superficiais, ou seja, alteram um limite de tempo, eliminam uma ou outra exigência; em geral, não atingem o âmago da questão, nem mesmo dentro dos limites do sistema em vigor (p. 3)” (Op. Cit., p. 32).

³⁸ SADEK, Maria Tereza (org.). *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. São Paulo: Editora Sumaré, 1996. p. 22.

Isso significa, na prática, que 62,3% discordam dessa afirmação [item b], contrariando, assim, a opinião manifestada no item relativo à ‘sensibilidade aos problemas sociais’ [...] Expressa pelo hiato entre a opinião em favor da ‘sensibilidade aos problemas sociais’ e a reafirmação implícita dos postulados da neutralidade e da ortodoxia dogmática nas respostas aos três últimos itens, essas contradições indicam o grau de enraizamento do paradigma normativista no ‘ethos’ da magistratura.³⁹

Já na pesquisa mais recente, contradição similar pode ser detectada. Questionados acerca da frequência com que decisões judiciais são mais baseadas em “suas visões políticas do que na leitura rigorosa da lei”, os magistrados ouvidos responderam:

QUADRO 1 – VISÃO DOS JUÍZES SOBRE A POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Muito frequentemente	4,2%
Frequentemente	21,3%
Ocasionalmente	52,9%
Nunca	21,5%

Fonte: IDESP

Contudo, submetidos a uma pergunta⁴⁰ atinente à possível tensão entre respeito aos contratos e

observância da justiça social, o seguinte resultado foi alcançado:⁴¹

Posição A – Os contratos devem ser sempre respeitados, independentemente de suas repercussões sociais: 19,7%.

Posição B – O juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos: 73,1%.

Isto é, ao mesmo tempo em que rejeitam a ideia de que os juízes decidam “politicamente” e sublinham a fidelidade a uma “leitura rigorosa da lei”, os pesquisados colocam a “justiça social” como fator legitimador da inobservância dos contratos, parecendo ignorar a inevitável carga político-ideológica daquele conceito.

Consideramos que enquanto esse debate não for travado de modo sistemático e explícito no interior das instituições judiciárias (sem pretensões de homogeneização de posições), permanecerão dominantes atitudes de autocontenção judicial no controle das políticas públicas, isto é, de desprezo – total ou parcial – aos “convites” elencados no item 3. Assim será por força da tradição normativista que pesa sobre os ombros dos juízes, a qual, não submetida a um processo coletivo de desconstrução, ao final prevalecerá – não obstante as notáveis exceções que podem ser realçadas. Teremos, em consequência, a

³⁹ FARIA, op. cit., p. 60.

⁴⁰ A questão tinha o seguinte teor: “Na aplicação da lei, existe frequentemente uma tensão entre contratos, que precisam ser observados, e os interesses de segmentos sociais menos privilegiados, que precisam ser atendidos. Considerando o conflito que surge nesses casos entre esses dois objetivos, duas posições opostas têm sido defendidas: [...] Com qual das duas posições o(a) senhor(a) concorda mais?”.

⁴¹ PINHEIRO, Armando Castelar. *O Judiciário e a economia na visão dos magistrados*. São Paulo: IDESP, 2001. p. 10.

continuidade de uma crise de identidade – representada pela dissonância entre os citados “convites” e os passos majoritariamente dados pelo Judiciário.

Uma segunda dimensão da crise do Judiciário refere-se à velocidade em que as decisões judiciais são proferidas. É estritamente nesse sentido que falamos em crise de desempenho do Judiciário. Esse delineamento é fundamental, na medida em que a identidade que uns e outros desejam que o Judiciário assuma repercute, diretamente nos fatores a serem priorizados como indicadores de avaliação de sua maior ou menor eficiência. Apesar das contradições daí derivadas, consideramos que o corte conceitual adotado é suscetível de gerar um consenso entre as diferentes posições, que pode ser assim apresentado: há uma crise de desempenho no aparelho jurisdicional brasileiro espelhada na morosidade e no número crescente de processos

em estoque, aguardando apreciação.

A morosidade é, sem dúvida, o principal fato gerador de insatisfação com o serviço judiciário, como revelam todas as pesquisas realizadas sobre o assunto. Em 1993, em pesquisa de opinião coordenada pelo IBOPE, foi proposta a seguinte afirmação: “O problema do Brasil não está nas leis, mas na Justiça, que é muito lenta”. Dos entrevistados, 87% consignaram suas concordâncias, 8% discordaram e 5% não souberam responder. Já em 1999, o jornal O Estado de S. Paulo⁴² chegou a índices ainda mais elevados: 92% consideraram a Justiça muito lenta.

Avaliações setoriais confirmam esse diagnóstico, a exemplo da procedida pelo IDESP junto a empresas estabelecidas no Brasil. Convidando-se estas a se pronunciarem acerca de três atributos do Judiciário nacional (agilidade, imparcialidade, custos), os seguintes resultados foram alcançados:⁴³

QUADRO 2 – VISÃO DOS EMPRESÁRIOS ACERCA DO PODER JUDICIÁRIO

Fonte: IDESP

	AGILIDADE		IMPARCIALIDADE		CUSTOS	
	Freq.	%	freq.	%	Freq.	%
ótimo	7	1,2	9	1,5	7	1,2
bom	0	0,00	148	24,6	83	13,8
regular	48	8,1	267	44,4	232	38,5
péssimo	0	0,00	22	3,7	92	15,3
sem opinião	0	0,00	24	4,0	30	5,0
total	595	100,0	602	100,0	602	100

⁴² MARQUES, Hugo. 92% dos brasileiros consideram a Justiça lenta. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 24 mar. 1999.

⁴³ PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e Economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000. p. 77.

Como se constata, no que tange à imparcialidade e custos, a soma dos conceitos “ótimo”, “bom” e “regular” equivale, respectivamente, a 70,5% e 53,8%. Já no tocante à agilidade, representa somente 10,3%.

Paradoxalmente, as estatísticas dos diversos ramos do Poder Judiciário demonstram um crescente aumento do número de decisões proferidas,⁴⁴ como se lê a seguir:

QUADRO 3—NÚMERO DE SENTENÇAS PROFERIDAS NA JUSTIÇA DE 1ª INSTÂNCIA (1998-2001)

JUSTIÇA	ANO 1998		ANO 1999		ANO 2000		ANO 2001	
	ENTR.	JULG.	ENTR.	JULG.	ENTR.	JULG.	ENTR.	JULG.
COMUM	8.176.328	5.257.537	8.545.006	5.738.577	9.298.010	6.076.695	9.489.657	8.062.049
FEDERAL	838.643	494.493	1.079.158	552.990	1.097.964	593.961	1.575.093	1.020.529
TRABALHO	1.933.993	1.904.062	1.876.874	1.918.960	1.71.795	1.893.326	1.121.146	1.151.879
TOTAL	10.948.96	7.656.092	11.501.038	8.210.527	12.114.769	8.563.982	12.185.896	10.234.457

Fonte: IDESP

Igualmente, os gastos com o Judiciário na União e nos Estados não param de crescer.⁴⁵ Estudo elaborado por técnicos do BNDES⁴⁶ demonstra que – no período de 1988 a 1999 – os custos com a função judiciária aumentaram anualmente à razão de 14,8% na esfera da União e 8,6% nos Estados. Frisamos que, consoante os critérios adotados no estudo, tais dados incluem as chamadas “funções essenciais à Justiça”

(que integram o Poder Executivo),⁴⁷ mas excluem as folhas de pagamento com inativos e os precatórios. Mesmo assim, é evidente que eles fornecem indícios expressivos do que aconteceu nos orçamentos específicos dos Tribunais.

É fácil concluir então que – não obstante aumentem as estruturas judiciárias, a produtividade dos juizes e os recursos alocados – os fatores que conduzem à morosidade têm prevalecido,

⁴⁴ Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário. Disponível em: < www.stf.gov.br.>

⁴⁵ No entanto, essa assertiva não serve para justificar os discursos que vêem no Judiciário um grande “vilão”, maior inimigo dos ajustes fiscais empreendidos pelos Governos. Isto porque, comparando-os com os orçamentos globais, verifica-se que os valores alocados para o Judiciário são insignificantes – incapazes por si só de implicarem desequilíbrio nas contas públicas. A Justiça da União, por exemplo, aí abrangidos os Tribunais Superiores e as Justiças Federal, Trabalhista, Eleitoral e Militar, teve uma participação de 0,9% no orçamento da União referente ao ano de 2001. Estudo em curso desde junho de 2004 sob a coordenação do presidente do STF, ministro Nelson Jobim, sistematizará números mais atualizados e precisos acerca do assunto.

⁴⁶ RESPONSABILIDADE FISCAL. Estados: quanto custam as funções legislativa e judiciária. Informe da Secretaria para Assuntos Fiscais do BNDES. Brasília: BNDES, n. 22. p. 3, nov. 2000.

⁴⁷ Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública.

mormente a “explosão de litigiosidade” e a tendência à eternização dos processos.⁴⁸

Essas gravíssima crise afeta fortemente a capacidade do Judiciário influenciar na condução das políticas públicas. Com efeito, mesmo nos casos em que os “convites” sejam recebidos, e o juiz queira aceitá-los, não é certo que ele consiga comparecer ao “compromisso” no dia e horário marcados. Recentemente, em julgamento no ST F em que era nítida a tendência da rede de saúde ser autorizada a interromper uma gravidez, veio a notícia de que o parto já havia ocorrido dias antes (sobrevindo o óbito da criança horas depois do nascimento). Muitos outros casos poderiam ser indicados, por exemplo, na seara ambiental, em que o atraso de correções judiciais as políticas públicas leva à consumação de danos irreparáveis.

4.2 A DISCRICIONARIEDADE – UM TERRITÓRIO INTERDITADO?

Na doutrina brasileira, tradicionalmente é enunciado que o Judiciário não pode controlar o mérito dos atos administrativos, isto é, não pode elidir os critérios de conveniência e oportunidade eleitos pelas autoridades da Administração, colocando no lugar os seus próprios critérios. Na vida forense, cotidianamente sentenças são proferidas com esse fundamento, o qual impede ou dificulta que os juízes controlem políticas públicas.

Parece-nos que, de fato, assim deve ser, a princípio. É certo que o Judiciário não é uma agência subalterna em relação aos demais ramos do Estado, porém isso não significa que seja superior – no sentido de necessariamente possuir, de modo legítimo, a “última palavra” sobre as políticas públicas. A aceitação aos “convites” multicitados não pode ocorrer de modo atabalhado, imotivado e autoritário, com o juiz pondo em primeiro plano preconceitos de índole “aristocrática” contra o mundo da política.

Duas atitudes são imprescindíveis para o juiz: em primeiro lugar, não olvidar as regras de imparcialidade procedimental, assegurando a apresentação de argumentos por parte da Administração e a produção de provas que os sustentem; em segundo lugar, confrontar a consistência de tais argumentos com a da fundamentação que pode ser exposta na decisão judicial. Este juízo de ponderação eliminará muitas hipóteses de alteração do mérito do ato administrativo, em face da superioridade comparativa dos argumentos expendidos pela Administração.

Nesse passo, vemos a discricionariedade como um terreno relativamente interdito à atuação judicial. Em outras palavras, consideramos que o mérito dos atos que concretizam (ou não) políticas públicas

⁴⁸ Além da permanente defasagem entre novas ações ajuizadas e processos arquivados, merecem menção a enorme cadeia de recursos processuais postos à disposição dos litigantes e as dificuldades que marcam a execução das sentenças no Brasil – especialmente contra o Erário. De um modo geral, Estados e Municípios atrasam o pagamento dos precatórios por anos.

é suscetível de controle judicial, excepcionalmente. As técnicas jurídicas que podem viabilizar, legitimar e conferir consistência a tal controle são diversas. Mencionamos as mais expressivas e já consolidadas em nosso Direito: as teorias dos motivos determinantes e do desvio de finalidade, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Em termos legais, estas técnicas recebem o seguinte tratamento:

LEI Nº 4.717/65

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: [...]

- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: [...]

- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

LEI Nº 9784/99

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade,

motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...]

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

A propósito da aplicação desses postulados, na jurisprudência há milhares de referências, das quais destacamos uma como emblemática das enormes possibilidades de controle abertas pelas técnicas em foco. No Resp. nº 443310/RS, rel. ministro Luiz Fux, DJ 03/11/2003, o STJ leciona:

[...]

2. A atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar.

3. A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a *contrario sensu*; vale dizer, escapa à razoabilidade 'aquilo que não pode ser'.

A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade, revela que nem todos os meios justificam os

fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado.

[...]

4.3 A “RESERVA DO POSSÍVEL” (UMA LEITURA EM PAÍSES PERIFÉRICOS)

Suponhamos que um juiz aquiesça aos convites para adotar uma postura de “ativismo judicial”, construa uma identidade mais livre dos padrões normativistas e se convença, em um determinado caso, de que a discricionariedade pode ser afastada de modo consistente mediante o manuseio de uma das técnicas arroladas no tópico anterior. Caso se trate de impor uma abstenção à autoridade administrativa, normalmente não se apresentam outras dificuldades. Contudo, quando se cuida de determinar o cumprimento de um direito prestacional ergue-se a limitação concernente à “reserva do possível”.

Segundo tal doutrina, há um limite fático ao exercício dos direitos sociais prestacionais, concernente à disponibilidade material e jurídica de recursos financeiros necessários ao adimplemento da obrigação. Demais disso:

[...] A prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo

pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.⁴⁹

Não discordamos dessas teses se, por exemplo, cogitarmos de uma decisão judicial, proferida em uma ação civil pública, que – em nome do direito à moradia previsto no art. 6º da Constituição – determina ao Governo Federal a construção de dois milhões de casas no espaço de um ano. A mobilização de recursos financeiros para tanto implicaria um impacto orçamentário não previsto nem previsível, de grande monta, resultando provavelmente no cancelamento de outras políticas referentes à concretização de outros direitos igualmente fundamentais.

Todavia, na trilha do que defende Andreas J. Krell, entendemos que:

A discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado.⁵⁰

Assim, a “reserva do possível” é um limite realmente existente, mas que não deve ser visto no Brasil do mesmo modo que nos países centrais, os quais

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 261.

⁵⁰ KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os [des]caminhos de um direito constitucional ‘comparado’*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

possuem distribuição de renda menos assimétrica, políticas públicas mais universalizadas e controles sociais (não-jurisdicionais) mais efetivos.

Em conseqüência, a margem de manobra do Judiciário, no exercício do controle em exame, é bem mais larga no nosso país (sem que evidentemente seja absoluta). Dois parâmetros devem ser observados na atividade judicial nesse âmbito, quais sejam, a garantia de um “padrão mínimo social” aos cidadãos e o razoável impacto da decisão sobre os orçamentos públicos. Em nome do citado “padrão mínimo social”, entendemos que os juízes não devem hesitar em, inclusive, determinar a realização de obras públicas, quando isso se revelar imprescindível e factível. Quanto ao impacto no orçamento público, a razoabilidade deve ser demonstrada à luz do caso concretamente analisado, podendo ser adotadas saídas criativas, como a fixação de prazos flexíveis e compatíveis com o processo de elaboração orçamentária. O que é fundamental é não ignorar esse aspecto, sob pena de a decisão ser frágil e condenada à cassação ou à inexecução. Por outro lado, os aspectos orçamentários relativos aos direitos prestacionais não devem ser mitificados, transformados em uma “esfera sagrada”, pois não é assim quando o Judiciário declara a inconstitucionalidade de tributos e frustra parcelas expressivas das receitas públicas, em favor – do ponto de vista imediato – de setores

socialmente mais fortes. Com efeito, em tais casos nunca se cogitou do Judiciário decidir de outro modo em nome da “reserva do possível”.

Um bom exemplo de adequado enfrentamento da temática, assim como do controle sobre a discricionariedade, é a jurisprudência sobre o benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição: “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”. Esta lei nº 8.742/93, refere-se aos requisitos da incapacidade para o trabalho e para a vida independente, associada à renda *per capita* no núcleo familiar não superior a 1/4 do salário mínimo. Contudo, a respeito desses requisitos legais, o STJ tem decidido:

AGA 521467 / SP Relator(a)
Ministro PAULO MEDINA Órgão
Julgador T6 - SEXTA TURMA Data
do Julgamento 18/11/2003 Data da
Publicação/Fonte DJ 09.12.2003

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL
EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.
ASSISTÊNCIA SOCIAL.
BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO
CONTINUADA. COMPROVAÇÃO
DE RENDA *PER CAPITA* NÃO
SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO
MÍNIMO. DESNECESSIDADE.

1. A impossibilidade da própria manutenção, por parte dos

portadores de deficiência e dos idosos, que autoriza e determina o benefício assistencial de prestação continuada, não se restringe à hipótese da renda familiar *per capita* mensal inferior a 1/4 do salário mínimo, podendo caracterizar-se por concretas circunstâncias outras que, é certo, devem ser demonstradas.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

“RESP 360202 / AL Relator(a) Ministro GILSON DIPP Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 04/06/2002 Data da Publicação/Fonte DJ 01.07.2002

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 20, § 2º DA LEI 8.742/93. PORTADOR DO VÍRUS HIV. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA PROVER O PRÓPRIO SUSTENTO OU DE TÊ-LO PROVIDO PELA FAMÍLIA. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A CAPACIDADE PARA A VIDA INDEPENDENTE BASEADO APENAS NAS ATIVIDADES ROTINEIRAS DO SER HUMANO. IMPROPRIEDADE DO ÓBICE À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO.

I - A pessoa portadora do vírus HIV, que necessita de cuidados freqüentes de médico e psicólogo e que se encontra incapacitada, tanto para o trabalho, quanto de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família tem direito à percepção do benefício de

prestação continuada previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, ainda que haja laudo médico-pericial atestando a capacidade para a vida independente.

II - O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e a capacidade para a vida independente, pelo simples fato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, não pode obstar a percepção do benefício, pois, se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal, que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo – o que não parece ser o intuito do legislador.

III - Recurso desprovido.

Nessa mesma direção é a orientação quase unânime na Justiça Federal, não havendo, contudo, até o momento, um pronunciamento explícito do STF.

Outro exemplo decorre de experiência pessoal. Recentemente tive a oportunidade de apreciar um caso de um estudante que se enquadrava em requisitos estatuídos em Resolução Administrativa da UnB, para a fruição de direito à residência estudantil, esbarrando entretanto na inexistência de vagas. A decisão foi no seguinte teor:

1. Determina a nossa Constituição que a educação é direito de todos e dever do Estado (art. 205). A igualdade de condições para o acesso

e permanência na escola' é princípio que rege o ensino (art. 206, inciso I). Ademais, deve o Estado garantir o 'acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um' (art. 208, inciso V). Tais preceitos, longe de veicularem enunciações puramente formais, impõem a adoção de medidas que reduzam as barreiras econômicas que impedem o acesso e a permanência citadas. O Poder Executivo reconhece que os deveres constitucionais em foco exigem determinadas políticas públicas, a exemplo do FIES e do Programa 'Universidade para Todos' (instituído recentemente pela MP nº 213, de 10/09/2004). No caso das universidades públicas, as obrigações constitucionais enfocadas devem concretizar-se com a adoção de programas assistenciais dirigidos aos mais carentes, a fim de que estes possam efetivamente exercer os seus direitos formalmente enunciados. Assim não fosse, gerar-se-ia a perversa situação de toda a sociedade financiar o ensino público superior exclusivamente em benefício dos segmentos mais ricos da população.

2. Analisando a presente lide com base nestas premissas, verifico que o demandante reside em local muito distante do Plano Piloto e da UnB – acarretando onerosos deslocamentos – e tem sua hipossuficiência expressamente reconhecida pela instituição, inclusive participando do Programa Bolsa Alimentação (fls. 16). Por outro lado, afirma a UnB que 'semestralmente deixamos de

atender vários alunos que se enquadram neste perfil', estando assim caracterizada situação claramente inconstitucional. Destaco que não há obstáculo a esta declaração por este Juízo, pois – em se tratando de programa administrativo de custo evidentemente suportável pelo Erário – não incide a doutrina da 'reserva do possível' (que em tese impede o Judiciário de influir demasiadamente na definição de políticas públicas prioritárias, em homenagem ao princípio da separação de poderes).

3. Há 'periculum in mora' na presente controvérsia, uma vez que o próprio fluir do semestre letivo, sem a frequência regular do aluno, gera danos de difícil reparação.

4. Com esses fundamentos, DEFIRO A LIMINAR pleiteada, determinando que a UnB ofereça ao autor vaga em residência universitária ou custeie a sua moradia em local próximo à UnB, em padrões equivalentes aos fornecidos aos demais estudantes carentes e consoante as mesmas regras regimentais de uso. Na última hipótese, o custeio não poderá ultrapassar o valor de R\$ 15.600,00 por ano, limite máximo de competência deste Juizado.

Verificamos então que aquilo que é possível ao Judiciário fazer, em sociedades com nível mais alto de implementação de direitos, é menos do que em países em situação oposta, como o Brasil – em que a meta de um "padrão mínimo social" exige que os juízes façam mais.

5 CONCLUSÃO

Concluimos assim o itinerário a que nos propusemos. Iniciamos com a abordagem do contexto que obrigatoriamente dialoga com os textos normativos. Demonstramos como um papel mais proeminente do Judiciário não se choca com o princípio da triplicação funcional do Estado. Reclamamos os “convites” a um sistema judicial mais protagonista e ativista, formulados por processos políticos e sociais. Finalmente, apontamos os limites à atuação judicial, assim como os limites dos limites.

Resta-nos, em conclusão, sublinhar que as teses expostas, no presente artigo, não representam a negação da luta política (em sentido

estrito) como meio para a efetivação dos direitos já proclamados e a conquista de outros. Ao contrário disso, desenvolvemos a nossa argumentação tendo a esfera da política como referência obrigatória. Cuida-se apenas de construir e reafirmar caminhos que podem auxiliar o processo histórico de emancipação da humanidade, inclusive submetendo a arena política a novos e crescentes tensionamentos – gerando movimentos e saltos adiante.

Os juízes não podem tudo, nem devem poder. Mas podem muito, e devem exercer esse poder em favor da grandiosa e inesgotável utopia de construção da felicidade de cada um e de todos.