

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**MAURÍCIO OLIVEIRA AMORIM**

**O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA LEGITIMIDADE  
DEMOCRÁTICA**

São Luís  
2015

MAURÍCIO OLIVEIRA AMORIM

**O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SUA LEGITIMIDADE  
DEMOCRÁTICA**

Dissertação apresentada pelo pós-graduando Maurício Oliveira Amorim à Coordenação do Curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Monica Teresa Costa Sousa

São Luís  
2015

MAURÍCIO OLIVEIRA AMORIM

**O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SUA LEGITIMIDADE  
DEMOCRÁTICA**

Dissertação apresentada pelo pós-graduando Maurício Oliveira Amorim à Coordenação do Curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Monica Teresa Costa Sousa

Aprovada em     /     /     .

BANCA EXAMINADORA

---

Orientadora: **Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Monica Teresa Costa Sousa**

---

1º Membro: **Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso**

---

2º Membro: **Prof. Dr. Leonardo Valles Bento**

São Luís  
2015

MAURÍCIO OLIVEIRA AMORIM

**O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA LEGITIMIDADE  
DEMOCRÁTICA**

**RESUMO**

O presente estudo tem por objetivo analisar o controle judicial das políticas públicas. Para tanto, será explanado o conceito doutrinário dessas políticas, bem como a delimitação da seara política na qual se desenvolvem. Uma breve abordagem da divisão dos poderes será necessária, com vistas a melhor definir o que pode ser considerado como ativismo judicial. Sobre este mesmo tema do ativismo, será demonstrado que não existe um consenso em sua classificação, mas que esta depende do tempo e lugar a ser analisado. Uma relevante discussão sobre a Teoria da Reserva do Possível é demonstrada, bem como a possibilidade ou não da sua utilização quando da análise da legitimidade da intervenção judicial na esfera de atuação dos demais poderes da república. Por fim, será estudado o tema da intervenção judicial na atualidade, e suas possíveis consequências para a democracia.

**Palavras-chave:** Política. Judiciário. Democracia

São Luís  
2015

MAURÍCIO OLIVEIRA AMORIM

**THE JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLITICS AND ITS DEMOCRATIC  
LEGITIMACY**

**ABSTRACT**

This study aims to analyze the judicial control of public policies. Thus, the doctrinal concept of these policies will be explained as well as the delimitation of the political harvest in which they develop. A brief overview of the division of powers is required, in order to better define what can be considered as judicial activism. On this same theme of activism, it will be shown that there is no consensus on their classification, but it depends on the time and place to be analyzed. A relevant discussion on the possible Reserve theory is demonstrated, as well as whether or not their use when analyzing the legitimacy of judicial intervention in the sphere of activities of the other branches of government. Finally, the subject of judicial intervention at the present time, and its possible consequences for democracy will be studied.

**Keywords: Politics. Judiciary. Democracy**

São Luís  
2015

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Deus Eterno, pelo sopro de vida.

Aos meus pais, pelo exemplo, amor e apoio constante.

Aos meus avós, pelo afeto.

Aos meus irmãos, pelo conforto diário.

À minha família em geral, por tudo.

À minha orientadora e amiga Monica Teresa Costa Sousa, pela confiança, paciência e perfeccionismo em todos os aspectos.

E a todos os amigos que me apoiaram e, tão ansiosamente quanto eu, esperaram pela conclusão deste trabalho.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
<b>1 ASPECTOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>12</b>
1.1 A separação das funções estatais .....	12
1.2 A finalidade do Estado.....	22
1.3 Protagonismo judicial .....	34
<b>2 ATUAÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO .....</b>	<b>41</b>
2.1 Democracia e interpretação na atuação política do Judiciário .....	43
2.2 O controle judicial das políticas públicas.....	55
<b>3 A LEGITIMIDADE DE ATUAÇÃO .....</b>	<b>64</b>
3.1 Direitos fundamentais e discricionariedade na interpretação judicial .....	65
3.2 Análise jurisprudencial.....	81
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>88</b>
REFERÊNCIAS.....	90

## INTRODUÇÃO

A percepção de atividades do poder público pode ocorrer mediante dois critérios bem distintos. Primeiramente pode-se considerar tudo o quanto advenha das esferas de poder como atos do “governo”, não se fazendo qualquer distinção sobre os entes federados – União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios, suas autarquias, fundações etc. – ou de qual ator político perpetrou a ação (um ato decisório de um membro da receita federal, por exemplo, não se distanciaria daquele praticado por um órgão do Ministério Público). É de se notar, por diversas razões, que esta concepção não trará ganhos em termos acadêmicos para os estudiosos, ou práticos para os profissionais da área, e nem mesmo informativos para a população em geral.

A começar da última hipótese, para que a sociedade possa pleitear seus direitos de maneira mais eficiente, é fundamental saber o que peticionar, a quem e em qual momento, não se limitando a um reducionismo que engloba toda a máquina estatal na expressão “Governo” ou “Estado”.

Quanto aos termos práticos a razão é ainda mais evidente, já que a técnica jurídica não admite o funcionamento em instâncias equivocadas, sob pena de nulidade absoluta dos atos e responsabilização para quem deu causa. A própria concepção de liberdade é contrária em relação à do cidadão: enquanto este pode fazer tudo o quanto não esteja proibido por lei, os órgãos estatais só podem se mover no sentido permitido pela legislação, em um verdadeiro império da lei.

Por fim, a falta de interesse lógico em se dimensionar todos os órgãos estatais por parte dos estudiosos. As constatações cotidianas demonstram que na maior parte das sociedades ocidentais contemporâneas (sobretudo aquelas que guardam similitude com o Brasil) o modelo estatal no qual o poder emanava de uma só pessoa não existe mais.

Assim sendo, algumas considerações devem ser feitas no sentido de não se entrelaçar conceitos incompatíveis entre si. Como se afirmou, o poder não mais advém de um soberano, o que não significa que exista divisão do mesmo; ele é uno e indivisível, e, no Brasil, emana do povo, conforme indicação constitucional.

A confusão que geralmente é feita diz respeito à clássica partição das funções estatais. Tais papéis sempre existiram em qualquer forma de estado organizado em moldes minimamente semelhantes ao atual, apenas a fonte era diferente, podendo ocorrer diversas delegações.

Com o fito de se conter abusos por parte de um único mandatário, um modelo de freios e contrapesos foi imaginado. A premissa é relativamente simples: se quem governa não julga e não cria as leis, suas possibilidades são limitadas, e não será possível a transgressão sem responsabilidade.

Ocorre que, na prática, a divisão não se apresenta de maneira tão estanque, já que não é possível desempenhar qualquer das três funções de forma completamente isolada. Para isso, se desenvolveu a tese das funções típicas e atípicas.

Deste modo, o administrador legisla, o legislador julga e o julgador pratica atos de administração. Todos em sede de exceção. Quando estas funções atípicas são praticadas dentro de certo limite, é correto afirmar que não existem debates doutrinários relevantes.

O ponto central de toda dissidência se revela quando o avanço contra estes limites ocorre de modo muito acentuado. Assim ocorre quando o chefe do administrativo passa a utilizar muitas medidas provisórias, assumindo funções que seriam do legislador.

Quando este debate é trazido para a seara judicial, os contornos tornam-se mais graves, já que este Poder conta com a coisa julgada, ou seja, a imutabilidade das decisões, fato que por si só já a torna merecedor de uma atenção mais detida.

O termo recorrente para este tipo de atuação, supostamente fora das áreas normais de competência, é ativismo judicial. Um primeiro desafio seria, então, definir em termos exatos o que ele seria, já que o tempo e lugar podem influenciar na precisão da conceituação.

Determinados ordenamentos permitem um maior grau de interferência dos juízes, então não se pode utilizar o direito comparado como uma balança fiel, já que a medida política nem sempre será a mesma, o que pode resultar em falhas conceituais graves, quando não em indesejável anacronismo.

A isto tudo, um fator essencial é somado: a democracia representativa. Neste sistema, os atos de poder não devem se revestir apenas de autoridade, mas também de legitimidade. Como espécie deste gênero de análise, leve-se em conta ainda que boa parte da população e dos estudiosos considera o voto como instrumento legitimador dos representantes. Desta feita, faltaria legitimidade para magistrados decidirem determinados temas.

Neste ponto, a comparação com sistemas nos quais existe o voto para o judiciário é inevitável, mesmo para se conferir se esta possibilidade aumentaria ou não o campo de abrangência dos agentes togados.

A investigação de legitimidade não pode se limitar à tabulação de opiniões, já que, além da constatação de que elas não levam a caminho algum, tem-se de considerar um fenômeno nacional e mundial das últimas décadas, chamado de “judicialização a política”.

Esta análise, que em muito enriquece o estudo, demonstra que a migração de assuntos tradicionalmente reconhecidos como de competência dos poderes legislativo e executivo tem-se transferido para os tribunais por iniciativa de seus próprios titulares.

As explicações são as mais variadas possíveis, e, ao que parece, todas ou várias delas podem ser razoáveis. É correto se imaginar que um conhecimento maior da técnica processual tenha levado setores políticos menos favorecidos - ou seja, a oposição - a se socorrer dos julgadores para terem suas prerrogativas respeitadas. Também não é sem valor a ideia de que, por uma necessidade de responder às urnas, políticos tendem a fugir de temas sensíveis, delegando àqueles que contam com uma maior estabilidade a sua decisão.

Há ainda a percepção de que o cidadão, ou parcelas populacionais possam se dirigir diretamente aos juízes para fazer valer direitos constitucionais que foram ilegalmente suprimidos por outros órgãos ou poderes.

É exatamente neste particular que o estudo ganha em importância e relevância prática, pois não se trata apenas de definir se, mas como o judiciário pode interferir nas decisões de outros poderes legitimamente eleitos, que representam uma maioria para, sem que se insulte a democracia, fazer valer princípios a todos inescapáveis.

A tarefa é multifacetada, como se pode observar, pois não aceita respostas fáceis ou simplificações. Todos os aspectos devem ser enfrentados, do contrário se estará apenas maquiando uma questão de importância crucial.

O primeiro passo, neste sentido, é analisar e superar o questionamento do custo dos direitos. Afirma-se deste modo pois conquanto ela não possa ser ignorada não pode ser a baliza da atividade judicante. Poder tomar uma decisão do ponto de vista prático, não torna este ato legítimo. O que também não deve significar que, uma vez verificada a possibilidade, será possível a intervenção de qualquer maneira.

Os direitos tem custos, e o orçamento do Estado é limitado. Este é o nó que o julgador ou o estudioso do direito deve desatar: questões financeiras não podem servir de subterfúgio para descumprir a Constituição, mas tampouco podem ser ignoradas.

Uma decisão desatenta pode comprometer todo o sistema de garantias que se buscou inicialmente alcançar. A responsabilidade política é inafastável, portanto. E considerando a demanda cada vez mais presente nas cortes, desviar-se do debate só traria prejuízos para todo o jurisdicionado.

O cenário mais fértil para se perceber as consequências e diretrizes que estas ações possam ter é o controle das políticas públicas. Tanto por serem de interesse direto da

população, como por tocarem em temas que se encontram no limite da cognição a respeito de quem deva ser o titular do seu trato.

Sendo esta a direção a se seguir, o segundo desafio diz respeito à própria natureza do ato decisório. Não existe atividade judicante sem interpretação, mas o julgador não pode se valer (exclusivamente) de seus valores pessoais para definir o destino da coletividade. Os limites das manifestações políticas dos magistrados deve ser definido com tanta precisão quanto a ciência permita.

Existem barreiras de ordem prática quando da demonstração da extensão das possibilidades judiciais. A todas elas, no entanto, devem ser buscadas alternativas, já que a negativa de jurisdição não parece ser medida razoável.

A fim de analisar todos os pontos ora levantados, o presente trabalho buscou analisar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal em matérias de políticas públicas ou questões de importância nacional. O recorte temporal escolhido foram os últimos dez anos, para que os posicionamentos não restassem superados, mas que já tenham produzido seus efeitos de modo a se perceber a repercussão no cenário nacional. Como técnica de análise, no último capítulo desta obra será apresentada uma proposta científica que tentará encontrar o ponto ideal de intervenção judiciária nas esferas dos demais poderes.

O resultado da efetividade deste instrumento não guardará relação direta com a importância científica do trabalho, pois no patamar que ele possibilite o avanço da investigação, a evolução pretendida é no sentido de aprimorar os mecanismos de percepção dos princípios de democracia e justiça.

## 1 ASPECTOS FUNDAMENTAIS

Este trabalho desenvolverá um estudo referente ao controle judicial das políticas públicas, e não dos atos administrativos e legislativos propriamente. Para tanto, neste primeiro capítulo serão delineados os contornos dentro dos quais esta atividade deve ocorrer. Inicialmente se analisará a teoria da tripartição do poder estatal, para, ato contínuo, identificar-se o que são as políticas públicas e como o estado deve desempenhar este papel, para, então, estudarmos se e como o judiciário poderá controlar estas ações dentro do sistema democrático.

### 1.1 A separação das funções estatais

O estudo do modelo estatal autocontido pela separação das funções estatais se confunde, de certo modo, com a análise das formas segundo as quais o poder soberano passou a se submeter ao império da lei. A pesquisa histórica, de qualquer vertente e sob todas as óticas possíveis, demonstra que foi o poder real – antepassado mais direto do atual Executivo – quem teve de abrir mão de certas regalias para se adequar à nova realidade política e social que surgiram de maneira desigual e sem um perfeito sincronismo na Europa e na América e que, de certo modo, com maior ou menor intensidade, se espalharam pelo mundo.

Segundo a interpretação feita por Montesquieu, em *De L'Esprit des Lois*, foi o modelo britânico que se tornou paradigma e base inspiradora do pensamento político liberal no tocante ao significado jurídico do equilíbrio de relacionamento institucional. (MONSTEQUIEU, p. 8)

A deferência à lei é, segundo este critério, o diferencial entre os sistemas políticos, tanto no que toca aos seus respectivos desenhos institucionais - assumindo o caráter estruturante do alicerce sobre o qual o governo se moldará - como na relação entre a sociedade e o titular do Poder Público: no despotismo é o arbítrio que regula o agir do governante, enquanto na monarquia e na república é a lei o fator determinante das ações políticas.

Existem três espécies de governo: o republicano, o monárquico e o despótico. Para descobrir sua natureza, basta a ideia 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. Eis o que denomino a natureza de cada

governo. Precisamos ver quais são as leis que provêm diretamente desta natureza e, conseqüentemente, são as primeiras leis fundamentais. (MONTESQUIEU, p. 8)

A medida da liberdade torna-se a mesma para todos os sistemas, sempre se tendo a legalidade como ponto de referência: quanto mais livre for o agir do governante, menor será seu respeito pelas normas e, por conseguinte, mais diminuta a liberdade social; inversamente, quanto mais preso às amarras legais estiver o líder, mais livre será a comunidade, já que neste contexto a liberdade se conceitua como a permissividade de fazer o que a lei permite. (OTERO, 2011, p. 47)

Ainda na esteira deste pensamento e como consequência direta dele, chega-se à constatação de que sem os devidos limites àqueles que exercem o Poder, a liberdade social é inexistente. Assim sendo, faz-se necessário um desenho institucional na qual o Poder limite o próprio Poder – e talvez seja fantasioso imaginar outra forma de contenção que não resulte em barbárie.

Os poderes ou funções que o Estado exerce perante e para a sociedade são: Poder Legislativo, mediante a feitura das leis; Poder Executivo, que administra a execução das leis; Poder de Julgar, que diz o direito e a correta aplicação da lei.

Se tal divisão não ocorresse, o princípio da legalidade não passaria de teatro político, já que, em verdade, ter-se-ia uma só vontade a regular todos os aspectos da vida, não se distanciando da figura do déspota.

“A limitação do poder e a própria separação de poderes surgem como instrumentos tendentes a garantir ou assegurar um objectivo nuclear: a liberdade dos cidadãos.” (OTERO, 2011, p. 47)

Cabe breve observação a respeito do modo como Montesquieu concebeu esta teoria: ao Poder Judiciário não eram conferidas prerrogativas políticas, sendo-lhe reservado o papel de “boca que fala as palavras da lei”. E mesmo o Legislativo não tinha os mesmos poderes de intervenção do Executivo, na medida em que este poderia participar do processo legislativo e àquele era defeso tomar parte na execução das leis. A legalidade, neste sentido, se apresenta como um ato resultante da vontade de dois poderes distintos: o Legislativo que a confeccionou, e o Executivo que decidiu se submeter pelo não uso do veto. Esta não subordinação política do Executivo era, neste aspecto, instrumento de garantia da liberdade.

Sem que se negue a vinculação administrativa à legalidade como forma maior e mais eficaz de garantia da sociedade ante o poder estatal, existe a doutrina segundo a qual a prevalência política deve permanecer com o legislador, e não com o monarca/administrador. Dentre as muitas razões possíveis para a defesa de mudança nuclear da teoria, deve ser

ressaltado o entendimento de que apenas o Poder Legislativo tem legitimidade democrática para a criação do direito e das leis. Na formulação mais exigente deste entendimento, sem lei a administração não pode sequer atuar, pois somente ela pode ditar os passos de todos os ramos do Poder.

Cronologicamente anterior a Montesquieu, é de John Locke que emana a primeira resposta à prevalência Executiva, sobressaindo o Parlamento como órgão soberano e única expressão popular verdadeiramente legitimada, nascente das demais funções do Estado. Não é casual a escolha: se o poder advém do povo, é daquele que por ele se expressa que se deve extrair a legalidade.

O grande objetivo dos homens quando entram em sociedade é desfrutar de sua propriedade pacificamente e sem riscos, e o principal instrumento e os meios de que se servem são as leis estabelecidas nesta sociedade; a primeira lei positiva fundamental de todas as comunidades políticas é o estabelecimento do poder legislativo; como a primeira lei natural fundamental, que deve reger até mesmo o próprio legislativo, é a preservação da sociedade e (na medida em que assim o autorize o poder público) de todas as pessoas que nela se encontram. O legislativo não é o único poder supremo da comunidade social, mas ele permanece sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade um dia o colocou; nenhum edito, seja de quem for a autoria, a forma como tenha sido concebido ou o poder que o subsidie, tem a força e a obrigação de uma lei, a menos que tenha sido sancionado pelo poder legislativo que o público escolheu e nomeou. Pois sem isso faltaria a esta lei aquilo que é absolutamente indispensável para que ela seja uma lei, ou seja, o consentimento da sociedade, acima do qual ninguém tem o poder de fazer tais leis; exceto por meio do seu próprio consentimento e pela autoridade que dele emana. Por isso, toda a obediência que pode ser exigida de alguém, mesmo em virtude dos vínculos mais solenes, termina afinal neste poder supremo e é dirigida por aquelas leis que ele adota; jamais um membro da sociedade, pelo efeito de um juramento que o ligaria a qualquer poder estrangeiro ou a qualquer poder subordinado na ordem interna, pode ser dispensado de sua obediência ao legislativo e agir por sua própria conta; da mesma forma, também não é obrigado a qualquer obediência contrária às leis adotadas, ou que ultrapasse seus termos; seria ridículo imaginar que um poder que não é o poder supremo na sociedade, possa se impor a quem quer que seja. (LOCKE, p. 71)

As razões de sua existência estão, portanto, intrinsecamente ligadas às bases de sua soberania, bem como ao próprio trato social. Se sem lei não há sociedade, sem o legislativo não há poder legítimo.

As limitações encontradas ao Poder Legislativo são atinentes ao desempenho de suas funções típicas e à finalidade precípua da existência do Estado, e não decorrentes diretamente pelos demais Poderes, ainda que em certo nível estes aspectos possam se confundir. Não pode ele se furtar de legislar, passando para terceiros esta competência, assim como lhe é defeso atribuir para si próprio a função de governo, ou mesmo atuar contra a vida, a liberdade e a propriedade das pessoas – razões justificantes de os homens viverem em sociedade. Ao povo, sempre resta o poder soberano de expulsar ou modificar um legislativo que por qualquer razão

não lhe represente, agindo de forma contrária à confiança nele depositada. Trair essa confiança significa não fazer política:

Por poder político, então, eu entendo o direito de fazer leis, aplicando a pena de morte, ou, por via de consequência, qualquer pena menos severa, a fim de regulamentar e de preservar a propriedade, assim como de empregar a força da comunidade para a execução de tais leis e a defesa da república contra as depredações do estrangeiro, tudo isso tendo em vista apenas o bem público. (LOCKE, p. 35)

Há, entretanto, uma permissividade que põe em uma perspectiva bem diferente a subordinação até então trabalhada. A soberania legislativa não existe e nem se sustenta por suas próprias bases. O seu ideal é a busca do bem comum da sociedade, e neste sentido deve ser reconhecido que a lei não pode prever todos os aspectos da vida cotidiana. Confia-se, então, ao Executivo o agir nos momentos em que a lei inexistir, desde que guiado pelo bem social. E mais: é até desejável que a legislação deixe certos espaços de atuação livre do administrador, não engessando a sua atuação, e permitindo até que, em casos específicos, contrariar a aplicação literal do texto da lei.

Este posicionamento de Locke pode ser interpretado como uma inversão do princípio da supremacia do legislativo, já que a permissividade de atuação contrária a lei pode resultar em uma completa insubordinação do Executivo em relação à autoridade do Parlamento.

Outra perspectiva que inicialmente envereda por caminhos não muito distantes da proposta até então apresentada é a teoria de Jean-Jacques Rousseau, que considerava o Poder Legislativo como o coração do Estado. Deste modo, o povo apenas pode estar submetido à lei que ele mesmo criou, e somente através dela pode o soberano agir, sendo esta a expressão da liberdade. (OTERO, 2011, p. 60)

A relação estrutural do indivíduo com o Estado passa a ser componente e não de oposição, pois se o cidadão é autor e destinatário da lei, fora da estrutura governamental não haverá liberdade.

Não se deve negligenciar, contudo, que esta liberdade em certo grau ignora a individualidade, porquanto condicionada à vontade da maioria de forma irrestrita, relegando o querer minoritário ao erro. Se tomado sem a devida parcimônia, este conceito pode guiar à disforme figura de uma democracia totalitária, já que promotora de uma ‘liberdade forçada’.

Ao executivo cabe cumprir a lei, não sendo reservada aos seus membros a condição de senhores do povo, mas apenas de seus oficiais. De forma contrária ao entendimento de Locke, em Rousseau é o legislativo que pode interferir no executivo sempre que entender necessário,

sendo-lhe permitido, inclusive, destituir os agentes sempre que entender necessário ao bem comum do povo.

Uma observação a ser feita sobre toda a estrutura preconizada por Rousseau do Poder Legislativo como coração do Estado é que o autor somente assim o considera em tempos de normalidade institucional, já que para os tempos de crise extrema é defendido um modelo no qual as leis se suspendem e toda autoridade permanece com uma só pessoa, que estará autorizada a tudo, exceto a criação de leis. (OTERO, 2011, p. 62)

Uma acepção mais sofisticada e moderna do pensamento liberal que atribui uma soberania ao Poder Legislativo é a teoria de Immanuel Kant. O pensamento filosófico kantiano tem por base, sempre, a ideia de que o homem não é uma coisa, e, portanto, jamais deve ser tratado como tal, sejam quais forem os desígnios a se perseguir. Como um fim em si mesmo, as pessoas devem ser o objetivo final de qualquer política, e exatamente por isso, apenas uma constituição republicana pode servir de instrumento à persecução da paz perpétua. (KANT, 1997, p. 78)

Sendo a autonomia da vontade a única expressão verdadeira de liberdade, apenas se pode exigir que o homem se determine segundo os comandos que ele mesmo criou e assentiu, o que neste contexto apenas pode ser a lei. Para que não se deturpe o objetivo final do Estado, este deve ter suas funções divididas de modo a impossibilitar o nepotismo, já que este preservaria o poder pelo poder, fazendo das pessoas o meio para tanto, algo inaceitável nesta filosofia.

No interior do Estado encontra-se a configuração de três poderes: o soberano legislativo; o executivo, que age segundo as leis, mas funcionalmente independente do primeiro; o judiciário, que diz o Direito.

Mesmo defendendo a ideia de que a liberdade somente existe quando da subordinação à lei que cada um consentiu, o aspecto prático acaba por conferir à maioria o caráter definidor da legitimidade estatal. (OTERO, 2011, p. 71)

Esta leitura, de modo que se assemelha ao ocorrido em Rousseau, carece de opções para a insatisfação para com o legislador, já que a obediência à lei se torna absoluta no papel de garante da liberdade; mas, se é possível apontar a diferença de que esta autoridade não pode se travestir ao corpo legislativo, sendo restrito à lei, deve-se igualmente pontuar que ao cidadão é defeso resistir à violência injustificada com violência, criando-se sério problema sistemático.

O modelo ideal kantiano afasta a possibilidade de o direito ceder espaço às reivindicações da política cotidiana, sendo a recíproca verdadeira, sendo o Estado de direito regido pela razão.

O suposto radicalismo quanto à obediência irrestrita à lei, encontra justificção na relação entre os poderes, já que a primazia do legislativo apenas se orienta por ter nele a emanção da vontade popular. A exceção parece ser aquela conferida ao chefe do executivo, que não se sujeita a coações de qualquer natureza.

Estas concepções mais radicais do modelo estatal centrado no Legislativo não foram as únicas produzidas pelo liberalismo. É que também se produziu conhecimento em larga escala, mantendo-se a figura do monarca como central, recusando-se a submissão completa ao parlamento. O entendimento contrário era visto como excesso de democracia dos revolucionários.

A lei, assim como nos ‘modelos parlamentares’, é resultante da feitura do parlamento, o que já o afasta dos moldes pré-constitucionais, entretanto só encontra sua perfeição quando o monarca não exerce o veto, sendo, deste modo, produto de duas vontades políticas.

Assim como Rousseau, Hegel entendia que o sentido da liberdade apenas era possível dentro do Estado. Mas ao contrário daquele, não conferia centralidade alguma ao Poder Legislativo: exacerbando o conceito inicial de Kant sobre a prevalência do Executivo, entendia que a figura do monarca resumia o Estado, partindo dele praticamente toda a legitimidade governamental, já que era seu o poder de veto e a participação de todas as instâncias públicas, com uma autoridade verdadeiramente divina e inconteste. Benjamim Constant defendia que qualquer poder sem limites representaria uma ameaça à liberdade dos cidadãos, sendo que o fato de uma maioria decidir de determinado modo não legitimava a decisão como justa, postando-se, pois, em clara oposição a Rousseau. (OTERO, 2011, p. 85)

Seguindo um caminho já demonstrado por Montesquieu, Constant defende que a limitação da soberania apenas é possível quando o Poder encontra modos de refrear o próprio Poder, adicionando à clássica tricotomia o Poder Real. Este último, que representa a monarquia constitucional, é o que garante o equilíbrio e a harmonia entre os demais sempre que entrarem em conflito entre si, sendo uma autoridade neutra e intermediária. Ele funciona como verdadeiro Poder Judicial dos demais poderes, sendo uma garantia à liberdade.

Dois fatores devem ser levados em consideração: de um lado, os poderes atuam de forma independente entre si, não se confundindo com a figura do monarca; entretanto, o Poder Real não é menos ativo por isso, podendo adentrar no modo particular de atuação de cada um deles, seja demitindo ministros, dissolvendo o parlamento, ou revogando decisões

judiciais. A preocupação maior é que, sob a justificativa de zelar pela liberdade, o poder legislativo, ao ser titular de prerrogativas absolutas se tornem candidatos à tirania.

O aspecto histórico até aqui apresentado, conquanto não possa ser ignorado, sob pena de esquecimento de suas raízes axiológicas, não pode ser mecanicamente transposto ao cenário atual. Dentre diversas razões de ordem prática que tocam obrigatoriamente no anacronismo da prática, tem-se a ausência de um Poder Judiciário nos termos como este é conhecido na atualidade. É bem verdade que em termo de completude científica, Montesquieu representou um avanço justamente por reconhecer a função judiciária, mas é fato notório que para ele os representantes estavam muito distante de se revestirem de um caráter político, sendo apenas, na formulação que se tornou clássica, ‘a boca que pronuncia as sentenças da lei’.

Os estudos iniciais de Locke, que podem ser considerados como percussores da teoria de Montesquieu, demonstram clara intenção de evitar absolutismos, entretanto, como foi possível verificar quando da análise pormenorizada, aquele modo de se entender o instituto ainda não se adéqua à concepção contemporânea de equilíbrio por pesos e contrapesos – e talvez isto se deva à falta de um destes pesos, conforme será analisado posteriormente neste trabalho. Foi do ideário entre a separação das funções estatais, que exigia a submissão do soberano às leis provenientes do povo, e a restauração da monarquia mista em 1660 que nasceu a teoria constitucional inglesa do século XVIII, a doutrina da balança dos poderes. (TAVARES, 2013, p. 920)

Uma divisão que pode passar despercebida é a função que as concepções de separação de poder traziam consigo. Enquanto a originária sempre demonstrava uma deferência à lei, com o Poder centrado no legislativo, sua evolução que perdurou tem por medida a liberdade e o equilíbrio do Poder, ainda que este seja legítimo.

E é justamente na função a ser desempenhada pelo Estado que se encontra uma imprecisão do termo na separação. O poder estatal pode ser considerado uno, e o modo de desempenhar suas funções é que é tripartido. A evolução da teoria original de Montesquieu a elevou a verdadeiro pré-requisito na feitura de um estado desenvolvimentista moderno que tem na liberdade individual o seu cerne.

O modelo engessado e incomunicável dos poderes parece ser, na atualidade, se não anacrônico e ultrapassado, no mínimo de consecução impossível e sem propósito: “a proeminência do Poder Judiciário, na época atual, é sentida de maneira bastante intensa – com exceção do modelo francês – servindo de base à necessária remodelagem da clássica teoria da separação dos poderes, no que se refere às relações entre estes”. (TAVARES, 2013, p. 925)

Então, considerando a amplitude de teorias possíveis, que podem incluir um ou mais poderes ao rol já consagrado, o que se deve ter em conta não é a incomunicabilidade entre eles para evitar o absolutismo, mas a forma como, integrados, eles possam garantir a liberdade individual e a consecução do progresso social.

No tocante às liberdades individuais, pouco importa que existam três ou mais poderes (ou, conforme se ressaltou, “funções), se um ou mais deles se agiganta a ponto de suprimir os demais, ou mesmo se relega aos outros atividades eminentemente técnicas e não políticas. Isso porque a motivação inicial de se dividir o Poder para refrear abusos estaria perdida, conquanto um Poder menor não tenha o condão de enfrentar os demais.

Sendo necessário controlar o legislador, especialmente por sua ‘fraqueza’ ideológica em momentos de crise ou de composição política, haveria que pensar, realmente, em um poder suficientemente robusto para enfrentá-lo e, ao mesmo tempo, necessariamente neutro, para não perpetrar os mesmos vícios que se pretendiam eliminar. (TAVARES, 2005, p. 91)

Deve-se ter em conta, também, que o crescimento da atividade judicial no Estado Constitucional não se deve simplesmente à importante função de contribuir para o balanço institucional, senão também para a grave atribuição de curador da Constituição. Uma vez que o parlamento confecciona as normas e o executivo as aplica, mostra-se essencial que um órgão igualmente político detenha tal prerrogativa; e ainda que tal possa ir de encontro aos preceitos de proeminência da vontade popular em um primeiro momento, não se está, de forma alguma, a contradizer o princípio democrático, mas, ao contrário, este fortifica-se ao proteger a constituição de arbítrios abusivos.

O Estado legalista passa a não mais suprir as necessidades sociais e estruturais quando vem à tona que a letra fria da lei não pode alcançar a infinita gama de possibilidades oriundas das relações cotidianas, e que uma interpretação do direito é essencial, por mais estrita que se possa pretendê-la, para a efetivação de quaisquer garantias. (TAVARES, 2005, p. 93)

E é nesta premissa que se entende e permite a atuação por meio de atividades não típicas de cada um dos ‘poderes’, já que a função deste entendimento não é ocasionar o isolamento ou disputa entre os órgãos estatais, mas assegurar o equilíbrio: “[...] os poderes não podem ser compreendidos como separados absolutamente, sem qualquer contato, o que [...] ou resultaria numa acirrada luta entre eles ou, ainda, numa completa inatividade.” (TAVARES, 2005, p. 169) Na perspectiva positiva da teoria, então, o conceito de separação se presta a garantir a liberdade de atuação aos poderes, mas isolá-los de modo a ceifar-lhes a utilidade.

Deste modo, dois aspectos devem obrigatoriamente ser considerados quando do trato deste tema: se de um lado busca-se limitar o poder, não atribuindo a um único órgão mais de uma função política fundamental (pelo menos de maneira ‘típica’), por outro, esta mesma técnica não pode debilitar o Estado de tal forma que a ele seja impossível a consecução de seus objetivos. O inverso do – indesejado – Poder absoluto não deve ser o completo esvaziamento das funções estatais, pois deste modo o próprio conceito de vida política carece de sentido.

O total repúdio ao engessamento por meio da separação de funções é tamanho, que se fala em superação desta teoria. Embora uma ressalva deva ser feita: não se advoga por um irrazoável retorno de modelos totalitários, o que feriria gravemente a lógica evolucionista e seria contrário à marcha pelos direitos fundamentais. É que esta técnica desempenhava um papel prioritário em um contexto no qual o embate com o absolutismo era vital, sob pena de supressão de quaisquer esforços em sentido contrário. Com a aceitação universal da divisão, outros desafios se apresentam, e a expansão pelo social tem mais urgência na sociedade contemporânea.

A separação de poderes é, como vimos, técnica em declínio, sujeita a gradual superação imposta por requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais cujo pensamento já não assenta em razões preponderantes de formalismo na proteção de direitos individuais, conforme o teor clássico de sua elaboração inicial e finalidade precípua do velho liberalismo. Desde que o constitucionalismo entrou a envolver no sentido do enriquecimento de seu conteúdo, para deixar de ser forma e se converter em substância, abrangendo paulatinamente novas áreas da realidade social, notadamente as de teor, passou aquele princípio a ter interesse secundário, por haver deixado de corresponder ao sentido atual de organização democrática, na qual fatores estranhos, desconhecidos à teoria política do século XVIII, começaram de interferir na estrutura da sociedade, modificada por relações imprevistas de caráter social e econômico. (BONAVIDES, 2007, p. 65)

Ao passo que se entende por uma superação, ainda que relativa deste princípio, é descabida qualquer interpretação que não tenha por fim a ampliação da participação da vontade individual nos caminhos do Estado, ou seja, a reafirmação do princípio democrático, e que conduza o aparelho estatal a proporcionar ao indivíduo uma maximização de favores concretos.

É importante pontuar que superar não implica necessariamente negar algo. Um entendimento pode se mostrar absolutamente necessário em determinado contexto, mas pela própria evolução social (que pode ter sido, inclusive, causada por ele) tornar-se obsoleto, incompleto ou anacrônico. O esforço em mitigar e frear o Poder estatal como forma de garantir a liberdade individual teve na Teoria da Separação dos Poderes o seu ápice, mas,

conquanto não deva ser esquecido, este entendimento parece cada vez mais insuficiente para a consecução da inclusão social e dos objetivos republicanos do mundo moderno. O esforço de compreensão demanda que se esclareça que sem a abertura a estas possibilidades o sistema ficaria fadado ao congelamento histórico, remontando-se a uma conquista que não gera mais os ganhos de outrora.

Ao passo que a lei vai se “dessacralizando”, mais importância se confere à Constituição, como morada da justiça e da liberdade, e fonte de legitimidade do Poder público em geral. Não é exagero, portanto, afirmar que o respeito à lei de per si, vista de forma absoluta e que não comporta relativizações, perde espaço, conforme já acentuado, para as modalidades de concretização de direitos. Deste modo, no tocante aos diferentes momentos de regulação da atividade estatal, “A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação dos poderes”. (BONAVIDES, 2004, p. 127)

Não soa estranho, portanto, que as formas de efetivação do princípio separatista sejam justamente aquelas práticas que, no grau abstrato e doutrinário, viriam a contradizer a sua afirmação pura, já que se trata aqui de mecanismos de interferência dos poderes nos demais. E tal se dá sem exceção, pois é justamente a isso que se refere quando da percepção dos freios e contrapesos, que em alguns casos assinalam equilíbrio puro e simples e, em outros, verdadeiro avanço às fronteiras funcionais.

É o que ocorre quando do veto e da mensagem do Poder Executivo ao Poder Legislativo, modificando, assim, a feitura de normas, que não mais se limita a uma única vontade; o indulto e seus congêneres ante o Judiciário, que retira deste a exclusividade nos julgamentos, assim como ocorre quando o Legislativo toma para si a responsabilidade de decidir o destino das personalidades envolvidas nos crimes de responsabilidade. De igual modo, se percebe estas inversões quando certas nomeações do governante devem passar pelo escrutínio parlamentar. As interferências ao Judiciário também se fazem sentir quando da nomeação dos seus membros de cúpula pelos titulares de outras funções, e na organização estrutural por meio de leis, que pela teorização clássica (ao menos na sua acepção mais radical) deveria pertencer integralmente ao próprio titular. A interferência que este Poder exerce nos demais se dá principalmente mediante controle judicial de políticas públicas, tema central a ser estudado neste trabalho.

## 1.2 A finalidade do Estado

Conforme tratado no tópico anterior, a intervenção do Poder Judiciário nas demais esferas estatais ocorre principalmente mediante o controle das políticas públicas – ou pelo menos esta é a intervenção que importa a este estudo da legitimidade democrática das ações estatais.

Uma questão antecede o estudo da aplicação de políticas públicas no Estado de Direito: a separação dos poderes, tema tratado no tópico anterior, e sua real finalidade. Fala-se desta forma, pois, fosse o poder público exercido por um único órgão a desempenhar todas as funções estatais, seria descabida a discussão a respeito da intervenção em maior ou menor grau de uma esfera de atuação em outra – ou as políticas seriam boas ou seriam ruins, e ponto. Mas não é assim. E a divisão existente não tem apenas fins didáticos ou organizacionais para o Estado. A tripartição não existe exclusivamente para uma mera comodidade, ou para melhor distribuição de competências. Para muito além, ela é baluarte da legalidade, princípio inaugurador e legitimador do Estado submetido ao império da lei como o conhecemos. Sem tal divisão, não teríamos propriamente uma República, mas outra forma de Estado qualquer. Como já nos aprofundarmos anteriormente nas matrizes históricas do tema, cabe apontar brevemente que o sistema de freios e contrapesos preconizado por Montesquieu, dentre outras funções, tinha a finalidade principal de deter os impulsos autoritários do Poder. E esta contenção ocorre não por um órgão externo, mas pelo próprio Poder Estatal.

A exigência de separação entre os diversos poderes, além de servir de garantia de aplicação prática do princípio da legalidade, torna-se uma condição essencial para a defesa da liberdade: se numa mesma pessoa ou num mesmo corpo de magistratura se reúne o poder legislativo e o poder executivo a liberdade estará perdida, o mesmo sucedendo se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do poder executivo. A limitação dos poderes e a própria separação dos poderes surgem como instrumentos tendentes a garantir ou assegurar um objetivo nuclear: a liberdade dos cidadãos. (OTERO, 2011, p. 48)

Esta é, portanto, a finalidade precípua da separação: não colocar um Poder em posição inferior aos demais, mas garantir a liberdade calcada no respeito à legalidade. Tem-se, portanto “Um tal modelo de cooperação entre os vários Poderes do Estado, impedindo que um prevaleça sobre os demais e impondo a necessidade da intervenção de mais de um poder nas decisões [...] um princípio jurídico de paridade entre os Poderes do Estado” (OTERO, 2011, p. 49).

Não obstante estas considerações, o debate a respeito da legitimidade do controle de um poder sobre outro, e em especial do judiciário sobre o executivo sempre acendeu fervorosos debates e gerou descensos doutrinários e mesmo jurisprudenciais, conforme se observará ao final deste capítulo. A questão maior não é de índole técnica (sobre como efetuar tal controle), mas de cunho filosófico, já que a representatividade do poder eleito pode parecer maior e mais legítima – porquanto mais próxima do povo – do que daquele advindo de outras formas de investidura, como no caso do judiciário. Neste sentido:

Uno de los quicios del debate sobre el control judicial de la discrecionalidad es que esse control debe respetar, em cualquier caso, subraya uma de las posiciones de este último debate, com resolución, el papel constitucional que al Ejecutivo (o a los administradores autonómicos o locales) reserva el sistema político. Esse respeto es tanto más exigible cuanto que, en el Estado democrático y social de Derecho em que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentan una legitimación popular, han sido colocados em sus puestos por el voto y com la confianza del pueblo para que gestionen sus intereses, lo que hacen en su nombre (ENTERRÍA, 2009, p. 49).<sup>1</sup>

Pela forma natural de atuação do Poder Executivo, a ele cabe a concretização do que fora anteriormente fixado pelo Legislativo em sua atividade típica. Ao Judiciário, a solução dos conflitos envolvendo a aplicação da lei, em substituição às partes.

Para uma completa compreensão das políticas públicas de um Estado, e como estas influenciarão o destino social e a vida de seus cidadãos, deve-se primeiramente entender quais os fins do Estado. Antes ainda desta constatação, é de bem ressaltar que “fim” e “função” são conceitos distintos, sendo que aquele revela os motivos que justificam a existência do Estado, e esta os meios perpetrados para se atingir os fins determinados. Podemos aceitar que “o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja o conjunto de todas as condições de vida social que consistam no desenvolvimento integral da personalidade humana e o favoreçam” (LIBERATI, 2013, p. 27).

Uma primeira constatação já salta aos olhos: salvo raríssimos pontos de consenso universal, não se está a tratar aqui de verdades absolutas, que devam ser implementadas em qualquer lugar e a qualquer tempo. O fim de um Estado pode (e vai) variar de acordo com a civilização em estudo. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari assinala que existe uma fundamental diferença que qualifica a finalidade do Estado: ele busca o bem comum de um determinado povo, situado em território específico.

---

<sup>1</sup> Uma das consequências do debate sobre a revisão judicial da discrecionalidade é que esse controle deve respeitar, em qualquer caso, conforme entendimento do último debate, o papel constitucional que o Executivo (ou os administradores locais) tem no sistema político. Esse respeito é muito mais exequível, porque, no estado democrático e social de direito em que estamos, quem exerce essas funções ostenta uma legitimidade popular, foram colocados em seus cargos pelo voto e com confiança das pessoas para gerir os seus interesses

Acrescenta ainda que esta busca do bem comum envolve “o conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”. Portanto, o desenvolvimento integral da personalidade dessa mesma comunidade é que deve ser o seu objetivo; sendo, portanto o que determina a concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades representadas por cada povo (DALLARI, 1998, p. 107).

Especificamente no caso do Brasil, podemos assumir de forma direta e clara quais os fins do Estado, pois a Constituição de 1998 (de forma inédita) em seu artigo 3º delineou quais os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

A Constituição consigna, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, vale dizer, do Estado brasileiro: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º). É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2008, p. 106)

Ora, percebe-se de forma indubitável, que estes fins não são apenas recursos retóricos ou criações doutrinárias. Para afastar qualquer dúvida sobre a sua importância, e a extensão de sua imponência, o legislador constituinte não apenas incluiu os objetivos de forma expressa na Constituição, como os erigiu à categoria de *fundamentais* à República. Em eventuais celeumas que podem ocorrer (e de fato ocorrem), não será necessária uma interpretação inventiva para se demonstrar a sua concretude. E não serão leis infraconstitucionais ou tecnicismos que deverão afastar a incidências de tais objetivos.

Importante ressaltar que estes fins, delineados na Carta, apontam para o mesmo objetivo: a proteção à dignidade da pessoa humana – esta situada em patamar mais elevado, de *fundamento do Estado Democrático de Direito*, conforme se extrai do art. 1º da CF/88.

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida “concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-se nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana’. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a

realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e o seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores de conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2008, p. 105)

Cabe neste momento uma breve anotação a respeito do chamado “mínimo existencial”. É que nem toda ação estatal pode ser taxada de indispensável, não obstante a sua importância no plano macro da política econômica e da vida social. Existe aquilo sem o qual todo o mais rui, haja vista a absoluta prioridade de determinados institutos. Neste sentido:

Qualquer digressão em torno do conteúdo essencial dos direitos sociais remete, imediata e quase intuitivamente, ao mínimo existencial na expectativa de que ele represente uma parcela elementar do próprio direito, aquém da qual perde significado concreto, desfigurando-se completamente. A omissão inconstitucional reside em deixar de adotar as medidas indispensáveis à realização desse mínimo [...] Na CF/88, além de a definição dos direitos sociais estar devidamente feita, a regra do art. 5º, §1º, impõe a aplicação imediata deles, sendo, pois, inexorável encontrar formas para determinar a produção de efeitos, bem como para apurar eventual núcleo essencial (SAMPAIO, 2013, p. 222 e 223).

Na concepção de Luís Roberto Barroso (2009, p. 179), este mínimo significa o conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade, para qualquer pessoa. Essa expressão identifica, portanto, um conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos fundamentais como um todo. Mesmo com alguma variação, há um razoável consenso em incluir neste rol uma renda mínima, saúde básica e educação fundamental, além do acesso à justiça (SAMPAIO, 2009, p. 225).

Por não ser objeto do presente estudo, não nos aprofundaremos nas várias teorias e críticas a respeito do mínimo existencial, bastando a ressalva de que, se dentre os vários entendimentos a respeito do que ele seja existe algum consenso intangível, é nele que reside a inescapável obrigação do Poder Público mediante suas políticas específicas.

Todas as garantias e princípios supramencionados não passariam de letra morta se não existisse um mecanismo governamental que os pusesse em prática. Esses enunciados somente serão exercidos se o Estado prestar os serviços referentes aos direitos equivalentes, ou seja, se ele lhes der concretude. Tal mecanismo realizador é conhecido pela alcunha de “políticas públicas”. Em uma acepção mais radical, poder-se-ia mesmo dizer que sem as políticas públicas, o Estado nem mesmo existe, pois sua razão de ser está diretamente ligada à implementação dos direitos das pessoas na comunidade onde vivem.

Cristiane Derani assinala da seguinte maneira:

As políticas são chamadas de públicas, quando essas ações são comandadas pelos agentes estatais e destinadas a alterar as relações existentes. São políticas públicas, porque são manifestações das relações de forças sociais refletidas nas instituições estatais e atuam sobre campos institucionais diversos, para produzir efeitos modificadores na vida social. São políticas públicas, porque empreendidas pelos agentes públicos competentes, destinadas a alterar as relações sociais estabelecidas (DERANI, 2002. p. 239).

Esta definição sofre algumas críticas por limitar o caráter de Política Pública àquelas que sejam prolatadas por autoridade pública, não contemplando outros agentes, como detentores de cargos administrativos e burocráticos. Os autores destas observações parecem dar mais importância ao objeto material da política pública do que propriamente ao agente. Realmente, no atual contexto político, essa decisão provavelmente é mais acertada, pois nem tudo o que uma determinada autoridade pública faça será política pública, ao passo que outros agentes, mesmo não detentores dessa condição podem efetivamente tomar parte de alguma ação que se revestirá indiscutivelmente deste caráter.

De modo mais abrangente, pode-se entender política pública como um conjunto de princípios, diretrizes, objetivos e normas, de caráter permanente e universal, que orientam a atuação do poder público em determinada área. Neste sentido, a universalidade é compreendida enquanto garantidora de acesso a todos, porém, sem desconsiderar a diversidade e a heterogeneidade da população e suas regiões. (LIBERATI, 2013, p. 85)

Já no que toca à efetivação destas políticas, para que não se perca a objetividade, sobretudo quando se trata de um país continental, como é o caso do Brasil, onde é mais difícil efetivar uma política pública única para todo o território, é fundamental a congruência para com a finalidade intentada:

Não se pode perder de vista o fio condutor que estrutura a gestão das políticas públicas: o interesse público, cujo objetivo visa a, sobretudo, garantir o exercício dos direitos fundamentais individuais e coletivos. Pode-se dizer, também, que a observância do interesse público implica direcionar, obrigatoriamente, a ação do administrador para a consecução da finalidade dos atos administrativos, sob pena de, não o fazendo, incorrer em desvio de finalidade. Não basta ter ações públicas, para atender aos comandos exarados na lei; é necessário que esses comandos estejam intimamente ligados e subordinados, também – e sobretudo! –, ao princípio do respeito à dignidade humana e do interesse público, assim como aos demais princípios constitucionais administrativos que sustentam o Estado Democrático de Direito. (LIBERATI, 2013, p. 112)

Se o interesse público - a ser defendido mediante a efetivação dos direitos sociais – é o norte a ser seguido pelos administradores, é certo concluir que, de um lado, interesses privados dos detentores do poder não podem macular a atuação pública, e de outro que o

âmbito de “liberdade” é totalmente determinada pela lei (expressão da vontade popular). Em outras palavras, quando se fala em atos vinculados e em atos discricionários, não temos a matéria como principal objeto da discussão, mas tão somente o grau de liberdade conferido pelo legislador para que o administrador se movimente exclusivamente em prol de realizar as políticas pré-determinadas. Não existe a opção entre efetivar ou não efetivar as políticas públicas: o arbítrio que se confere é apenas de como se chegará àquele fim.

Deste modo, não pode ser visto como opção viável dos administradores ou do Poder Legislativo cumprir a constituição, como se fosse uma liberalidade. Mesmo que exista certa discricionariedade quanto aos meios para se efetivar um direito social, sua concretização é uma obrigação de matriz constitucional (WANG, 2008, p. 541).

Neste sentido:

É certo que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral do direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Dessa forma, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente, ou tantos outros. Afinal, o princípio da supremacia do interesse público é pressuposto lógico do convívio social. [...] A tomada de decisão por agentes governamentais terá o limite espacial dado pela lei, em face da vinculação dos atos administrativos ao comando legal. Em suma, quanto maior for o espaço de liberdade deixado ao decisor, menores serão as vinculações da decisão. De certa forma, o administrador público, ao agir discricionariamente, estará cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto (LIBERATI, 2013, p. 114).

Não se pode olvidar que por vezes a vontade legislativa (ou, ainda mais, constituinte) não apenas determina a execução de determinada política pública, como também ordena qual o seu posicionamento em relação a outras políticas e afazeres públicos. É o que acontece, por exemplo, com o artigo 227 da Constituição Federal e o parágrafo único do artigo 4º da Lei 8069/90, que confere “absoluta prioridade” aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, chegando mesmo a fixar destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas à proteção da infância e juventude. Ora, se não existem palavras gratuitas na lei, “por absoluta prioridade, entende-se que a área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não deverá asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc.” (LIBERATI, 2013, p. 115) E tal constatação se dá, por que obviamente a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que obras de concreto, que ficam,

para demonstrar o poder dos governantes ou servir outros interesses de cunho não eminentemente público.

Passemos agora à análise deste que é um dos itens mais complexos, controvertidos e importantes quando se estuda os direitos fundamentais e sociais no plano de vista prático: os custos dos direitos. É de bem deixar um ponto claro: não é errado tratar da reserva do possível quando se discute o controle judicial de políticas públicas; o que não se deve fazer é a recorrente confusão teórica que busca legitimar a possibilidade ou não de tal controle com base na reserva. Uma questão é posterior à outra, de modo que esta somente é possível após o esgotamento daquela. Este aspecto é, mais que importante, essencial para qualquer análise que se pretenda minimamente realística da efetivação dos direitos sociais. Não se pode jamais deixar de ter em conta que o Estado, para além de uma criação doutrinária, ou de uma ficção filosófica, é uma pessoa jurídica, com praticamente todas as limitações fáticas que qualquer outra no plano real. Tal constatação é importante agora, quando estudamos os direitos sociais “de per si” – ainda que atada ao estudo da Administração Pública -, e será mais prioritário ainda quando tocarmos no ponto culminante deste estudo, a limitação e possibilidade de efetivação de direitos pelo poder judiciário.

Um aspecto introdutório desta questão é a razoável premissa de que todos os direitos que dependem de alguma ação estatal, ou seja, aquelas de ação positiva, demandam custos. Não se pode mover a máquina estatal sem que isso envolva a alocação de recursos. Apenas em se afirmar isso, já se pode delinear que a atuação Estatal dependerá de contingências que não estão totalmente ao seu controle, ou seja, a conjuntura econômica. É bem verdade que o Governo tem bem mais poder para influenciar o meio que as demais pessoas (naturais ou jurídicas), mas daí a ter o controle, tem-se distância considerável.

A postura, por parte da Administração Pública, em relação à falta de recursos para concretizar serviços necessários, induz à conduta absenteísta e limitadora do Estado, reforçando a teoria da “reserva do possível”. Ou seja, o estado somente executará as políticas sociais públicas se tiver recursos para tanto. Em outras palavras, “a reserva do possível é uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes”. (LIBERATI, 2013, p. 118) A reserva corresponderia, portanto, àquilo que o indivíduo pode, razoavelmente, exigir da sociedade.

As políticas públicas para efetivação dos direitos sociais demandam, na grande maioria das vezes, gastos de recursos públicos. É esse o ponto central do debate a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial para tutela de um determinado direito social no caso concreto pode obrigar o Estado a realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são

menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes a Administração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de um outro direito que o Poder Público entendeu ser mais importante (WANG, 2008, p. 540).

Neste diapasão, seria o orçamento público a “ferramenta” a discricionariedade do gestor para definir quais e quando os direitos sociais podem ser efetivados, já que eles, repita-se, demandam custos, e os recursos governamentais são limitados.

Em linhas gerais, a doutrina define a reserva do possível “pela dependência de recursos financeiros disponíveis, querendo dizer, com isso, que os direitos fundamentais sociais dependem da existência dos recursos econômicos que foram delimitados pelo legislador”. (LIBERATI, 2013, p. 118) Por esta linha, se o Estado não dispuser dos meios necessários para atender às necessidades do cidadão, este poderia ficar desprotegido e à mercê do arbítrio estatal.

A exigibilidade judicial dos direitos dependentes de recursos, fica intrinsecamente condicionado ao que o Estado pode fornecer em razão de suas limitações e disponibilidade econômica, havendo a restrição constante da máxima *ultra posse nemo obligatur*, ou seja, não se pode buscar aquilo que não existe. Esse postulado, pois, é imperioso em respeito à lógica.

“Há um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais – que é a sua dependência da capacidade econômica do Estado ou, em outras palavras, de cobertura financeira e orçamentária -, que não pode ser ignorada pelas decisões judiciais” (WANG, 2008, p. 540). Esta é uma circunstância que, praticamente sem exceções deve ser observado para que decisões não se reduzam a ilações infundadas.

Todavia, não é o Estado que fixa o montante de recursos disponíveis para a concretização das ações. Tal dever compete ao legislador, que ajusta o orçamento pretendido pelo Estado, configurando uma reserva constitucional da efetiva capacidade de prestação do Estado, o que reclama, salvo melhor juízo, a própria capacidade estatal de prever e planejar os custos das prestações que deve dispor à população, mormente para o cumprimento dos direitos fundamentais. É por isso que, diante de uma coprovada escassez de recursos, o Estado tem o dever de implementar uma política de definição de prioridades, que implica um processo de escolhas e opções políticas seletivas de alocação de recursos, bem como as necessidades e interesses individuais no acesso a bens econômicos, sociais ou culturais (LIBERATI, 2013, p. 120).

Desta feita, ao fazer o orçamento público, o Administrador deve prever, na Lei Orçamentária, os recursos financeiros privilegiados e necessários para o desenvolvimento e manutenção das políticas públicas, mesmo em tempos de escassez. Desnecessário pontuar que não se trata de previsão absoluta, mas dentro do que se pode razoavelmente antever.

O aporte financeiro representa fator inafastável da realização das políticas públicas, pois, como já inúmeras vezes aludido acima, sem dinheiro, não se materializa ação pública. Além dos recursos, necessário que os diversos atores dialoguem entre si, para melhor identificar quais as necessidades prementes daquela população.

A atividade prestacional do Estado, no que tange aos direitos sociais não pode ser executada sem profissionalismo. Aliás, o usuário do serviço público tem o direito de receber a prestação de forma integral e plena. “É assim que o Estado cumpre seus fins e se realiza frente ao cidadão”. (LIBERATI, 2013, p. 121)

Ora, de nada adianta haver recursos em abundância, se não se souber como, quando, onde e em benefício de quem utilizar estes recursos. Uma prestação estatal incompleta ou insatisfatória, a depender de quais necessidades se esteja a resguardar, pode equivaler à sua total ausência. Portanto, além de não bastar o ideário, de nada servem recursos mal alocados, ou disponibilizados a destempo. Os direitos sociais fundamentais devem ser efetivados em sua plenitude, sempre que possível, e devem ser resguardados em todos os aspectos sem ressalvas. Isto significa que, mesmo ante a falta de algum aspecto material, a postura governamental garantista não pode ser modificada, sob pena de afronta à lei e à constituição.

Questão de suma importância é o tratamento dispensado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito dos custos dos direitos e da reserva do possível. Além da constatação de que cabe à Suprema Corte a última palavra nos temas constitucionais, e de que os tribunais locais muitas vezes utilizam suas decisões como paradigmas a serem seguidos, é salutar que a jurisprudência seja coesa a respeito de tema tão sensível e grave. Portanto:

Vale ressaltar que uma jurisprudência clara e coerente nessa matéria pode trazer grandes contribuições, seja para a administração pública, que terá maior previsibilidade para fazer melhor planejamento de políticas públicas, seja para o cidadão, que terá mais clara a dimensão do que pode exigir do Poder Judiciário, seja para os próprios juízes, que terão parâmetros mais seguros e coerentes para suas decisões. (WANG, 2008, p. 542)

A jurisprudência do STF parece dividida em dois momentos no que toca à obrigatoriedade do Estado em cumprir políticas públicas. Em se tratando do direito à saúde, em um primeiro momento a regra era a concessão das tutelas, não havendo considerar que a falta de recursos fosse óbice para tanto.

Uma ressalva é necessária: este posicionamento não foi completamente superado, por isso a importância de se analisar seus fundamentos.

Observe-se no trecho colacionado:

Processo: RE 198265 RS  
 Relator(a): Min. CELSO DE MELLO  
 Julgamento: 19/09/2001  
 Publicação: DJ 21/11/2001 PP-00037

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONCEITO MERAMENTE PROCESSUAL, DESVESTIDO DE QUALIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores de doenças raras, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da Federação brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a Federação brasileira - não pode converter-se em promessa constitucional incoerente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade

Por esse trecho, utilizado como fundamentação em várias decisões a respeito deste tema, fica claro que o STF considerava que os direitos deveriam ser concretizados em sua plenitude, e que a omissão do Estado era intolerável, abusiva e desviante. A questão da

escassez de recursos era, até então, tratada de forma lateral, não muito detalhada, como questão de somenos importância (WANG, 2008, p. 546).

O raciocínio básico era de que uma vez que uma garantia era instalada no sistema, não cabia ao pensamento jurídico confrontá-la com questões orçamentárias da máquina estatal, pois como são questões de ordem diferente, equipará-las seria descabido. O julgador deveria se ater ao comando legal – ou constitucional -, ignorando por completo aspectos contábeis, já que estes seriam da alçada exclusiva do administrador.

Algum tempo depois das decisões mencionada, mais precisamente em 2007, quando do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 91, parece ter havido significativa mudança no posicionamento do STF.

Processo: STA 91 AL  
 Relator(a): Min. PRESIDENTE (Ellen Gracie)  
 Julgamento: 26/02/2007  
 Publicação: DJ 05/03/2007

O Estado do de Alagoas, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/92 e no art. 1.º da Lei 9.494/97, requer a suspensão da execução da tutela antecipada concedida na Ação Civil Pública n.º 001.06.014309-7 (fls. 27/47), que determinou àquele ente federado o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados (fls. 23/26). O requerente sustenta, em síntese: a) cabimento do presente pedido de suspensão, visto que o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada ajuizada perante aquela Corte estadual (fls. 88/94), negando seguimento ao agravo regimental intempestivamente interposto (fls. 110/112) e, posteriormente, ao próprio pedido de reconsideração (fls. 116/118); b) ocorrência de grave lesão à economia pública, porquanto a liminar impugnada é genérica ao determinar que o Estado forneça todo e qualquer medicamento necessário ao tratamento dos transplantados renais e pacientes renais crônicos, impondo-lhe a entrega de "(...) medicamentos cujo fornecimento não compete ao Estado dentro do sistema que regulamenta o serviço, (...)" (fl. 08). Nesse contexto, ressalta que ao Estado de Alagoas compete o fornecimento de medicamentos relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de alto custo, em conformidade com a Lei n.º 8.080/90 e pela Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde; c) existência de grave lesão à ordem pública, vista aqui no âmbito da ordem jurídico-administrativa, porquanto o fornecimento de medicamentos, além daqueles relacionados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde e sem o necessário cadastramento dos pacientes, inviabiliza a programação do Poder Público, o que compromete o adequado cumprimento do Programa de fornecimento de medicamentos excepcionais

[...]

A Lei 8.437/92, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de execução de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição

da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)" (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). 6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente 1

Esta decisão representou um marco, pois foi a partir dela que o Supremo Tribunal passou a efetivamente considerar a questão dos custos dos direitos (apesar de já na ADPF 45/2004 – Ministro Celso de Mello já haver menções que indicassem mudança de posicionamento).

A principal consideração feita ao primeiro posicionamento do STF é que havia a imposição de uma dicotomia entre direito à saúde (ou direitos sociais, como um todo) e as questões financeiras do Estado. No ímpeto de se concretizar aquelas, relegavam-se estas a uma posição secundária. Acontece que para se efetivarem os direitos, há uma dependência dos recursos estatais. Logo, esta questão financeira, longe de ser secundária, “está intrinsecamente ligada ao direito à saúde. É uma falsa dicotomia, pois direito à saúde e questões financeiras não são conflitantes e nem excludentes, aquele depende desta” (WANG, 2008, p. 546).

Como ocorre com diversas questões quando o debate gira em torno do destino social e da efetividade que as leis garantidoras de direito possam ter, não será uma ou outra decisão judicial, ainda que exarada pela mais alta Corte de Justiça do país, que irá pacificar de vez o tema.

É importante ressaltar que os julgados ora expostos representavam, e ainda representam um paradigma de atuação do judiciário quando este confronta as políticas públicas em temas urgentes e sensíveis, mas mesmo no âmbito daquele Tribunal Supremo não há ato decisório que possa ter efetividade pétrea quando o seu próprio objeto de análise é naturalmente móvel e, por essência, mutável.

As posições que radicalizam o vetor de atuação, seja no sentido da concessão imoderada das tutelas, seja no da sua completa negação, não guardam relação com uma democracia funcional, pois o poder de coisa julgada não pode ser utilizado para engessar a evolução social.

É perfeitamente possível, e na verdade mais comum, que a prática cotidiana se defronte com casos que se enquadram nas chamadas zonas cinzentas do direito, nas quais a norma preestabelecida ou não pode ter a sua aplicabilidade plena, ou, ao fazê-lo, o aplicador deva conscientemente ignorar aspectos importantes que não deveriam ser esquecidos.

Esta questão a respeito da reserva do possível deve ser estudada de maneira prévia para que ao se analisar propriamente o controle judicial das políticas públicas, possa-se ter exatamente a dimensão que uma interferência desatenta possa ter. Por mais graves que sejam os direitos pleiteados, pode acontecer justamente o contrário do pretendido, e aquela medida ceifar direitos coletivos ou individuais a posteriori, configurando uma intervenção estatal ainda mais indesejável que o seria a completa omissão.

Já se afirmou que a disponibilidade financeira do Estado não é condição existencial para a legitimidade da atuação judicial; mas a busca pela melhor técnica decisória democrática jamais poderá negar os aspectos fáticos da realidade social.

### **1.3 Protagonismo judicial**

A evolução da consciência social no sentido da universalização de direitos tem uma consequência marcante, independentemente de onde o tema seja abordado: quanto mais se analisa a condição humana, mais se percebe que abusos e negligências ocorrem para um número majoritário de pessoas.

Esses direitos não precisaram ser inventados ou descobertos, mas a sua distribuição sempre gera celeumas, pois, por vezes, universalizar significa retirar o controle absoluto de quem sempre teve, a fim de garantir equidade e liberdade a quem sempre foi negado.

O modelo de Estado tradicional, conquanto não necessariamente deva sofrer mudanças radicais quanto à sua forma, deve ter pelo menos debatida a sua essência. Explica-se: não é por haver uma democracia - em tese - legítima e por existir meios para se atingir direitos que a totalidade da população terá ao seu dispor o gozo destes ideais na vida cotidiana. Muito pelo contrário, há de se considerar que, sem o esforço correto, eles não passem de retórica vazia.

Apenas para não fugir do tema delimitado para este estudo, considere-se apenas os direitos essenciais para que a comunidade possa viver com dignidade, como saúde, educação,

segurança e infraestrutura. Não demandaria um esforço maior do que observar um noticiário para se detectar que, não obstante os dizeres insculpados nas leis, tais garantias não alcançam a esmagadora maioria da população.

O indivíduo não pode se socorrer de outros instrumentos que não aqueles já determinados nessas mesmas leis, então uma solução recorrente, além da melhora no corpo eleito de representantes, é o emprego mais efetiva dos meios já postos à disposição, e, evidentemente, a expansão do debate político. Esta expansão diz respeito à utilização, dentro das margens do permitido, dos três poderes como figuras políticas.

É difícil considerar que em um universo de baixa efetivação de direitos se defenda um modelo que retire da população um meio de discuti-los. Além de ilógico, não traria qualquer benefício de ordem prática.

O Poder Judiciário tem se tornado, cada vez com mais frequência, no Brasil e no mundo, palco das discussões dos direitos fundamentais. Esse crescimento se deu não apenas em quantidade, mas no sentido de que este tem mais e mais se manifestado sobre questões políticas centrais para a sociedade, redesenhando até os próprios papéis dos Poderes Executivos e Legislativo (BARBOZA e KOZICKI, 2012, p. 60).

A legitimidade do Judiciário para tratar destas questões é frequentemente questionada, por ser ele um poder não eleito. Apesar de o Ativismo Judicial não ser o tema deste trabalho, é importante conceituá-lo, pois, independentemente de qual corrente se adote para o controle das políticas públicas, ela não pode fugir a determinados limites, configurando inaceitável ativismo – e isso, não apenas para a saúde institucional, mas também para as soluções buscadas, é um preceito fundamental.

Elival da Silva Ramos entende que a definição do que possa vim ou não a ser taxado de ativismo depende de qual modelo de jurisdição é adotado. Assim, uma mesma decisão que nos Estados Unidos possa ser completamente compatível com aquele sistema democrático, entre nós, no Brasil, poderia ser totalmente descabida. Logo, não tratamos de um conceito universal, variando-se de lugar a lugar qual o limite do aceitável.

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuído a outros Poderes. (RAMOS, 2013, p. 117)

Continua o autor afirmando que a observância dos Poderes importa na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados (RAMOS, 2013, p. 117).

Neste sentido, o controle de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Legislativo e Poder Executivo não é uma atividade que o Judiciário possa empreender com total liberdade. Em outros termos, a importância do tema faz com que não se trate de um proceder típico do órgão judicante.

A distinção entre os sistemas de civil Law e common Law parece ser bastante marcante no magistério de Elival Ramos. O autor acentua que no primeiro modelo, a jurisdição move-se dentro dos quadros estabelecidos pelo legislador, enquanto no segundo, a decisão judicial desempenha uma dupla função, já que além de definir a controvérsia, também tem o valor de precedente. (RAMOS, 2013, p. 105)

Para fins de aplicação do direito, os precedentes são analisados de modo semelhante ao que os julgares fazem com a Constituição e as leis no sistema do civil Law, ou seja, verificam a coerência e aplicabilidade da decisão anterior ao caso em análise, podendo aumentar, restringir ou mesmo ignorar os seus efeitos.

Para o autor, existe considerável diferenciação na aplicabilidade do conceito de ativismo, como sendo a disfunção jurisdicional em detrimento da função legislativa, quando se analisam ambas as realidades. “Com efeito, existe na família originária anglo-saxônica uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de normas jurídicas”. (RAMOS, 2013, p. 108)

Em outras palavras, a questão quanto ao fenômeno da criação judiciária do direito deve ser tratada com doses diferentes de tolerância e permissividade, a depender de qual sistema jurídico é adotado em cada localidade.

Para concluir, Ramos afirma que no espírito da common Law, as leis apenas se consideram plenamente integradas ao sistema ou ao direito após passarem pelo “crivo” dos tribunais, ou seja, quando o seu alcance for determinado a partir de decisões judiciais.

Não obstante, por vezes, nos sistemas de common Law as decisões judiciais, para além da concretização do direito em situações fáticas determinadas, assumam a condição de ato veiculador de normas jurídicas (*in fieri*) balizadoras de conduta e de novos atos de aplicação, não há que se equiparar a função exercida pelos juízes e tribunais com aquela desempenhada pelo legislador, já que o móvel principal da atividade do Poder Judiciário é sempre a solução de um litígio, predominando, pois, a dimensão aplicativa ou executória sobre a criativa ou prescritiva. (RAMOS, 2013, p. 109)

A distinção entre os sistemas para a aplicabilidade da ideia do ativismo judicial para empalidecer diante da constatação de que os sistemas de controle apenas são viáveis e necessários em Estados nos quais a separação dos poderes seja uma realidade. Ou seja, o entendimento de que a adoção de um ou outro sistema não parece ser decisivo quando da constatação de legitimidade da atuação judicial, já que, como o próprio Elival afirma em determinado momento, ainda que se trate do common Law, a atividade primordial do judiciário é a solução de litígios, por mais amplo que seja o seu espaço de interpretação.

Quando se constata que, em certa medida, é possível a coexistência de institutos de ambos os sistemas, esta relativização pode ganhar ainda mais força, já que em um país de civil Law, como é o Brasil, encontram-se instrumentos, como as súmulas de tribunais, que, conquanto não tenham exatamente a força de um precedente (exceto pelas vinculantes), tem relevante participação na formação da cultura e prática jurídica de todos por elas influenciados.

Uma vez discutido sumariamente o que seria o ativismo, deve-se ter claro que não se deve confundir a ideia deste com judicialização da política. Ativismo judicial, como se definiu a pouco, é a ultrapassagem dos limites constitucionais por parte do Poder Judiciário, com a invasão, por parte dos julgadores, das funções típicas de outros poderes. A judicialização é fenômeno muito mais amplo e abrangente, típico dos tempos de busca universal por direitos fundamentais, e ocorre de várias formas, inclusive com os próprios membros dos Poderes Executivo e Legislativo trazendo ao Fórum questão de macro relevância a serem dirimidas pelas Cortes.

“É certo que muitas questões políticas que são transferidas para os Tribunais o são por partidos políticos ou por grupos de interesse e, portanto, isso não pode ser visto [...] como um fenômeno de usurpação de um dos poderes sobre o outro, mas como um fenômeno político” (BARBOZA e KOZICKI, 2012, p. 65).

No Brasil, a forma mais utilizada para judicializar questões políticas são as ADIs por minorias políticas que querem ver seus direitos resguardados, já que no plenário do Congresso, em virtude do sistema de votação, não conseguem ser ouvidas.

Prova disso é que nas últimas duas décadas, o volume de Ações Diretas de Inconstitucionalidade sempre foi maior partindo do grupo de oposição; e quando este mesmo setor está no Governo, a situação se inverte – ou seja, o instrumento tem sido efetivamente utilizado como um mecanismo político a mais, tendo-se no Poder Judiciário mais um local para a contenda política.

Tudo o que foi dito reforça a ideia de que, levar ao Poder Judiciário questões políticas e exigir dos magistrados posturas ativistas, são realidades completamente diferentes. Então por que sempre se confunde os conceitos, e se exige deste poder uma postura quase que omissiva quanto às questões do Bem Comum? Talvez por uma compreensão equivocada da real finalidade da separação dos Poderes, e de uma definição incompleta do conceito de política – e em especial, política pública.

Ora, a partir do momento em que a Constituição estabelece que as políticas públicas são os instrumentos adequados da realização dos direitos fundamentais, por certo que se trata de matéria constitucional sujeita ao controle do Judiciário. Pensar o contrário seria o mesmo que o retorno ao pensamento de que a Constituição é apenas um documento político desprovido de normatividade, algo inaceitável num Estado que se pretende Constitucional e Democrático de Direito. Primeiro, deve-se ressaltar que não se está a defender que o Judiciário intervenha em políticas públicas orçamentárias para realização dos direitos sociais. É certo que cabe aos Poderes Executivo e Legislativo dispor sobre políticas públicas. O que se defende é que – na inércia desses poderes –, é legítimo que o judiciário atue quando chamado, principalmente quando se trata de controle difuso, em que os próprios destinatários dos direitos vão reivindicar que os mesmos sejam realizados (BARBOZA e KOZICKI, 2012, p. 73).

Ou seja, em se tratando de matéria indubitavelmente constitucional, não deve o julgador, quando provocado a se manifestar, afastar sua atuação por se tratar de forma política. O que o difere das demais é a forma como vai atuar: não criando as normas políticas, mas dando-lhes efetividade quando a omissão inconstitucional se configurar, lesando direitos que não poderiam restar desamparados. O argumento da falta de legitimidade por ausência de representatividade (votos) é ainda mais descabido quando se constata que muitas vezes são os próprios interessados que pleiteiam a sua injunção.

As normas constitucionais que garantem direitos fundamentais são dotados de imperatividade e não podem converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento do seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (LIBERATI, 2013, p. 152)

“Destarte, apesar de ser efetivamente um problema de política pública a alocação de recursos para determinados projetos [...], isso não quer dizer que o Judiciário não tem nenhum papel na realização desses direitos” (BARBOZA e KOZICKI, 2012, p. 65). Ora, o argumento que afasta o judiciário da efetivação das políticas sociais é contraditório em si mesmo. Se três são os poderes da República, cabendo ao Legislativo determinar as bases legais de atuação, e ao Executivo implementá-las, será justamente do Judiciário (quando provocado) a

competência para tomar as medidas necessárias quando por ilegalidade algo se perde nesse processo, e o que já foi previamente assegurado de fato venha a acontecer.

Parece ser exatamente este o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: quando há omissão do Poder Público, tem-se uma insuportável inconstitucionalidade que deve ser suprida em homenagem à Constituição. Não faz parte do núcleo essencial do Poder Executivo não cumprir as determinações constitucionais – e observe-se que aqui não é o caso de impossibilidades pela reserva do possível; caso o fosse, o judiciário nada poderia fazer, em primeiro lugar porque não haveria ilegalidade.

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (STF, ADPF 45, Rel. Ministro Celso de Mello, Dj 29.04.2004)

Quando se argumenta que o Poder Judiciário não pode tomar parte nas decisões políticas, por haver usurpação das funções de um Poder em outro, geralmente se negligencia outro aspecto, ainda mais grave que este: a não tutela jurisdicional acarretaria em uma insegurança ainda maior, pois, havendo garantido um determinado direito com posterior omissão, conferir-se-ia ao agente verdadeiro poder de “coisa julgada imprópria”, pois sob o manto da discricionariedade, haveria uma situação imutável e inapelável, quando, em verdade “onde houver primazia do comando legal (legalidade), não haverá oportunidade do poder público invocar discricionariedade dos atos administrativos” (LIBERATI, 2013, p. 153).

Tudo o que foi dito até aqui não quer significar, sob qualquer perspectiva, que o julgador faça as vezes do Administrador, qualquer que seja a situação. O juiz jamais terá condições ou competência para determinar, por exemplo, uma receita em orçamento, ou fazer preferir esta ou aquela política. O que se defende é que, em havendo a provocação, e dentro

das medidas juridicamente possíveis, respeitando ainda a reserva do possível, não haja uma omissão judiciária, sob o argumento de que aquele tema é político.

De fato, “o Poder Judiciário não pode se arvorar em gerente do orçamento público e, diante da apresentação do caso concreto, para análise judicial, não pode o juiz discutir e ter a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas” (LIBERATI, 2013, p. 173).

Em suma, apesar de todas as limitações, e da atuação condicionada, as demandas judiciais desenvolvem importante papel na efetivação das políticas públicas:

Não se discorda que o Poder Judiciário talvez seja o menos capacitado para planejar a implementação de políticas públicas, bem como que há limites: da coisa julgada, da inércia institucional, do processo contraditório bilateral, da cultura jurídica, do aparelhamento insuficiente. Porém, as decisões obtidas em demandas por direitos sociais podem constituir importante canal entre as necessidades da população e a Administração – contribuindo para o planejamento da agenda pública. (FERNANDES, 2010, p. 179)

Para que não restem dúvidas do postulado ora exposto: ampliação do debate político em nada guarda relação com ampliação do Estado, nem mesmo com uma maior interferência estatal na seara privada, onde ele não deva ser chamado. Significa apenas e tão somente, dentro daquilo que a sociedade já aceitou, por intermédio dos seus representantes legislativos, uma maior injunção, que representa o contrário da complacência com omissões abusivas e ilegais, estas sim verdadeiramente prejudiciais à saúde do corpo social e da democracia.

É que não há sentido em se defender um modelo no qual um direito definido em lei possa ser arbitraria e injustificadamente ceifado da comunidade, quando o mesmo fundamento de legitimidade garantiu meios para a efetivação dos desígnios. Também é de bom tom alertar que excessos legislativos, sem a afirmação ora defendida, apenas contribuem para uma maior gama de pleitos não realizados, potencializando o rol de negligências a ser suportado. O direito público brasileiro é abundante em exemplos nos quais muito se inclui na legislação, mas poucos meios de realização são de fato disponibilizados.

Até onde se pode discernir, o Poder Judiciário é um poder diferenciado, que não existe até que se lhe provoque. Na efetivação dos direitos sociais, o protagonismo deve ser dos Poderes Executivo e Legislativo, mas na omissão deles, quando acionado a sair da inércia, não há sentido em se defender uma postura passiva do Órgão Julgador. O Poder Judiciário, ao seu peculiar modo de agir, e respeitando as limitações impostas pelo sistema, tem tanta responsabilidade quanto os demais na efetivação de políticas que a todos servem e interessam, e que para a sociedade se traduz em desenvolvimento e justiça.

## 2 ATUAÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Superada fase de classificar as funções essenciais do Estado, bem como os limites da interferência mútua entre os Poderes que o compõe, avança-se, de forma mais específica, nos meandros da atuação do Poder Judiciário nesta seara. Desta feita, antes de se mencionar os limites da atividade judicial no efetivo controle das políticas públicas em uma sociedade democrática regida por uma Constituição fortemente compromissória no âmbito social o jurista encontra certas conceituações a construir.

Primeiramente é desejável e mesmo necessário que delimite qual o campo político em que se atua. A jurisdição pode ter formas distintas de participação na vida cotidiana a depender do desenho institucional escolhido. Esta categoria vai muito além de mera classificação, pois em um momento determinado será definitivo para se detectar a omissão ou o ativismo judicial exacerbado.

No Brasil, a Constituição Federal garante ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário o papel de Poderes Políticos. É certo que a atuação de cada um é diferenciada, mas não se pode pretender subtrair de nenhum deles esta característica sob o risco de afronta à própria organização básica da República.

A função de cada um dos Poderes é efetivar os objetivos da Carta Política, cada qual ao seu peculiar modo de agir. E um dos fins centrais delineados na Constituição de 1988 é o avanço social por meio das Políticas Públicas.

Tais políticas, conforme já se estudou, podem ser definidas como a atuação efetiva do Estado em prol da sociedade civil, por vezes tomando para si ações que poderiam ser desempenhadas por outros entes, e em outros casos efetuando aquilo que somente o detentor do Poder Público pode efetivar.

São exemplos dessas políticas a segurança pública, saúde, educação, infraestrutura, o combate à pobreza, etc. A injunção desses objetivos e a repartição entre os entes federados com subdivisões por diversos diplomas normativos já seria por si só um desafio científico considerável, mas a problemática se acentua quando se considera um elemento essencial: a democracia.

Ou melhor, a democracia representativa. E isto por diversos fatores. A começar pelo respeito inexorável que se deve ter pela vontade popular posto “contra” a defesa que se espera a grupos menos favorecidos, e sempre se considerando a casuística, que não pode ser determinante, tampouco ignorada.

É neste cenário que o aplicador da lei se coloca: o controle judicial jamais poderá ser afastado, seja pela simples percepção de que a atuação judicante é parte integrante da própria concepção política escolhida pelo constituinte originário, seja pelo respeito para com o indivíduo prejudicado pelas escolhas administrativas (e, por vezes, legislativas).

Mas de modo ainda mais grave: em que medida pode um poder interferir no outro, sem que esta atitude represente um desrespeito ao pacto federativo? No caso da intervenção judicial deve-se levar em conta o caráter irrevogável da decisão acobertada pela coisa julgada – que não pode ser vista apenas um aspecto técnico jurídico, apesar de sua origem.

Sempre se deve ter em mente que no mais amplo conceito de política, não se exerce a cidadania apenas nas urnas, e afastar o acesso à justiça é abominável sob quaisquer perspectivas.

Deste modo, a justiça e suas funções essenciais não podem se encolher nem exacerbar. E não se deve aceitar a pseudojustificativa do campo político incompatível com suas funções, porque nesta visão de mundo tudo que é caro ao indivíduo e à comunidade deve ser considerado política.

A importância da lei e a elasticidade principiológica que são postas ante o julgador que tem ao fundo garantias inegociáveis são indícios de que concepções fundadas exclusivamente em aspectos morais ou preferências nem sempre respondem de forma satisfatória à realidade, pois a norma não pode se desprender do diploma que lhe outorgou autoridade.

Assim, em vez de respostas fáceis, que apenas empobrecem o debate, como aquelas fundadas em bases que não encontram amparo na lógica, mais recompensador é a tecelagem de uma teoria que não toma as conquistas históricas por incompatíveis - pois elas não podem ser. Apenas uma falha científica pode justificar que instituições com idênticos objetivos se colidam de forma a anular suas bases deontológicas.

O intrincado caminho a ser desafiado pelo jurista que se propõe a dirimir de modo prático a celeuma entre jurisdição e macropolítica tem por inescapável a percepção de que qualquer elemento que se subtraia da equação pode reverter todos os esforços civilizatórios no sentido de uma sociedade participativa fundada no Estado de Direito. Ao tratar deste tema, toda cautela é necessária, pois o mais opaco dos sistemas absolutos é também o que maiores semelhanças apresenta com a democracia.

## 2.1 Democracia e interpretação na atuação política do Judiciário

Existe uma percepção média, ainda que não explícita, de que Constituição e democracia se inter-relacionam de maneira natural, sem que um esforço anterior e concomitante deva ser empregado para tal. Explica-se: como Lei Maior, fundadora daquela determinada sociedade democrática, os cidadãos poderiam ter na Carta Política não apenas o fio condutor, mas uma verdadeira trincheira política ante quaisquer avanços autoritários ou de ameaças em geral que possam ameaçar o sistema jurídico vigente.

Ocorre que a efetivação do pacto político que tem representado como produto final a Constituição não pode ser analisada de forma tão simplória. Antes de se avançar ao estudo da Constituição e suas garantias, é de bem contextualizar e situar o Estado Democrático e sua relação com o Estado liberal:

[...] o Estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do Estado Democrático. Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático (uma vez que para que a escolha seja válida deve ser dada ao agente mais de uma opção), e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica desta interdependência está no fato de que Estado liberal e Estado democrático, quando caem, caem juntos. (BOBBIO, 2006, p. 32-33)

Voltando-se para as Constituições, o documento jurídico-político ganha força quando os diversos grupos afetados por decisões majoritárias reconhecem nela legitimidade, ainda que momentaneamente contrária aos seus interesses.

E por mais que esta tarefa não seja simples, um ponto inicial para a sua feitura encontra-se na fundamentação de determinadas decisões, que deve encontrar similitude quase absoluta nos pactos firmados pelo constituinte originário como essenciais para a vida cotidiana de toda a população. Existe uma diferença marcante em se afirmar que um ato decisório não alcançou o lastro interpretativo desejado por uma parte e ser taxativo a respeito da injustiça do mesmo.

Neste sentido, no intrincado tabuleiro das relações sociais, a Constituição deve representar a peça multifacetada que permite a comunicação entre os mais diferentes setores sociais, sem que a tolerância mútua seja afetada.

A Constituição somente assume verdadeira importância quando os grupos diretamente afetados por medidas legislativas buscam no seu interior os argumentos com os quais pretendem fazer prevalecer suas posições [...] A Constituição é o espaço preferencial da tolerância, aquilo que Warat chama de “cultura da alteridade”, através da qual se permite a comunicação constante dos diversos grupos ideológicos a partir de um discurso fundado nos princípios e valores constitucionais. (APPIO, 2008, p. 14)

E mesmo que seja árdua a missão de encontrar objetivos comuns entre grupos fundamentalmente opostos, esta é uma discussão da qual não se pode olvidar, sob pena de a funcionalidade posterior da democracia quedar inútil – pelo menos para significativa parcela da população que não tenha seus desígnios atendidos na Carta. A este respeito, o aspecto funcional da Democracia representativa:

Do enraizamento de tais ideias que surge a ideia de democracia como um método, um arranjo institucional visto como uma forma de se tomar decisões, e autorizar governos, com o mínimo de aceitação popular, uma vez que este é escolhido pelo povo, que logra a possibilidade de decidir entre grupos concorrentes, partidos políticos, que competem pela preferência do eleitor. Percebe-se então que quando se fala em tal modelo de democracia, um dos pontos-chave da teoria procedimentalista é a existência de competição, se fazendo necessárias liberdades civis que permitam a “participação” de forças concorrentes. (MELLER; SOUZA, 2013, p. 232)

Assim é que a análise primordial deve recair sobre a universalidade do que vem sendo considerado justo e como tal determinação é feita. Talvez o primeiro e mais importante passo a ser dado neste sentido, seja o afastamento proposital de institutos fundamentalmente pessoais, ou que, não obstante aceitos e incentivados por determinadas pessoas, sejam nocivos à dignidade de outros quando impostos de forma oficial pelo Estado.

Evidentemente quando se deve classificar um grupo como membros de uma mesma sociedade, traços em comum devem ser encontrados, e esforços devem ser feitos para que se chegue a um denominador político comum, do contrário a própria noção de sociedade restaria comprometida. A este respeito, a lição de John Rawls:

Entre indivíduos com objetivos e propósitos díspares, uma concepção compartilhada de justiça define os vínculos da amizade cívica; o desejo geral de justiça limita a busca de outros fins. Pode-se imaginar a concepção pública da justiça como aquilo que constitui a carta fundamental de uma associação humana bem-ordenada [...] Quem defende concepções distintas de justiça pode, então, concordar que as instituições são justas quando não se fazem distinções arbitrárias entre pessoas na atribuição dos direitos e dos deveres fundamentais, e quando as leis definem um equilíbrio apropriado entre as reivindicações das vantagens da vida social que sejam conflitantes entre si. (RAWLS, 2010, p. 6)

Deste modo, a atividade exercida pela Corte Constitucional mostra-se, na percepção da sociedade, muito mais grave que uma simples atividade judicante. Ao olhar primário, tal ocorre pelo raio de alcance de suas decisões, já que, obviamente, elas se estendem por todo o território nacional – pelo menos, como regra, nos julgados originários e não recursais.

Mas também, e principalmente, pela matéria envolvida ser justamente a aplicação de princípios que tanto esforço demandou para serem determinados e aceitos com o menor dano possível. Observe-se que não se trata de mera tecnocracia na aplicação de uma norma menor, mas do manejo do que foi aceito como essencial para a subsistência do sistema democrático. “O ponto de partida do intérprete há de ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins”. (BARROSO, 1999, p. 47)

Um risco de faceta dupla pode ocorrer neste ponto, tanto para a exacerbação do controle constitucional quanto para a sua restrição excessiva: os princípios que balizarão os julgadores são amplos e vagos – e não poderia ser de outra forma, haja vista a arquitetura atemporal dos instrumentos jurídicos históricos. Mas se de um lado não se pode exagerar em fórmulas pré-fabricadas como a ‘dignidade da pessoa humana’ e proporcionalidade e razoabilidade, menos racional ainda é imaginar que a hermenêutica possa se prestar ao papel de tolher direitos fundamentais, já que isto retiraria a validade do próprio ordenamento jurídico. (ADEODATO, 2006, p.213)

Um questionamento que se poderia levantar, neste ponto, é em que medida a interpretação constitucional pode influenciar no destino do Estado, e se haveria segurança e representatividade no manejo das leis e políticas públicas por membros do Poder Judiciário – arguição que será enfrentada no momento oportuno.

Contudo, independentemente do grau de liberdade que se possa considerar como aceitável para a interpretação dos juízes, o que não se pode negar é a sua existência e a influência que ela irremediavelmente terá quanto aos destinos públicos definidos nas leis e na Constituição. Essa constatação, por óbvia que possa se apresentar, deve ser ressaltada, já que majoritariamente ignorada quando se retira do cálculo da eficácia de uma norma a inafastável característica da fluidez dos destinatários dos bens da vida: a sociedade é mutável temporal e materialmente, e, por vezes, o retardo na prestação equivale à sua negação. Deste modo, queda ilógica os protestos dos membros do Poder Judiciário contra o legislador por inépcia, quando é sua própria interpretação que pode acabar por impedir o acesso à justiça. A este respeito, o escrutínio de Konrad Hesse:

A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual... a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normatividade dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. (HESSE, 1991, p. 22)

Existe uma vertente do pensamento jurídico – tendo como seu principal expoente Ferdinand Lassalle - que somente confere legitimidade à Constituição, bem como às interpretações nelas baseadas, quando estão de acordo com os chamados ‘fatores reais de poder’. Conquanto não se possa afastar de toda esta fórmula, há de se considerar que a Carta Política não traria nenhuma contribuição para a evolução e modificação da sociedade se servisse tão somente como documento autenticador dos poderes já existentes. Este seria o extremo da Constituição como mero pedaço de papel. (LASSALLE, 2006, p. 29)

Deve-se considerar, neste sentido, que o controle exercido pelo Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas, bem como os demais sistemas de controle do Poder pelo Poder, já estudado em tópicos anteriores, se presta exatamente a subverter a ordem natural das forças, conferindo normatividade ao texto constitucional, e vivacidade à sua característica de tratado político.

Esta é uma opção interpretativa que toca diretamente em qual modelo de democracia se busca para um determinado povo. Se este sistema tenciona apenas ser uma resposta imediata a absolutismos, a fórmula dos fatores reais de poder pode bastar. Mas ao se considerar que o sistema democrático pode ser igualmente injusto para com aqueles que historicamente não detém qualquer parcela do poder político, é possível que uma visão mais sofisticada do instituto seja requerida. É interessante, sim, que todos os nichos de força já existente estejam ali representados, mesmo porque se tal não ocorrer, uma barreira factual intransponível se instalará. Mas interpretá-la de modo a conferir proteção a uma gama maior de grupos é um ganho humanístico incomensurável.

Os fatores reais de poder são, de fato, o fundamento da Constituição, mas tal dado não explica como uma Constituição pode ser progressista, assumindo o papel de transformação social. Ora, se a Constituição escrita fosse apenas um pedaço de papel, não haveria explicação para que contivesse regras e princípios comprometidos com a transformação social, pelo simples fato de que os fatores reais de poder não permitiriam uma alteração substancial a ponto de perderem o controle jurídico sobre a sociedade [...] O controle judicial dos atos emanados dos demais Poderes surge, neste novo contexto, como um instrumento de ampliação do debate constitucional, assegurando a participação de minorias no processo democrático, bem como, da recondução do significado da cidadania, como uma posição ativa que extravasa os limites do processo eleitoral. (APPIO, 2008, p. 20-21)

A interpretação constitucional ganha mais importância ainda quando se considera a oposição entre alguns fatores. Como já afirmado, a fluidez da sociedade é notória, bem como a demanda por “novos” direitos que surgem tanto das relações globalizadas contemporâneas quanto de situações realmente novas no mundo dos fatos. Exemplos destas duas modalidades ora expostas são o advento de informações quanto a grupos que se encontram em condições similares em outros pontos geográficos, e que obtiveram significativos ganhos sociais; e as necessidades surgidas a partir de avanços tecnológicos que trazem, em sua outra face, a exclusão daqueles que não dispõem de meios para tal, ocorrendo verdadeiro cerceamento de bens cada vez mais fundamentais para a existência digna.

É irreal esperar que o direito positivo avance de modo a suprir estas novas realidades em tempo hábil, razão pelo qual a interpretação constitucional se apresenta como instrumento indispensável para a concretização da democracia em seu aspecto material. “A interpretação constitucional é fruto de seu tempo, ou seja, produto de um processo de compreensão dos valores constitucionais que sofre as injunções da contingencialidade”. (APPIO, 2008, p. 22)

É construído um cenário no qual a interpretação constitucional não apenas é salutar para o sistema, como, muito além, torna-se essencial e indispensável. Não é demais afirmar que para o aperfeiçoamento do quadro democrático, ela é o elemento conectivo entre a sociedade e os representantes eleitos.

Para se chegar a esta conclusão, deve-se considerar uma classificação bipartida das normas que regem a sociedade. Uma de caráter ‘perene’, com tons de imutabilidade (ainda que não absoluta): são os pilares daquela comunidade nos moldes como ela se apresenta ao mundo. Obviamente, trata-se aqui das regras de caráter constitucional. Na outra ponta, observam-se os mandamentos menores, indispensáveis para o convívio, mas não tão sacras, e que geralmente dizem mais respeito à instrumentalidade de como se exercer um direito ou cumprir certa obrigação. Essas são as leis comuns, naturalmente mais efêmeras e com assinaturas características de seu tempo, grupos de interesses e demais influências que fazem parte do jogo político.

As políticas públicas, criadas pelos legisladores locais ou nacionais e efetivada pelos respectivos administradores encontram-se situadas neste segundo grupo. O que ocorre em relação à interpretação constitucional, feita por um poder que a princípio é estranho à confecção destas políticas, é que ela deve se conformar com as regras do primeiro grupo e a elas devem reverência, não podendo se contingenciar apenas pelas integrantes do segundo.

Acima da lei entendida como pura expressão de uma vontade soberana, centralizada na vontade do Estado, *jus quia jussum*, há um valor, porém ele também historicamente condicionado e, por isso, relativo, mas menos relativo que a lei ordinária, e subtraído aos volúveis comportamentos das passageiras maiorias governamentais ou parlamentares. E aquele valor tem o seu juiz, “Hüter der Verfassung”, que lhe garante a efetividade. (CAPPELETTI, 1984, p. 13)

Então é de se ressaltar que a interpretação constitucional possui, evidentemente, um papel político de imensa e renovada importância, quando se considera o conteúdo das relações entre governos eleitos e o papel, ainda que simbólico da democracia representativa.

A aferição quanto ao grau de liberdade criativa do juiz deve, portanto, ter este marco, que serve como ‘ponto âncora’ da hermenêutica aplicada, não devendo dele se afastar, e não ignorar certas garantias, como a segurança jurídica, democracia participativa e dignidade da pessoa humana, mas fazer justamente o oposto, e potencializá-la ao máximo que a ciência permitir quando da análise circunstancial.

Entretanto, a necessária demarcação da Constituição como ponto ótimo de baliza interpretativa não pode ser tido como afastamento da vontade do legislador, pois a regra na democracia continua sendo a vontade majoritária. Estes instrumentos apresentados apenas querem dizer que maiorias de ocasião não podem esmagar minorias ao arrepio de princípios mais graves constantes do espírito da Constituição, e nada mais: não enseja, portanto, a quebra dos moldes delimitados pela lei.

Portanto, neste aspecto, é forçosa a observação que, no tocante à conformidade das políticas públicas com o texto constitucional, elas se apresentam como obra conjunta dos três poderes, tendo papel decisivo a forma como é feita a interpretação dos juízes, sem que esta constatação possa sequer beirar o desrespeito aos limites traçados entre os entes pela Carta da República, sobremaneira quando o tempo e o *modus* se encontram em conformidade com as balizes democráticas.

E para concretizar tal esta finalidade, a atuação do juiz constitucional exerce enorme importância, já que a sua omissão, injustificável, pode resultar na completa ineficácia de determinado dispositivo, ao passo que o excesso de intervenção política pode asfixiar a sociedade. Em ambos os casos ocorre um esvaziamento da normatividade constitucional, que, para vigorar, necessita de ampla representatividade dos vários grupos que fazem parte da comunidade jurídica, pois, conforme já afirmado, “A Constituição é o espaço da convivência política entre grupos sociais distintos e que buscam dirigir a ação do Estado no sentido que mais se aproxime de sua ideologia” (APPIO, 2008, p. 33). Evidentemente, se a intervenção se

deu por carência neste sentido, não é a inversão de vetores mantendo-se a exclusão que resolverá o problema, antes, apenas muda o seu foco.

Cabe breve ressalva no sentido de se apontar que a predominância de um sistema de controle concentrado de constitucionalidade vai de encontro a este viés ampliador do debate constitucional, pois os legitimados do controle difuso têm interesses substancialmente diferentes daqueles primordiais da comunidade. Neste sentido, o sistema misto, adotado no Brasil, se apresenta, ao menos neste particular, como o ideal para um debate democrático. Não que o Poder Judiciário seja a única forma de concretização da cidadania – não é, sequer, desejável que isto ocorra -, mas a sua restrição, ainda que por via inversa, tem o condão de abalar as proteções da sociedade ante as arbitrariedades do poder público. (MENDES, 2012, p. 116)

Um modo de se prestar homenagem à democracia representativa e ao mesmo tempo não se limitar à legalidade estrita é o reconhecimento da convivência harmoniosa entre a jurisprudência dos princípios, no qual o julgador se baseia exclusivamente nos ideais constitucionais para julgar, e a vinculação à regra da lei, este último como predominante. (ALEXY, 2011, p.19)

A confecção das leis é, em todas as sociedades democráticas, a principal atividade a honrar a representatividade popular, pois é mediante este instrumento que os representantes do povo impõem a vontade popular. A interpretação baseada diretamente na Constituição não “atropela” uma instância, mas apenas reestabelece a ordem que não deveria ter sido rompida, quando as normas inferiores não se coadunam com a Lei Maior.

Repise-se que este quadro reflete absoluta normalidade institucional, já que o âmbito de atuação entre os entes políticos restaria ileso, apenas com a memória sempre necessária de que todos se situam abaixo da Constituição, e atuação afora de seus limites não é prerrogativa de nenhum deles, tampouco é menos ou mais aceitável pela forma como atividade venha a se exteriorizar.

O risco presente nesta acepção do direito é justamente na amplitude que estas interpretações podem ter ante a possibilidade de os julgadores aplicarem seus valores pessoais sob o subterfúgio de exercerem a vontade da constituição. E esta realidade poria em risco tanto as conquistas positivistas quanto as evoluções hermenêuticas.

A adoção de uma jurisprudência de princípios, muito embora implique uma ruptura com o paradigma da validade formal da lei – paradigma da legalidade – representa um avanço teórico em relação ao positivismo, na medida em que a comunidade jurídica passa a reconhecer a possibilidade de existência de antinomias no interior do sistema. A deturpação de uma jurisprudência fundada nos princípios pode, contudo,

redundar em verdadeira jurisprudência de valores, contra a qual se insurgiu o positivismo. Uma jurisprudência assentada na aplicação de valores pode conduzir a uma indesejável “funcionalização das relações sociais” ao invés de uma “socialização da Justiça”, através de decisões judiciais motivadas exclusivamente em valores morais. (APPIO, 2008, p. 43-44)

Este modelo, mesmo atuando nas bases muitas vezes já referidas neste trabalho, pode levantar suspeita quanto à segurança jurídica daqueles que se encontram sob a tutela do Estado. Tal receio, conquanto legítimo, provavelmente é infundado, já que a interpretação conforme a Constituição traz maior unicidade ao sistema, e não o contrário, havendo verdadeira transição de um Estado legalista para um Estado Constitucional. Pode-se entender esta premissa da seguinte maneira: por mais desejável que possa parecer um Poder Público completamente amarrado às leis, já que, conforme o que o positivismo primário fez questão de ensinar, desta forma se evitaria abusos do Estado em relação ao particular, o esforço que deve ser feito é no sentido de que as arbitrariedades não emanam exclusivamente do Poder Executivo – que, conforme se demonstrou no começo deste estudo, é o ‘herdeiro’ natural dos sistemas totalitários.

Em verdade, leis que não respeitam premissas constitucionais acabam por ter efeito parecido, ainda que sob o manto de “democrático”, já que exarado de um parlamento. Nenhum dos entes políticos está acima de suspeitas quando se trata de arbitrariedades. Desde que exerçam suas funções de modo a se desviar dos objetivos constitucionais, um abuso aos direitos individuais encontra seu horizonte. E é neste sentido que a unicidade se apresenta como melhor perspectiva e também como uma evolução histórica ao modelo exclusivamente legalista.

Esta premissa também se aplica aos julgadores, que apenas em casos de ofensa aos limites formais do devido processo legislativo deverão pronunciar a nulidade da lei inconstitucional. Em todos os outros casos, a aplicação da lei, com base na interpretação constitucional, é obrigatória. (APPIO, 2008, p. 45)

Sem nos aprofundarmos demasiadamente na questão de como as leis inconstitucionais afetam a sociedade, por não ser tema desta pesquisa, mas de modo a expor a gravidade que estas falhas trazem, temos as seguintes constatações: em primeiro lugar, conforme já exposto em algum momento neste texto, direitos não são graças metafísicas - todos eles têm custos. Com este pensamento em voga, considere-se que uma lei que não obedeça aos limites constitucionais sempre vai trazer prejuízos a alguém, seja diretamente, agravando sua situação, seja indiretamente, concedendo benefícios a alguns, injustamente à custa de outrem.

Há ainda a possibilidade de se conceder benefícios a algumas parcelas da população, excluindo sem justificativas as demais.

Retomando o que foi dito a pouco, estas circunstâncias em nada diferem materialmente de um abuso cometido por um monarca ou por um ditador. Apenas a forma como a norma veio ao mundo é diferente: naquele caso, pela vontade de um déspota sem legitimidade, neste, pela vontade legítima, mas viciada, de vários representantes do povo. A observação inevitável destes casos é que quando se utiliza a representatividade de forma distorcida, os resultados são, para a população, tão novíços quanto o seriam em outros sistemas menos desejáveis sob o ponto de vista democrático.

Mesmo ao se considerar a lei como obra perfeita e acabada do legislador – o que não é o caso -, deve-se sempre ter em conta que, devido ao seu caráter geral e abstrato, ela apenas toma forma no mundo real quando aplicada, e em quaisquer hipóteses de conflitos de interesses a interpretação surge como elemento indissociável, não sendo muito afirmar que sem ela não existe lei. Este postulado não ofende o pós-positivismo, mas o aperfeiçoa, ainda mais se considerado que a fase atual do constitucionalismo tem por natural – e mais que isso, absolutamente necessária - a convivência entre princípios e regras.

Aceita-se, após a superação da dicotomia jusnaturalismo versus positivismo, na segunda metade do século findante, que o Direito inclui tanto princípios quanto regras (ou normas em sentido estrito). A fase atual do constitucionalismo, denominada pós-positivista, é marcada justamente pela normatividade e positivação dos princípios gerais de Direito. (MORAES, 2004, p. 26)

Dois pontos devem ser debatidos quando se trata deste aperfeiçoamento normativo de responsabilidade exclusiva e intransferível do judiciário: primeiramente não se fala aqui em opção, mas dever dos juízes em não se manter neutro quando da escolha principiológica que deve guiar a aplicação da lei. Indo exatamente na contramão do clássico pensamento de que o julgador deve ser apenas a boca a proferir as palavras da lei, ele se torna no novo cenário uma parte incontornável neste processo, devendo ser superado de vez o mito da neutralidade. O segundo ponto, consequência direta deste, diz respeito à forma de estado ideal que existe na concepção de cada juiz, e as consequências para a comunidade que uma possível diversidade principiológica possa acarretar.

É que os julgadores, a exemplo de cada indivíduo, trazem em sua bagagem intelectual e histórica modelos ideais de como conduzir a vida política da sociedade. E mesmo que se afirme – acertadamente – que esta não é sua função ou responsabilidade, por tudo o que se expôs até o momento é evidente que esta escolha existe e com grande influência nos rumos

das políticas, a menos que imaginássemos uma sociedade utópica em que as políticas públicas se desenrolassem com perfeição sem a necessidade do crivo dos magistrados.

Deste feita, estudar uma forma de uniformização desta conceituação de Estado e Constituição parece mais salutar do que relutar-se em uma campanha que, em verdade, não traria ganhos em termos de segurança social. Observe-se:

A ambiguidade das normas legais e constitucionais, aliada a um sentimento de coresponsabilidade do juiz, na medida em que é chamado a corrigir os desvios na execução das finalidades inscritas nos textos legais e constitucionais, têm o condão de afastar o juiz da clássica neutralidade. O juiz passa a ser encarado como elemento participante do sucesso ou do fracasso político do Estado. Contudo, tal ideologização do juiz tem um efeito perverso, pois cada juiz tem para si o seu Estado ideal. Dificilmente os juízes entrariam num acordo em relação a qual modelo político é o mais correto. Desse modo, imbuídos da responsabilidade política que o Welfare State lhes impôs, os juízes interpretam os conceitos indeterminados explicitados através de princípios e diretrizes gerais de modo que mais lhes agradam politicamente, ou, ao menos, se veem tentados a tanto. (LEAL, 1999, p. 231)

O primeiro passo para se começar a responder essas questões é a lembrança que, independentemente da forma de Estado imaginada pelo julgador, ele não está livre da obrigação de motivação de suas decisões, e é neste ponto que deve recair o controle social. Por mais distante que sejam os conceitos que guiam a escolha do juiz, ele não pode se afastar demasiadamente do consenso popular, sobremaneira daqueles positivados, pois “[...] não se pode conceber a observância das regras de reconhecimento sem que o corpo de cidadãos a quem se destina a tarefa de aplicá-las sistematicamente não as referende através de uma aceitação oficial unificada [...]” (APPIO, 2008, p. 53)

Seguidamente a esta constatação, tem-se a forma de organização judiciária também como um controle das percepções ideológicas dos juízes. Apesar de não haver hierarquia no sentido mais tradicional do termo entre os diversos níveis, as decisões podem ser reformuladas, parcial ou completamente, pelos Tribunais regionais, assim como estes podem sofrer controle dos Superiores até se chegar ao órgão de cúpula.

Evidentemente em algum momento esta cadeia deve parar, não sendo perene o ciclo de reinterpretções. Ao passo que os Poderes não se influenciam diretamente nas suas atividades nucleares típicas, é de bem ressaltar que a comunicação existe, e a própria composição dos órgãos judiciais é tão mais política quanto mais próxima do ápice. Esta relação não é casual, e pode desmitificar a ideia de que o controle social da atividade judicial é inexistente: ele é mais tímido e indireto, mesmo porque se assim não fosse o desempenhar das funções seria prejudicado, mas mais uma vez é perceptível o poder popular nos destinos políticos da sociedade.

E por mencionar estes destinos políticos, uma ressalva deve ser feita em um ponto sensível deste debate. O funcionamento aparentemente normal das instituições de justiça e políticas de determinada sociedade geralmente passam a impressão de saúde institucional. Ou seja, se do ponto de vista formal não se detecta nenhuma corrupção dominante, a democracia vai bem. Esta é uma análise pelo critério formal, que tende a praticamente coincidir os conceitos de cidadania de participação política.

O questionamento a ser feito nesta análise é se não restaria demasiadamente superficial esta limitação conceitual, sem que se considere o aspecto material das democracias. Trocando em miúdos: talvez seja insuficiente a eficácia e eficiência apenas nos aspectos imediatos das leis, quando os objetivos primordiais firmados na constituição não sejam alcançados.

Os exemplos para tanto são muitos. A fim de não desviar excessivamente do foco deste trabalho, fiquemos apenas na morosidade do próprio poder judiciário. Quando se tem um aparelho judiciário excessivamente lento, mais do que a simples conveniência das partes, passa-se a travar todo o crescimento do país. E apesar de, pela análise material, as instituições encontrarem-se em pleno funcionamento, materialmente é como se elas não existissem.

Essa lentidão e ineficácia contrastam com o momento socioeconômico do país que, inserido na economia mundial, sente nas instituições e no próprio estado a iminência de um colapso, revelada pela inaptidão em oferecer respostas ágeas e seguras para a complexa gama de problemas que emergem do seio social. (SILVEIRA, 2007, p. 14)

Neste contexto, a morosidade judiciária deixa de ser um simples problema de administração da justiça e se torna um termômetro da saúde institucional do país. E não apenas um medidor, mas um compasso que determina os rumos do seu crescimento ante a comunidade internacional. E isto revela, ainda que indiretamente, uma contextualização política deste poder que não deve ser ignorada.

Hoje, já se cogita em um papel político do judiciário. E se o Judiciário tem um papel político, qual é esse papel? E quais são as metas a serem estabelecidas para que o Judiciário desempenhe esse papel? Uma vez estabelecidas as metas, dispõe o Judiciário de aparelhamento para implementá-las? É possível afirmarmos que no quadro institucional do Estado apenas o Judiciário precisa ser redimensionado para que tenhamos um Direito efetivo e eficaz? (SILVEIRA, 2007, p. 36)

Conquanto não possam ser prontamente satisfeitas, estes questionamentos devem ser levantados a fim de se compreender melhor os rumos contemporâneos dos sistemas democráticos, aferindo-se até que ponto a democracia possa estar se apresentando como

ilusão de representatividade ou em que medida existe um real esforço de injunção das políticas públicas no atual contexto.

Quando se coloca o cenário político sob esta perspectiva, evidentemente não se está pregando por uma superação do modelo representativo, ou mesmo por sua negação, mas, em verdade, pelo seu aprimoramento a partir a ampliação do conceito de cidadania, que não pode se restringir a acompanhar de forma passiva às escolhas dos eleitos nas urnas. Conforme já se afirmou, o acesso à justiça é uma das formas de concretização deste ideal.

Quando se observa que mesmo com um procedimento escoreito nas eleições não se atinge a médio e longo prazo os objetivos traçados na Constituição, o que se deve questionar não é o modelo representativo, pois ele está cumprindo sua ‘função neutra’ que é colocar no Poder aqueles escolhidos pelo povo.

O que se deve ter em mente, nestes casos, é a deficiência dos bens ligados à cultura e educação, pois na falta destes, nem mesmo a democracia exercida de forma direta traria alguma melhora significativa para o cenário político. (APPIO, 2008, p. 78)

E é sempre salutar lembrar que a inclusão e ampliação da cidadania por meio da educação não é inovação acadêmica ou científica, ou produto da mente de juizes ativistas. Antes, é verdadeira meta incluída no ordenamento diretamente pela nova ordem constitucional de 1988. Observe-se:

Todavia, foi com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 que a democratização foi implantada no país, com um fim específico de melhorar as condições sociais, econômicas, culturais e políticas do povo. Entretanto, a democracia não trouxe somente o fortalecimento do poder de decisão da sociedade frente ao Estado, mas também a reestruturação econômica e a crescente liberalização. Notadamente, foi a Constituição que mais ampliou os direitos sociais, **merecendo destaque a área da educação, “que é fator fundamental para cidadania”**. Assim, portanto, o paradigma do Estado Democrático de Direito não apenas incorporou no rol dos direitos fundamentais novas relações jurídicas, como aquelas atinentes aos direitos difusos, mas também renovou a concepção de outros tantos direitos. Por conseguinte, a semiótica jurídica do direito do direito à igualdade, ampliando seu campo de incidência e sua significação, são indispensáveis especialmente sob a ótica da dignidade humana. (STURZA & VEZENTINI, 2013, p. 92-93)

Não obstante tudo o que foi afirmado, não se deve olvidar o fato de que a participação do judiciário neste processo de politização é complementar e não principal. Não é sua missão educar a República, mas contribuir para que as normas pré-estabelecidas com este objetivo tenham a injunção necessária, retirando os obstáculos fáticos ilegais e abusivos que, por ventura, possam ser impostos por outros poderes, ou mesmo pela realidade cotidiana, ainda

que se reconheça em grande medida que a atividade interpretativa é também criadora de direito.

Quando se afirma, como fizemos, que não existe clara oposição entre interpretação e criação do direito, torna-se contudo necessário fazer uma distinção, como dissemos acima, para evitar sérios equívocos. De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com afirmação de total liberdade do intérprete. (CAPPELETTI, 1993, p. 23)

Um fato que pode passar despercebido quando da consideração da atividade política e criativa dos juízes, além do óbvio fator de que toda interpretação é, em alguma medida, criação de direito, é que a descoberta e ampliação de direitos antes não existentes ou restritos podem fazer parecer verdadeira fábrica de inovações judiciais uma atividade que em verdade apenas homenageia princípios constitucionais a muito reconhecidos e pacificados.

## **2.2 O controle judicial das políticas públicas**

Até este momento, este trabalho pretendeu delinear o campo de atuação das políticas públicas e as implicações decorrentes de se atuar em uma democracia participativa. Conforme se demonstrou, a própria existência de tais conceitos já carrega de significado histórico qualquer tema que dali possa surgir: o trato de determinado instituto vai ser um sob o manto de um sistema totalitário, e outro, completamente diferente, quando lido em uma democracia participativa funcional. A necessária divisão dos poderes, conforme também mencionado no capítulo anterior, limita qualquer boa ação dos atores políticos dos três poderes. Assim como as questões orçamentárias, conquanto não devam ser absolutas e determinantes, jamais poderão ser ignoradas, sob pena de anulação de todos os planejamentos estatais futuros. E por ser tema central deste trabalho, a questão da representatividade também teve de ser enfrentada, e será novamente pincelada.

Contudo, todos estes passos não passaram de um ideal, um sentir de que algo pode se dar por este caminho e não por outro. A Teoria do Estado é empírica, e não apenas ideológica, e, portanto, exige demonstração de como tudo deve se desenrolar na consecução dos objetivos traçados. De nada adianta afirmar que a atuação do Poder Judiciário não ofenderá a democracia se a temática não for enfrentada em seus pormenores e não se demonstrar como e porque aquela ideia é exequível. Considere-se que conteúdo da Constituição será definido a

partir da visão de juízes, já que eles controlarão a aplicação da vontade dos representantes eleitos. Este será o tom do trabalho a partir de agora.

O caminho a ser pavimentado, imagina-se, no sentido de uma teoria de ampliação do debate político, em favor de uma aplicação maior dos direitos fundamentais, com participação decisiva do Poder Judiciário para tanto, necessariamente deve desembocar em uma análise jurisprudencial, sob a ótica de alguma técnica que permita se aferir em qual grau a democracia está sendo fortalecida com o aumento da permissividade de interpretações antes tidas por ativistas ou omissas. É que, mesmo tendo a ampliação dos direitos fundamentais como guia, na política não se pode ter os fins como absoluto salvo conduto para quaisquer meios, seja em qual for o sentido da preferência daquele que perfaz a análise.

É fundamental saber utilizar a casuística de modo que ela não se torne tendenciosa. Não é porque se demonstra que em um fato particular a teoria não se encaixou com perfeição nos dogmas estabelecidos que ela deva ser evitada. Se assim o fosse, não há registro de política que pudesse ser replicada no mundo dos fatos. Tanto assim o é que, no âmbito científico, a regra da recíproca deve ter mais valor, e, se um insucesso pode ser apontado para desqualificar, um êxito também pode ser utilizado para afirmar, e deste modo não se chegaria a lugar algum. O mais importante é mapear os pontos-chaves daquele particular e analisar se eles podem ser replicados no plano macro.

Portanto, apontar erros humanos ou falhas técnicas no controle judicial das políticas não deve ter o condão de relativizar a sua legitimidade, caso contrário, o mesmo deveria ser dito de quaisquer agentes políticos:

Deste modo, não é antidemocrático, mas parte de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são pré-requisitos da própria legitimidade deste, não serão violados. Naturalmente os juízes, como os legisladores, podem cometer erros em relação aos direitos individuais. Mas a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação dos juízes pelo Executivo provou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política no longo prazo. (DWORKIN, 1997)

Sem grandes esforços interpretativos, pode-se concluir que verdadeiramente antidemocrática seria a negação deste modelo para se relegar a apenas instrumentos eleitorais de controle o destino da população quando direitos são sistematicamente ignorados.

E para se chegar a esta dedução, basta ter atenção na realidade e não ignorar o fato de que o jogo de poder existe na democracia representativa, e negar o fato de que grupos com

maior influência terão maior representação significa apenas dar trajes de legitimidade para uma inconstitucionalidade oficializada. (ELY, 2010, p. 186)

Boa parte da confusão que é feita quando à atividade política exercida pelo Poder Judiciário se deve a uma má compreensão – ou completa ignorância – de uma divisão da atividade típica deste poder. Explica-se: ao atuar como terceiro imparcial em um conflito entre particulares, não se está em uma das chamadas zonas cinzentas do direito. Ali, encontra-se tudo muito bem definido, pois a legislação foi feita pelo Poder Legislativo, e estas normas balizarão a decisão do Judiciário. Uma vez exarada a decisão, os órgãos do Poder Executivo serão acionados para a execução do feito, como, por exemplo, o uso coercitivo da força policial. Nestes casos, mesmo quando o Estado é parte integrante da lide contra o particular, não restam maiores dúvidas, pois, não obstante algumas garantias processuais reservadas ao ente público (como prazos dilatados), aquela decisão pesará apenas entre as partes. O mesmo ocorre ainda que haja a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei, já que esta função cabe indiscutivelmente ao Judiciário. Em outras palavras, o caso é pacífico porque não envolve política, em nenhum grau. (BARROSO, 2009, p. 51)

A segunda forma de atuar do Poder Judiciário, e que interessa ao presente estudo, é a mais intrincada, por tocar diretamente no campo de atuação dos demais poderes ao exercer o controle judicial das políticas públicas.

Talvez o núcleo da discussão esteja em se definir com precisão qual o grau de liberdade conferido pela Constituição Federal ao atribuir aos agentes políticos determinadas obrigações sociais. Quando se defende que a discricionariedade é plena, tende-se a rejeitar qualquer forma de intervenção judicial. Ocorre que este pensamento é quase que unanimemente rejeita pela comunidade jurídica nacional e internacional. Não haveria sentido em se falar de obrigação se quanto ao conteúdo os Poderes pudessem agir da forma que melhor lhes conviesse, sem um instrumento que de fato pudesse fazer valer a letra da Constituição.

Ao atuar em sede de controle das políticas públicas, o Poder Judiciário assume a função política de controle dos atos do Poder Legislativo e Executivo em face da Constituição Federal de 1988, seja no âmbito normativo, seja no âmbito administrativo, de forma a assegurar uma ampliação do debate democrático sobre as decisões que afetam todos os cidadãos. Neste caso, estará definindo limites à atuação dos demais Poderes, os quais não poderão atuar com discricionariedade plena, porque vinculados a deveres e objetivos impostos pela Constituição. (APPIO, 2012, p. 66)

A atuação política do Poder Judiciário poderia fundamentar-se exclusivamente nesta não plenitude da discricionariedade dos demais Poderes, que, ainda assim, não seria cientificamente insuficiente. (BARROSO, 2009, p. 42)

Neste sentido, precisa a lição da Ministra Carmem Lúcia Rocha, quando menciona que “os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional”. (ROCHA, 1996, p. 285)

A aceitação deste controle acaba por exercer uma dupla função no âmbito político de uma democracia. Primeiramente ela denota respeito institucional dos demais, já que o Judiciário não dispõe de meios próprios para fazer cumprir suas decisões. Em segundo lugar, demonstra a legitimidade dos argumentos confeccionados pelos juízes e tribunais, pois uma decisão que pretenda simplesmente legislar ou administrar ao arrepio da lei não teria a aceitação suficiente da comunidade jurídica e política, o que acabaria por enfraquecer o próprio Poder Judiciário.

O discurso de aplicação deve, portanto, ser complementado pelo discurso de justificação, o que somente pode ser alcançado através da ampliação dos espaços de democracia participativa [...] não basta a autoridade, pois é preciso que os juízes justifiquem todas as eleições e valorações que realizam ao largo do processo decisional. (APPIO, 2012, p. 68)

O controle de políticas públicas também pode ocorrer mediante ações civis públicas que visem enfrentar as omissões do Poder em atender demandas sociais, principalmente em áreas mais sensíveis como saúde e educação. Esta realidade, apesar de aparentemente desbordar os limites da tradicional divisão entre os poderes, dá tons mais marcantes às diretrizes sociais constitucionais.

Este controle das políticas, aliado à análise de constitucionalidade das leis, confere certa governabilidade aos juízes, haja vista a existência da possibilidade de influir, em menor ou maior grau, nas decisões dos demais entes. Isso não significa, entretanto, que o judiciário deva governar, já que não possui atribuição para eleger a melhor política a ser implantada, mas apenas de controlar a execução daquelas escolhidas, ou de algum modo fazer valer as tidas como obrigatórias por força da Constituição.

A representatividade se apresenta como fator de contenção na atividade política dos juízes, que devem ter em conta que, mesmo dentro da possibilidade jurídica, certas decisões que afrontem diretamente a vontade pública devem ser pensadas com cautela, já que um

governo realizado por julgadores não seria desejável num regime democrático, pois comprometeria a fiscalização das atividades políticas.

Em outras palavras, boa parte da divinização que a população sente em relação ao Poder Judiciário não se deve por ele ser mais qualificado que os demais, mas pelo fato de ele atuar como fiscal e constantemente corrigir equívocos dos demais. Isso apenas é possível no modelo atual, quando o controle é a exceção. Se os magistrados passassem a atuar majoritariamente como legisladores ou administradores, o mais provável é que tivessem de enfrentar os mesmos problemas dos atuais titulares destas funções, e, por conseguinte, falhariam mais, e mítica de salvador da sociedade passaria para algum outro órgão que detenha a função fiscalizadora (como já acontece em certa medida com o Ministério Público e as polícias federal e civil).

A possibilidade concreta de erros em uma administração de juízes pode ser facilmente demonstrada quando se analisam as investidas políticas dos julgadores mesmo no modelo atual. Utilizar-se da interpretação constitucional apenas para impor as políticas públicas sem sopesar as consequências do modelo representativa pode trazer consequências que o autor da decisão não tinha como prever. (KELSEN, 2012, p. 277)

No primeiro capítulo desta obra foi dito que a reserva do possível não pode ser determinante na aferição de legitimidade de uma decisão, mas que também não pode ser ignorada devido ao custo dos direitos. Além disso, ressalta-se o preço em “capital político” que determinadas atitudes possam custar para os representantes eleitos, manobras, alianças e todo um universo de fatores e engrenagem que não guardam relação alguma com a atividade judicante e que são ignoradas quando se determina algo sem a necessária cautela. E a questão é que o juiz, além de não ter noção destes fatores, em alguns casos não pode e nem deve ter, sob o risco de se imiscuir em uma área que não lhe é própria.

Deste modo, qualquer que seja o posicionamento ideológico do julgador, sua ação deve estar adstrita à lógica jurídica, não podendo fundamentar suas decisões exclusivamente na realidade social e política (ELY, 2010, p 3).

As decisões fundamentadas exclusivamente em razões de ordem econômica e no equilíbrio fiscal, de cunho consequencialista, representam verdadeira negação da justiça e não podem ser justificadas no plano racional-jurídico, muito embora possam ser respaldadas a partir de argumentos políticos e sociais. Estas decisões são nulas, na medida em que investem contra a Constituição, ao não permitirem um controle jurídico sobre seu conteúdo. (APPIO, 2012, p. 73)

Neste particular, esta seria a única vertente na qual seria aceitável a crítica relacionada ao modo de ingresso na carreira não ser a eleição popular, já que, deste modo, os juízes poderiam responder politicamente pelos seus atos – ainda que, conforme já se afirmou no início deste trabalho, esta não seja a questão central, mas sim a natureza por eles exercida.

De toda sorte, a intervenção judicial em qualquer política pública é apenas mais um dos vários fatores que influenciam no processo de decisão política, e não é garantia de seu sucesso. Antes, serve como instrumento de concretização da democracia por garantir uma maior participação da comunidade e proteção das minorias, podendo ter caráter preventivo, concomitante ou sucessivo à implementação dos programas. (ELY, 2010, p. 182)

Este controle sucessivo, ou seja, de caráter de avaliação, não é novidade, tampouco causa polêmica, por se tratar de medidas repressivas contra ilegalidades sob a égide da Lei de Improbidade administrativa e outros diplomas federais e locais que visam combater a corrupção. Além do Poder Judiciário, outros órgãos estatais, como as Controladorias e o próprio Tribunal de Contas exercem função similar. Este tema é praticamente pacífico por não apresentar muitas possibilidades de interpretações que apontem para uma ingerência judicial nos atos de vontade dos demais Poderes.

Já o controle preventivo e concomitante, ou seja, a participação do Judiciário na formulação e execução das políticas é hipótese mais turbulenta, exatamente por avançar em uma barreira que hoje não é mais tão clara quanto outrora.

As políticas públicas podem ser conceituadas, portanto, como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma exigência digna a todos os cidadãos [...] As políticas públicas simbolizam, portanto, a pretensão de planejamento social a partir da execução de projetos governamentais das sociedades contemporâneas, motivo pelo qual se revela crescente a judicialização das questões envolvendo seu conteúdo. (APPIO, 2012, p. 136)

A partir deste conceito torna-se mais clara o porquê de a discussão em torno da intervenção judicial ser tão acirrada. De um lado, é possível argumentar que as políticas públicas são, conforme assevera Ronald Dworkin (2002, p. 36), um tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado pelo estado, a fim de trazer melhorias econômicas, políticas e sociais para a coletividade; logo, quem deve ter vez nesta decisão de tomada de rumo seria exclusivamente os representantes eleitos pelo povo. Mas, por outro lado, justamente devido à seriedade desta temática, não é certo negar acesso a minorias e grupos

que não alcançam representatividade suficiente nos congressos e administrações nos mais variados níveis da organização estatal, motivo suficiente para a intervenção judicial.

Quanto aos limites da extensão que esta intervenção possa alcançar, existem diversas concepções. Trataremos aqui daquelas abordadas pela “Doutrina das Questões Políticas”, com origem no direito norte americano - que, apesar de algumas diferenciações regionais, no cerne é bem semelhante ao sistema brasileiro, podendo ser utilizado como parâmetro nas questões políticas.

O caso *Marbury v. Madison* (1803) serve de parâmetro para a concepção segundo a qual toda matéria pode ser analisada pelo poder judiciário, por conta de seu poder de interpretar a constituição. A premissa é relativamente simples: sendo a constituição o documento que regula toda a república, o seu intérprete oficial poderia analisar toda matéria a ela pertinente. (APPIO, 2012, p. 140)

Outra interpretação desta doutrina se posiciona no sentido de que a Corte estará autorizada a agir sempre o julgamento a “forçar” a adotar um compromisso com um princípio constitucional. Neste particular, apenas casos pontuais seriam aceitáveis, dependendo de uma análise detida.

Uma terceira vertente, os juízes devem levar em conta as inúmeras dificuldades que poderiam por eles ser enfrentadas ao proferir decisões que afetem políticas do governo, tais como acesso a informações técnicas, uniformização de jurisprudência, etc. Estas questões são típicas de países de extensão continental, como é o caso dos Estados Unidos e do Brasil, onde uma harmonia de julgamentos, conquanto desejada, apresenta-se dificultosa, e pode, de fato, influir nos objetivos alcançados nestas políticas.

Uma delimitação que vem sendo aceita, tanto no direito norte americano como, em boa medida, pelo brasileiro é que as questões políticas passíveis de judicialização são distintas de casos políticos. Nestes últimos, a decisão política do administrador encontra-se totalmente na esfera política, não tendo relações diretas com princípios e direitos resguardados na constituição, não sendo passíveis, portanto, de revisão judicial – como é o caso, por exemplo, de decidir pela inclusão ou não do país em um acordo econômico internacional ou da participação em conflitos, ou ainda, para se voltar ao âmbito interno, de determinações econômicas como taxas de juros, disponibilização de crédito etc. Trata-se de casos absolutamente fora da competência judicial, ainda que afetem diretamente os destinos da população.

Por outro lado, as questões políticas propriamente ditas, cujas decisões devam inexoravelmente respeitar os ditames constitucionais, podem ser passíveis de controle e intervenção, já que dizem respeito a direitos individuais e princípios constitucionais.

Em uma perspectiva bem realística, torna-se quase coincidente afirmar que o afastamento do Judiciário destas questões políticas significa a exclusão da sociedade civil do processo de efetivação e integração das políticas sociais. E isto pode ser visto a partir da análise de três fatores: primeiramente, o poder judiciário deve sempre obediência ao princípio da inércia. Apenas age quando provocado para tanto; e no que tange à interferência nas políticas públicas, isso apenas se dá quando a própria sociedade civil o aciona ou alguém com competência para tanto, como o Ministério Público ou as Defensorias. Em segundo lugar, a sociedade não dispõe de outros meios eficientes de influenciar as decisões de forma direta, sendo o Poder Judiciário praticamente a única maneira de imposição daqueles que se sentem prejudicados pelo estado atual das decisões – já que medidas e petições administrativas são praticamente floreios no cenário político atual, além do que, peticionar à própria entidade que desrespeita os direitos não parece ser uma medida adequada. Por último, por ser decorrência direta do sistema representativo, observar os eleitos na tomada de decisão dos rumos e investimentos públicos é a regra, mas esperar pelo período eleitoral para “punir” os maus representantes pode acarretar em danos irreversíveis.

Sobre a relação direta entre cidadania e efetivação do texto constitucional:

É justamente o texto constitucional e seus princípios informativos fundamentais, destacando-se a ideia de cidadania e democracia como direitos fundamentais, que constituem a base do relacionamento entre Estado e comunidade política subjacente. A efetivação de um direito social condensado, como ordem de integração social, está intrinsecamente relacionada à assunção pela sociedade de seu papel de sujeito ativo no processo de atribuição de sentido ao texto constitucional de um Estado Democrático. (MORAIS & HERMANY, 2003, p. 885)

Nestes casos específicos, como o judiciário está condicionado aos paramentos do pedinte, não há vontade própria nas intervenções, ainda mais porque necessariamente somado aos ditames de subsunção das interpretações legais aos princípios constitucionais. O que se nota é tão somente um debate político que teve seu palco estendido de modo a acolher parte da comunidade de maneira direta, quando por qualquer motivo se os tenha negligenciado. Considere-se, ainda, que a audição destas parcelas não significa modificação política obrigatória, apenas inclusão democrática.

Apesar de todas as categorias expostas, deve-se considerar que a atividade de controle que o Poder Judiciário exerce sobre os demais não deve se confundir com a substituição do

legislador/administrador. A adoção deste modelo de jurisdição social ilimitada traria sérias consequências políticas, sendo mesmo inconstitucional e antidemocrático.

A diferenciação entre esta linha e tudo o que se defendeu até o momento pode ser colocada da seguinte maneira: sempre que haja parâmetros objetivos na Constituição Federal ou mesmo em legislações inferiores e os representantes do povo de maneira ilegal e abusiva ignorarem direitos humanos fundamentais, o controle judicial terá vez. Para ilustrar o mencionado, temos a questão da reserva do possível, aventada no primeiro capítulo deste estudo: mesmo com as determinações legais, não há falar em abuso quando a realidade se impõe.

Entre impor a concretização daquilo que é constitucionalmente garantido e substituir-se na discricionariedade política dos representantes eleitos, vai um longo caminho.

Dentre os problemas de ordem prática de se proceder desta forma, tem-se: a ameaça à legitimidade dos representantes, a carência técnica do judiciário para detecção dos problemas e, por fim, conforme já mencionado, a modificação da atividade-fim do judiciário que não foi sequer pensado para governar substituindo legisladores e administradores.

Basta imaginar quão tumultuoso seria a possibilidade inversa, caso os poderes Legislativo e Executivo passassem a interferir de forma mais incisiva nas atividades restritas do Judiciário. Teríamos verdadeira desordem institucional.

É de bom tom ter em mente a incompatibilidade de um Judiciário como “Superpoder”: o equilíbrio institucional existente ocorre porque cada um dos órgãos estatais tem meios e ciência exata de como tratar as matérias a eles destinados. Quando o Legislativo aponta as fontes de custeio para novas despesas, o Executivo se utiliza daquela nova permissividade para arrecadar. Cada qual tem a seu dispor o aparato e estudo necessário para que as contas públicas não sejam desequilibradas.

Quando o Judiciário age tomando para si todas estas funções, apenas duas possibilidades podem ser vislumbradas: ou teríamos usurpadas as funções dos outros entes políticos, em clara afronta à democracia, inaugurando verdadeira aristocracia judiciária – instalando uma crise de governabilidade; ou, o que é mais provável, um Poder que instituiria Políticas Públicas disfuncionais, que não alcançaria seus objetivos, pelas variadas razões já aqui demonstradas. Motivos mais que suficientes para se reafirmar que a formulação das Políticas Públicas compete ao Poder Legislativo, reservando-se ao Judiciário a sua avaliação de constitucionalidade.

Por fim, o que deve ser entendido de maneira definitiva é que não existe contradição entre o aumento de participação popular direta e a defesa da democracia participativa. Apenas

uma conceituação engessada e primitiva poderia assim concluir. Neste sentido, Eduardo Appio discorre:

Recorde-se, todavia, que o papel construtivista da Constituição não consiste em uma atribuição exclusiva dos governos eleitos, mas sim, numa tarefa que transcende os limites da representatividade formal e da estrutura orgânica do Estado. Nesse sentido, a democracia participativa não revoga os fundamentos da democracia representativa, mas apenas amplifica os instrumentos de proteção direta deste valor constitucional [...] Não existe um conflito real entre democracia representativa e participativa, já que se trata de conceitos complementares. Ressalvem-se, todavia, os casos em que o próprio constituinte definiu que a regulação de um determinado direito depende de lei, quando estão somente através de um projeto derivado da iniciativa popular, os cidadãos poderão exercer, de forma direta, o poder político. (APPIO, 2012, p. 157)

Portanto, têm-se algumas análises de exceção: no jogo político a participação judicial deve ser restrita, mas nos casos em que chamado não deve se omitir por uma suposta ofensa à representatividade. Somente por falhas na técnica de decisão ou por expressa vontade do julgador se terá uma intromissão em assuntos constitucionalmente afetos aos Poderes Legislativo e Executivo, o que também não pode ser tratado como regra.

Para que os posicionamentos aqui apresentados sejam factíveis, são necessárias algumas complementações quanto à discricionariedade dos magistrados em face aos direitos fundamentais, com a exposição de uma construção técnica que possibilite o máximo de excelência na tomada de decisões, bem como a análise casuística confrontada com um método que, imagina-se, possa homenagear a democracia e a justiça. Temas a serem abordados no próximo capítulo.

### **3 A LEGITIMIDADE DE ATUAÇÃO**

A todos os fatores estudados e demonstrados até o momento, deve-se acrescentar alguns aspectos para que a metodologia da pesquisa tenha congruência científica. Trata-se de uma análise bipartida: em primeiro lugar, não basta apontar como correta ou desejável a interferência judicial nas esferas de atuação dos outros Poderes (sobretudo na atividade administrativa), tampouco alardear que tal sistema funcionou em outros ordenamentos, em locais e tempos distintos, buscando na memória fatos históricos, sob o risco de se desenvolver uma tese ficta ou mesmo uma exposição de notícias, o que não é o objetivo traçado para este trabalho.

Muito além desta hipótese, deve-se detalhar por quais parâmetros a atuação deve pautar-se, já que, conforme se demonstrou, a vontade do juiz e suas convicções pessoais ou visão de mundo não devem ser o marco divisório entre a boa e a má atuação por qualquer dos entes.

É precisamente para este fim que se prestará a primeira parte deste capítulo. Dentre tantas balizas que possam ser consideradas relevantes, o critério escolhido para o desenvolvimento desta ótica foi o da confrontação dos direitos fundamentais com a discricionariedade judicial e administrativa, em uma progressão de peso inversamente proporcional, na qual quanto mais o objeto da demanda se aproxima do núcleo gravitacional, menor a liberdade administrativa e maior a possibilidade de atuação judicial quando do descumprimento das determinações legais e constitucionais – aspectos que serão devidamente detalhados no momento oportuno.

A outra metade da proposição refere-se ao resultado das decisões judiciais em matéria política – sempre lembrando que o critério estabelecido no começo deste estudo para a definição de “política” foi o mais amplo possível, coincidindo com os macrointeresses da população, o que eventualmente poderia resultar em falsos atritos de competência na atuação dos poderes, se esta demarcação for pautada pelo clássico engessamento da tripartição, matéria esta já longamente debatida em momentos anteriores.

Em linhas gerais, a tese de legitimidade por satisfação de demandas estabelece que uma atuação omissa ou ativista exacerbada não tocara o núcleo do problema social, e este eventualmente voltaria a ser discutido judicialmente, ao passo que uma decisão acertada, legítima e que não desrespeite os princípios democráticos tenderia a solucioná-lo, reduzindo de maneira significativa as ações naquele sentido, ou pelo menos serviriam de antecedente para futuras pelepas fundadas em bases semelhantes. A efetivação prática e científica deste raciocínio é o objeto a ser testado nos tópicos que se seguem.

### **3.1 Direitos fundamentais e discricionariedade na interpretação judicial**

É plausível a afirmação no sentido de que a clássica divisão entre as funções estatais deram lugar a um sistema cooperativo em prol da efetivação dos direitos fundamentais. A composição de freios e contrapesos não deve ser vista como ferramenta de embate entre os titulares do poder político, mas uma reinterpretção de cunho colaborativo que tem o cidadão e a comunidade como destinatários.

Contudo, conforme já se afirmou, não interessa apenas deslocar o abuso de poder de uma figura para outra, mas sim descontinuí-la. Por isso, a abusividade do Poder Executivo não deve passar ao Judiciário. Ocorre que toda atividade judicial comporta, em menor ou maior grau, a interpretação, e no mesmo passo que se possa afirmar que este é um aspecto positivo para a sociedade, já que o julgador sempre buscará a forma de melhor adequar as regras para os fins de prosperidade institucional e social, deve-se ter certa cautela para se perceber que geralmente a efetivação de direitos para uma das partes em litígio implicará limitações ou obrigações para a outra e que quanto maior a liberdade interpretativa do aplicador, mais a mercê de seus valores estará o jurisdicionado.

Neste sentido, conquanto se possa (e deva) admitir que toda atividade interpretativa traz consigo um grau maior ou menor de criação, interessa saber também quais ou parâmetros que nortearão este desenvolvimento, de modo que se possa aferir com bases mais sólidas a legitimidade de cada ato, e questioná-lo nas instâncias próprias, o que, a depender do caso, pode ser a própria fonte emissora da ordem.

O ato de interpretar, então, não se contraporia ao ato de criar; muito pelo contrário, o primeiro abrangeria necessariamente o segundo. Cappelletti admite, porém, que o reconhecimento da inevitabilidade de algum grau de criatividade em todo ato de interpretação – ou seja, de um elemento de discricionariedade e, portanto, de escolha – não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. O juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não estaria completamente livre de vínculos, devendo obedecer a limites processuais e substanciais estabelecidos pelo sistema jurídico; a discricionariedade há pouco mencionada não deve ser confundida com arbitrariedade. (CUNHA, 2011, p. 251)

Entenda-se a questão da limitação judicial da seguinte maneira: mais do que indesejável, é verdadeiramente inconcebível uma atividade judicante presa em bases por demais engessadas. Ao contrário do que se possa imaginar, isto guarda relação mais com a natureza política dos magistrados do que com técnicas interpretativas. (RODRIGUEZ, 2013, p. 177)

Atividades políticas devem ter marcos, ou “pontos âncoras” das quais não devam se distanciar, norte a ser seguido, mas não um manual técnico. Basta uma reflexão no sentido de que se assim fosse, o Poder Judiciário se confundiria com um órgão executor da vontade anterior do parlamento, já que esta seria a única legítima. Entretanto, conforme já se demonstrou por diversas vezes no estudo, também os poderes legislativo e executivo encontram alguns limites no sistema – afastando-se momentaneamente do foco para uma exemplificação mais clara, recorde-se do Princípio de Vedação do Retrocesso no direito internacional, que representa um freio ao agir até mesmo do país como pessoa jurídica

soberana, o que é uma representação de poder muito mais ampla do que aquela representada por cada uma das funções no direito público interno.

Todo esse quadro delineado vem encontrar a ideia seguinte: se, por sua própria natureza, a atividade judicial não pode ser privada de seus movimentos naturais, ela está também adstrita ao sistema, tanto às regras legislativas quanto aos precedentes judiciais. Ainda que se afirme que no direito brasileiro as decisões anteriores não vinculem o julgador da mesma forma que ocorre no direito estadunidense, não se deve jamais ignorar que aqui dispomos de instrumentos que se prestam exatamente ao fim de uniformização da jurisprudência, como os julgamentos de recursos repetitivos, apreciação da causa monocraticamente pelo relator, e principalmente as súmulas.

A disposição, e recentemente utilização um tanto quanto incisiva, destes mecanismos demonstram uma tendência de, se não limitar a vontade e o agir individual dos juízes, pelo menos asseverar que a interpretação não pode ser vista como terra sem lei, já que existe um parâmetro a ser seguido. (RODRIGUEZ, 2013, p. 178)

E será neste ponto que a criação do direito pelos juízes vai se diferir daquela perpetrada pelos legisladores, já que as limitações individuais para estes serão bem menos marcantes do que para aqueles, mas, além disso, a necessidade de fundamentação, que no caso do judiciário não poderá se apoiar, como regra, nas mesmas balizas das quais desfrutam os membros do parlamento, já que a eles é autorizado uma liberdade maior, pois se está a discutir o direito em sua forma mais primária. A hermenêutica, entretanto, não pode ser vista como um instrumento para se desviar deste fim, já que ele não implica impossibilidade de atuação, mas apenas demarca os meios a serem seguidos.

Nessa linha de pensamento, o elemento distintivo da atividade jurisdicional não estaria relacionado com a falta de criatividade, mas sim com sua passividade no plano processual. Haveria, portanto, limites processuais que determinam a natureza da função jurisdicional e constituem uma fonte de legitimação diversa dos poderes políticos (fazem o processo jurisdicional de criação do direito ser diferente do legislativo), quais sejam: a conexão da atividade decisória com as partes dos casos concretos; a imparcialidade (o juiz deve estar livre de pressões externas); princípio do contraditório (oportunidade de defesa das partes, isto é, oportunidade de serem ouvidas por um juiz imparcial); a independência em relação às pressões externas, principalmente de ordem política; princípio da inércia (o juiz precisa ser provocado para realizar suas atividades). (CUNHA, 2011, p. 253)

Então é precisamente este o ponto quando se afirma que existe mais de uma forma de se efetivar a política. Assim como seria inconstitucional e inimaginável algumas atividades judiciais com o grau de influência externa que se tem como natural no parlamento, se apresentaria igualmente ilógico a proposição de leis direcionadas para alguns sujeitos, em

descumprimento ao seu caráter necessariamente genérico e abrangente. Também é parte indissociável do processo legislativo a parcialidade, já que, como voz do povo cada setor do Congresso representa os interesses de parte da sociedade, premissa que, se aplicada ao “mundo jurídico”, ensejaria, no mínimo, a anulação do ato. (RODRIGUEZ, 2013, p. 183)

Mas o que realmente importa para a continuidade do estudo é a percepção que, dentro destas limitações (supramencionados como diferenciações entre os processos criativos) não há motivo racional para se indagar a legitimidade de atuação judicial por ela se dar em searas que supostamente não seriam a sua, já que, como enfatizado à exaustão, não é este o critério. Além disso, como se é de notar, julgadores não podem fugir das raias processuais, e este marco em particular é definido com exclusividade pelo legislador. (ALEXY, 2013, p. 19)

Não existem interpretações possíveis que autorizem um magistrado a descumprir o princípio da inércia, a extrapolar prazos processuais ou toda sorte de matéria de ordem pública. Tanto o é que a lei dos ritos determina que elas possam ser arguidas a qualquer tempo e principalmente em qualquer grau de jurisdição. O que demonstra uma precaução efetiva contra possíveis desmandos que possam ser detectados ante a atitude de juízes que propositalmente (ou não) tentem legislar e criar o direito para além desses domínios demonstrados.

Estes critérios, muito mais que limites, representam a própria identidade funcional do juiz, demonstrando de forma clara para a sociedade o que esperar de cada esfera de poder, para que não se cobre mais ou menos do que cada uma delas possa e deva ofertar.

Apesar de tudo o que foi dito, existem posições fortemente contrárias à possibilidade de criação do direito pelos juízes ainda que esta aconteça dentro dos limites e preceitos demonstrados. (CUNHA, 2011, p. 253) Como é objetivo específico deste estudo demonstrar a possibilidade de um controle judicial que não incorra em afronta à democracia, o enfrentamento a estas questões se mostra necessário, tanto por honestidade intelectual quanto por embasamento científico, já que posicionamentos contrários podem, em grande medida, fortalecer determinadas teses. São três os argumentos mais pontuais neste sentido.

Primeiramente, existe a alegação da incompetência técnica. Por esta linha de pensamento, por mais capacitado que um juiz possa ser, e por melhor que tenha sido a sua formação jurídica, ele não tem condições de, por conta própria, desenvolver as pesquisas necessárias à criação da norma mais adequada para o caso concreto. O conhecimento da jurisprudência e da doutrina seria insuficiente para abarcar toda a complexidade que uma demanda de massas apresenta, sobremaneira quando estiverem em jogo problemas sociais,

econômicos e políticos de alta patente, devendo-se, ainda, considerar que a reprodução daquela decisão terá efeito em inúmeros titulares do mesmo direito.

Além disto, os membros do Poder Judiciário geralmente não dispõem dos recursos, humanos, técnicos e financeiros que os integrantes do Executivo e Legislativo contam, com seus ministérios e comissões para efetivar pesquisas e levantamentos aprofundados sobre diversas matérias. Um dos exemplos mais simples e claros neste sentido de problemas sociais “policêntricos” seria a determinação por um juiz do quantitativo do salário mínimo em todo o território nacional. Neste caso, por tentar fazer seguir um ordenamento constitucional, o julgador poderia comprometer toda a rede de direitos sociais interligadas, justamente por não ter o conhecimento da extensão das consequências do seu decisório. E observe-se que este ponto, apesar de guardar algumas semelhanças com a reserva do possível, estudada no primeiro capítulo, trata de outra questão, pois não se está a abordar exatamente a escassez de recursos, mas as consequências práticas e em cadeia de uma única decisão.

Este argumento, conquanto de força inegável, por demonstrar um cenário de verdadeira desordem institucional, não pode ser levado ao extremo. Em uma contraposição simplória, poderia ser exposto o fato de que os demais poderes já deram demonstrativos de sobra de incapacidade institucional, não conseguindo prever os resultados de sua decisão. Entretanto, a política não deve ser medida por baixo, e não seria recomendável se adicionar mais um elemento de incerteza a uma equação que tem o desequilíbrio quase como regra.

Melhor que isso seria a delimitação de certas matérias como exclusivas do Congresso; ou, ainda mais efetivo, a confecção de colaboração entre órgãos, nos quais as decisões precisariam de alguns elementos de injunção para que produzissem seus efeitos com plenitude (e a este respeito será apresentada decisão recente do Supremo Tribunal Federal no próximo tópico). Em sede de propostas acadêmicas, seria ainda possível a indicação de uma instrumentalização melhor e mais efetiva ao Poder Judiciário, mas isto talvez esbarrasse na questão de saber se é desejável que cada um dos entes goze de tamanha independência instrumental, já que o Estado é um só e tal descentralização pudesse ser contraditória em relação ao postulado da interdependência administrativa.

O segundo ponto diz respeito ao argumento da legitimidade democrática. Neste particular, considera-se que por vezes a vontade de certas minorias não encontra a devida representatividade no âmbito das casas legislativas, mas isto não significa propriamente uma falha democrática, já que a vontade da maioria é inerente a este sistema de governo, e o bem-estar da coletividade acaba se sobressaindo. Ainda que dentre os representantes se tenha ciência de certos desejos minoritários, é cientificamente impossível atender a todos. Em outra

ponta temos a detecção de que atividades poderosas de *lobbie* podem tornar o legislativo refém de seus desígnios. Ambos os fatos não elementos inafastáveis da democracia. O remédio para tanto, o controle judicial de constitucionalidade, sofreria de falta de legitimidade por duas perspectivas distintas. Primeiramente por os juízes não serem eleitos, estariam tomando decisões contra-majoritárias, indo de encontro à vontade popular expressa mediante a atividade legiferante. Em segundo lugar, os autores das decisões não podem ser responsabilizados politicamente por seus atos, tampouco destituídos de seus cargos por esta via, ao contrário do que pode ocorrer com todos os demais atores políticos em casos semelhantes. (CUNHA, 2011, p. 258)

Esta é uma das questões mais sensíveis quando se trata do controle judicial, pois põe em cheque a própria existência material da democracia, já que um entendimento equivocado de tal discussão pode significar retirar da vontade popular um peso que é inegociável. Por se tratar do tema mais recorrente neste trabalho e ter sido abordado em diversas outras oportunidades, neste momento apenas se indicará os tópicos que podem, se não anular, ao menos relativizar esta preocupação. Primeiramente, conforme já se abordou, o voto direto não é exatamente a fonte de legitimidade dos membros do Poder, e mesmo que juízes fossem eleitos, sua atuação seria praticamente idêntica ao que se apresenta atualmente. Em segundo lugar, ainda que a democracia seja, em diversos aspectos, um sinônimo de vontade majoritária, já se informou em diversas passagens que isto não pode ser utilizado para esmagar vontades minoritárias ou sem representação. Por último, é inconcebível um sistema onde todas as decisões passem pelo escrutínio popular, afinal, o sistema é representativo e não de atuação direta da população (com as exceções apontadas na constituição). (RODRIGUEZ, 2013, p. 183)

Também se pode argumentar que se o principal receio de quem se postula contra a atuação judicial nos planos administrativo e legislativo é justamente o de posicionamentos excessivamente políticos e pouco técnicos, é fácil imaginar que se magistrados tivessem de prestar conta às urnas de tempos em tempos se observaria um desrespeito maior à técnica com vistas à tomada de decisões populistas e espetaculares que angariariam mais votos.

Um modelo misto e que funciona bem em alguns sistemas, como o estadunidense, seria o de deixar algumas questões fundamentais para a votação direta, já que o que se observa diversas vezes é que o legislativo não se aventura em determinadas áreas justamente por temer a repercussão das decisões tomadas, deixando a palavra final para as Cortes Superiores – e aqui se tem mais uma vez a evidência de como a prestação de contas políticas dos membros do judiciário não funcionaria, já que seria apenas mais uma instância a temer

pelas consequências da decisão. Então, este insulamento político do Poder Judiciário se presta não apenas a proteger os juízes de pressões de outros titulares do poder, como também a formação de maiorias de ocasião.

Por fim, há o argumento da imprevisibilidade. De acordo com esta linha de pensamento, quanto mais os juízes se afastam das fontes primárias do direito, mais se corre o risco de as decisões serem prejudiciais à população e também injustas. Assim, só se pode falar na existência de um Estado de Direito propriamente quando é ofertada segurança e previsibilidade às pessoas, e a inovação judicial seria justamente a antítese disto, retirando-se qualquer possibilidade de planejamento. Além disso, tem-se uma violação ao princípio da anterioridade, já que a “nova norma” aplicada pelo juiz, e que somente nasceu com sua interpretação, não existia no momento que a pessoa praticou o ato, retroagindo para prejudicá-la no momento da sentença. Por melhor que possa parecer a intenção do julgador ou a técnica hermenêutica empregada, o sistema jurídico precisa fornecer às partes uma verdadeira pauta de condutas, para que seja possível o já mencionado planejamento (CUNHA, 2011, p. 260). No mais, a insegurança se potencializa pelo número de fontes emanando comandos diversos daqueles previstos nas leis.

Na verdade, o que ocorre é que, com o advento da “era dos princípios constitucionais” – consequência não apenas do surgimento de novos textos constitucionais, mas, fundamentalmente, decorrentes de uma revolução paradigmática ocorrida no direito -, parcela considerável da comunidade jurídica optou por os considerar como um sucedâneo dos princípios gerais do direito ou como “suporte dos valores da sociedade” (o que seria isso, ninguém sabe). (STRECK, 2015, p. 106)

Esta argumentação de retroatividade maléfica contém algumas questões que merecem ser comentadas. Primeiramente, a comparação entre a retroatividade de uma lei com uma interpretação judicial de uma norma preexistente requer, de certa maneira, uma criatividade demasiada. Mesmo os mais radicais adeptos da vinculação judicial aos termos expressos na lei concordam que não há atividade judicante sem algum grau de interpretação. A solução inviável para isto seria a completa abolição da hermenêutica jurídica, o que causaria um problema ainda maior, já que leis são necessariamente gerais e abstratas e dificilmente se encaixariam com perfeição nos casos concretos, sendo justamente esta a função principal do julgador. Além do mais, esta crítica não seria limitada ao controle judicial de atos da administração, mas para todo e qualquer provimento do Poder Judiciário. Deve-se ainda ressaltar que para a suposta problemática referente a uma interpretação irrazoável do direito, o sistema conta com recursos que se prestam justamente a corrigir estes feitos, o que se faz, em

regra, por órgãos colegiados, exatamente para se evitar que a revisão excessivamente inovadora de um só julgador possa comprometer a aplicação mais adequada do direito. (RODRIGUEZ, 2013, p. 177)

Quanto à questão dos princípios constitucionais tornarem-se sucedâneos dos princípios gerais do direito, não se entende tal constatação propriamente como um problema, já que menção a princípios do direito soa ainda mais abstrata, atribuindo mais liberdade de interpretação para zonas não controláveis da cognição do julgador. Os princípios constitucionais, por outro lado, remetem a uma norma que deva estar, ainda que minimamente, calcada no texto constitucional, representando verdadeira evolução em relação a um agir completamente desobrigado de fundamentação. (ALEXY, 2013, p. 20)

Então o estudo das formas pelas quais as interpretações se tornam legítimas dentro do Estado de direito, bem como a contensão de eventuais abusos, é não apenas uma conveniência acadêmica, mas uma problemática própria da manutenção do regime democrático, já que a acusação mais frequente é precisamente neste sentido – ou seja, que a utilização desenfreada e sem medidas tangíveis deste instrumento pode comprometer a segurança jurídica da população.

Por tudo isso – e permito-me insistir nesse ponto –, discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, uma questão de democracia. Consequentemente, deveria ser despiciendo acentuar que a crítica à discricionariedade judicial não é uma “proibição de interpretar”. Ora, interpretar é dar sentido (Sinngabung). É fundir horizontes. E o direito é composto por regras e princípios, “comandados” por uma Constituição. Assim, afirmar que os textos jurídicos contêm vaguezas e ambiguidades e que os princípios podem ser – e na maior parte das vezes são – mais “abertos” em termos de possibilidades de significado, não constitui novidade, uma vez que até mesmo os setores mais atrasados da dogmática jurídica já se aperceberam desse fenômeno. (STRECK, 2015, p. 102)

Com o mesmo afinco demonstrado até o momento tanto para a crítica de um lado da argumentação quanto na via inversa, um esforço deve ser feito no sentido de não se confundir a criatividade jurídica excessiva com o simples descumprimento de expectativas que se tem em relação a determinado julgado. Ou seja, não é porque a decisão não cumpriu exatamente os termos imaginados que ela é ruim ou “ativista”. A não ser por casos bem pontuais, o direito não se desenvolve em uma superfície monocromática, a e zona cinzenta torna-se a regra, sendo possível a interpretação fundada no direito vigente em mais de um sentido.

É evidente que, se o juiz embasar sua decisão no direito vigente (mesmo que ele não se identifique única e exclusivamente com o texto das normas), por mais que certos grupos e interesses possam ser prejudicados com esse resultado, o conteúdo específico dessa decisão não pode ser criticado como “criativo”. De fato, nenhuma

das críticas acima delineadas pode prosperar se se reconhece que o juiz simplesmente aplicou o direito [...] Criticar a “criatividade” judicial é, em última instância, apontar que o juiz está se desviando de sua função – a aplicação do direito. Não basta respeitar as “virtudes passivas” procedimentais: é necessário fundamentar – cada decisão em decisões anteriores. Se uma decisão específica foi fundamentada no direito, todas as possíveis críticas e acusações normalmente ligadas ao rótulo de “criatividade” perdem sua força, deixando possivelmente exposto o seu teor ideológico (isto é, critica-se a decisão como “criativa” pelo simples fato de que não se concorda com o seu conteúdo). (CUNHA, 2011, p. 264-265)

Antes mesmo de detalhar a forma com a qual se pretende balizar as decisões administrativas, um aspecto formal, já palidamente apresentado merece tonalidades mais marcantes: a necessidade de publicidade da fundamentação das decisões jurídicas. É evidente que não existe instrumento capaz de externar todas as motivações que presidem a tomada de decisão por parte de um julgador, já que se trata de domínio psicológico inalcançável aos demais. Entretanto, o juiz, ao exteriorizá-las, deve ser capaz de convertê-las em regras e princípios positivados ou de reconhecimento e aceitação geral. Se as motivações de ordem pessoal como ideologias, visões religiosas ou políticas não passarem por esse filtro, pode-se afirmar que se está diante de uma decisão carente de legitimidade democrática. (ALEXY, 2013, p. 39)

Logo, percebe-se que a justiça da decisão e sua legitimidade encontram-se no processo de tomada e não especificamente no resultado. Pensar de maneira diversa equivale a anular a possibilidade de um ato decisório correto, pois do ponto de vista das partes envolvidas em determinado litígio, quase sempre se teria a injustiça para um dos lados, e a percepção não deve ser essa. Ainda que se trate de um dispositivo do qual não se concorde com a aplicação dada ou com a interpretação, se estará diante de um ato judicial acertado quando não for possível detectar falhas formais ou fundamentações estritamente pessoais.

Nesses moldes, a “criatividade judicial” só pode ser compreendida como inovação justificada a partir das fontes do direito aceitas pela sociedade. Uma decisão “criativa” que se justifique com argumentos fundados no direito vigente não pode ser criticada por ser “ilegítima” ou “imprevisível” – pois o juiz não teria feito nada além do que exatamente se espera dele num regime democrático de direito. (CUNHA, 2011, p. 271)

Uma observação deve ser feita, em prol da tese que será confeccionada posteriormente neste trabalho. Muitas decisões taxadas negativa ou positivamente como ativistas poderiam não sê-lo se houvesse uma visão mais ampla do ordenamento jurídico e um conhecimento mais aprofundado dos direitos fundamentais, tanto por parte dos juízes e demais aplicadores do direito (Ministério Público, Defensorias, etc.) quanto por parte dos destinatários destas

garantias. É que o sistema judicial não se exaure nas leis ordinárias e complementares que se prestam a regulamentar a Constituição. (CUNHA, 2011, p. 272)

No Brasil, os tratados internacionais de direitos humanos podem gozar de status ainda mais elevados que as leis comuns, e esta posição privilegiada não deve ser entendida como mero adereço argumentativo.

CF/88. Art. 5º

[...]

Inciso LXXVIII

[...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, **serão equivalentes às emendas constitucionais.** (Grifo nosso)

Isso vem a significar que em conflitos diretos com leis que restrinjam de alguma forma direitos da população, o juiz poderia, antes de apelar para uma elasticidade hermenêutica, consultar a vasta gama de novos direitos das quais o país é signatário, afastando, deste modo, quaisquer discussões a respeito da legitimidade de suas decisões, já que, se proceder desta forma, se estará decidindo com base em norma de envergadura constitucional, inexistindo, portanto, fonte de legitimidade democrática mais profunda e ampla que esta. (COMPARATO, 2010, p. 13)

Finalmente chega-se ao ponto no qual a argumentação apresentada encontra a técnica a ser fornecida como instrumento garantidor de sua plena execução: os direitos humanos fundamentais. O planejamento traçado a partir deste ponto, entenda-se, não é uma fórmula que se presta especificamente a legitimar toda e qualquer atuação judicial, independentemente do seu sentido. Pelo contrário, tentar-se-á demonstrar como são justamente os direitos fundamentais que devem guiar a atividade de cada um dos atores políticos disciplinados pela constituição federal, e que, nesse ponto, eles são iguais.

Conforme já disposto algumas vezes, os direitos fundamentais são inegociáveis na sua existência, ainda que não o sejam de forma absoluta na execução, já que para tudo a casuística garantirá a demonstração de alguma exceção. (BOITEUX; FERNANDES, 2010, p. 167)

Afirmar que os três poderes encontram nos direitos fundamentais um ponto em comum, significa também afirmar que a medida é a mesma para todos, pois o agir de cada um deflui no sentido direito/atuação/cidadão, e não o contrário. Ou seja, não existe um direito a ser respeitado pelo judiciário, outro pelo executivo e um terceiro para o legislativo. A matéria

por eles tratada é exatamente a mesma, e tal constatação tem o condão de relativizar de modo significativo o preceito da área privativa de cada detentor das funções estatais – ainda que, evidentemente, com isso não se queira afirmar que a divisão é inócua. (BOITEUX; FERNANDES, 2010, p. 168)

Uma primeira dificuldade pode ser observada, neste sentido, já que em determinados ordenamentos jurídicos, como o alemão, a definição de quais são os direitos humanos fundamentais é explícita, o que não ocorre no Brasil.

Entretanto, o fato de não haver uma definição expressa por parte do constituinte não afasta o fato de haver previsão inequívoca quanto à proteção de seu conteúdo (ainda que esta afirmação possa soar contraditória em uma análise mais desatenta): “CF/88 Art. 60, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”.

Ainda nesta fase de decisão, uma última diretriz a ser observada pelo intérprete diz respeito ao núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Como se sabe, a ideia de núcleo ou conteúdo essencial foi introduzida em várias constituições contemporâneas como uma forma de proteger os direitos contra a ação do legislador e também, de certa forma, do aplicador do direito. Mesmo onde não há uma previsão formal nesse sentido, como no Brasil, entende-se que os direitos fundamentais não podem ser restringidos (pelo legislador ou pelo juiz) a ponto de se tornarem invólucros vazios de conteúdo, sobretudo em sistemas onde desfrutam de status de cláusulas pétreas. (BARCELLOS, 2005, p. 139-140)

A proteção que deve ser conferida ao núcleo essencial dos direitos fundamentais diz respeito tanto às atitudes do legislador como às do aplicador do direito - e obviamente do administrador, que não é citado expressamente por não produzir direito propriamente.

De forma conjunta à previsão e definição de qual venha a ser exatamente este núcleo e seus contornos, aceita-se também a limitação do “usufruto” de tais direitos, sobremaneira quando se está diante de conflitos, aparentes ou reais, deles entre si ou entre eles e enunciados que consagram fins coletivos. (BOITEUX; FERNANDES, 2010, p. 170)

Então uma norma de atuação para a administração pública em geral (no sentido de “poder público”, de forma ampla) vem a ser o respeito imanente ao sentido essencial dos direitos fundamentais, ou seja, não se pode atuar de maneira a relegá-los à categoria de invólucros vazios de conteúdo.

Em uma primeira explanação, pode-se considerar que o abuso de direito sempre vai estar ligado, direta ou indiretamente à ofensa a este núcleo essencial, porquanto se trata das garantias mais relevantes ao indivíduo e à coletividade.

De igual modo, o respeito a este núcleo de direitos representa também uma barreira ao intérprete do direito, que não poderá conferir à norma sentido que destoe de tal forma a anular ou diminuir de modo significativo a compreensão da mesma. (BOITEUX; FERNANDES, 2010, p. 171)

Para a compreensão do que venha a ser especificamente este núcleo de direitos essenciais, existem duas teorias principais: a do núcleo duro e a do núcleo flexível. A primeira compreensão defende que o núcleo de cada direito tem como correspondente um conteúdo normativo que jamais poderá sofrer restrições ou relativizações, devendo ser delimitado em abstrato para cada direito. Deste modo, antes mesmo de o intérprete começar o seu trabalho de ponderação, saberá de antemão quais aspectos do direito são intocáveis, devendo se pautar a partir dali. Esta concepção recebe algumas críticas, principalmente pelo fato de esse núcleo duro não se encontrar determinado em lugar algum, sendo, portanto, impossível que o aplicador do direito possa se guiar de modo inequívoco, além do que, existe uma desvalorização dos aspectos dos direitos que se encontram fora do núcleo.

Já as teorias relativas vão no sentido imediatamente oposto a este, sustentando que não há como se afirmar de antemão o que compõe esse núcleo, o que somente seria possível após a ponderação no caso concreto. É impensável, desta forma, a determinação abstrata de conteúdos imunes a restrições, o que será feito apenas de acordo com a casuística. O pensamento que confronta esta tese afirma que ela vem a esvaziar a própria função de existência a que a ideia de núcleo essencial se presta, já que deixa ao acaso a sua determinação, não havendo direitos inegociáveis. (BARCELLOS, 2005, p. 143)

Cada uma dessas concepções apresenta uma problemática de ordem prática para o fim de delimitação da ponderação em relação aos direitos. A flexível, por praticamente esvaziar o conceito, deixando ao intérprete ou ao aplicador a sua definição posterior – o problema disso, levando em conta que o titular de qualquer dos poderes pode ser considerado intérprete ou aplicador, para estes fins, é que a sua justificativa final poderá ser tão somente que o seu ato respeitou a sua concepção daquilo que é essencial, e tudo o mais que foi ignorado não fazia parte do núcleo.

Para se contemplar porque não se limita esta hipótese apenas ao julgador, basta imaginar qualquer ato da administração pública que não regulamentou ou executou um direito como deveria, ou uma lei claramente inconstitucional que evidentemente não amparou todas as necessidades e requisitos dispostos na Constituição Federal como indispensáveis para a concretude daquele mandamento.

Já a ideia do núcleo duro, como já dito, ignora a inexistência de uma tabela à disposição de todos com a fórmula expositora de quais são os aspectos essenciais dos direitos, assim como negligencia os fatores históricos e as mudanças sociais e políticas que dão novos tons para os direitos, mesmo quando não há mudança textual na norma (lembre-se dos conceitos abertos do direito penal, da legislação trabalhista, e mesmo em ramos específicos de proteção na própria constituição).

O que se acaba de registrar, porém, não significa que a impossibilidade de se atingir o ideal das teorias absolutas condene o intérprete e os jurisdicionados às teorias flexíveis ou relativas. É perfeitamente possível e desejável, por meio da reflexão abstrata e/ou do estudo e tabulação dos precedentes judiciais, que a doutrina se ocupe de construir os sentidos próprios de cada direito, propondo parâmetros ou Standards específicos capazes de identificar o que deve ser considerado como prerrogativa essencial de cada direito, o que pode sofrer restrição, em que circunstâncias isso pode acontecer, dentre outros elementos necessários para a compreensão mais precisa dos direitos. Esse esforço hermenêutico contínuo não produzirá um núcleo duro nem permanente ou não-histórico, mas fornecerá um núcleo suficientemente consistente para funcionar como limite à atuação do intérprete e proteger em alguma medida os direitos fundamentais de ações arbitrárias e abusivas. (BARCELLOS, 2005, p. 145)

Como se é de notar, barreiras empíricas não representam e nem devem representar limitações para o desenvolvimento da doutrina. O fato de não ser possível chegar a um “trânsito em julgado acadêmico”, em nada desvaloriza a pesquisa científica no sentido do aperfeiçoamento de institutos que tem em seu epicentro estruturas e objetos naturalmente mutáveis.

Deste modo, reconhecer que não há forma completamente segura e blindada de erros de se definir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais não implica, sob quaisquer prismas de observação, relegá-los à maré de incertezas e distorções da práxis jurídica. (BOITEUX; FERNANDES, 2010, p. 170)

O que se observou até este ponto, entretanto, foi a filosofia e o estudo da hermenêutica no sentido de conferir-lhe mais ou menos confiabilidade, um índice maior ou menor de legitimidade em relação aos direitos e à vontade popular. Seguir por este caminho mostrar-se-ia infrutífero para o desenvolvimento das colaborações técnicas que se pretende neste trabalho.

Isso porque mesmo após se definir qual o núcleo de todos os direitos essenciais, ainda restariam algumas dúvidas razoáveis, dentre as quais, como se garantir este ou aquele direito em especial, sem que a técnica efetivada não venha a confrontar de forma irrazoável o princípio da democracia representativa? Este questionamento persiste pelo fato de que o

garantia material por si só não é suficiente para assegurar a justiça da aplicação. Assim sendo, o esforço implementado a partir de agora tem exatamente este propósito: delinear de forma clara os caminhos pelos quais o juiz deve seguir para que sua decisão seja resguardada pela legitimidade democrática. (BARCELLOS, 2005, p. 145)

Primeiramente, considere-se que os direitos não têm peso igual entre si. Quanto mais profunda a essencialidade, maior o seu “peso gravitacional”. Obviamente tal delimitação poderá causar certa discussão, pois para cada indivíduo ou grupo de indivíduos um direito pode ter uma importância diferente, a depender também da necessidade e circunstâncias pessoais. A este respeito, duas observações: primeiramente não se deve confundir a percepção de necessidade de um direito com a sua essencialidade. Se questionado a pessoas de classes mais abastadas de países desenvolvidos sobre qual direito mais prezam, a resposta provavelmente girará em torno de acesso a informações por meios tecnológicos, ou mesmo a um governo livre de corrupção. Este posicionamento, em grande medida, só ocorre porque outras necessidades mais básicas de subsistência já foram atendidas. O mesmo questionamento feito em época ou local diverso teria grande probabilidade de ser respondido de forma diversa, como, por exemplo, por pessoas sem acesso a água ou moradores de zonas de guerra.

É natural que se pense que nesses casos do exemplo acima a essencialidade de cada direito muda de acordo com a necessidade. Mas esta é uma noção equivocada. A percepção apenas mudou devido à escassez em uma realidade, e à abundância na outra. A condição de existência humana é a mesma para todos.

A segunda observação consiste no fato de que os direitos relacionados diretamente à vida e à liberdade evidentemente terão um peso maior, pois é a partir deles que se ramificam os demais. Não existe interpretação razoável que permita conferir prioridade ao lazer, por exemplo, em detrimento da saúde. Só se desfruta daquele quando se tem esta em plenitude.

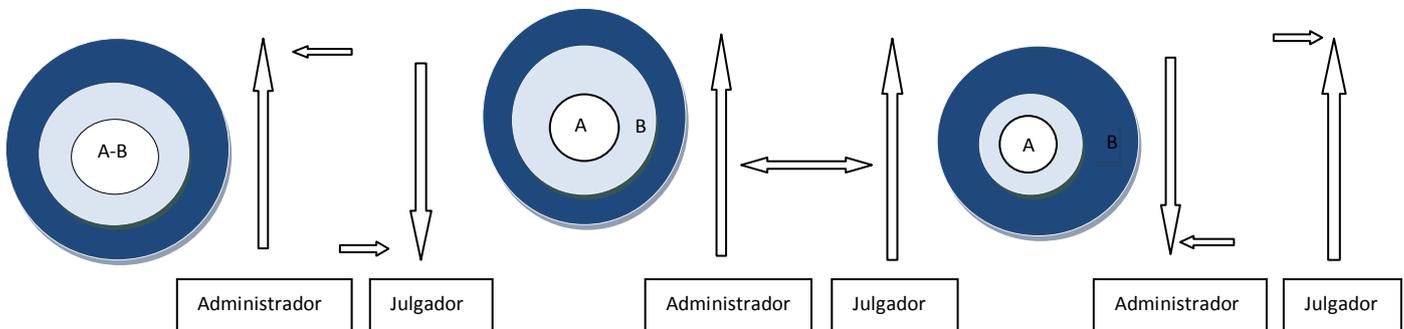
Seguindo por esta linha, pode-se assumir que os direitos de maior peso gravitacional são: vida, liberdade, saúde, segurança, moradia e infraestrutura.

Os direitos com peso gravitacional médio são aqueles ligados à educação, trabalho, instituições públicas funcionais que possibilitem o desenvolvimento humano e econômico. Por fim, os direitos ligados à cultura, lazer, meio ambiente equilibrado, acesso a informações públicas, etc.

Novamente repise-se que esta classificação não retira a importância de quaisquer direitos, mas são escalonados em planos, pois na falta dos primeiros, perde-se todo o sentido em se tentar proteger os demais.

A importância da definição do peso gravitacional se dá pela seguinte proposição: dentro do primeiro nível, a liberdade de escolha do administrador (ou do legislador) é plena. Isso significa que ao escolher direcionar os recursos limitados (ou disciplinar uma garantia constitucional, no caso do legislativo) para o direito A em detrimento do direito B, quando ambos estão situados na mesma esfera de gravidade, não há falar em inconstitucionalidade ou abusos de poder. A possibilidade de atuação jurisdicional no controle de políticas públicas é inversamente proporcional à liberdade do administrador, ou seja, quanto maior a liberdade deste, menor a daquele.

Quanto mais um direito se afastar do núcleo gravitacional, menos liberdade de atuação terá o administrador, sendo, conforme a fórmula ora exposta, maior a possibilidade de atuação judicial. Assim, na escolha entre os direitos A e B, quando A está situado no núcleo máximo, e B no intermediário, tem-se um nível de liberdade de atuação médio para ambos, tanto o julgador quanto o administrador, devendo cada caso ser analisado de forma individual para a definição da correção do ato político. E evidentemente, quando um dos direitos está no polo máximo de gravidade e o outro no mínimo, a vinculação do administrador será total, ou seja, sua liberdade é mínima, e a do julgador máxima. Conforme o esquema:



Legenda:

Círculo branco – Força gravitacional máxima.

Círculo azul claro – Força gravitacional intermediária.

Círculo azul forte – Força gravitacional mínima.

Observada a confecção inicial deste método, avança-se para a questão da decisão em si. Mesmo que se esteja a enfrentar um caso em que a liberdade do julgador seja máxima, não lhe é permitido, em hipótese alguma, agir como legislador ou como administrador. Mesmo que se imagine um caso de flagrante abuso por parte dos outros poderes, a técnica judicial deve permanecer no seu *modus operandi* típico. Tome-se então, como exemplo um caso em que determinada municipalidade investe recursos destinados à saúde ou à educação (direitos de gravidade máxima) na construção de praças ou parques, para promover o bem-estar e o

lazer (direitos de gravidade mínima). Segundo a proposta apresentada, o administrador agiu de forma injustificável, pois ignorou comandos legais e constitucionais que determinavam a remessa das verbas para aqueles primeiros direitos. Ainda assim, o juiz, ao analisar o caso, jamais poderá determinar por conta própria a construção dos leitos que entende necessário ou das escolas para atender à população. A forma mais acertada de atuação seria, mediante os instrumentos processuais cabíveis, “engessar” os atos daquela administração, congelando recursos, condicionando a sua liberação à execução dos direitos de maior urgência.

Observe-se que não existe nenhum critério científico que permita afirmar que a decisão ou escolha do juiz vá ser mais racional ou acertada que aquela tomada pelo administrador. Por isso mesmo se faz necessário o desenvolvimento deste modelo, no qual o magistrado não toma como fator decisivo essencial a sua concepção de mundo, mas sim a vontade expressa na lei e na Constituição (com a ressalva sempre presente que haverá discussão na tabulação destes direitos).

De forma complementar a esta formulação, deve haver um critério que permita aferir o sucesso ou não da decisão judicial, tendo-se como parâmetro a comunidade, já que é ela a destinatária final quando a controvérsia gira em torno de políticas públicas. Pode-se referir a ele como “eficiência por satisfação de demanda”.

Visualize-se o seguinte: quando a decisão se pautar pela fórmula da “vinculação de direitos por peso gravitacional”, e pelo modo de agir delineado, ela terá sido legítima do ponto de vista democrático. Quando não, há duas possibilidades: ou ela foi excessivamente ativista ou foi omissa. Em ambos os casos, imagina-se que o problema persistirá. No caso da omissão, pois o problema não foi sequer atacado. Já na decisão ativista, a questão foi apenas maquiada, já que o ponto central era a má administração e a falta de resposta e controle da população. Nestas duas hipóteses, é razoável imaginar que mais demandas naquele sentido e objeto semelhante retornarão aos tribunais cedo ou tarde, pelas mais diversas instâncias de proteção da sociedade.

Contudo, quando a decisão atingir o “ponto ótimo”, se pautando pelos critérios apresentados, pode-se acreditar que haverá uma diminuição significativa das demandas naquele sentido, ou pelo menos que casos futuros tenham naquela resolução um paradigma a ser seguido, por sua conformidade com a democracia e justiça.

### 3.2 Análise jurisprudencial

Para uma melhor exposição dos critérios apresentados no último tópico, inclusive para o enfrentamento empírico do mesmo, serão analisadas neste momento algumas decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal.

Os acórdãos escolhidos resumem as questões levantadas ao longo do trabalho, pois dizem respeito a temas da política ampla, à qual se fez referência inúmeras vezes, ou seja, problemáticas que tocam diretamente o interesse da coletividade e que só podem ser resolvidos pelo poder público, ao mesmo tempo em que tiveram a participação decisiva do Judiciário.

O lapso temporal escolhido para tanto foi os últimos seis anos, pois, desta forma, tem-se ainda bem marcado o pensamento do órgão de cúpula do judiciário brasileiro, já que a composição dos membros em grande parte é a mesma, não sendo remotos a ponto de se afirmar que estes ou aqueles posicionamentos já se encontram superados; ao mesmo tempo em que têm uma distância razoável do momento presente, sendo possível se observar os seus efeitos. (OLIVEIRA, 2011, p. 59)

A análise perpetrada aqui se pautará por uma busca ampla da legitimidade democrática, tendo os critérios apresentados como norte, mas não como um filtro exegético. Dada a complexidade das questões, seria precipitado e inconsequente pensar que tudo se resumiria à proposição formulada. Poucas (ou nenhuma) classificações no direito conseguem abraçar todos os pontos da realidade dos fatos, o que em nada difere da proposta ora tecida. (OLIVEIRA, 2011, p. 115)

A primeira delas diz respeito à demarcação das terras indígenas. Temática de profunda importância, já que em um só passo toca na definição de identidade de um povo, memória histórica, segurança, vida, moradia, propriedade, dentre outros. Este talvez seja o mais emblemático caso no qual a atuação de qualquer dos poderes de forma isolada seria insuficiente para se dirimir a lide, já que as garantias constitucionais, somadas às disposições legais ordinárias não passam da superfície da discussão.

Posteriormente, será sumariamente mencionado um caso semelhante, apenas para fins de comparação do primeiro, no sentido da exigência exposta no tópico anterior: teria a primeira decisão sido democraticamente legítima, a ponto de servir de precedente para as demais?

Todas as análises se baseiam no voto vencedor, por questão de escolha metodológica.

- Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol

*1. Ementa:*

Processo: Pet 3388 RR  
 Relator: CARLOS BRITTO  
 Julgamento: 03/04/2009

AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.

*2. Aspectos Relevantes:*

- Inexistência de vícios no processo administrativo demarcatório.

Neste item, o tribunal se limitou a declarar que o procedimento administrativo da demarcação observou as regras do Decreto nº 1.775/96, todas já declaradas constitucionais no Mandado de Segurança 24.045, cujo relator foi o Ministro Joaquim Barbosa. Assim sendo, houve respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Por fim, declarou-se que “a demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é ‘ato estatal que se reveste da presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade’ (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello)”, afirmando-se que não se comprovou as fraudes alegadas pelo autor.

- O significado do substantivo “índios” na Constituição Federal.

A interpretação dada ao termo “índios” na Constituição Federal foi no sentido de exprimir a diferenciação entre as várias etnias de aborígenes, retratando as diversidades interétnicas e intraétnica, definindo assim a extensão da proteção constitucional.

- As terras indígenas como parte essencial do território brasileiro.

Uma relevante discussão para se definir, neste tópico, a natureza jurídica das terras indígenas (bem público federal), e qual o direito aplicado nessas áreas. Fez-se a demarcação temporal, no sentido de reconhecer que a Constituição de 1988 já nasceu reconhecendo a preexistência dos direitos originários dos índios.

- Necessária liderança institucional da união, sempre que os estados e municípios atuarem no próprio interior das terras já demarcadas como de afetação indígena.

Interpretou-se a vontade da Constituição, como determinante para o convívio entre os entes federados, desde que com a centralidade da União. Reconheceu-se que o modelo de ocupação preserva a identidade de cada grupo étnico, mas também possibilita a abertura para o relacionamento de mútuo proveito com outras culturas.

- As terras indígenas como categoria jurídica distinta de territórios indígenas. O desabono constitucional aos vocábulos "povo", "país", "território", "pátria" ou "nação" indígena.

Definiu-se em que âmbito pode haver a incidência de uma ordem jurídica soberana. Interpretou-se o porquê de a Constituição tratar dos territórios indígenas com a expressão "terras indígenas", e não "territórios", dada a relevância jurídico-política que esses termos trazem consigo, negando a possibilidade de os grupos, organizações, populações ou comunidades indígenas configurarem pessoa federada. Lembrou-se que todas as vezes que a Constituição menciona país, pátria, território nacional, povo etc., refere-se ao Brasil.

- A demarcação como competência do poder executivo da União.

Neste tópico em especial, reconheceu-se que somente à União, por atos do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir o processo de demarcação das terras indígenas. Também se constatou qual a competência do Congresso Nacional sobre a matéria, da forma como disciplinada na Constituição Federal.

### 3. *Decisão*

Prosseguindo no julgamento, o Tribunal [...] julgou-a parcialmente procedente, nos termos do voto do Relator, reajustado segundo as observações constantes do voto do Min. Menezes Direito, declarando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e determinando que sejam observadas as seguintes condições: (i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a fiação, devendo, se for o

caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; (v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI; (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; (xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); (xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e (xix) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento [...] Quanto à execução da decisão, o Tribunal determinou seu imediato cumprimento, independentemente da publicação, confiando sua supervisão ao eminente Relator, em entendimento com o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, especialmente com seu Presidente. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. [...] Plenário, 19.03.2009.

#### 4. Comentários

De acordo com os critérios anotados no tópico anterior, esta decisão do Supremo Tribunal Federal evidentemente não pode ser classificada como omissa, pois o tribunal não se furtou do dever de julgar sob o subterfúgio de se tratar de matéria política. O enfrentamento

foi feito, e independentemente da valoração que se dê à mesma, desta falha em especial, ela não pode ser taxada.

A definição sobre o grau de ativismo se mostra um tanto quanto mais complexa, e deve passar também pelo critério do peso gravitacional desenvolvido anteriormente. Conforme mencionado no início deste tópico, os direitos tratados nesta decisão são, todos eles, de gravidade máxima ou intermediária, havendo, portanto, uma margem muito curta ou inexistente de liberdade do administrador. A conformação com as determinações legais e constitucionais são inegociáveis. Entretanto, a liberdade de atuação do Judiciário também não era ampla, já que a distância entre as possibilidades de atuação eram mínimas.

O que se observou ao longo da fundamentação do voto vencedor foi que o Supremo na maior parte do tempo se limitou a interpretar a Constituição e as leis que regem a matéria, para se verificar se as atitudes da União na demarcação estavam de acordo com os princípios e preceitos do ordenamento jurídico. Neste particular, também não há falar em ativismo exacerbado, pois o que se espera do Poder Judiciário em qualquer decisão é que interprete as leis de acordo com a Constituição, valendo ainda a lembrança de que as determinações das atribuições a cada Poder foi apenas lembrado, fazendo-se expressa referência ao texto constitucional, não se distanciando também o “ponto âncora” tratado anteriormente.

A problemática se instaura, então, na parte dispositiva da decisão e suas determinações. Em uma observação sumária, tem-se a impressão de que o Supremo Tribunal Federal agiu como legislador positivo, por ter feito várias determinações de como os direitos indígenas diretos e correlatos devem ser exercidos posteriormente à decisão. Tal disciplina, pode-se pensar, caberia ao Congresso.

Contudo, ao se estudar de forma mais detida cada item, o que se observa é que a corte fez uma mera sistematização de normas e institutos já existentes, a maioria deles vindo diretamente da Constituição Federal. Nos demais, é de se notar que em nenhum momento se conferiu ao próprio Supremo ou a qualquer outro órgão do Judiciário a primazia da efetivação da matéria (com exceção da supervisão, que obviamente deveria ficar a cargo do Tribunal Regional Federal, por razões processuais). Todas as competências ali fixadas já encontravam fundamento anterior em leis e regulamentos, como exemplo as disposições sobre a FUNAI e as permissões que devam passar pelo Congresso Nacional. Em uma exemplificação bem simples, taxar isto de ativismo seria o equivalente a afirmar que um juiz se excedeu por mencionar na sentença que a fiscalização de trânsito é de competência do município.

Portanto, do ponto de vista formal e procedimental, esta decisão se conforma com os critérios e técnicas estabelecidas no tópico anterior para a verificação da legitimidade

democrática. Já a eficiência temporal pela satisfação das demandas, será verificada na análise da próxima decisão.

## - Demarcação de terras indígenas no Mato Grosso do Sul

### 1. Ementa

Processo: RMS 29087 DF  
Relator: RICARDO LEWANDOWSKI  
Julgamento: 16/09/2014  
Órgão Julgador: Segunda Turma

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO É A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS. PRECEDENTES.

### 2. Aspectos Relevantes

- A Turma mencionou que a configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo, quando da edição da Súmula 650, que dispõe: os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.
- Também se afirmou que a data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios.
- Mais importante, foi estabelecido que o **processo demarcatório** de terras indígenas **deve observar as salvaguardas** institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (**Raposa Serra do Sol**).

### 3. Decisão

A Turma, por votação majoritária, deu provimento ao recurso ordinário e concedeu a segurança para declarar a nulidade do processo administrativo de demarcação de TI Guyraroka, bem como da Portaria n. 3.219, de 7.10.2009, do Ministro de Estado da Justiça, nos termos do voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes [...] Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 16.09.2014.

### 4. Comentários

O critério fixado para se estabelecer uma decisão como “legítima” do ponto de vista democrático tem de levar em consideração um aspecto indispensável: o direito de ação é

potestativo, logo, não admite restrições. E condicionar o nível de acerto de um ato judicial à infinita gama de possibilidades de insatisfação de todo o jurisdicionado parecer ser uma premissa duvidosa e contraproducente. Se seguido de maneira literal, corre-se o risco de se afirmar que nenhuma decisão jamais foi legítima, pois sempre é possível o aparecimento de insatisfação por parte de algum setor da comunidade.

Desta forma, melhor é a interpretação média e não extrema, que determina que a “eficiência por satisfação de demanda” pode ser alcançada quando a decisão se converteu em paradigma. O método do “peso gravitacional dos direitos fundamentais”, por outro lado, pode ser aplicada em sua plenitude, como se analisou no primeiro acórdão.

Feitas estas observações pode-se concluir da seguinte maneira: quando se utilizou este último acórdão como espelho de legitimidade do primeiro, ao se prosseguir por uma interpretação restrita da formulação proposta, a decisão do STF não pode ser considerada plenamente legítima, já que deu margem a novas demandas. Contudo, conforme se recomendou, na melhor aplicação da mesma, percebe-se um grau salutar de legitimidade, já que o primeiro ato decisório foi expressamente um dos fundamentos do seguinte, podendo ser abordado como inequívoco pilar de equilíbrio institucional. Estes critérios, quando aplicados ao direito local, devem apresentar contornos marcadamente nítidos, devido ao maior controle do objeto em estudo, sendo possível a verificação de conformação ou não das decisões judiciais com os princípios basilares da democracia.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existe uma preocupação legítima quando se estuda a efetivação das políticas públicas em uma democracia. De um lado, a inquietação com o seu real implemento, para que não seja mera propaganda política. De outra, a forma como tal injunção se dará.

Por mais desejável que seja um objetivo político em uma República, ele não pode ser feito de qualquer forma, ao arrepio da lei, sob pena de afrontar bens ainda mais caros à coletividade.

É neste cenário que se discute o ativismo judicial. Um conceito amplo e universal desta prática já nasce fadado à obsolescência, haja vista se tratar apenas de uma medida, e como tal, para resultados cognitivos relevantes, deve ser confrontada com a realidade que se deseja analisar.

A questão chave é entender até que ponto é aceitável a intervenção de um Poder na Esfera de atuação de outro. E neste aspecto, tanto doutrina como jurisprudência pecam no mesmo ponto, seja a favor ou contra o ativismo.

Explica-se: muito esforço é feito no sentido de legitimar ou desautorizar o controle judicial das políticas públicas baseando-se principalmente na Teoria da Reserva do Possível. De forma simplificada, esta Teoria faz entender que não existe ilegalidade quando se deixa de praticar determinado ato por conta de circunstâncias práticas. Ninguém está obrigado a fazer algo impossível, mesmo que esta determinação venha do Poder Judiciário.

Mas o erro em tal raciocínio está em ignorar que a análise fática é precedida pela discussão teórica a respeito da possibilidade desta intervenção. Ou seja, são questões que não se conectam em um primeiro momento: os juízes terem a efetiva possibilidade de interferir em uma decisão Administrativa ou Legislativa nada tem que ver com a efetivação posterior do comando.

Feitas estas observações, e pelas razões expostas, adotou-se neste estudo a linha segundo a qual a intervenção judicial é possível, e, mais do que isso, desejável. Mas isto não quer, de forma alguma, significar que a atuação judiciária deva ser livre e irrestrita. Muito pelo contrário. Ela deve ser, sempre que possível, uma inação. O protagonismo deve permanecer com os poderes Executivo e Legislativo. O que se apontou sempre foi que, na omissão ilegal de algum destes atores políticos, e desde que provocado devidamente, o Poder Judiciário deve se manifestar, e o argumento de que deva se omitir de temas políticos apenas por serem políticos é absurdo e ilógico.

A ampliação dos palcos de discussão apenas fortalece a política, sendo por vezes indispensável para evitar que maiorias de ocasião ponham a perder princípios e direitos que muito esforço demandou para serem conquistados e estabelecidos.

O respeito ao princípio democrático não está, por tanto, exatamente na ação de um Poder da República, mas na definição precisa de quando, como e em que matérias ele deve ocorrer.

Para a consecução deste fim, este estudo adotou uma proposta que pode ser entendida em dois momentos. Primeiramente, após o reconhecimento de que as interpretações judiciais não podem ser totalmente livre, tendo na lei o seu “ponto âncora”, desenvolveu-se a tese do “peso gravitacional dos direitos fundamentais”, no qual se atribui uma importância distinta para cada direito em análise. Conforme se demonstrou, quanto maior o peso de um direito, mais vinculado a ele está o administrador. Entretanto, em direitos de igual gravidade, sua liberdade de escolha é plena, devido à limitação orçamentária do estado. Quando a disputa é entre um direito de máxima importância e um de gravidade média ou baixa, sua liberdade é inexistente. A possibilidade de atuação judicial é inversamente proporcional à liberdade do administrador. Assim, no primeiro caso não haveria possibilidade de intervenção judicial, enquanto que no segundo ela seria não apenas desejável, como necessária para fazer valer a Constituição.

De forma complementar a esta técnica, apresentou-se a “legitimidade por satisfação de demanda”, que consiste na análise de eficiência de uma decisão. Segundo o raciocínio apresentado, quando um ato judicial é omissivo ou ativista em excesso, o problema persiste, e novas demandas naquele sentido surgirão. Entretanto, quando ela é acertada e, portanto, legítima, o problema social tenderá a desaparecer ou diminuir de forma notória. Foi feita uma ressalva no sentido de que é possível uma interpretação mais razoável desta premissa no sentido de que se aquele comando converteu-se em paradigma para balizar decisões futuras, também se terá alcançado a legitimidade democrática pretendida.

Cada fim somente pode ser julgado de acordo com suas consequências ao passar do tempo, mas a ampliação do debate republicano tendo o respeito à legalidade como principal meio e fio condutor engrandecem os ideais de democracia e a justiça.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**; Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. – 3.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 5ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012.
- APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do poder judiciário**. 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2008.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista Direito GV, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da democracia**. São Paulo: Paz e terra, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Estudos Avançados (Algumas observações sobre o Brasil)**, São Paulo: Revistas USP, 2004.
- CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. Ed. Tradução de Aroldo Plínio Golçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos dos direitos humanos**. In Direitos Humanos: Estudos em homenagem ao Professor Fábio Konder Comparato. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.
- CUNHA, José Ricardo. **Direitos humanos, Poder judiciário e sociedade**. – Rio de Janeiro: FGV, 2011.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica**. São Paulo: Max Limonard, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**; Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade; Tradução Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García. **Democracia, Jueces y Control de La Administración**. 6ª Edición. España: Thomson Civitas, 2009.

FERNANDES, Elizabeth Alves. **O papel do Judiciário na efetivação dos direitos sociais**. In Direitos Humanos: Estudos em homenagem ao Professor Fábio Konder Comparato. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; Tradução João Baptista Machado, - 8ª Ed. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Tradução Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 2006.

LEAL, Roger Stiefelmann. **A judicialização da política**. Cadernos de direito constitucional e Ciência Política. São Paulo: RT, 1999.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Sociais & Políticas Públicas: Desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes.

MELLER, Diogo Lentz; SOUZA, Ismael Francisco. **Democracia: história, perspectivas e recriação**. In Direito, cidadania & políticas públicas. – Porto Alegre: Imprensa Livre, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. 1755

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. Ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de; Ricardo Hermany. **O Direito social como estratégia de integração entre sociedade e espaço público estatal: uma abordagem a partir de Georges Gurvitch**. In *Direitos Sociais & Políticas Públicas: Desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. – Rio de Janeiro: FGV, 2011.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à judicialidade**. – 2ª reimp. Editora Almedina, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; Tradução Jussara Simões. 3ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. – Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. – São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32ª edição. Malheiros Editores. 2008.

SILVEIRA, Fabiana. **A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STURZA, Janaína Machado; VEZENTINI, Sabrina Cassol. **A participação do Estado na garantia do direito à diferença: Educação inclusiva como mecanismo para o exercício da cidadania**. In *Direito, cidadania & políticas públicas*. – Porto Alegre: Imprensa Livre, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. – São Paulo: Saraiva, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. São Paulo: Revista Direito GV, 2008.