

## A PONDERAÇÃO ECONÔMICA E AS DECISÕES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: REALIDADE E DEVER-SER

*Pedro Rafael Malveira Deocleciano<sup>1</sup>*

### RESUMO

O presente esforço se presta à análise de fenômeno intrigante: a ascensão do Poder Judiciário enquanto efetivador de políticas públicas. A temática desperta inquietação, tanto do ponto de vista da separação dos poderes, isto é, filosófica e politicamente, quanto numa perspectiva econômica. O julgador, provocado à concretização de direitos fundamentais, necessita ponderar a repercussão orçamentária de sua decisão. De modo que o custo do direito fundamental se torna fator determinante, em detrimento, por vezes, de sua efetivação. Nessa ordem de ideias, este exame teórico utiliza-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial – especialmente das decisões do STF – a fim de compreender o novo perfil e destaque do Poder Judiciário, como garantidor da praticabilidade dos direitos fundamentais, diante da omissão dos outros dois poderes constituídos. Com esta abordagem, procura-se instrumentalizar tal atuação judiciária, todavia, advertindo que num Estado Democrático de Direito todas as atividades estatais devem perseguir a aplicação dos direitos fundamentais.

### PALAVRAS-CHAVE

Políticas Públicas. Direitos fundamentais. Controle Jurisdicional.

### ABSTRACT

This effort aims to analyze an intriguing phenomenon: the rise of the Judiciary as applicator of public policies. The subject arouses concern, both in terms of separation of powers, that is, philosophical and politically, as an economic perspective. The judge, urged to the implementation of fundamental rights, needs to consider the impact of his decision. Thus, the cost of the fundamental right becomes a determinant factor, in detriment, sometimes, of its effectiveness. In that way, this theoretical examination used a literature and a jurisprudential search – particularly in the decisions of the Supreme – in order to understand the new profile and importance of the Judiciary, as guarantor of

<sup>1</sup> Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD; Universidade de Fortaleza – Ceará. Mestrado em Direito Constitucional – Área Pública.

the practicability of fundamental rights, against the omission of the other two constitutionalised powers. This approach seeks to instrumentalize this judicial action, however, it seeks warning that in a Democratic Rule of Law all state activities should pursue the application of fundamental rights.

### KEY WORDS

Public Policies. Fundamental rights. Judicial review.

### INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, traduzindo as prerrogativas básicas de cada indivíduo componente de um Estado de Direito<sup>2</sup>, estão decantados, de regra, em comandos da Constituição. Sob esse aspecto, as temáticas que envolvem direitos fundamentais dizem respeito, em última análise, à força normativa da Carta Magna e, portanto, às maneiras como esta é interpretada e concretizada.

Em outra elucidação essencial a esta pesquisa, importa ressaltar que os planos de efetivação dos direitos fundamentais, na realidade socioeconômica, são traçados em *políticas públicas*, isto é, em estratégias coordenadas pelo Estado em prol de aplicar as normas à realidade sobre a qual incidem. Portanto, políticas públicas representam a realização, do modo mais concreto possível, dos comandos constitucionais, os transportando à práxis.

No ensejo deste trabalho, compreende-se que o dever estatal de efetivar os direitos fundamentais (e cobrar seus respectivos deveres fundamentais) é a própria finalidade do Estado. De maneira que não pode interessar, especificamente, a entidade estatal que transporta as normas à realidade: todas as entidades estatais existem nessa razão.

Em aprofundamento, examina-se o papel do Poder Judiciário – sua atuação frente a políticas públicas. E tal papel é delicado, não apenas porque, historicamente, o Judiciário se distanciara dele, como porque, hoje, quando a aproximação é evidente, os outros poderes constituídos se inquietam.

O agitação de Executivo e Legislativo resulta, principalmente, da tradicional noção de separação dos poderes e do denominado *argumento orçamentário*. Delineiam-se ambos, na sequência, em breves linhas.

O conceito oitocentista (montesquiano) de separação dos poderes remete a uma *independência de atividades estatais* e não a uma *integração*. Era justificado pelo receio de que houvesse força capaz de concentrar todo o Estado (regresso ao Absolutismo do *ancien régime*), e criara uma noção de desagregar cada função possível (função de

<sup>2</sup> Para outras definições, q.v. GALLUPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 213-238.

legislar, função de executar e função de julgar, por exemplo), de maneira que uma não interviesse no âmbito da outra, resguardando, em tese, a autonomia dessas atividades.

Com a digressão histórica, se depreende que as políticas públicas, tradicionalmente, estiveram a cargo do Poder Executivo, posto que consideradas *prestações administrativas* em nome dos direitos. Não se concebia, plenamente, que as leis já fossem concretizadoras dessas políticas ou que a garantia da aplicação dessas leis o fosse. De sorte que o Legislativo, porém peculiarmente o Judiciário, se alijaram do processo de aplicação dos direitos por meio de planos ordenados para tanto, cabendo-lhes sempre função ancilar ao Executivo.

Não obstante sua aplicação multissecular, essa sistemática tornara-se incompatível com a *democracia de direitos*<sup>3</sup>, isto é, com a espécie de Estado de Direito que distribui o bem comum (direitos e deveres<sup>4</sup>) através de todos os seus ramos, mesmo porque, conforme se disse, isto é mera decorrência da finalidade primordial do próprio Estado.

Não basta que as decisões fundantes da sociedade sejam tomadas pelo Legislativo; manejadas, na prática, pelo Executivo; e, acaso gerem conflitos, sejam levadas à pacificação dada pelo Judiciário.

As carências existentes e, adiante-se, as novas e constantes carências por existir, no modelo de Estado Democrático de Direito, situam os poderes estatais numa necessária reorganização. Se o Estado age na busca do ideal de concretizar a Constituição, cobrando os deveres e deferindo os direitos cabíveis a cada indivíduo, as atividades distintas em que se separou devem ser complementares, integradas e alinhadas para conquistar esse objetivo.

Nesse novo paradigma, em resumo, a doutrina e a jurisprudência debatem a respeito da atuação do Poder Judiciário. O fato intrigante, para o debate, é que não há complementaridade, integração ou alinhamento entre os poderes constituídos: há, isto sim, na maioria dos casos, omissão de todos eles, de algum, ou alguns, e a ação de um único, ou de alguns, para aplicar as políticas públicas. É dizer, a coordenação de todo o Estado ante as políticas públicas é, praticamente, utópica.

Com isso, essa premente ação (positiva) foi, cada dia, restando ao Judiciário, atividade estatal que, por épocas, se configurou pela passividade e pelo simples anúncio aos outros poderes de que alguma norma ou atitude administrativa faltavam para materializar o direito de um indivíduo.

<sup>3</sup> GRIFFIN, Stephen. *The age of Marbury: judicial review in a Democracy of Rights*. Tulane Law School Working Paper n°. 2003-01. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=441240](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=441240)>. Acesso: 16 set. 2008.

<sup>4</sup> A respeito de deveres fundamentais: ROIG, Rafael de Asis. *Deberes y obligaciones en la Constitucion*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Ainda, LIMA, Francisco Gerson Marques de. *Dos deveres constitucionais: o cidadão responsável*. In: BONAVIDES, Paulo (org.). *Constituição e Democracia: Estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

A partir da proliferação desses contextos, em que o próprio Judiciário determina as atitudes administrativas necessárias à praticabilidade dos direitos fundamentais sob seu crivo, o que se denominou *ativismo judicial*<sup>5</sup>, a preocupação institucional dos outros poderes despontara. A reivindicação é de que as costumeiras posições de Executivo, Legislativo e Judiciário permaneçam, a fim de combater o que, então, se apelidou *ditadura dos juízes*<sup>6</sup>.

Contudo, as razões filosóficas e institucionais apresentadas pelos outros poderes pareceram não abalar a atividade judicial de garantia dos direitos fundamentais, a partir de suas decisões. Todavia, contrapuseram as razões orçamentárias. A alegativa de que o resguardo de direitos através dos juízes desequilibra o trabalho do Executivo e pretende confinar o trabalho do Legislativo, no que se refere às leis orçamentárias, se densificou.

A argumentação da “reserva do possível” (teorização alemã que indica a impossibilidade de contingenciar o orçamento público definido em lei, para além dos limites ali estabelecidos) se prodigalizou entre todos os órgãos públicos, a fim de contestar ou descumprir mesmo, as decisões judiciais sobre políticas públicas<sup>7</sup>.

Não obstante, a mesma doutrina alemã, e a jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional tedesco, ponderaram que acima dos orçamentos haveria o vulto da dignidade da pessoa humana, isto é, o mínimo existencial (*minimum existenzielle*), uma parcela nuclear, essencial e inegável de direitos, que, ainda que não prevista em lei orçamentária, deve ser garantida, na prática.

De modo que os juízes passaram a sentenciar adicionando direitos às partes, por mais que não previstos expressamente, mas implícitos e diluídos no sistema constitucional vigente. Fenômeno conhecido por decisões (ou sentenças) aditivas<sup>8</sup>.

Portanto, a par de toda essa passagem de acontecimentos, o que se extrai é que o Judiciário continua a aplicar, por milhares e difusas decisões, porém, especialmente, através do Supremo Tribunal Federal, políticas públicas (determinando reservas orçamentárias, obrigando o Poder Executivo a conceder benefícios, revisar atos, renegociar dívidas com particulares, inverter efeitos de atos administrativos, investir em determinadas áreas, enfim).

E, por isso, o esforço de pesquisa que ora se introduz é pertinente, à medida que contribui para o incremento dessa atuação judicial, instrumentalizando

<sup>5</sup> Termo utilizado, pela primeira vez, em 1947, por Arthur Schlesinger Jr., historiador estadunidense, no artigo “The Supreme Court: 1947”, para a revista *Fortune*. Ver: WOLFE, Christopher. *Judicial Activism*. New Jersey: Rowman & Littlefield Publishers, 1997.

<sup>6</sup> Q.v. na doutrina americana: QUIRK, William. BRIDWELL, Randall. *Judicial dictatorship*. New Jersey: Transaction Publishers, 1995.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 309.

<sup>8</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 149.

doutrinariamente e por meio de precedentes, a garantia dos direitos fundamentais, e, de outro lado, advertindo que tal contexto é insustentável, num Estado Democrático de Direito, em que todos os poderes constituídos devem perseguir a finalidade precípua do Estado: a distribuição do bem comum.

## 1 A PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Os direitos fundamentais, catálogo de normas eleitas por determinada sociedade como indispensáveis à promoção do ser humano, são dispositivos, no contexto da ordem constitucional brasileira, comumente, passíveis de violação. Aliás, não apenas no contexto nacional, mas quando observada a realidade sócio-econômica dos países latino-americanos, o fato de se viver um exercício mínimo desses direitos é infeliz constatação: nunca aceitável. Enquanto cidadãos de uma sociedade democrática, deve ter-se assegurado o direito de desenvolvimento, digna e minimamente, de as potencialidades.

O que ainda não parece estar definido, em nossas mentes, é o alcance desses direitos e o seu poder de transformar a realidade. Apesar de alguns doutrinadores afirmarem que a questão no que toca à definição de um rol de direitos fundamentais está superada e que a preocupação se concentra, agora, em instrumentalizar esses conceitos, soa como um ledor engano. Embora o raciocínio seja pertinente, consideramos que ainda não superamos o primeiro obstáculo e é exatamente, por isso, que se encontramos sérias dificuldades em solucionarmos o segundo problema.

A discussão que têm demandado maior esforço doutrinário é saber determinar dentro do conceito de direito fundamental, são os limites que cada mandamento normativo guarda em seu bojo. Inicialmente, se poderia imaginar que esse debate é menos relevante para a prática e efetivação desses direitos, pois que a realidade que se nos afigura é demanda atitudes de caráter emergencial.

No entanto, tentar resolver o problema, atacando a sua consequência, seria ineficaz e interminável. Aliás, é necessário perceber, *an passant*, o quanto a teoria é valiosa para o aperfeiçoamento da prática. Sem a força impulsionadora daquela, estaríamos a discutir questões primitivistas, pois a materialização de uma boa ideia resulta em satisfação social.

*Teoria e prática, não representam, portanto, dois momentos estanques do conhecimento científico. Pelo contrário: Uma teoria que afaste de princípio qualquer possibilidade de vir a aplicar-se praticamente não passa de um conjunto de proposições vazias de sentido e de utilidade. Por outro lado, uma prática que não seja a expressão e aplicação de conhecimentos teóricos é uma prática cega, assistemática, fortuita e, por isso mesmo, ineficaz<sup>9</sup>.*

<sup>9</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto e método*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 53-54.

É nesse sentido que, para que possamos colocar em prática uma teoria, seria, inevitavelmente, necessário definir os seus contornos. Esse, parece-nos, a chave para a discussão a respeito da efetivação dos direitos fundamentais. Na perspectiva brasileira, mais do que a problematização do gozo pleno desses direitos, estar-se a discutir, antes de mais nada, qual a medida mínima capaz de garantir a vida digna do ser humano.

É esse o questionamento, de ordem teórica, que ronda os gabinetes e as cabeças dos juízes brasileiros e que será objeto, mais a frente, desta análise.

A jurisdição constitucional, potência responsável por lidar com as questões (litigiosas ou não) que se apresentam ciosas à procura de soluções, concretamente, equânimes, detêm dentre as suas mais dignas tarefas, o dever de proteger a Constituição e, reflexamente, os direitos fundamentais dispostos. O que se poderia esperar de uma sociedade que determina quais os direitos e os limites indispensáveis à coexistência é, inevitavelmente, o conflito.

*O controle judicial, assim, manifesta-se como uma salvaguarda institucional, a fim de garantir a existência de um modo de vida capaz de respaldar os direitos fundamentais dos cidadãos, que integrem uma sociedade. Fallon, ao analisar esse tema, aponta que o sentido básico do controle judicial é exatamente retirar algumas decisões do âmbito político, para, em última instância, garantir um adequado modo de proteção de direitos fundamentais<sup>10</sup>.*

Para tanto, o Poder Judiciário (em especial), guarda a função de otimizar essas relações sociais, pacificando os conflitos. Dizer o direito no caso concreto seria, portanto, a sua função essencial. No entanto, um conceito tão propedêutico não seria capaz de nos dar a solução, quando estamos diante do choque entre o que está posto e o que é possível, isto é, como conciliar o dever do Estado em garantir direitos fundamentais, quando a realidade é a escassez de recursos?

A ingerência constante do Poder Judiciário na consecução das políticas públicas tem gerado controvérsias a respeito de sua legitimidade enquanto definidor dessas diretrizes. Questionamentos desse tipo, tem gerado discussões acirradas a doutrina brasileira, em vista da considerável expansão da jurisdição constitucional brasileira, adentrando em territórios até então isolados da atuação do Poder Público.

A considerável evolução das práticas decisórias por parte dos juízes brasileiros, vem desconstituindo concepções tradicionalistas que há muito barraram o exercício dos direitos fundamentais. Nesse sentido, observe-se que órgão de maior expressão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, aos poucos aproveita as oportunidades de efetivar os direitos fundamentais, muito embora, ainda insuficiente. A nova concepção a respeito dos efeitos do mandando de injunção, a manifesta preocupação com o problema das medidas provisórias, acena uma nova perspectiva.

A expansão inevitável da Jurisdição Constitucional, trouxe consigo, alguns problemas a respeito dos seus limites. Mais consciente dos seus direitos, a sociedade

<sup>10</sup> DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007, p. 99. v. 4.

brasileira passou a questionar, judicialmente, a omissão do Poder Público, nomeando o Poder Judiciário como a solução para todas as mazelas sociais.

*O fato é que o judiciário se converte, cada vez mais, numa espécie de alvo privilegiado da matriz organizacional do Estado para a alocação e processamento das reivindicações veiculadas pelos movimentos sociais. Evita, assim, que demandas básicas e de grande repercussão social conduzam à ruptura da ordem institucional<sup>11</sup>.*

Essa situação não representa algo inesperado, mas sim um obstáculo já enfrentado por outros países e que se apresenta, hoje, diante dos poderes constituídos. Cabe saber de que maneira a doutrina nacional espera contribuir para esse impasse teórico-prático.

É certo, porém, que se abeberar, somente, dos ensinamentos dos ensinamentos estrangeiros é um risco, pois que a experiência demonstrou consequências desastrosas para a realidade brasileira. Cabe, nesse contexto, observar dois aspectos relevantes, quais sejam: as condições em que se apresentam os poderes constituídos, enquanto realizadores de suas funções típicas e atípicas e, posteriormente, a realidade em que se encontra a instrumentalização dos direitos fundamentais, enquanto dependentes do direcionamento do orçamento público.

Os Poderes constituídos são órgãos responsáveis pela proteção da Constituição<sup>12</sup>. Dentro das suas atividades, devem executar as suas funções, concretizando direta ou indiretamente os direitos fundamentais. A visibilidade dos seus atos, tendo em vista a evolução dos meios comunicativos, incitam discussões entre cidadãos de camadas sociais, anteriormente, avessas ao debate que nem o constitucionalista mais otimista, há cinquenta anos atrás, poderia imaginar.

Esse fato gera repercussão na atitude das instituições. Alguns desses Poderes às vezes se protegem ou se omitem do debate, outras são mais cautelosas e outras parecem estar dispostas a se exporem de forma constante. O Judiciário, em face do desenvolvimento da democracia e talvez pela renovação dos quadros da magistratura (em todos os graus de jurisdição), parece está disposto a modificar o modo de como os direitos fundamentais vêm sendo efetivado.

*Observa-se, portanto, que a proteção aos direitos fundamentais coloca o decisor no papel de co-partícipe no processo de elaboração de um modelo de sociedade. Notadamente, os tribunais assumem um importante papel no caso de reflexão acerca das políticas, o qual os coloca como ambientes especializados para o debate dos valores de uma sociedade<sup>13</sup>.*

<sup>11</sup> RIBEIRO, Paulo de Tarso. *Direito e processo*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 44.

<sup>12</sup> CLÉVE, Clémerson Mérlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 388. Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando – é isso que nós precisamos ter em mente.

<sup>13</sup> DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007, p. 127. v. 4.

Resta saber se essa nova mentalidade está preparada para realizar tal missão, pois que, além de assumir o seu papel, este Poder vem sendo incitado a preencher a atividade dos outros Poderes, sendo, inclusive, acusado de invadir atribuições, mesmo quando a omissão, por parte dos outros Poderes, viola os direitos fundamentais. Assim, primeiramente, pergunta-se: até quando essa omissão é legítima, se for?

O certo é que a sociedade não pode ficar refém de uma teoria de separação dos poderes rígida, quando esta não encontra respaldo. Será que as escolhas tomadas pelo Legislativo são, realmente, inquebrantáveis? Em nossa opinião, não. O nosso posicionamento é reforçado quando verificamos o déficit de legitimidade que, ultimamente, vêm apresentando o Congresso Nacional.

A dita representatividade, respaldada constitucionalmente, é, muitas vezes, embargada em nome de interesses escusos. O argumento de que temos os representantes que merecemos é uma maldita retórica que nos faz recuar diante das mazelas que, comumente, a democracia brasileira é submetida. Afinal, como a sociedade brasileira pode exercer, de forma plena, o direito de escolher os seus representantes, se mais da metade dela é miserável? Escolhas erradas, portanto, não podem ser legítimas, muitos menos constitucionalmente admissíveis. Se erradas forem, deverão ser passíveis de correção pelo Judiciário.

Nessa linha, admitir que a maioria sempre esteja com a razão é permitir que o Legislativo seja incontrolável em suas decisões, desequilibrando a harmonia entre os demais Poderes. O Judiciário funciona como um moderador, responsável por sopesar as diretrizes tomadas pelo legislador, isto é, um órgão que reforça o argumento contramajoritário, garantindo a sobrevivência política das minorias.

Hodiernamente, percebe-se que vozes doutrinárias, diga-se de passagem, abalizadas se insurgem contra o fortalecimento exagerado do Judiciário, posicionando-se a favor de que a legitimidade da democracia encontra respaldo na representatividade, não sendo cabível a ingerência do Poder Judiciário quando o assunto são as políticas públicas.

*O argumento, assim, circula sobre a ideia de que os corpos legislativos, e não os corpos judiciários, detêm a identidade que se encontra no cerne da representação ancorada nas práticas eleitorais. Esse argumento falha por desconhecer o que Ricouer denominou de 'brecha de legitimação'. Nas sociedades democráticas contemporâneas, os representados não conseguem mais estabelecer qualquer relação de identidade com seus representantes*<sup>14</sup>.

A questão, em nossa opinião, não é ser contra ou favor. A solução que nos parece viável, no momento, é verificar de que maneira podemos estabelecer limitações a esse exercício, de modo que não ocorram excessos. Do mesmo modo, sopesando a balança das atribuições do Judiciário, não se pode privá-lo da oportunidade de instrumentalizar os direitos fundamentais.

<sup>14</sup> DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007, p. 133. v. 4. Sobre a 'brecha de legitimação', Simone Goyard-Fabre explica que o Poder que se diz democrático está habitado por uma crise fundamental, que nada mais é do que uma crise de identidade.

No momento em que a omissão se torna inconstitucional, a necessidade de harmonização, pelo preenchimento da lacuna, torna-se imprescindível. Nessa esteira, não podemos admitir omissões teratológicas como, por exemplo, vinte anos sem uma lei de greve para o servidor público e, no mesmo passo, quase vinte anos de esvaziamento de mandado de injunção.

*[...] é certo que não se pretende que o Judiciário assuma de protagonista absoluto, representando uma tirania de juizes, mas sim que seja um efetivo contrapeso à função desempenhada pelos demais poderes, considerando os direitos fundamentais que os cidadãos possuem [...] o papel dos Tribunais está conectado à ideia de que a proteção aos direitos fundamentais deve e pode ser oposta ao próprio Estado quando evidenciado o seu comprometimento com iniciativas lesivas.*

Não se pode admitir, portanto, uma separação de poderes que torne um Judiciário sem atitude e uma sociedade sem o exercício dos direitos fundamentais. Importa, nesse momento, responder ao outro questionamento no que toca as limitações da jurisdição constitucional no trato das políticas públicas e, principalmente, o grau de preparação dos magistrados <sup>15</sup>.

Questiona-se a legitimidade do Poder Judiciário nessas situações. Até onde vai a sua atuação e até onde se limita a omissão do Estado em promover as políticas públicas necessárias? É o que se pretende analisar a seguir.

## 2 O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Qualquer digressão a respeito do desenvolvimento histórico do tema poderia gerar, perfeitamente, todo um novo escrito, algo que a brevidade do presente artigo, além do mais, seu enfoque teórico bem próprio, não permite.

A primeira observação devida é quanto à proposta de redimensionar o princípio da separação dos poderes, a partir de seus contornos montesquianos. Somando-se a isso, o atual contexto de harmonia entre os poderes, absolutamente distinto daquele conceito oitocentista. Hoje, dever-se-ia dizer *sinergia* entre os poderes. No passado, independência e harmonia significavam separação entre os limites de interferência de cada poder, além de atuação livre entre um e outro (independência). Significava, outrossim, acordo perfeito entre essas divisões do todo estatal, regularidade na existência separada de cada parte (harmonia).

O horizonte de significação hoje pode se ampliar – ou, nem diz-se ampliar, pode se atualizar – bem mais. O postulado da independência traduz que cada poder tem regulamentação própria e que não espera atitudes dos outros a fim de se manifestar, democraticamente, ou a fim de se inserir, de qualquer forma possível, na realidade

---

<sup>15</sup> Vide: LIMA, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional – por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser-moralmente-melhor”*. Fortaleza: ABC, 2001, p. 180-194.

socioeconômica e política. A harmonia, de seu turno, é a exigência de coerência de atuação. Compreender que apontam, sintonizados, a uma mesma direção.

É, vetorialmente, o movimento coordenado de todos os vértices estatais a um mesmo ponto, mesclando-se numa força conforme e alinhada. Não há porque se entender mais independência e harmonia como princípio que comanda a não-intervenção de um poder no outro, a necessidade de aversão à tirania de um poder sobre os outros. Esse receio já deveria ter ficado no passado.

Hodiernamente, o pluralismo, a complexidade e o dinamismo extraídos das demandas sociais, e que, obviamente, se refletem nas atividades estatais, não mais permitem uma atuação distanciada e isolada de cada um dos poderes. É urgente a coordenação deles, em prol do atendimento dos anseios que a fórmula de Estado Democrático de Direito gera e das maravilhas que promete.

Para esse atendimento de anseios, o Poder Executivo, por exemplo, se utiliza de *políticas*, isto é, diretrizes que orientam sua atitude administrativa. Tais diretrizes plasam-se de diferentes formas, seja através da aprovação de uma lei (e aqui, o Poder Legislativo se insere, na feitura das políticas públicas que se instrumentem ou se criem por leis), seja através de um plano de aplicação, mas, a verdade é que tais políticas haurem, todas, de comandos constitucionais – genéricos ou específicos.

Nesse sentido constitucionalizante das estratégias de atuação dos poderes, assevera-se que todos os poderes deveriam (dever-ser constitucional, porque extraído da distribuição de competências de cada ente, elaborada pela Constituição de 1988) concretizar as políticas escolhidas, para que os três, cada qual a seu modo, e com seu mister peculiar, realizassem as opções do Estado Democrático de Direito.

Portanto, é enganosa a ideia de que políticas públicas devam, inexoravelmente, ser concretizadas pelo Poder Executivo. Sua gestão, isto não há negar, é a mais adequada ao atingimento de determinadas políticas (em geral, as políticas social e economicamente mais amplas), entretanto, continua válido o comentário que reforça a necessidade de que todas as forças estatais ajam, em conjunto ou separadamente.

Ao largo da mera teorização, a prática é cortante. A realidade é de aparelhamento estatal débil, falta ou insuficiência de planejamento, escassez de recursos, baixíssimo comprometimento dos servidores para com o sucesso – a eficiência – estatal, conseqüentemente, comportamentos oportunistas, como a corrupção, a demanda acumulada que começa a se criar, enfim, a realidade é de não-consecução das atividades estatais, por esses e outros inúmeros fatores que causam a inaplicabilidade dos planos traçados, a partir da Carta Magna, ou através de leis que preveem direitos fundamentais.

E, nesse ponto, força-se o trabalho excessivo de um outro poder. Ora a balança pende para o Legislativo, ora para o Judiciário, no caso de excrescências na gestão do Executivo. Mas, o certo é que, inclusive constitucionalmente, o Poder Judiciário sempre será chamado a dar a última palavra, no instante em que os outros dois falharem.

Com a última frase se inaugura o período de um *Superpoder* Judiciário, capaz de realizar aquilo que os outros não conseguem (ou não conseguiram), capaz de concretizar, em síntese, as políticas de efetivação e de incremento dos direitos

fundamentais – incumbência do Executivo, e as normas para limitação e expansão de direitos fundamentais – que, em tese, viriam do Legislativo.

A antiga afirmação de Thomas Hobbes, “no amor e no poder, não há vácuo”, pode ser mais bem interpretada, agora. À falta de atitudes administrativas típicas dos outros poderes, o Judiciário provocado, invariável e incansavelmente, pelos cidadãos, não pode se furtar a decidir. O que antes havia eram decisões meramente declaratórias, enunciadoras dos tipos de problemas enfrentados, decisões que somente se prestavam a analisar por que os outros poderes não efetivavam direitos fundamentais.

Hoje, o “não se furtar a decidir” é compreendido de maneira mais abrangente, quase como “não pode se furtar a resolver”, no qual o Judiciário é o umbral último em que o cidadão tenta resguardar, e mais, ver aplicar – usufruir – seus direitos fundamentais. De maneira que tais direitos são aplicados, ainda que não espontaneamente, como seria ideal, mas, ao menos, o são, por algum dos poderes constituídos.

Nesse ponto de reflexão é que se situa o título de controle judicial das políticas públicas. Isto é, a inaplicabilidade, na práxis político-social brasileira, da expressão “democracia de direitos”, tal como concebida por Bickel, gera um arremedo de democracia. Tanto quanto a participação política se cinge na participação eleitoral (e passiva: votar), também os direitos transindividuais ou individuais são efetivados somente na esfera judicial.

A ideal concretização de direitos, especialmente direitos fundamentais, desde o campo do Executivo – através de políticas públicas, por exemplo, ou da simples aplicação correta da lei – ou desde o âmbito do Legislativo, que poderia regulamentar diversas normas da Constituição, a fim de vivificá-las, atualizá-las ou adequá-las à realidade em que incidem. Isto, sem dizer-se que poderia criar leis que compartimentassem as políticas públicas executivas ou que, de qualquer modo, incrementassem – facilitando a aplicabilidade ou ampliando as raias de proteção – às matérias de direitos fundamentais.

Na triste constatação de que nada disso ocorre ou, se ocorre, é em grau inversamente proporcional ao crescente desrespeito aos direitos fundamentais e às políticas públicas fracassadas no atendimento das demandas sociais, é que o Poder Judiciário emerge como último refúgio cidadão, última tentativa dos titulares de direitos fundamentais no fito de vê-los aplicados.

### 3 A PONDERAÇÃO ECONÔMICA COMO FATOR DETERMINANTE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Poder Judiciário sobre *ponderação*<sup>16</sup>, *citar que o supremo deve se informar do que querem sociedade e governo*<sup>17</sup> enquanto legislador negativo, ou seja, na

<sup>16</sup> Veja-se: BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução de conflitos entre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2005, p. 104-159.

declaração da inconstitucionalidade de atos administrativos ou normativos, labora à sombra de certo consenso. De maneira inversa, quando assume postura mais incisiva na defesa de direitos fundamentais, v.g., atuando feito legislador positivo, isto é, permitindo à parte gozo de seu direito ainda que este demandasse lei regulamentadora ou ato do Poder Público, trabalha sob enorme pressão. *A respeito de o que é ponderação e que ela sempre ocorre etc.*<sup>18</sup>.

Esta pressão, não necessariamente surgida de todos os lados, corresponde, geralmente, a ressentimento dos outros poderes, que, forçados a agir ou percebendo-se comprimidos em sua atividade essencial, taxam de irresponsáveis as decisões judiciais.

Nesse ponto, a principal argumentação contrária às decisões é concernente às suas repercussões econômicas. Evidente, para que se entenda, cientificamente, a relevância do fator econômico, não se pode prescindir de certos conceitos advindos da denominada *análise econômica do direito*.

A escola da análise econômica do direito ou *law and economics doctrine*, fora concebida, inicialmente, na Universidade de Chicago (Illinois, E.E.U.U.), fruto do gênio de professores como Richard Posner. Em síntese extremamente apertada, tal doutrina enuncia a necessidade em se construir os postulados jurídico-institucionais em comunhão com os fatores econômicos. O ferramental da economia se aplica, na prática, aos desenhos institucionais modelados pelo Direito, contudo, as estruturas econômicas de determinada sociedade é que lhe possibilitam desenvolver aqueles desenhos. De maneira que esta imbricação entre os planos teóricos de ambas as ciências apenas ratificaria o que, na realidade de aplicação de uma e outra, já ocorria.

No âmbito dessa senda teórica, que nem se considera recente, posto que aplicada nos Estados Unidos há pelo menos 50 (cinquenta) anos, se hospedam as insurgências contra o ativismo do Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, em particular, é mais sensível a tais críticas. Explica-se. Primeiramente, é o órgão jurisdicional de maior visibilidade de todo o ordenamento jurídico, além do que é um tribunal de tamanho reduzido, logo, a população (leia-se: a imprensa) e o Estado podem acompanhar os posicionamentos de cada ministro. Segundo, porque é órgão específico para o trato de matérias constitucionais, e estas, sabe-se, são as que mais de perto cuidam de direitos fundamentais, de sorte que o Supremo Tribunal tem oportunidade de se pronunciar sobre esses direitos basilares, porém muito custosos – diversas vezes – ao Estado.

Por fim, a Corte Máxima é final instância de decisão, no ordenamento brasileiro, logo, seus votos sobre direitos fundamentais formam precedentes, ainda que tomados em controle difuso, importantes no sistema de proteção e concretização desses direitos, cabendo ao Estado calcular o risco de multiplicação dessas demandas.

<sup>17</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada*. Brasília jurídica, 2005, p. 273.

<sup>18</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 215-221.

Consequência dessa diuturna notoriedade, o Pretório Excelso se intimidava em alguns avanços na linha dos direitos fundamentais, na predição de que aquele avanço teria um efeito exponencial nos titulares de direitos e, conseqüente, abarrotamento das instâncias inferiores e desfalque dos cofres públicos.

Ao que parece, com a hodierna composição do tribunal, as decisões já não se acovardam ao apelo dos outros poderes. A gradual objetivação do controle difuso de constitucionalidade ainda permite um arrojo maior, visto que os processos, originalmente individuais, necessitam comprovar sua relevância para todo o sistema protetivo de direitos (por meio da preliminar de *repercussão geral*), depois, ao serem apreciados pela Corte, a decisão é válida para milhares de processos.

Soma-se a isso, a composição de grande parte da Corte advinda, de um modo ou de outro, do Ministério Público, o que permite a exata noção a respeito da vulnerabilidade e da ineficácia dos direitos fundamentais, na práxis social. Mas, ainda assim, o que se demonstra com este *paper*, calcando-se na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal é que, por sua suscetibilidade política, a ponderação econômica em suas decisões é nota marcante.

O que se costuma denominar *decisões metajurídicas*, em verdade, são aqueles arestos estribados em argumentação que equilibra o caso em análise com os impactos, econômicos, políticos, sociais, ou até mesmo, jurídicos, que pode causar. Nessa dimensão, tais decisões são resultado da tarefa de harmonização do ordenamento que cabe a um Tribunal de Superposição, como a Suprema Corte.

Na quase totalidade dos casos, expressam-se a partir de uma discussão econômica, por exemplo, a aplicação ou não de determinado tributo, o deferimento ou não de determinado benefício à população, a determinação ou não de certo procedimento que onera a Administração Pública.

Inserindo-se nessa constatação é que a análise econômica do direito pode ser instrumento útil. Conforme expressara Paula Forgioni, não se deve mistificar a doutrina econômica, como se todo o direito – que possui um fundamento ético de validade – pudesse se reduzir a pendências econômicas. Outrossim, é de se ter em conta a tão repetida praticabilidade dos direitos fundamentais, ou seja, sua determinação judicial aliada à razoabilidade e aos recursos orçamentários minimamente necessários para que seja exequível a decisão.

## CONCLUSÃO

Nesse raciocínio, o juiz que determinar uma medida assecuratória de um direito fundamental deve levar em consideração a possibilidade orçamentária daquela medida, porém não ficar adstrito a ela. Compreender que a efetivação dos direitos (e correspondente cobrança de efetuação dos deveres<sup>19</sup>) é a razão de existir do Estado,

<sup>19</sup> A respeito de deveres fundamentais: ROIG, Rafael de Asis. *Deberes y obligaciones en la Constitucion*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Ainda, LIMA, Francisco Gérson

portanto, como se manifestou o Tribunal Federal alemão, os direitos fundamentais estão além de orçamentos.

Num eventual conflito entre a escassez de recursos e o desrespeito ou insuficiência na proteção de um direito fundamental, este deve prevalecer, contingenciando-se as verbas, remanejando-se o orçamento. Porque como a própria expressão revela, um direito fundamental contém parcela indeclinável da atuação estatal e que não se pode olvidar, nem mesmo, ante a perspectiva de onerar em excesso o erário.

Obviamente, e aqui se diz que a análise econômica do direito se presta a tais esclarecimentos, a preparação do magistrado para decidir, levando em consideração tudo o que concorre para que sua decisão seja a mais efetiva possível, mormente os fatores econômicos, é primordial.

Consoante a advertência de Virgílio Afonso da Silva, desde o ensino jurídico, as correlações do direito com outras ciências é parte do currículo universitário. Além do que, especialmente quanto à economia, já que os planos orçamentários são tão decisivos à atuação estatal, a experiência que se incrusta em cada profissional, segundo sua historicidade, e a técnica que legara dos bancos escolares, pode render um futuro promissor aos direitos fundamentais<sup>20</sup>. O Supremo Tribunal Federal, nessa aplicação, pode contribuir para *primazia do legislador*<sup>21</sup>.

A ingerência constante do Poder Judiciário na consecução das políticas públicas tem gerado controvérsias a respeito de sua legitimidade enquanto definidor dessas diretrizes. Questionamentos desse tipo, tem gerado discussões acirradas a doutrina brasileira, em vista da considerável expansão da jurisdição constitucional brasileira, adentrando em territórios até então isolados da atuação do Poder Público.

A considerável evolução das práticas decisórias por parte dos juízes brasileiros, vem desconstituindo concepções tradicionalistas que há muito barraram o exercício dos direitos fundamentais. Nesse sentido, observe-se que órgão de maior expressão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, aos poucos está aproveitando as oportunidades de efetivar os direitos fundamentais, muito embora, ainda insuficiente. A nova concepção a respeito dos efeitos do mandando de injunção, a manifesta preocupação com o problema das medidas provisórias, acena uma nova perspectiva.

A expansão inevitável da Jurisdição Constitucional, trouxe consigo, alguns problemas a respeito dos seus limites. Mais consciente dos seus direitos, a sociedade brasileira passou a questionar, judicialmente, a omissão do Poder Público, nomeando o Poder Judiciário como a solução para todas as mazelas sociais.

---

Marques de. *Dos deveres constitucionais: o cidadão responsável*. In: BONAVIDES, Paulo (org.). *Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>20</sup> Vide: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 164-192.

<sup>21</sup> TORRES, Sílvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: considerações e críticas. In: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais. Razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 786.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição constitucional à brasileira: situações e limites.** (Neo) Constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as Constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, n. 2, p. 180.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução de conflitos entre direitos fundamentais.** São Paulo: RT, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição República Federativa do Brasil,** Brasília-DF, Senado, 2008.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial das políticas públicas.** São Paulo: Método, 2007. v.4.
- DINO, Flávio. DINO, Nicolao. MELO FILHO, Hugo. BARBOSA, Leonardo. **Reforma do Judiciário.** Comentários à Emenda nº 45/2004. Niterói: IMPETUS, 2005
- ELY, John Hart. **Democracy and distrust. A theory of judicial review.** Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- FALLON JR., Richard H. **The dynamic constitution.** Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- FRIEDRICH, Carl. **Teoria y realidad de la organización constitucional democrática.** Traducción Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1946.
- GRIFFIN, Stephen. **The age of Marbury: judicial review in a Democracy of Rights.** Tulane Law School Working Paper No. 2003-01. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=441240](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=441240)>. Acesso em: 16 set. 2008.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007.
- GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1997.
- \_\_\_\_\_. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn.** Traducción: Joaquín Brage Camazano. Madri: Dykinson, 2003.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Escritos de derecho constitucional.** Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. **Cadernos de direito constitucional e ciência política,** São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 21, p. 69-91, out. 1997.
- MENEZES VIGLIAR, José Marcelo. **Uniformização de Jurisprudência. Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar.** São Paulo: Atlas, 2003.

- PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008
- SBROGIO GALIA, Susana. **Mutação constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília jurídica, 2005.
- SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000.
- WOLFE, Christopher. **How to read the Constitution: originalism, constitutional interpretation, and judicial power**. New York: Rowman & Littlefield, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Judicial Activism**. New Jersey: Rowman & Littlefield Publishers, 1997.