

O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário – Algumas Considerações

Guilherme Henrique de La Rocque Almeida

Sumário: Introdução. 1. A judicialização da política. 2. O substancialismo como fundamento teórico. 3. A crítica do procedimentalismo. 4. A judicialização da política no Brasil. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

A Judicialização da Política é um tema que, apesar de vir sendo discutido no Brasil há mais de uma década, tanto por juristas quanto por cientistas sociais em geral¹, continua merecendo uma análise mais detida. Em primeiro lugar, porque o papel do Judiciário tem sido questionado em nosso País, o que gerou inclusive a edição de uma recente Emenda Constitucional denominada “Reforma do Judiciário”². Em segundo lugar, porque o momento atual é marcado por intensas mudanças tanto na área do Direito quanto na da Política, as quais visam conformar o ordenamento jurídico nacional ao processo de globalização e ao denominado Direito Global, além de promover as modificações consideradas necessárias nas estruturas da Administração Pública e no processo de implementação de políticas públicas. Essas alterações são hoje facilmente vislumbráveis, merecendo especial destaque o sensível incremento das concessões de serviços públicos, a criação das agências reguladoras e a instituição das parcerias público-privadas.

Não se pode olvidar, ainda, a crescente demanda por uma atuação eficaz do Poder Judiciário no que concerne à concretização dos direitos insculpidos na Constituição Federal de 1988. Essa tendência é reforçada pela maior organização da sociedade civil e por um relativo descrédito na efetividade da atuação parlamentar.³

Ademais, não se pode olvidar que o abuso verificado na edição de medidas provisórias reduziu significativamente a eficácia do controle parlamentar sobre a produção

¹ Dentre outros trabalhos, recomenda-se a leitura de “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil” de VIANNA, Luiz Werneck et alli. Rio de Janeiro: Revan, 1999. Também devem ser consultados: “Política e Economia no Judiciário: As Ações Diretas de Inconstitucionalidade dos Partidos Políticos” de CASTRO, Marcos Faro. Caderno de Ciência Política da UnB, nº 7. Brasília: 1993. “A Judicialização da Política no Brasil (1990-1996)” de TEIXEIRA, Ariosto. Dissertação de Mestrado defendida na UnB em 1997.

² Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 8/12/2004.

³ Nesse sentido, cumpre destacar que sucessivas pesquisas de opinião tem demonstrado o baixo conceito dos parlamentares entre a população em geral.

de leis, o que abriu espaço para uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário, provocada principalmente por partidos políticos, sindicatos e associações⁴.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 introduziu instrumentos adequados ao exercício do controle das políticas públicas, tais como, por exemplo, as ações declaratórias de inconstitucionalidade – ADIN, as ações por descumprimento de preceitos fundamentais - ADPF e as ações civis públicas. Ademais, deve-se ter em mente que, em consonância com os ensinamentos de Konrad Hesse, as constituições atuais possuem um forte caráter normativo, pois expressam um dever ser, um projeto de sociedade civil e de Estado, um programa que deve, ou deveria, ser observado pelos que exercem os Poderes da República⁵.

Finalmente, não se pode olvidar a emergência de novos sujeitos de direito, os quais demandam não mais em nome próprio, individual, mas em nome coletivo⁶. Referidos sujeitos apresentam uma agenda social que não pode ser desconsiderada pelo Poder Judiciário, até porque, como ressaltou DURKHEIM, o direito se forma nas entranhas da sociedade, sob a pressão das necessidades sociais⁷.

1. A judicialização da política

Antes de adentrar na análise desse tema, cumpre delimitá-lo precisamente pois a expressão “*judicialização da política*” é plurívoca. Para os fins deste artigo, ela designará a atuação do Poder Judiciário tanto durante a fase de elaboração das regras regentes das políticas públicas quanto na fase seguinte, qual seja, a de implementação efetiva dessas políticas.

Referida atuação se dá por meio da utilização de mecanismos tipicamente judiciais, tais como a análise de constitucionalidade e legalidade e a verificação da licitude dos atos praticados tanto na arena de deliberação política quanto no âmbito dos entes encarregados de executar as políticas em questão.

Constata-se que o Poder Judiciário limita e regula as atividades legislativas, por meio do controle de constitucionalidade, seja ele concentrado ou difuso. Além disso, aquele

⁴ Segundo VIANNA, o emprego excessivo de medidas provisórias caracterizou uma ditadura da maioria, decorrente de um presidencialismo de coalização. WERNNECK VIANNA, Luiz et alli. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 51.

⁵ HESSE, Konrad, *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

Poder também é uma arena de discussão e decisão (positiva ou negativa) no âmbito da implementação de políticas públicas⁸. Nesse sentido, o Judiciário é um "veto player" e provedor de "veto points"⁹, ao qual os atores políticos recorreriam no intuito de buscar a efetivação de interesses não alcançados na arena política.

Importa salientar que os juízes, além de averiguarem a regularidade formal das políticas públicas, em algumas oportunidades analisam as respectivas conveniência e oportunidade. Por via de conseqüência, nessas ocasiões, julgam o mérito da alocação efetuada dos recursos públicos.

Essa atuação do Poder Judiciário rompe com o dogma da separação dos poderes, na forma proposta por Montesquieu¹⁰. Tendo em vista que essa teoria foi elaborada sob a égide do Estado Liberal, quando de sua formulação não estava prevista a atuação estatal no sentido de garantir bem-estar a seus cidadãos, atuação essa que demandava a instituição do Estado Social, provedor de serviços.

Sob a ótica desse Estado Liberal, era possível observar o princípio da separação de poderes, em consonância com o qual as competências devem ser distribuídas de tal forma que haja um sistema de freios e contrapesos.

É cediço que a evolução da sociedade e do capitalismo industrial forçou a alteração do papel atribuído ao Estado, que passou a prestar serviços e a promover mudanças sociais. Nesse sentido, o Estado do Bem-Estar traçou uma agenda igualitária, a

⁶ Para uma análise da atuação dos novos sujeitos coletivos e das experiências por eles desenvolvidas de criação de direito, ver SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. *Movimentos Sociais – Emergência de Novos Sujeitos: O Sujeito Coletivo de Direito. in Sociologia e Direito*. SOUTO Cláudio e FALCÃO, Joaquim. Orgs. 2ª ed. atual. São Paulo: Pioneira Thomson Learnings, 2001. pp. 255-265. Ver também SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. *Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. pp. 11-51.

⁷ *Apud* Grawitz, Madeleine. *Méthodes des Sciences Sociales*. 4ª. ed. Paris: Dalloz, 1979, citado por SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. *Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

⁸ Shapiro já observava a atuação política do Judiciário em 1964 nos Estados Unidos: "The core of political jurisprudence is a vision of courts as political agencies and judges as political actors". Shapiro, Martin. "Political Jurisprudence". *Kentucky Law Journal* 52 (1964), p. 294, *apud* Shapiro (2002:294). Citado por FERREIRA, Camila Duran *et alli* in "O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: O caso AIDS". Monografia apresentada ao IPEA, para concorrer ao Prêmio IPEA – 40 anos.

⁹ A qualificação do Poder Judiciário como provedor de veto point é uma manifestação da teoria dos veto players exposta por George Tsebelis (George Tsebelis. *Veto players: How Political Institutional Works*. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2002). Nesse sentido, veto players seriam atores políticos, individuais ou coletivos, cujo consentimento seria necessário para o estabelecimento de políticas públicas. Referidos atores políticos exerceriam esse poder de veto (sobre legislação ou políticas públicas que atinjam os interesses ou objetivos políticos desses) tendo em vista arranjos institucionais, os denominados veto points. Esta definição é baseada na obra de Matthew M. Taylor, *Courts and Public Policy in Brazil*. No mesmo sentido, as definições de Josephine T. Andrews / Gabriella R. Montinola. "Veto Players and the Rule of Law in Emerging Democracies", *Comparative Political Studies (forthcoming 2004)* e Ganghof, Steffen. "Promises and Pitfalls of Veto Player Analysis". *Swiss Political Science Review* 9 (2003), p.2. Todos citados por FERREIRA, Camila Duran, na monografia acima mencionada.

¹⁰ Para Montesquieu, o Poder Judiciário não passava de um mero executor de leis. Os juízes seriam apenas "a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor". O "poder de julgar" teria somente a função de punir os criminosos e resolver a querela entre os particulares, sendo de certa forma um poder nulo. (MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. "Do Espírito das Leis". Vol. 1. Coleção "Os Pensadores". São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 203.)

qual está consubstanciada nas chamadas Constituições Dirigentes ou Comunitárias¹¹. Nessa época, foram elaboradas as teorias materiais da constituição, segundo as quais a Lei Maior deve ser política, não apenas estatal. Afinal, essa Lei deve viabilizar e induzir à legitimação do poder e não se limitar a disciplinar a organização do aparelho estatal e a garantir a liberdade individual. Conseqüentemente, o campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, não só o Estado.¹²

Vistas sob esse ponto de vista, as constituições devem estabelecer direitos de natureza social, que instrumentalizam objetivos e finalidades do sistema político. Ao assim fazer, as constituições rompem com o dogma da liberdade absoluta do legislador, o qual passa a atuar adstrito aos princípios constitucionais.

Dentro desse novo paradigma, o Poder Judiciário passou a atuar seguindo os preceitos garantidos nas Cartas Magnas. Desse modo, as decisões judiciais sobre matérias administrativas passaram a conter, implícita ou explicitamente, uma análise constitucional dos atos praticados pelo Poder Público, no sentido de verificar sua conformidade com os fins traçados pela Constituição.

Tendo em vista que as normas constitucionais tornaram-se cada vez mais específicas no sentido de dirigirem a atuação sócio-econômica dos agentes políticos, ao Poder Judiciário foi conferida competência para julgar, segundo os preceitos constitucionais de justiça social, os parâmetros de eficiência e oportunidade da atuação governamental.

Visando desempenhar suas novas funções, a atividade estatal se expandiu e, por meio da atuação direta ou da regulação das atividades privadas, procurou garantir uma destinação eficaz dos recursos públicos, apesar da reconhecida escassez das verbas disponíveis.

Nesse contexto, o Estado especializou seus órgãos e entidades visando propiciar maior eficiência e celeridade às ações governamentais. Ademais, diante da necessidade de dar publicidade aos atos, cada vez mais técnicos e complexos, ocorreu um incremento quantitativo e qualitativo na produção normativa. As normas jurídicas foram perdendo seu caráter abstrato e genérico, tendendo a se tornar cada vez mais específicas e a versar sobre

¹¹ Nesse sentido, HÄBERLE defende que a constituição não se limita a ser um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, mas é a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de autorepresentação própria de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos. (in HÄBERLE, Peter. *Teoria de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Trad. Emílio Mikunda. Madri: Tecnos, 2000. p. 34. Traduzido para o português pelo autor deste texto)

¹² Nesse sentido, ver BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et alli*. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 103.

os mais diversos aspectos sociais e econômicos. É a denominada jurisdicização das relações sociais¹³.

Devido à expansão da atividade estatal e, conseqüentemente, do âmbito material da normatividade, o Poder Judiciário passou a decidir sobre matérias novas, tais como àquelas relativas ao Direito Regulatório. Com tal desiderato, foram criados novos órgãos judiciais e parajudiciais específicos, os quais passaram a desempenhar atribuições que, em consonância com a doutrina clássica da separação dos poderes, não deveriam ser cometidas aos juízes¹⁴.

Paralelamente à assunção pelo Poder Judiciário de suas novas funções, ocorreu um processo de avaliação crítica da atuação do sistema político no que concerne à formulação e à implementação de políticas públicas aptas a atender às crescentes demandas sociais.

Há, ainda, uma questão relevante a ser abordada. O tempo político-legislativo é diferente do tempo real das demandas sociais, o que imputa ao gestor das decisões políticas um comportamento de análise de custos e benefícios da elaboração e aplicação de políticas públicas. Recorrer ao Judiciário, principalmente quando há possibilidade da utilização de mecanismos como, por exemplo, a tutela antecipada, pode garantir uma efetivação mais ágil dos direitos sociais constitucionalmente previstos, além de evitar desgastes políticos, seja no sentido de obter maioria representativa, seja na relação com a opinião pública.

Ressalte-se que, nos últimos anos, está em curso uma redefinição do papel do Estado, a qual pretende reduzir significativamente sua atuação direta como promotor de serviços em favor de uma atuação regulatória. De forma geral, pode-se dizer que a transição do Estado de Bem-Estar para o denominado Estado Regulador não invalida as considerações acima expendidas. Afinal, no Brasil, os direitos sociais, decorrentes do modelo de bem-estar e da incorporação do conceito de justiça no Direito, continuam figurando como paradigmas, inclusive constitucionais, da atuação estatal. Ou seja, embora haja tendências de atuação regulatória – essencialmente procedimental – a existência dos já referidos direitos constitucionalmente positivados acaba por impelir a prestações típicas de um modelo intervencionista.

¹³ "A mediação (...) ao fixar os limites e os direitos dos grupos organizados corporativamente, resultou na jurisdicização das relações sociais, fazendo do direito e dos seus procedimentos uma presença constituinte do capitalismo organizado." WERNNECK VIANNA, Luiz et alli. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 17.

¹⁴ Segundo CAPPELLETTI, o Estado criou organismos "quase judiciários" (agências, conselhos, tribunais administrativos, etc), que exerceriam tarefas não executadas pela magistratura, visando controlar a atuação dos poderes políticos e proteger a sociedade contra os abusos daqueles poderes. Além disso, o Poder Judiciário passou a adotar uma postura mais ativa e criativa. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993)

Dentro desse contexto, cumpre indagar qual deve ser o papel dos juizes frente às crescentes demandas sociais e individuais, marcadamente em um país no qual persiste o “*autoritarismo socialmente implantado*”¹⁵, o qual contribui para a manutenção de relações de poder arbitrárias e clientelistas, impedindo que a maioria da população usufrua dos direitos outorgados pela atual Lei Maior. Em princípio, entende-se que os magistrados devem garantir o acesso à justiça, entendido, em conformidade com CAPPELLETTI, como sendo o acesso universal e igualitário a decisões que sejam individual e socialmente justas¹⁶.

Essa questão ganha ainda maior relevância quando se examina a avaliação judicial das políticas públicas, as quais, em um Estado Social e Democrático de Direito, visam precipuamente garantir um padrão de vida adequado a toda a população. Afinal, a maior parte dessas políticas atende à camada da população que, devido a suas condições sócio-econômicas, tem um acesso restrito ao Judiciário¹⁷.

2. O Substancialismo como fundamento teórico

Neste artigo, será adotada como base teórica a posição defendida por DWORKIN e CAPPELLETTI, denominada por WERNNECK VIANNA de substancialista¹⁸. Em conformidade com esse entendimento, o Poder Judiciário é um fórum adequado para obter a concretização dos Direitos Fundamentais constituídos pela Constituição Federal.

Em consonância com essa corrente teórica, entende-se que, ao se defrontar com uma causa envolvendo as políticas públicas, o juiz deve deixar de ser o aplicador formalista da lei para se tornar um agente das transformações sociais, atuando por intermédio do controle judicial não só da constitucionalidade da lei formal, mas também, das questões materiais relativas às próprias políticas públicas.

Note-se que, segundo DWORKIN, o juiz deve selecionar entre as decisões possíveis e aceitáveis aquela que configure a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade, analisada ao longo de sua formação histórica.¹⁹ Cumpre ressaltar, todavia, que a estabilidade e a segurança jurídica não são valores absolutos, pois:

¹⁵ Essa forma de autoritarismo foi descrita por PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Autoritarismo e transição*. Revista da USP. nº 9. Mar/abr/maio 1991. pp. 45-56.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

¹⁷ Boaventura de Souza Santos observou com precisão que “*a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem. Essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas*”. (in *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1999. p. 170).

¹⁸ WERNNECK VIANNA, Luiz et alli. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 24.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. pp. 305-306.

“Em qualquer interpretação aceitável, algumas cláusulas reconhecem os direitos individuais contra o Estado e a nação: liberdade de expressão, processo legal devido em ações criminais, tratamento igualitário na disposição dos recursos públicos, aí incluída a educação. A estabilidade na interpretação de cada um desses direitos, considerados um por um, tem alguma importância prática. Mas, por se tratar de questões de princípio, a substância é mais importante do que esse tipo de estabilidade. Em qualquer caso, a estabilidade crucial é a da integridade: na medida do possível, o sistema de direitos deve ser interpretado como a expressão de uma concepção coerente de justiça.”²⁰

Assim, ao julgar essas questões, o juiz deve privilegiar os princípios, que representam padrões que devem ser observados por representarem exigências de justiça ou de equidade. Adicionalmente, podem ser observadas diretrizes políticas, as quais visam melhorar algum aspecto econômico, social ou político da comunidade.²¹ Afinal, ao juiz compete preservar e implementar os valores morais que incorporam e integram o ordenamento jurídico.

Cumpra aduzir que, tendo em vista que os princípios jurídicos possuem força normativa superior à das regras, não devem ser acolhidos argumentos no sentido de que os juízes devem aplicar as leis sem observar esses princípios²².

Importa destacar, ainda, o impacto da nova ordem mundial, que começou a ser estabelecida a partir de 1945. Nesse sentido, STRECK lecionou que:

“A democratização social, fruto das políticas do Welfare State, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais trazem à luz Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política (...) Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os poderes do Estado, surgindo o Judiciário (...) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos para os procedimentos judiciais.”²³

²⁰ Idem. p. 441.

²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

²² Entre outros, afirmam a superioridade dos princípios sobre as normas os seguintes autores: DWORKIN, Ronaldo. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 36 e ss.; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. capítulo 8º; AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. pp. 93 e 94; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. pp. 1085 e ss.

²³ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 128.

3. A crítica do Procedimentalismo

Os procedimentalistas, dentre os quais se destaca Habermas, formulam uma crítica relevante ao substancialismo, ao defender que o Poder Judiciário deve, precipuamente, garantir a participação popular no processo de tomada de decisões, retomando o sentido original de soberania popular²⁴. Dito de outra forma, deve ser evitada uma atuação paternalista fundamentada na preservação de valores historicamente solidificados, a qual pode reduzir os cidadãos a clientes de um Estado providencial.

Habermas defende que a democracia constitucional deve estar assentada em procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião, a qual decorrerá de identidades políticas construídas a partir de certos ideais compartilhados pelos cidadãos. Friso que, segundo essa corrente, a identidade política se constrói, não devendo ser encarada como um dado decorrente de afinidades históricas e valorativas.

Para que haja a construção dessa identidade, deve ser garantido aos cidadãos a participação na produção do agir comunicativo, definido por Habermas como:

“Discurso orientado para o entendimento, que assegura aos falantes participantes no acto de comunicação um mundo da vida intersubjetivamente partilhado, garantindo assim simultaneamente um horizonte no seio do qual todos possam se referir a um só mundo objectivo.”²⁵

De qualquer forma, importa consignar que ambas as correntes enxergam o Poder Judiciário como:

"uma instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como

²⁴ Para uma discussão interessante sobre essa diferenciação ver STRECK, o qual afirmou que: *"Sustentando a tese procedimentalista, Habermas critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito. Tece críticas especialmente ao que denomina de gigantismo do Poder Judiciário, surgido no pós-guerra. Tais fatores coincidiram com o desestímulo para um agir orientado para fins cívicos, o juiz e lei isolados, socialmente perdidos. Como contraponto, Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma 'ação de cultura' mas, sim em uma 'nação de cidadãos'."*

De outro lado, *"a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. O modelo substancialista – que, em grande parte aqui subscrevo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político – estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social. (...) Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de checks and balances."* (in STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. pp. 40 e ss.)

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e Comunicação*. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 192

uma agência indutora de um efetivo **checks and balances** e a garantia da autonomia individual e cidadã."²⁶

Diante disso, pode-se concluir que as competências dos juízes tem sido corretamente redimensionadas, pois:

"Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico 'sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária', consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos – como nos casos de países que admitem o controle abstrato de normas – e, um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à inflação do imaginário, do ético e do justo. Tal contexto institucional, dominante, em maior ou em menor medida, nos países ocidentais, além de expressar um movimento de invasão do direito na política e na sociabilidade, tem dado origem a um novo personagem da intelligentzia: os magistrados e os membros do Ministério Público²⁷. 'Guardiães das promessas', na qualificação de Garapon, em meio ao mundo laico dos interesses e da legislação ordinária, seriam os portadores das expectativas de justiça e dos ideais da filosofia que, ao longo da história do Ocidente, se teriam naturalizado no campo do direito."²⁸

4. A judicialização da política no Brasil

Verifica-se no Brasil que não existe uma visão clara e preponderante, do ponto de vista quantitativo, de qual papel deve desempenhar o Poder Judiciário no que concerne à efetiva implementação dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988.

Tal afirmação é corroborada por pesquisas realizadas pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo – Idesp, em 1993 e em 2000, nas quais foram colhidas manifestações de magistrados²⁹. Por meio da primeira, verificou-se que 73,7% dos entrevistados entendiam que o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, mas deve ser

²⁶ Idem. Ibidem. p. 24.

²⁷ Por não se enquadrar no escopo deste artigo, não será conferida ênfase ao relevante papel atribuído pela nova ordem constitucional ao Ministério Público. Entretanto, não se pode deixar de salientar que ao *Parquet* foram destinadas atribuições que são fundamentais para o estabelecimento de uma justiça material.

²⁸ Idem. Ibidem. pp. 22 e 23.

²⁹ As informações relativas a essas pesquisas constam do artigo “A função realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”, de COSTA, Flávio Dino Castro e. Revista CEJ. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Ano IX, março de 2005. pp. 40 a 53.

sensível aos problemas sociais. Entretanto, apenas 37,7% afirmaram que o compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei.

Restou patente que, apesar de existir uma suposta sensibilidade para os problemas sociais, os magistrados consideravam adequado julgar com base no paradigma tradicional, que se fundamenta na neutralidade do juiz³⁰ e na dogmática jurídica.

Por intermédio da segunda pesquisa, verificou-se que essas contradições subsistiam. Mais de 74% dos magistrados entrevistados afirmaram que ocasionalmente ou nunca as decisões judiciais são mais baseadas em visões políticas do que na leitura rigorosa da lei. Entretanto, 73,1% consideraram que o juiz tem um papel social a cumprir e que a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos.

Em decorrência dessas contradições, constata-se que a maioria dos membros do Poder Judiciário brasileiro tem adotado uma posição de auto-limitação no que concerne ao controle das políticas públicas. Porém, não se pode negar a existência de uma série de decisões judiciais relevantes, tais como aquelas relativas à obrigatoriedade de fornecimento gratuito de medicamentos a pessoas carentes, à proibição de fumo em lugares públicos e em vôos no território nacional, à exigência de estudos de prévio impacto ambiental para a liberação de produtos geneticamente modificados, ao reconhecimento de direitos previdenciários a companheiros homossexuais, à obrigatoriedade de revisão geral anual nos proventos de servidores públicos e à possibilidade de levantamento de valores do FGTS para custeio do tratamento de doenças e em caso de enchentes.

5. Considerações finais

Avalia-se que o Poder Judiciário pode e deve atuar no controle das políticas públicas, devendo sua atuação ser pautada pelas exigências do direito justo e estar amparada num sistema de domínio político-democrático materialmente legitimado, na feliz expressão cunhada por CANOTILHO.³¹

Entende-se que os juizes devem atuar em conformidade com um texto constitucional que, a par de estabelecer garantias das liberdades individuais, estabelece objetivos a serem perseguidos no plano social. Dito de outra forma, eles devem colaborar para a concretização dos objetivos constitucionais, tendo em vista que o Poder Judiciário é o guardião da Constituição.

³⁰ É interessante notar que, nas faculdades de direito, não raras vezes, a neutralidade dos julgadores é apontada como um dos fundamentos da legitimidade das decisões judiciais.

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. Citado por SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. *Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

Essa visão, aliás, é compartilhada pelo Supremo Tribunal Federal, como se depreende do seguinte trecho do Voto do Ministro Celso de Mello, proferido quando do julgamento da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (ADPF MC/DF), ocorrido em 29/4/2004:

“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”.

Entretanto, dadas as peculiaridades culturais e sociais do Brasil e o atual estágio da magistratura brasileira, cumpre esclarecer que nosso Poder Judiciário pode cometer erros ou praticar injustiças. Afinal, não é de nossa tradição jurídica levar as discussões sócio-políticas para a esfera judicial, ao contrário do que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, onde o papel político do Judiciário, há bastante tempo, é reconhecido e estimulado.

Ademais, deve-se ter em conta que os juizes brasileiros sofrem de um certo *déficit de legitimidade*, na medida em que não são eleitos nem passam por uma constante e efetiva avaliação popular, além de não haver uma estrutura ideológica definida e uniforme, consoante exposto anteriormente neste artigo.

Diante disso, considera-se vital ressaltar que o controle das políticas públicas pelo Judiciário, embora seja necessário e útil, não pode ser considerado uma panacéia, uma solução mágica para os diversos problemas enfrentados em nosso país.

Referências Bibliográficas

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et alii. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.
- _____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- CASTRO, Marcos Faro. *Política e Economia no Judiciário: As Ações Diretas de Inconstitucionalidade dos Partidos Políticos*. Caderno de Ciência Política da UnB, nº 7. Brasília: 1993.
- COSTA, Flávio Dino Castro e. Revista CEJ. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Ano IX, março de 2005.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERREIRA, Camila Duran et alli. *O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: O caso AIDS*. Monografia apresentada ao IPEA. Brasília: IPEA.
- HÄBERLE, Peter. *Teoria de la Constituição como Ciência de la Cultura*. Trad. Emílio Mikunda. Madri: Tecnos, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e Comunicação*. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996.
- HESSE, Konrad, *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.
- MONTESQUIEU, Barão de La Bréde e de. "Do Espírito das Leis". Vol. 1. Coleção "Os Pensadores". São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Autoritarismo e transição*. Revista da USP. nº 9. Mar/abr/maio 1991.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1999.
- SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. *Movimentos Sociais – Emergência de Novos Sujeitos: O Sujeito Coletivo de Direito*. in *Sociologia e Direito*. SOUTO Cláudio e FALCÃO, Joaquim. Orgs. 2ª ed. atual. São Paulo: Pioneira Thomson Learnings, 2001.
- _____. *Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.

TEIXEIRA, Ariosto. *A Judicialização da Política no Brasil (1990-1996)*. Dissertação de Mestrado defendida na UnB em 1997.

VIANNA, Luiz Werneck et alli. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.