

*P*oder Judiciário, políticas públicas e administração da Justiça¹

JUDICIARY, PUBLIC POLICIES AND
ADMINISTRATION OF JUSTICE

Tiago Gagliano Pinto Alberto

Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Curitiba (PUC/PR) sob a orientação da Professora Doutora Danielle Anne Pamplona. *E-mail:* tiago@anamages.org.br. *Lattes:* <<http://lattes.cnpq.br/6162329963599583>>.

RESUMO: A teoria clássica da “separação de poderes” foi objeto de reflexão por algum tempo. Quando de sua formulação dogmática foi bem definido o papel de cada função do poder, situação que foi modificada também pela especificidade e crescimento das demandas sociais, que causam perceptível intercessão na atividade dos órgãos responsáveis pela organização e manutenção do estado. Assim, o sistema de freios e contrapesos já não se limita à função refreadora, pelo contrário, vai estabelecer diretrizes visando interferência positiva. Há uma crise dogmática gerada e gestada pela evolução dos institutos, visões, ideias, conceitos e da necessidade de realização dos direitos conferidos em uma época que foi mais prevalente o executivo. A alternância de ação mais pronunciada entre os poderes tem nas deficiências de cada sociedade histórica e leva à conclusão de que as respostas a este modelo não podem limitar-se a trilha pela qual trafegavam quadros anteriores. A evolução é um substantivo e não meramente instrumental. O Judiciário está incluído na qualidade de julgador não só voltado para a correção de omissões e de comportamentos juridicamente proibidos, mas também um colaborador dos outros ramos. A administração da justiça não termina na resolução dos conflitos trazidos à solução do juiz, além disso, também permite uma ação eficaz e coordenada de todos os poderes, que devem ter em conta as diretrizes constitucionais e também estimular o desenvolvimento do país conseguindo a liberdade pessoas, como resultado de sua própria maturidade institucional.

¹ Trabalho apresentado perante o XI Congresso Nacional y I Latinoamericano de Sociología jurídica, Buenos Aires, outubro-2010.

Palavras-chave: Poder judiciário. Políticas públicas. Administração da Justiça.

The classical theory of "separation of powers" was the subject of reflection for some time. When his dogmatic formulation was well defined the role of each function of power, a situation that was also modified by the specificity and growth of social demands, which cause noticeable activity in the intercession of bodies responsible for organizing and maintaining the state. Thus, the system of checks and balances no longer limited to the restraining role, by contrast, will establish guidelines aimed at positive interference. There is a crisis generated and gestated by the dogmatic development of the institutes, visions, ideas, concepts and the need for realization of rights at a time when the executive was more prevalent. The alternation of action more pronounced among the powers of each have deficiencies in the historical society and leads to the conclusion that the answers to this model can be limited to the trail by which trafegavam previous frames. Evolution is a substantive and not merely instrumental. The judiciary is included as a judge not only toward the correction of omissions and legally prohibited behavior, but also a collaborator with the other branches. The administration of justice does not end in conflict resolution solution brought to the judge, in addition, also allows an effective and coordinated action of all powers, which should take into account the constitutional guidelines and also stimulate the development of country people getting freedom as a result of their own institutional maturity.

ABSTRACT:

Keywords: Judiciary. Public policies. Administration of Justice.

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, com a formulação de novos desafios ao direito, embates principiológicos, choques normativos entre regras que embasam direitos de estaturas discrepantes e, mesmo, criação de novos ramos dogmáticos que objetivam explicar fenômenos sociais que se verificam candentes e inafastáveis², a clássica teoria da "Divisão de Poderes" passa por momento de ampla reflexão³, perpassando-se dos papéis bem definidos e estáticos à crise gera-

² "Os movimentos sociais emergentes – tanto no campo como nas cidades – estão abrindo um novo espaço político, onde se plasmam as identidades étnicas e as condições ecológicas para o desenvolvimento sustentável dos povos que habitam o planeta, e da humanidade em seu conjunto. Estes movimentos estão gestando novos direitos – ambientais, culturais, coletivos – em resposta a uma problemática ambiental que emerge como uma crise de civilização, efeito do ponto de saturação e do transbordamento da racionalidade econômica dominante." (LEFF, 2001, p. 346).

³ "É visível a crise do Estado e de seu Direito neste final de século. Todos os primados do Direito chamado moderno, seus fundamentos, o direito individual como direito subjetivo, o patrimônio como bem jurídico, a livre manifestação de vontade estão abalados. Com este abalo outros dogmas perdem a credibilidade, como a separação de poderes, a neutralidade e o profissionalismo do poder judiciário, a representatividade do parlamento, a

da pela especificidade e aumento das demandas sociais, provocando acentuada intercessão na atuação dos órgãos responsáveis pela organização e manutenção do Estado.

Diante desse quadro, o conhecido Sistema dos Freios e Contrapesos não mais se atém à função refradora; ao contrário, presta-se a estabelecer diretrizes visando ingerências positivas. Nesta vertente, uma nova visão acerca da divisão dos poderes poderá ensejar, em último grau, o desenvolvimento do país não apenas sob o enfoque econômico, senão também político, jurídico e social, apto, portanto, a garantir o enlevo da liberdade dos indivíduos⁴. Ultimado o correto balanceamento da atuação dos Poderes da República e, sobretudo, efetivando-se correta distribuição de recursos públicos, poder-se-á alcançar com plenitude o bem-estar como decorrência da igualdade em si, esta não sob o aspecto meramente formal, mas sim como manifestação garantida e indevassável da cidadania⁵.

O Poder Judiciário se insere neste contexto não mais apenas com a função típica de resolução de conflitos⁶ - ainda que sempre tenha tido funções

soberania nacional, a supremacia da Constituição. Esta crise é diferente de outras já havidas e às vezes mal superadas, porque atinge o âmago, os alicerces do sistema jurídico. As correções de rota feitas até agora puderam fazer mudanças no sistema jurídico que mantiveram sua essência. Entre as mudanças mais importantes estão o reconhecimento de pessoas jurídicas não comerciais, a criação de limitações administrativas, a interferência do Estado na ordem econômica, a definição de função social para a propriedade, a supremacia e a eficácia normativa das Constituições. Todos estes avanços não conseguiram abalar, mas ao contrário, reforçaram os fundamentos que marcam a criação do direito moderno, especialmente a propriedade privada como a máxima expressão do direito individual. A nova crise atinge exatamente este direito, porque desloca o centro do sistema, quer era ordem privada, para a ordem pública, do direito individual para o coletivo." (OLIVEIRA, PAOLI, 1999); (MARÉS, 2006, p. 307-308).

⁴ "A perspectiva da liberdade não tem necessariamente de ser processual (embora os processos realmente sejam importantes, *inter alia*, para avaliar o que está acontecendo). A consideração básica, como procurei mostrar, é nossa capacidade para levar o tipo de vida que com razão valorizamos. Essa abordagem pode proporcionar uma visão do desenvolvimento bem diferente da costumeira concentração sobre PNB, progresso tecnológico ou industrialização, que têm sua importância contingente e condicional, mas não são as características definidoras do desenvolvimento." (SEN, 1999, p. 323).

⁵ "A igualdade é um ideal político popular, mas misterioso. As pessoas podem tornar-se iguais (ou, pelo menos, mais iguais) em um aspecto, com a consequência de tornar-se desiguais (ou mais desiguais) em outros. (...) Existe uma diferença entre dar um tratamento igualitário às pessoas, com relação a uma ou outra mercadoria ou oportunidade, e tratá-las como iguais". (DWORKIN, 2005, p. 03).

⁶ Em que pese o ordenamento positivo, por vezes, estabeleça também função normativa e consultiva, tal como se depreende do artigo 23, incisos IX e XII do Código Eleitoral brasileiro - Lei n.º 4.737, de 15.07.1965 - DOU 19.07.1965: "Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código; XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político;".

atípicas de regulamentação e execução de diretrizes normativas⁷ –, revelando, outrossim, papel de indicador das diretrizes a serem adotadas pelos demais Poderes em ordem a consagrar a efetividade da Carta da República e, notadamente, os direitos humanos nela inseridos. Tal se dá pela exegese jurisdicional dos direitos fundamentais e posterior diálogo com os demais Poderes a fim de articular as atividades estatais e correlacioná-las às pautas sociais hauridas da Lei Fundamental.

O presente trabalho visa investigar as premissas que embasam sobretudo ideário e, ainda, verificar se tais se enquadram, sob o aspecto dogmático, positivo e tópico, no rol de competências previstas na Carta Fundamental da República Federativa do Brasil. Pretende-se, outrossim, empreender estudo acerca de alguns V. Julgados existentes, examinando se já há alguma diretriz jurisprudencial acerca do assunto, correlacionando o tema proposto com os direitos humanos trazidos à tona pela Carta e, sobretudo, com a forma de viabilizar a administração da Justiça.

1 INDEPENDÊNCIA E SEPARAÇÃO?

A Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 2º, dispõe que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Dogmaticamente, o conteúdo normativo do

⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece à suficiência o tema: “Com efeito, ninguém duvida que o Poder Legislativo, além dos atos tipicamente seus, quais os de fazer leis, pratica atos notoriamente administrativos, isto é, que não são nem gerais, nem abstratos e que não inovam inicialmente na ordem jurídica (por exemplo, quando realiza licitações ou quando promove seus servidores) e que o Poder Judiciário, de fora parte proceder a julgamentos, como é de sua específica atribuição, pratica estes mesmos atos administrativos a que se fez referência. Acresce que, para alguns, o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade, atividade posta a cargo do Legislativo, é exercício de função jurisdicional, irrevisível por outro Poder, de sorte que o referido corpo orgânico, além de atos administrativos, e de par com os que lhe concernem normalmente, também praticaria atos jurisdicionais. Outrossim, conforme opinião de muitos, o Judiciário exerceria atos de natureza legislativa, quais, os seus regimentos internos, pois neles se reproduziriam as mesmas características das leis: generalidade e abstração assim como o atributo de inovarem inicialmente na ordem jurídica, ou seja, de inaugurarem direitos e deveres fundados unicamente na Constituição, tal como ocorre nas leis. De seu turno, o Poder Executivo expede regulamentos, atos que materialmente são similares às leis e, na Europa, muitos destes regulamentos inovam inicialmente na ordem jurídica, tal como o fazem as leis. É certo, ainda, que o Executivo também decide controvérsias. É o que faz, *exempli gratia*, nos processos que tramitam perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) destinados a apurar e reprimir os comportamentos empresariais incursos em abuso de poder econômico ou nos processos de questionamento tributário submetidos aos chamados ‘Conselhos de Contribuintes’. É verdade que tais decisões só são definitivas para ela própria Administração, imutabilidade esta que alguns denominam de ‘coisa julgada administrativa’.” (MELLO, 2004, p. 31-32).

texto constitucional vem sendo interpretado como consolidação do ideário apregoado por Montesquieu no sentido de que os Poderes da República devem ter funções típicas bem delimitadas, de maneira que possam exercer uns sobre os outros fiscalização e decote de atuações proscritas sob o aspecto positivo⁸.

A prefalada doutrina veio sendo consagrada por séculos a fio, de maneira que eventual questionamento ao seu acerto, eficácia ou aplicação desconsiderando particularidades de cada Estado vinha decerto acompanhada de ideologias totalitárias. Acostumou-se a conceber que o sistema de freios e contrapesos seria ideal a garantir a paz interna e, sob aspecto mais amplo, também no cenário externo; e que o cidadão, protegido da ingerência invasiva e arbitrária do Estado, exerceria de maneira plena, inquestionável e evidente a sua liberdade constitucional.

Segundo Montesquieu, aliás, “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.” (Apud MENDES, 2007, p. 145).

Conquanto não se descure que o exercício unipessoal do poder realmente traga, ínsito a si, a corrupção e abuso, não se pode cogitar que frente aos novos desafios trazidos ao Estado Democrático de Direito a atuação independente e paralela dos poderes viabilize a máxima efetividade dos direitos fundamentais, consagração material da Carta da República e, sobretudo, o atendimento aos anseios sociais.

A doutrina constitucional moderna, aliás, vem entendendo que a atuação conjunta e direcionada aos valores constitucionais parece ser o ponto nodal da atual releitura do sistema de freios e contrapesos⁹. Há, de outro turno, quem entenda que jamais teria havido por parte de Montesquieu a intenção da completa separação de poderes, mas sim combinação das forças

⁸ Jean Jacques Chevallier bem destaca o pensamento de Montesquieu: “Quem o diria! A própria virtude precisa de limites. Só se impede o abuso do poder quando, pela disposição das coisas, o poder detém o poder. O que supõe, não o poder único e concentrado, mas uma fragmentação do poder, e certa distribuição de poderes separados.” Observa, ainda, que “a expressão clássica separação dos poderes, aliás, nunca empregada por Montesquieu, é bem chã, bem débil para exprimir noção tão rica” (CHEVALLIER, 1995, p. 139).

⁹ “Inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam” (MENDES, 2007, p. 146).

inerentes a cada qual¹⁰. A atuação concatenada entre os Poderes seria, nesta vertente, insita à própria teoria cunhada por Montesquieu.

Para além da discussão travada, verifica-se que hodiernamente existe uma crise dogmática cuja solução não perpassa pela adaptação de um sistema que não lhe cabe mais enquanto diretor da nova roupagem que se verifica no segmento social, jurídico, político e econômico. A crise fora gerada e gestada pela evolução de institutos, visões, ideários e concepções, de modo que não pode ser confinada à trilha pela qual trafegavam anteriores molduras¹¹.

¹⁰ “No Livro XI do *Esprit des Lois*, Montesquieu desenvolveu a famosa doutrina de que todo bom governo se devia reger pelo princípio da divisão dos poderes: *legislativo, executivo e judiciário*. E o art. 16º da *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* du 26 Août 1789 transformava este princípio em dogma constitucional: “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution.*” Hoje, tende a considerar-se que a teoria da separação dos poderes engendrou um mito. Consistiria este mito na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados (...). Cada poder recobriria uma função própria e sem qualquer interferência dos outros. Foi demonstrado por Einsenmann que esta teoria nunca existiu em Montesquieu: por um lado, reconhecia-se ao executivo o direito de interferir no legislativo porque o rei gozava do direito de veto; em segundo lugar, porque o legislativo exerce vigilância sobre o executivo na medida em que controla as leis que votou, podendo exigir aos ministros conta da sua administração; finalmente, o legislativo interfere sobre o judicial quando se trata de julgar os nobres pela Câmara dos Pares, na concessão de amnistias e nos processos políticos que deviam ser apreciados pela Câmara Alta sob acusação da Câmara Baixa. Além disso, mais do que separação, do que verdadeiramente se tratava era de combinação de poderes: os juizes eram apenas a boca que pronunciava as palavras da lei; o poder executivo e o legislativo distribuíam-se por três potências: o rei, a câmara alta e a câmara baixa, ou seja, a realeza, a nobreza e o povo (burguesia). O verdadeiro problema político era o de combinar estas três potências e desta combinação poderíamos deduzir qual a classe social e política favorecida.” (CANOTILHO, 2000, p. 108-109).

¹¹ “Estes novos direitos coletivos não carecem apenas de reformas profundas na estrutura do poder judiciário, mas em todo o Estado, porque seria inviável imaginar a sua realização completa sem mudanças profundas. Algumas reformas podem permitir que os direitos econômicos de grandes empresas ou mesmo de consumidor sejam atendidos, mas o essencial necessita de uma reforma ainda mais profunda. O Estado está realmente envelhecendo, a operação plástica que o neoliberalismo deseja fazer-lhe não lhe poderá curar a alma. O seu dogma mais sedimentado, a harmônica e independente divisão de poderes se vê, com a chegada destes novos direitos, em fissura latente. O direito brasileiro reconhece a existência de lacunas no sistema (o que de per si é um rompimento de dogma) e busca colmatá-las com a criação do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, tentando timidamente entregar ao Judiciário o papel de legislador, ou pelo menos de suprir a lacuna não legislada. A solução é tímida, mas a fissura está posta. A intocável divisão entre os poderes começa a ruir, é necessário, porém, cuidado: neste campo qualquer passo em falso pode levar à tirania, pondo a democracia em perigo e, se ela é posta em perigo, a transformação do Direito para garantir eficácia aos direitos coletivos é posta em risco.” (OLIVEIRA; PAOLI, 1999); (MARÉS, 2006, p. 330-332).

Trata-se, pois, de evolução substantiva e não meramente instrumental. Entender as novas funções que se abrem inequivocamente aos Poderes da República examinando apenas o modo de exercício de suas funções tradicionais, típicas e atípicas, pode ser útil apenas para compreender as limitações que se lhes antolham, mas não para conceber fenômeno mais amplo que se abre aos olhos dos indivíduos enquanto cidadãos.

A atual sociedade apresenta conflitos que não mais se podem resolver à custa da decisão solitária de determinado legitimado pela via eletiva, pelas ideias técnico-jurídicas de uma turma julgadora (por mais suprema que se revele), ou, ainda, pela difusa participação dos representantes indiretos da sociedade em sede legislativa. Impõe-se não apenas a atuação protagônica de um dos poderes – submetido, sabe-se, à análise corretiva dos demais –, senão o diálogo e atuação conjunta de todos enquanto segmentos da estrutura de poder estatal. Apenas assim se poderá alcançar solução que atenda aos primados constitucionais, garanta o desenvolvimento estatal pela via do bem-estar dos cidadãos e consagre os direitos humanos previstos na Carta, notadamente a dignidade da pessoa humana.

2 REVISÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E A DESMISTIFICAÇÃO DA SOBERANIA

De acordo com a concepção tradicional ditada pelas normas jurídicas internas e externas, a soberania se encerra nos limites territoriais de cada ente federativo. De tal sorte, o direito, liberdades e atuações de cada ente encontra limite rígido e inequívoco no ponto em que se inicia a esfera de ingerência de outro país¹².

Afora parte a regulamentação decorrente do direito internacional – muitas vezes com objetivo explícito da paz mundial e implícito da prevalência econômica de algum país por sobre outro –, não se conhece ainda no panorama mundial outra moldura que possa servir de embasamento à organização

¹² “O Estado, como grupo social máximo e total, tem também o seu poder, que é o poder político ou poder estatal. A sociedade estatal, chamada também de sociedade civil, compreende uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, aos quais o poder político tem que coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que ao Estado cumpre realizar. Daí se vê que o poder político é superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina, visando a ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum. Essa superioridade do poder político caracteriza a soberania do Estado (conceituada antes), que implica, a um tempo, independência em confronto com todos os poderes exteriores à sociedade estatal (soberania externa) e supremacia sobre todos os poderes sociais interiores à mesma sociedade estatal”. (SILVA, 1998, p. 111).

social, política e jurídica de um povo sobre outro sem que se recorra ao uso da força e/ou dominação militar.

Conquanto existam situações pontuais que coloquem sob exame mais acurado a conservadora delimitação exposta – tal como a ainda hoje não resolvida questão da aplicação de direitos indígenas originários ou sua acolhida (imposta, observe-se) pelo ordenamento nacional referente ao país ao qual se encontram fixados¹³, exemplo candente da prevalência do universalismo radical em detrimento do relativismo¹⁴ –, fato é que significativa parcela da comunidade internacional não parece ter se dado conta à suficiência que o sistema econômico hodiernamente vigente em quase todos os países do globo aplinou de forma tal a soberania que parece faltar apenas algum ato formal que reconheça seu completo defenestramento¹⁵.

Se em primeiro momento o advento do mercantilismo e incipiente capitalismo que se seguiu colaboraram para a delimitação de fronteiras – o que facilmente se explica pela necessidade econômica, visto que a comercialização de produtos impunha observância de regras e o advento de regulamentação interna e externa¹⁶ –, a fase mais atual e agressiva do capitalismo demanda, ao revés, abrandamento de fronteiras jurídicas, abertura econômica

¹³ De acordo com arguta observação de Carlos Frederico Marés: “A cultura de Estado, e o Direito que com ela foi gerado, encarnava a concepção burguesa clássica de que não há estamentos intermediários entre o cidadão e o Estado, acabando com as corporações, coletivos, grupos homogêneos, etc. É a cultura do individualismo e do império da vontade individual. O Estado, ele mesmo passou a ser concebido como um indivíduo, uma pessoa de natureza especial, mas singular, mesmo que encarnasse ou tentasse encarnar a vontade de todos. Nesta concepção não se podia conceber enclaves de grupos humanos com direitos próprios de coletividade, não reconhecidos nem integrados no sistema da Direito estatal. Os povos indígenas deveriam ser esquecidos, para dar lugar a cidadãos livres, sempre individuais, sempre com vontade individual, pessoa. Sendo pessoa, o Estado ou o indivíduo indígena, seria titular de direitos e os teria garantidos. O indivíduo, não o seu grupo, sua comunidade, sua tribo ou seu povo”. (MARÉS, 1998, p. 62).

¹⁴ A escala de gradações entre universalismo e relativismo radical, permeado pelo universalismo fraco ou relativismo forte foi cunhada por Jack Donnelly (2003, p. 15).

¹⁵ Karl Polanyi observa, a propósito, que “Nenhuma sociedade poderia sobreviver durante qualquer período de tempo, naturalmente, a menos que possuísse uma economia de alguma espécie. Acontece, porém, que, anteriormente à nossa época, nenhuma economia existiu, mesmo em princípio, que fosse controlada por mercados. Apesar da quantidade de fórmulas cabalísticas acadêmicas, tão persistentes no século dezanove, o ganho e o lucro feitos nas trocas jamais desempenharam um papel importante na economia humana. Embora a instituição do mercado fosse bastante comum desde a Idade da Pedra, seu papel era apenas incidental na vida econômica.” (POLANYI, 2000, p. 59).

¹⁶ “A partir do século dezesseis, os mercados passaram a ser mais numerosos e importantes. Na verdade, sob o sistema mercantil, eles se tornaram a preocupação principal dos governos. Entretanto, não havia ainda sinal de que os mercados passariam a controlar a sociedade humana. Pelo contrário. Os regulamentos e regimentos eram mais severos do que nunca.” (POLANYI, 2000, p. 69).

irrestrita e subserviência dos poderes da República, ainda que de forma implícita, às exigências levadas a cabo pelo sistema econômico¹⁷.

Atualmente, de tal sorte se revelam entrelaçados os sistemas econômicos exercidos pelos entes federativos que não se pode cogitar da atuação independente de algum Poder, exercendo parcela da soberania, desconsiderando os efeitos que eventual decisão terá no panorama jurídico-econômico¹⁸. Mesmo os conflitos individuais levados à apreciação das Cortes de Justiça, independentes na forma e espírito, podem alcançar resultado que sacrifique o individual em prol do coletivo se entrevisto sob a feição econômica¹⁹.

O fenômeno é inequívoco e não parece apresentar opção de caminho diverso. A soberania parece profundamente abalada, para citar o mínimo, pela ingerência externa do capital corroborada pela atuação política de segmentos econômicos diversos e por vezes discrepantes entre si, exigências de grupos internacionais, globalização da economia, diminuição da importância política das necessidades reais do cidadão frente à obsolescência artificial criada pelo consumismo sem barreiras ou fronteiras, amesquinamento da cultura local, tradicional e histórica²⁰ e recrudescimento da moldura jurídica internacional com fundamento econômico em face dos valores jurídicos nacionais²¹.

¹⁷ Ellen Meiksins Wood pontua, nessa toada, que “o capitalismo não apenas gerou novas e crescentes necessidades de expansão constante, mas também produziu outra forma de dominação, diferente de qualquer uma que tenha existido no passado: dominação não através do controle político e militar direto, mas através de imperativos econômicos e da subordinação ao mercado manipulado em benefício do capital imperial. Testemunha a existência dessa nova ordem mundial o fato de que as principais potências capitalistas não se engajam mais em conflitos geopolíticos e militares diretos visando a divisão do mundo colonial. Em vez disso, elas se engajam na competição econômica. Não existe ilustração mais dramática dessa mudança que a emergência da Alemanha e do Japão, com a ajuda dos seus antigos adversários, como os maiores competidores econômicos dos Estados Unidos – numa relação tipicamente contraditória de competição e incômoda cooperação. O FMI, o Banco Mundial e o GATT (General Agreement on Tariffs and Trade, o precursor da OMC) foram desenhados para administrar um sistema no qual o desenvolvimento econômico mundial depende em larga medida da aceitação das condições impostas pelos Estados Unidos. Este regime é o que conhecemos por ‘globalização.’” (WOOD, 2003, p. 42-43).

¹⁸ “Todos os aspectos da vida que se tornam mercadorias são retirados da esfera de responsabilidade democrática e passam a atender não à vontade do povo, mas às exigências do mercado e do lucro.” (WOOD, 2003, p. 41).

¹⁹ Lei 12.016 de 07.08.2009 – DOU 10.08.2009: “Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.”.

²⁰ Observa o Professor Carlos Frederico Marés acerca do ponto que: “Contradições muito mais complexas, porque não comportam definição jurídica prévia, são aquelas existentes

O fenômeno da desmistificação da soberania é silencioso e não revela sinais externos evidentes, não se podendo, contudo, permitir seja obnubilada a ideia de que o ser humano é o fim e não o meio para o Estado.

Nessa seara, cada vez mais relevantes se apresentam as discussões acerca dos direitos humanos, porquanto embasados em arcabouços normativos que ultrapassam questões meramente econômicas e denotam vetores a serem perseguidos pelos Estados em prol do indivíduo.

Ricardo Lobo Torres, a propósito da fenomenologia internacional dos direitos humanos, inaugura nova concepção do conceito de cidadania, tendo-a não mais estreitamente atrelada a cada Estado, mas sim em contexto internacional, de maneira a que ao homem deva ser assegurado amplo quadro de direitos e deveres no panorama internacional, estes tendo como alicerce os direitos humanos e a justiça em sentido ontológico²².

no próprio seio de uma comunidade, como, por exemplo, a preservação cultural ou natural, e o chamado desenvolvimento econômico. (...) Essas contradições serão crescentes e o Direito pode resolvê-las impondo a prevalência dos direitos coletivos sobre os individuais, mas não poderá fazê-lo com a estrutura que tem hoje, em relação aos conflitos e se dois interesses coletivos venham a se apresentar de forma legítima." (MARÉS, 2006, p. 33-34).

²¹ "Com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) em meados da década de 1990, a globalização econômica, caracterizada pelo "livre comércio", foi exaltada pelos grandes empresários e políticos como uma nova ordem que viria beneficiar todas as nações, gerando uma expansão econômica mundial cujos frutos acabariam chegando a todas as pessoas, até às mais pobres. Entretanto, um número cada vez maior de ambientalistas e ativistas de movimentos sociais logo percebeu que as novas regras econômicas estabelecidas pela OMC eram manifestamente insustentáveis e estavam gerando um sem-número de conseqüências tétricas, todas elas ligadas entre si — desintegração social, o fim da democracia, uma deterioração mais rápida e extensa do meio ambiente, o surgimento e a disseminação de novas doenças e uma pobreza e alienação cada vez maiores." (CAPRA, 2006, p. 141).

²² "De feito, urge construir a concepção de cidadania jurídica ou legal. Definido-se a cidadania, a nosso ver, como o pertencer à comunidade, que assegura ao homem e a sua constelação de direitos e o seu quadro de deveres, só a análise ética e jurídica abre a possibilidade de compreensão desse complexo *status*. A cidadania já não está ligada à cidade nem ao estado nacional, pois se afirma também no espaço internacional. Apenas as idéias de direitos humanos e de justiça podem construí-la no sentido ontológico. Embora a cidadania seja situacional, expressando a relação com o Estado, dela se extraem as conseqüências no plano da normatividade dos direitos fundamentais e da justiça material. É interessante observar que essa reaproximação entre cidadania e direito vem sendo reclamada tanto por juristas como por intelectuais de outras áreas do pensamento. A reorientação da filosofia política e da filosofia do direito no sentido da ética, com o abandono dos pressupostos históricos que as informavam, fez com que as ciências sociais *stricto sensu* passassem do paradigma positivista e empirista para o ambiente da normatividade, que liga o direito à ética. A caminhada de Habermas, no seu livro *Faktizität und Geltung*, no campo da sociologia empírica para o da filosofia do direito e da ética do discurso sintetiza esse novo momento em que o vértice da reflexão sobre o Estado e a Sociedade Civil se apóia na temática dos direitos e da justiça. A 'virada kantiana', ou

3 PODER JUDICIÁRIO: ANTIGAS FUNÇÕES, NOVOS DESAFIOS

Tradicionalmente tido como Poder competente unicamente para a resolução de conflitos intersubjetivos, o Poder Judiciário atualmente desempenha também funções de diversa envergadura, imiscuindo-se em políticas públicas e enfrentando questões atreladas não apenas aos conflitos, mas também à própria gestão do aparelho judicial e sua relação com outros Poderes e a Sociedade Civil.

Conquanto não se descure da imperiosa necessidade da salvaguarda de conflitos intersubjetivos e a efetividade das decisões que adjudiquem ao cidadão a norma apta a consubstanciar o desate do nó górdio posto à cura do aparelho judicial, hodiernamente também se impõe meditar acerca de direitos que extrapolam o individual, perpassando por abordagens outras, atreladas às minorias e grupos.

Assim atuando, o Poder Judiciário estará assumindo papel de protagonista na defesa dos direitos fundamentais e humanos, garantindo o implemento da Constituição da República e, em último grau, a liberdade e igualdade dos cidadãos, inclusive frente ao Poder Público.

O denominado ativismo judicial, todavia, não poder dar ensejo ao desequilíbrio no exercício da função típica dos demais Poderes. Por vezes, em decorrência do desconhecimento das especificidades econômicas ou com o intuito de garantir a efetividade da ordem emanada no bojo de determinado processo, o juiz ultima por dificultar ou mesmo obstar a atividade desenvolvida pelos demais Poderes, notadamente quanto à distribuição de recursos públicos²³.

Dessa maneira, para além de solucionar contendas, o juiz as estará criando, porquanto estimulará a propositura de novas demandas visando a obtenção de direito cuja materialização se revelou impossível justamente à conta de provimento jurisdicional proferido em outro feito.

seja, o retorno do pensamento ocidental nas últimas décadas ao imperativo categórico de Kant, que deixa de ser simplesmente ético para se apresentar também como imperativo categórico jurídico, serve de pano de fundo para a renovação do debate.” (TORRES, 2001, p. 251-253).

²³ Rogério Gesta Leal, analisando especificamente o tema do impacto econômico das decisões judiciais, observou, a propósito, que “No campo do Direito à saúde, por exemplo, já tive oportunidade de demonstrar que, por ser este um bem jurídico social, o esgotamento de recursos financeiros, bloqueados por decisões judiciais para o atendimento de algumas demandas que ocorrem ao Poder Judiciário, pode tanto inviabilizar políticas públicas preventivas e curativas do Poder Executivo e Legislativo na área da saúde, como pode também esvaziar os cofres públicos para outras políticas igualmente importantes à Sociedades (segurança, educação, transporte, etc.)” (LEAL, 2010, p. 67).

Não se quer com isso sustentar que as Cortes de Justiça, quando confrontadas com conflitos que tenham por pano de fundo questões econômicas (moradia, saúde etc.), releguem ao desdém os direitos fundamentais e humanos em prol exclusivamente da economia. Tal viria a reduzir o espaço da cidadania e o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, o que não se pode admitir sob pena de proscrição da Lei Fundamental.

Como, então, admitir que o Poder Judiciário trabalhe com valores – exigência imposta pelos novos conflitos sociais – e não soçobre a atuação dos demais Poderes?

4 DAS ESCOLAS ECONÔMICAS ÀS IDEIAS E VALORES PÓS-POSITIVISTAS

Em meados da década de 1970, ao cunhar teoria que atrela o estudo pragmático da economia aos efeitos gerados no comportamento humano, o norte-americano Richard Posner (1977, p. 16) pretendeu demonstrar a necessária correlação entre direito e economia. Na mesma trilha andou Guido (1975, p. 419) Calabresi, demonstrando interfaces entre as ciências mencionadas.

A premissa era a de que as ciências poderiam contribuir reciprocamente como forma de empreender estudos de maior completude acerca das questões postas a exame quer em terreno acadêmico, quer pragmático.

Inerente a este pensamento, no entanto, não havia como deixar de considerar, sob a óptica do direito, a influência que as questões econômicas ultimavam por inculzir nos assuntos jurídicos, o que poderia ensejar o tratamento pretoriano de conflitos intersubjetivos sob apanágio ou matrizes contábeis. Bem por isso, aliás, criticou-se a então denominada primeira geração da *Law and Economics school* em razão de proscrever a autonomia ou fundamentalidade do direito²⁴.

Sob esta concepção – incipiente, diga-se de passagem – havia notável apelo à objetividade da lei e interpretação estritamente gramatical da norma, atrelando-a aos recortes econômicos das relações entre indivíduos e o mercado²⁵. Ao direito restava objetivar a eficiência, ainda que em detrimento de valores de maior envergadura e profundidade axiológica.

²⁴ Leal (2010, p. 23), observa, a propósito, citando Gary Miranda, que “esta geração buscava substituir as incertezas da teoria do direito jusnaturalista por outra mais objetiva e segura, outorgada pelo positivismo liberal de ciências mais empíricas e mensuráveis. Para tanto, utilizaram o modelo dos atores racionais do comportamento humano para analisar argumentos não econômicos envolvendo discriminação, a família e o próprio direito.”

²⁵ Ainda Leal (2010, p. 23), citando Miranda, pontua que “Este modelo de ator racional oportunizou a constituição de três conceitos fundamentais à análise do direito pela eco-

As Cortes de Justiça, sobretudo, não tardaram por entender que a análise meramente pragmática e eficiente do direito frente aos fenômenos econômicos não poderia servir ao indivíduo enquanto fonte de poder legitimador do Estado; mas, ao contrário, apenas ao ente estatal de forte conteúdo e viés intervencionista, cuja primordial preocupação não se atinha às pontuais intersubjetividades geradas por conflitos não açambarcados por fenômenos mercadológicos.

Assim é que após forte reação que gerou o hodiernamente denominado ativismo judicial²⁶, na metade da década de 1980 se iniciou a segunda geração da *Law and Economics school*, agora calcada no paradigma de que a análise econômica se revela limitada, de maneira que os fenômenos atrelados ao conhecimento e compreensão jurídicos não podem receber explicação que gire exclusivamente em torno da lógica do mercado e sua eficiência quantitativa²⁷.

Esta segunda geração da *Law and Economics* tem o efeito prático de incutir ao juiz não mais a análise pura, positiva e fria da eficiência, mas sim do custo-benefício, verdadeiramente moldando o direito subjetivo conforme o gerenciamento de recursos públicos. Ganha acentuado *status a common law*, tida como forma mais viável de atingir aos desideratos propugnados pela teoria em foco.

De fora parte as críticas inerentes ao direito comunitário²⁸ (enlevado e consagrado pela teoria em foco), não se pode deixar de considerar que a concepção não apenas atrelada à eficiência já ultimou por introduzir outros

nomia: a) a lei da oferta e procura, quer terá impactos materiais significativos nas relações intersubjetivas, notadamente em nível de negócios jurídicos; b) a lei do custo-oportunidade que vai sensibilizar os operadores do direito às circunstâncias que permeiam as relações jurídicas; c) a lei da eficiência econômica, no sentido de que o uso dos recursos naturais e produzidos deve se pautar pelas possibilidades instituídas pelo mercado, gerando perspectivas demasiadamente redutoras do fenômeno social e jurídico às contingências do mercado”.

²⁶ Capitaneado, nesse particular, por julgados oriundos da Corte Suprema Norte-Americana relativos aos direitos civis e sociais, notadamente sob a presidência do Chief-Justice Warren. (LEAL, 2010, p. 26).

²⁷ Lewis Kornhauser, citado por Rogério Gesta Leal (2010, p. 27), propõe “identificar a teoria da segunda geração da LE a partir de quatro premissas estruturantes: (a) Tese Comportamental, segundo a qual a economia pode oferecer uma teoria útil às predições do comportamento regulado pelo direito; (b) Tese Normativa, na qual o direito deve ser eficiente (sob a perspectiva de atingir resultados no menos espaço de tempo e com o menor custo); (c) Tese Factual ou Positiva, que preconiza a estrutura e funcionamento da Common Law como a mais capaz de alcançar a eficiência referida; (d) Tese Genética, pela qual a Common Law seleciona normas eficientes, bem como cada norma individual deve sê-lo.”.

²⁸ Tais como a teoria das escolhas públicas e a teoria da dependência da rota, aquela primando pela redução do ativismo judicial frente às ações hauridas do parlamento e esta pontuando que o sistema comunitário pode ensejar, em vista dos precedentes, discrepâncias com a realidade em que se aplicam. (LEAL, 2010, p. 26 e 29).

valores à resolução de conflitos, o que se presta a denotar certa evolução quanto à função do Poder Judiciário. A instabilidade haurida da concepção em azo, no entanto, é o ponto nodal que obsta a consolidação da teoria.

Tendo em linha de conta a problemática ainda exsurgente da aplicação da segunda geração da *Law and Economics*, adveio a *New Institucional Law and Economics*, pontuando que há necessária correlação entre os comportamentos formais e informais adotados na realidade social e o sistema de direitos e mercado²⁹.

Oliver Williamson, citado por Rogério Gesta Leal (2010, p. 32), adverte, contudo, que:

(...) é preciso que as formas de governança tenham a consciência e desenvolvam ações para lidar com possibilidades futuras de rompimentos contratuais (de obrigações em geral assumidas pelo e no Mercado), tendo as organizações – dentre elas o Estado enquanto Parlamento, Executivo e Judiciário – a responsabilidade de coordenar e minimizar os custos de transação econômica, através de mecanismos que desenhem, monitorem e exijam o cumprimento das obrigações entabuladas.

A ideia é a de que os Poderes constituídos adotem posturas que sublimem os comportamentos que, primando e garantindo o cumprimento da ordem posta, reduzam o sacrifício social oriundo dos custos das transações econômicas.

Indaga-se, contudo: como poderia o Poder Judiciário conceber, no exercício de sua função típica, a postura propugnada pela *New Law and Economics school* sem abandonar a moldura normativa posta, dela depender sem qualquer análise axiológica, ou arvorando-se em função que não lhe apetece, qual a de legislador?

A perspectiva pós-positiva parece indicar os princípios como fonte segura de atender, a um só turno, ao objetivado pela Carta da República, e, bem assim, aos anseios econômicos e sociais³⁰. Sob este viés, não há como deixar

²⁹ “Com lastro nas investigações de Douglas North e Oliver Williamson, adotando ainda o conceito de racionalidade limitada de Herbert Simon, esta linha de pesquisa social rejeita a premissa de hiper-racionalidade das escolas econômicas neoclássicas, responsável pela geração de comportamentos maximizadores do bem estar e crescimento econômico equilibrado socialmente, acreditando que há falhas de mercado assim como há falhas organizacionais e institucionais, provocadas por níveis de tensões e conflitos incontroláveis entre pessoas (físicas e jurídicas) na realidade cotidiana.” (LEAL, 2010, p. 32).

³⁰ “(...) as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objeti-

de considerar as teorias propugnadas por Ronald Dworkin³¹, todas direcionadas a resolução de conflitos envolvendo não apenas o conjunto de regras anteriormente postas à apreciação do julgador, senão todo o arcabouço principiológico apto a trazer à tona eventual normatização implícita que, associada à moral pessoal do agente público e à moral institucional, possam servir de diretriz segura aos julgamentos.

Confrontando-se, todavia, com este pensamento de índole substancialista, encontra-se, ainda sob a perspectiva pós-positivista, Jürgen Habermas, sustentando, com sua teoria da ação comunicativa e do discurso, a necessidade de autonomia e fortalecimento dos espaços públicos de deliberação política, de maneira a resgatar as funções primordiais e recortadas de cada Poder (HABERMAS, 2002, p. 331). A ideia sustentada pelo Autor, de inegável índole procedimental, é a de que no confronto discursivo entre os atores políticos ao deliberarem sobre o próprio convívio, apresente-se rede de negociações retroligadas por várias possibilidades, não necessariamente formatadas e apegadas à supremacia do Estado em face da Sociedade Civil³².

Nas palavras do Autor:

A idéia segundo a qual o poder do Estado por elevar-se acima das forças sociais como um pouvoir neutre sempre foi ideologia. Entretanto, um processo político que resulta da sociedade civil tem que adquirir uma parcela de autonomia em relação a potenciais de poder ancorados na estrutura social, a fim de que o sistema não se degrade, assumindo a forma de um

vo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.” (BARROSO, 2005, p. 07)

³¹ Entre várias, notadamente a tese da resposta certa, por meio da qual o juiz, ao decidir, tem sempre em mira a melhor opção; o direito em cadeia (chain of law), entendendo que o direito há de ser visto como conceito interpretativo ao lado da justiça e da equidade; e a teoria do direito como integridade. (DWORKIN, 1999, p. 112, 261 e 272); (DWORKIN, 1997, p. 135, 167 e 171).

³² “A institucionalização (de uma rede) de discursos (e negociações) tem de se orientar em primeira linha de acordo com o objetivo de cumprir de maneira mais ampla possível os pressupostos pragmáticos comuns de argumentos em geral (acesso universal, participação sob igualdade de direitos e igualdade de chances para todas as contribuições, orientação dos participantes em direção ao entendimento mútuo e incoerção estrutural). A instituição dos discursos, portanto, deve assegurar tanto quanto possível, sob as restrições temporais, sociais e objetivas dos respectivos processos decisórios, o livre trânsito de sugestões, temas e contribuições, informações e razões, de maneira que possa entrar em ação a força racionalmente motivadora do melhor argumento (da contribuição convincente ao tema relevante)”. (HABERMAS, 2002, p. 330).

partido entre outros partidos, seja no papel do poder executivo, seja como poder de sanção. (Apud LEAL, 2007, p. 75)

Concebendo o sistema normativo com a função de estabilizar expectativas sociais e assegurar relações de reconhecimento recíproco entre sujeitos portadores de direitos individuais, pretende Habermas construir, a partir do entendimento deontológico, novo fundamento para o poder político e seu correspondente exercício (Apud LEAL, 2007, p. 64). Neste contexto, o processo discursivo da construção de consensos encontra-se fundada em plexos axiológicos compartilhados, quer quanto às instituições, quer entre estas e a sociedade civil³³.

Ao Judiciário, hodiernamente, não tem sido reservado papel comunicativo-preventivo com os demais Poderes, senão apenas corretivo, apto a trazer à baila a concretude constitucional e assegurar, como quer Konrad Hesse, o princípio da concordância prática ou da harmonização, de espeque a viabilizar a harmonização entre o bem da vida pretendido e a salvaguarda das funções institucionais reservadas a cada Poder³⁴.

A bem da verdade, os Estados Constitucionais atuais apresentam, em grande parte, instâncias pouco definidas do plexo de atribuições operativas de cada Poder quando confrontados com a pragmática dinâmica social. Conquanto a Carta Fundamental traga em si o bojo de funções, predominam visões paternalistas, compensatórias e pouco preventivas ou participativas à gestão de interesses comunitários³⁵.

³³ “Tal relação evidencia-se no âmbito do conceito de lei como resultado de procedimento que veiculam os interesses sociais pela via da comunicação e interlocução dos sujeitos afetados pela norma, pondo-se como mais democrático aqueles procedimentos que mais se aproximam da manifestação da vontade popular direta.” (Apud LEAL, 2007, p. 65).

³⁴ “A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. Interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça feudos e ilhas incomunicáveis de administração, com competências reservadas e exclusivas, indicadas pelo viés restritivo da legalidade constitucional e infraconstitucional vigente, ao mesmo tempo em que consegue impingir um certo esvaziamento po-

³⁵ “Este modelo de Estado Centralizador vai radicalizar a dimensão pragmática do princípio da separação de Poderes que informa o constitucionalismo moderno, a ponto de criar verdadeiros feudos e ilhas incomunicáveis de administração, com competências reservadas e exclusivas, indicadas pelo viés restritivo da legalidade constitucional e infraconstitucional vigente, ao mesmo tempo em que consegue impingir um certo esvaziamento po-

Assim é que se verifica, atualmente, a denominada crise da administração da justiça, na medida em que ao Poder Judiciário se impõe a solução de conflitos que em melhor senda se amoldam às questões de índole política – função a qual, aliás, não pode relegar ao desdém, dada a configuração constitucional que deve subserviência – sem que apresente em seu contexto processual-procedimental espaço para a politização e debate das questões postas a exame³⁶.

As soluções meramente coercitivas, retornando à Habermas, podem dar cabo ao problema imediato, estancando ilegalidades evidentes e fulminando comportamentos, ainda que omissivos, proscritos pela legislação e ordenamento constitucional. Ocorre, no entanto, que inegavelmente não atendem, à completude, aos anseios da democracia, porquanto deixam de consagrar a efetivação do espaço de consenso que viabiliza o cumprimento da ordem posta não pelo temor da represália, senão pela consciência do atuar em conformidade com as decisões comunitárias.

5 CONCEPÇÃO CORRETIVA E POLÍTICAS PÚBLICAS: ESTUDO TÓPICO

A atuação institucional do Poder Judiciário tem permitido visualizar plêiade de casos em que, confrontados com comportamentos estatais dos demais Poderes que venham a comprometer ou pôr em risco a eficácia e integridade dos direitos de estatura constitucional – ainda que derivados de cláusulas programáticas –, postura corretiva seja trilhada, quer para determinar alguma ação, quer para corrigir omissão afrontosa à legalidade (esta em sentido amplo).

O Supremo Tribunal Federal, sob o apanágio da cláusula da reserva do possível e do mínimo existencial, legitima tal atuar:

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário

lítico destas questões, atribuindo-lhes tão-somente feições tecno-burocráticas.” (LEAL, 2007, p. 18).

³⁶ A expressão fora cunhada por Boaventura Sousa Santos, citado por Leal (2007, p. 19-20), que, aliás, acrescenta pertinente comentário a respeito, destacando que “Esta crise de administração da justiça, na verdade, toma contornos mais amplos e profundos, uma vez que está em jogo e na arena pública do debate mais politizado do país questões que tocam a identidade e a vocação política do judiciário, em face de um cenário societário de complexas conflituosidades (já não mais tanto individuais, mas sociais e coletivas, envolvendo direitos difusos, de gênero, de raça, etnia, sexuais, etc.), que não dependem exclusivamente de decisões coercitivas do Estado às suas soluções.”.

em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da reserva do possível. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).³⁷

Sob este enfoque e adotando semelhantes premissas, o Superior Tribunal de Justiça, igualmente se imiscuindo no âmbito das políticas públicas, determinou ao Poder Executivo que, corrigindo omissão tida como inconstitucional e em disparate à legislação de regência quanto ao tema em discussão, empreendesse a construção de creche a menores de zero a seis anos de idade.

O V. Julgado veio assim ementado:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. ART. 127 DA CF/88. ART. 7º DA LEI Nº 8.069/90. DIREITO AO ENSINO FUNDAMENTAL AOS MENORES DE SEIS ANOS "INCOMPLETOS". NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

2. O direito constitucional ao ensino fundamental aos menores de seis anos incompletos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90): "Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: (...) V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; (omissis)".

³⁷ STF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 – Rel. Min. Celso de Mello – j. em 29.04.2004 – DJ 84, de 04.05.2004, p. 12.

3. In casu, como anotado no aresto recorrido "a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional prever, em seu art. 87, § 3º, inciso I, que a matrícula no ensino fundamental está condicionada a que a criança tenha 7 (sete) anos de idade, ou facultativamente, a partir dos seis anos, a Constituição Federal, em seu art. 208, inciso V, dispõe que o acesso aos diversos níveis de educação depende da capacidade de cada um, sem explicitar qualquer critério restritivo, relativo a idade. O dispositivo constitucional acima mencionado, está insito no art. 54, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente o acesso à educação, considerada direito fundamental. Destarte, havendo nos autos (fls. 88 a 296), comprovação de capacidade das crianças residentes em Ivinhema e Novo Horizonte do Sul, através de laudos de avaliação psicopedagógica, considerando-as aptas para serem matriculadas no ensino infantil e fundamental, tenho que dever ser-lhes assegurado o direito constitucional à educação (...)"

4. Conclui-se, assim, que o decisum impugnado assegurou um dos consectários do direito à educação, fundado nas provas, concluindo que a capacidade de aprendizagem da criança deve ser analisada de forma individual, não genérica, porque tal condição não se afere única e exclusivamente pela idade cronológica, o que conduz ao não conhecimento do recurso nos termos da Súmula 7 do STJ, verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".

5. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

6. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consecutariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

7. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétreia.

8. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

9. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

10. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera in-sindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

11. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

12. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o Judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

13. Ad argumentandum tantum, o direito do menor à frequência de escola, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, matricular um menor de seis anos no início do ano e deixar de fazê-lo com relação aquele que completaria a referida idade em um mês, por exemplo, significa o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

14. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por

seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos.

Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangência a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuisse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes. Precedente jurisprudencial do STJ: REsp 575.280/SP, desta relatoria p/ acórdão, publicado no DJ de 25.10.2004.

15. O Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do RE 436.996-6/SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ de 07.11.2005, decidiu verbis: "Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação Infantil. Direito assegurado pelo próprio texto Constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do Direito Constitucional à Educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º). Recurso extraordinário conhecido e provido. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios - que atuam, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora inquestionável que resida, primariamen-

te, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

16. Recurso especial não conhecido³⁸.

Outros R. Julgados do mesmo Colendo Tribunal obram na mesma senda³⁹, sempre denotando a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a consecução de diligências positivas aos demais Poderes em ordem a tornar concreto o regramento constitucional.

À vista, entretanto, da argumentação supramencionada, duas questões devem ser rememoradas: a) se, por vezes, a alocação de recursos públicos se presta a atender à determinação judicial – como sói mesmo se esperar em um Estado que se pretende subserviente ao regramento constitucional em vigor –, de outro lado tal poderá vir a soçobrar o direcionamento dos mesmos recursos às atividades preventivas (e mesmo compensatórias) que ultimem por garantir o atendimento a outros direitos de idêntica envergadura constitucional; b) a pretexto de corrigir a postura inadequada e deformada oriunda de outro Poder, acentua-se ainda mais a deformação, gerando, ainda que indiretamente, posteriores conflitos e maior insatisfação.

Não se pretende criticar o ativismo judicial que se vem verificando candente em tempos modernos; senão apenas observar que a mesma atuação judicial pode ser pensada em sede preventiva, se acompanhada por instrumentos que incrementem a administração da Justiça e viabilizem a comunicação institucional do Poder Judiciário com os outros Poderes, enlevando o consenso na tomada de decisões. À adjudicação haurida da concretude da norma posta em prática na resolução de conflitos se deve reservar o espaço adequado, devidamente cerrado ao plexo normativo-axiológico constitucional.

³⁸ STJ – Recurso Especial n.º 753565/MS (2005/0086585-2), Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27.03.2007, unânime, DJ 28.05.2007.

³⁹ Recurso Especial n.º 511.645/SP (2003/0003077-4), 2ª Turma do STJ, Rel. Herman Benjamin, j. 18.08.2009, unânime, DJe 27.08.2009; Recurso Especial n.º 492904/SP (2002/0150528-4), 1ª Turma do STJ, Rel. Luiz Fux, j. 01.03.2007, unânime, DJ 11.06.2007; Recurso Especial n.º 562501/SP (2003/0030655-5), 2ª Turma do STJ, Rel. Humberto Martins, j. 01.03.2007, unânime, DJ 12.03.2007.

Assim agindo, estará o Estado Democrático de Direito trilhando inequivocamente o correto caminho no sentido do desenvolvimento e, por via de consequência, consagrando os direitos humanos trazidos no bojo da Lei Fundamental e insitos à concepção de cidadania jurídica.

Como cediço, o desenvolvimento demanda, para incremento da qualidade de vida dos cidadãos, correlação com a liberdade, igualdade e direitos humanos. Para que possa ser alcançado, não há de se esperar por políticas públicas unilaterais do Poder Executivo, ativismo judicial ou o advento de legislação que, superficialmente, atenda à pauta de reivindicações da sociedade; ao contrário, impõe-se a atuação conjunta de todos os Poderes da República de moldes a delinear as reais necessidades sociais e atendê-las na justa medida em que se propõe a distribuição dos recursos públicos.

6 NOTAS CONCLUSIVAS

O presente trabalho pretende trazer à lume a crise hodiernamente existente quanto à separação dos poderes, justificando-a como modo de o Estado fazer frente, assumindo verdadeira nova roupagem, aos conflitos, embates principiológicos e direitos que pululam na realidade cotidiana. O modelo até então existente do Estado moderno parece não mais se amoldar às necessidades sociais, estas globalizadas a tal ponto que se passa a questionar o significado e extensão do próprio conceito de soberania.

A realidade global deve ser entendida e verdadeiramente compreendida para que se possa construir um modelo de Estado que a agasalhe, viabilizando, em consequência, o incremento da qualidade de vida dos cidadãos.

Neste ponto ressaí evidente a necessidade de repensar a postura concreta do Poder Judiciário no cenário pátrio, bem como sua forma de comunicação institucional com os demais Poderes. Se, por um lado, a necessária e estreita correlação entre direito e economia parece demonstrar que a desmistificação da soberania também introduz elementos de profunda ressignificação no processo decisório, de outro giro as perspectivas pós-positivistas também apontam em senda diversa, concebendo e oferecendo nova diretriz que não apenas consagre a normatividade constitucional, mas também traga à tona o consenso.

Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, nessa toada, trazem, o primeiro sob o viés substancialista e o segundo sob o manto procedimentalista, ideias que corroboram a necessidade de uma visão mais alargada e conglobada da atuação estatal, tendo-a não em paralelo à sociedade civil, mas a incluindo no discurso argumentativo de modo a construir em cada caso soluções que

atendam ao primado da Lei Fundamental, sem a necessidade do recurso à ameaça coercitiva.

No âmbito pátrio, há espaço para atuação corretiva do Poder Judiciário, mas a senda preventiva parece ser a que dentro do espaço comunicativo melhor consagre a liberdade, igualdade e os direitos humanos, impulsionando o Estado ao desenvolvimento por meio da outorga aos cidadãos da cidadania jurídica, consagrando-se, ao fim e ao cabo, os direitos que nela se concebem.

O assunto demanda maior digressão, mas se apenas alguns aspectos puderam ser suficientemente expostos, então o trabalho presente terá alcançado seu objetivo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CALABRESI, Guido. **Costo degli incidenti e responsabilita civile: analisi econômico giurídica**. Milano: Giuffrè, 1975.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**. São Paulo: Cultrix, 2006.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Rio de Janeiro: Agir, 1995.

DONNELLY, J. **Universal Human Rights in Theory and in Practice**. Ithaca: Cornell University Press, 2003.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Barcelona: Ariel, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios**. Brasília: ENFAM, 2010.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-juiz na Democracia Contemporânea – uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

MARÉS, Carlos Frederico. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

MARÉS, Carlos Frederico. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006.

Jus Gentium, Curitiba, ano 4, n. 8, p. 40-64, jul./dez. 2010.

- MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MENDES, Gilmar *et alli*. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. Porto Alegre: Sulina, 2003.
- OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Célia. **Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global**. São Paulo: Vozes/FAPESP, 1999. MARÉS, Carlos Frederico. Os direitos invisíveis.
- POLANYI, Karl. **A grande transformação**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2000.
- POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little, Brown & Co., 1977.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TORRES, Ricardo Lobo *et alli*. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- WOOD, Ellen Meiksins. O que é o (anti)capitalismo. **Revista Crítica Marxista**, n. 17, ano 2003. São Paulo: Revan.

Recebido em: 10/03/2011;

Aceito para publicação em: 28/05/2011.