

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FLÁVIA DANIELLE SANTIAGO LIMA

**DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO DIANTE DO CARÁTER
COMUNITÁRIO E DIRIGENTE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: uma
análise da Judicialização da Política a partir do Princípio da Separação de
Poderes**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: Direito Público Geral

Orientador: Prof. Dr. George Browne Rêgo

Recife

2006

FLÁVIA DANIELLE SANTIAGO LIMA

**DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO DIANTE DO CARÁTER
COMUNITÁRIO E DIRIGENTE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: uma
análise da Judicialização da Política a partir do Princípio da Separação de
Poderes**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: Direito Público Geral

Orientador: Prof. Dr. George Browne Rêgo

Recife

2006

CATALOGAÇÃO NA FONTE

- L732d Lima, Flávia Danielle Santiago
 Da atuação do Judiciário diante do caráter comunitário e dirigente da Constituição de 1988: uma análise da judicialização da política a partir do princípio da separação de poderes / Flávia Danielle Santiago Lima – Recife : Edição da Autora, 2006.
 194 f.
- Orientador: George Browne Rêgo.
 Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2006.
- Inclui bibliografia.
1. Poder Judiciário e questões políticas - Brasil. 2. Organização judiciária - Participação do cidadão - Brasil. 3. Democracia - Brasil. 4. Brasil. [Constituição (1988)]. 5. Separação de poderes - Brasil. 6. Poder Legislativo - Brasil. 7. Poder Executivo - Brasil. 8. História constitucional - Brasil. 9. Bem-estar social - Brasil. I. Rêgo, George Browne. II. Título.
 341.2 (CDDir-Dóris de Queiroz
 Carvalho) (4.ed)

Para Ruth, minha mãe e melhor amiga, pelo amor e empenho que devota às filhas;

Raphaella, minha irmã querida, com quem aprendo a cada dia;

Leandro, meu amor, por toda paciência e companheirismo;

E Zita, que deve estar feliz pela neta.

FLÁVIA DANIELLE SANTIAGO LIMA

**DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO DIANTE DO CARÁTER
COMUNITÁRIO E DIRIGENTE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: uma
análise da Judicialização da Política a partir do Princípio da Separação de
Poderes**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: Direito Público Geral
Orientador: Prof. Dr. George Browne Rêgo

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovada

Professor Artur Stamford da Silva, Dr. UFPE - Presidente

Julgamento: Aprovada Assinatura: [Assinatura]

Professor João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira, Dr. UNICAP

Julgamento: Aprovada Assinatura: [Assinatura]

Professor Gustavo Ferreira Santos, Dr. UFPE

Julgamento: Aprovada Assinatura: [Assinatura]

Recife, 17 de março de 2006.

Coordenador do Curso: Prof. Dr. Artur Stamford da Silva

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Da atuação do Judiciário diante do caráter comunitário e dirigente da Constituição de 1988: uma análise da judicialização da política a partir do princípio da separação de poderes. 2006. f. 194. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife. Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

RESUMO DE CONTEÚDO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a interação entre a participação democrática na determinação dos conteúdos constitucionais e a efetivação dos direitos fundamentais na realidade brasileira, após a Constituição de 1988.

Para tal fim, o princípio da Separação de Poderes foi adotado como parâmetro de pesquisa, mas com o objetivo de analisar as perspectivas do princípio no contexto do Estado Social e Democrático de Direito. Assim, partindo-se da constatação do incremento de expectativas em torno da função judicial, como fenômeno decorrente da Constituição de 1988, são avaliadas as repercussões do modelo constitucional adotado nas relações entre os poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. São identificados, portanto, os pontos de confronto entre os poderes, especialmente os resultantes das novas atribuições do Judiciário.

Ao final, questiona-se a atuação dos tribunais brasileiros nesse contexto, diante do conceito de “judicialização da política”, avaliando se o fenômeno ocidental de valorização do direito como meio para a atividade política é o caminho necessário para a consecução do ideal democrático, bem como uma alternativa para a enorme desigualdade social que caracteriza a realidade brasileira.

PALAVRAS – CHAVE: Democracia; Separação de Poderes; Poder Judiciário; Constituição de 1988.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. The action of Judiciary behind the characteristics of Brazilian Constitution of 1988: an analysis of judicialization of politics before the separation of powers. 2006. f. 194. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife. Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

ABSTRACT

The following work has the objective of studying the interaction between the democratic participation at the determination of the constitutional content and the efetivation of the Basic Rights in Brazilian reality after the Republican Constitution of 1988.

For this purpose, the principle of the Separation of the Powers was adopted as a parameter of research, with the objective of analysing the perspectives of the principle inside the context of the Social and Democratic Rule of Law. Therefore, starting from the establishment of the increasing expectatives around the Judicial Function, as a phenomenon that results from the Republican Constitution of 1988, the repercussions of the constitutional model adopted at the relationships between the Powers – Executive, Legislative and Judiciary - are assessed.

At last, the acting of the Brazilian courts in this context is questioned, using the concept of “Judicialization of Politics”, valuing if the ocidental phenomenon of giving importance to Law as a way to the political activity development is an essential path to the achievement of the democratic ideal, as well an alternative for the huge social inequality that characterizes the Brazilian reality.

KEY WORDS: Democracy; Separation of Powers; Judiciary Power; Brazilian Constitution of 1988.

S U M Á R I O

NOTAS INTRODUTÓRIAS: DA NECESSIDADE DE ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO A PARTIR DA GARANTIA DOS PROCEDIMENTOS DEMOCRÁTICOS E DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
--	-----------

CAPÍTULO I

A ADOÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: BREVES NOTAS ACERCA DO SEU CARÁTER DEMOCRÁTICO E DIRIGENTE	10
--	-----------

1.1 O CARÁTER SIMBÓLICO DO ESTADO DE BEM-ESTAR E SUA CRISE: REPERCUSSÕES NO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL	20
--	-----------

1.1.1 O Estado de Bem-Estar como adequação capitalista às demandas por igualdade	21
1.1.2 A participação dos cidadãos no Estado Social: a consagração das técnicas promocionais de controle social	24
1.1.3 O modelo social de Estado e suas repercussões jurídicas	27
1.1.4 Breve análise da crise de financiamento e legitimidade do Estado Social no capitalismo central	30
1.1.5 Das repercussões da crise do Estado Social na discussão sobre a efetivação da Constituição Brasileira de 1988	33

1.2 A OPÇÃO CONSTITUINTE PELO ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIRTEITO: A CONSTITUIÇÃO NUMA PERSPECTIVA COMUNITÁRIA E DIRIGENTE	37
---	-----------

1.2.1 Diversidade de grupos políticos e soluções de compromisso na Assembléia Constituinte: razões da adoção dos modelos comunitário e dirigente na Constituição de 1988	37
1.2.2 O condicionamento político da Constituição Dirigente e o modelo adotado na constituição de 1988: a adaptação do modelo aos países da modernidade tardia	44
1.2.3 Da adoção de um modelo comunitário e democrático na Constituição de 1988: notas sobre a comunidade de intérpretes na metodologia de Peter Häberle	50
1.2.4 Os instrumentos jurídicos de participação popular na interpretação da Constituição de 1988	56

CAPÍTULO II

O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: DAS FORMULAÇÕES DE MONTESQUIEU À RACIONALIZAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO 59

2.1 A SEPARAÇÃO DE PODERES E A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO MODERNO: A LIMITAÇÃO DO PODER DO SOBERANO A PARTIR DA LIBERDADE INDIVIDUAL NA OBRA DE MONTESQUIEU 60

2.1.1 Separação de Poderes e liberdade política nos primórdios do constitucionalismo 60

2.1.2 Independência e equilíbrio entre os poderes: da fórmula política ao princípio jurídico 62

2.1.3 O Poder Judiciário no Estado Liberal: a jurisdição na obra de Montesquieu 67

2.1.4 Das repercussões do Espírito das Leis: os “mitos” da Separação de Poderes 70

2. 2 DA REDISSCUSSÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ESTADO SOCIAL: NOVOS MECANISMOS DE CONTROLE DO PODER POLÍTICO E ORGANIZAÇÃO RACIONAL DAS FUNÇÕES ESTATAIS 74

2.2.1 Complexificação das relações políticas e sociais no século XX e sua repercussões para a Separação de Poderes 74

2.2.2 Considerações sobre as dimensões garantística e política da Separação de Poderes hoje 79

2.2.3 A Separação dos Poderes e sua nova configuração: considerações sobre a natureza organizacional do princípio 83

2.3 DA SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A ADOÇÃO DOS PARÂMETROS DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E DEMOCRÁTICO 87

2.3.1 A Separação de Poderes na história brasileira e sua nova roupagem na Constituição de 1988 87

2.3.2 Da distribuição exaustiva de competências e previsão dos mecanismos de controles recíprocos no texto constitucional 90

CAPÍTULO III

DA IMPORTÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O ESTABELECIMENTO DE NOVOS MECANISMOS DE CONTROLE DA ATIVIDADE EXECUTIVA E LEGISLATIVA 95

3.1 DO ENFRAQUECIMENTO DO PARLAMENTO NO ESTADO SOCIAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE PODER LEGISLATIVO E EXECUTIVO NO BRASIL 96

- 3.1.1 A atuação do Poder Legislativo no constitucionalismo social: legitimação democrática e princípio da reserva legal 96
- 3.1.2 O Poder Legislativo no Brasil e a regulamentação dos direitos sociais 103
- 3.1.3 A histórica preponderância do Executivo no processo legislativo brasileiro: notas acerca do presidencialismo de coalizão 106

3.2 DO INCREMENTO DO PODER EXECUTIVO NOS QUADROS DO ESTADO SOCIAL: O ESTABELECIMENTO DE CONTROLES JURÍDICOS DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA 114

- 3.2.1 A função de governo do Estado Social: a atuação do Poder Executivo a partir da formulação de políticas públicas 114
- 3.2.2 Da fundamentação dos controles jurídicos sobre políticas públicas e orçamentos 117
- 3.2.3 O problema do controle da atividade do Executivo na falta de recursos: breves considerações sobre o conceito da reserva do possível 120
- 3.2.4 A concentração dos poderes no Executivo Brasileiro e as reformas econômicas da década de 90: contradições com o modelo interventor da Constituição de 1988 123

3.3 DA IMPORTÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA A AFIRMAÇÃO DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 127

- 3.3.1 O Poder Judiciário nos quadros de um novo constitucionalismo: introdução ao caso brasileiro 127
- 3.3.2 A discussão da legitimidade democrática do Poder Judiciário 131
- 3.3.3 Da preponderância do Judiciário frente aos demais poderes: a auto-limitação da jurisdição e o estabelecimento de novos mecanismos de relacionamento 137
- 3.3.4 A independência do Poder Judiciário como requisito para a manutenção da democracia e dos direitos fundamentais 140

CAPÍTULO IV

A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO A PARTIR DOS FUNDAMENTOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E REDISCUSSÃO DO PAPEL DA MAGISTRATURA 143

4.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS: O PROBLEMA DA ATUAÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO NO BRASIL 144

- 4.1.1 A disputa por posições constitucionais e o empenho pela efetividade do caráter emancipatório da Constituição de 1988 144
- 4.1.2 Pressupostos da atuação política do Poder Judiciário no Brasil 147
- 4.1.3 Características gerais do conceito de Judicialização da Política na obra de Tate e Vallinder 150
- 4.1.4 A discussão da judicialização da política e das relações sociais no Brasil 152
- 4.1.5 Das críticas à noção de Judicialização da Política: necessidade de avaliação das circunstâncias políticas e sociais para o estudo do fenômeno 156

4.2 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A REDISCUSSÃO DO PAPEL DA MAGISTRATURA 159

- 4.2.1 O Poder Judiciário no centro do debate sobre a hegemonia na interpretação do texto constitucional 159
- 4.2.2 Breve análise da interpretação dos dispositivos constitucionais pelo Judiciário: a opção por não controlar a atividade dos demais poderes 162
- 4.2.3 Crise do Judiciário: a polarização da magistratura a partir da discussão sobre sua atuação política 167
- 4.2.4 A rediscussão da função judicial a partir dos parâmetros dos direitos fundamentais e da democracia na Constituição de 1988 170

CONCLUSÕES

DA RELAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA ANÁLISE DAS RELAÇÕES ENTRE OS PODERES DO ESTADO 174

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 181

NOTAS INTRODUTÓRIAS
DA NECESSIDADE DE ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO PODER
JUDICIÁRIO A PARTIR DA GARANTIA DOS PROCEDIMENTOS
DEMOCRÁTICOS E DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As constituições, a partir do parâmetro do Estado Social de Direito, desempenham novo papel na regulação da vida em sociedade. A função garantidora de direitos e liberdades frente aos poderes estatais, mediante um sistema de repartição de competências correspondente a um almejado equilíbrio entre as forças sociais dominantes foi substituída pela previsão de intervenção do Estado nas relações sociais.

E as normas constitucionais, que nos primórdios do Estado Liberal constituíam limites à atuação dos poderes públicos, hoje são tidas como programas normativos a serem cumpridos pelo Estado, mediante suas atividades, e pela sociedade em geral.

Os textos constitucionais, pois, determinam, a partir dos consensos obtidos no momento de sua discussão e posterior positivação, um projeto social e político para uma dada sociedade. Sob a fórmula do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais e a garantia das instituições democráticas seriam os pilares inquestionáveis deste projeto político.

Neste contexto, a consecução ou compatibilização do binômio direitos fundamentais x democracia constitui-se num dos maiores desafios, sob o ponto de vista teórico e da realidade das constituições, na consecução dos ideais do Estado de Direito. Isto porque, nas atuais sociedades pluralistas, torna-se difícil determinar previamente os fundamentos da organização social.

Assim, as constituições democráticas constituiriam uma proposta de soluções e co-existências possíveis, ou melhor, um "compromisso das possibilidades", nas palavras de Zagrebelsky, a determinar as condições de efetivação dos debates políticos acerca dos seus conteúdos¹.

Por outro lado, a falta de garantia de parâmetros mínimos, como o respeito aos direitos fundamentais na sua dimensão política, econômica e social – problema que, ao nível doutrinário, suscita divisão desta categoria em dimensões e gerações de direitos – pode acarretar um desvirtuamento do ideal democrático, com a exclusão de determinados grupos da prática dos esquemas de representação popular.

Deste modo, mesmo os teóricos que partem de uma abordagem procedimental da democracia atentam para a necessidade de assegurar no procedimento prerrogativas com vistas à justiça social, de maneira a garantir a eficácia dos processos eleitorais como produtos da participação efetiva dos cidadãos na vida pública².

A garantia dos procedimentos democráticos teria, portanto, como pressuposto a efetivação dos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, a incorporação da “agenda” dos direitos na atuação dos poderes do Estado depende da luta política pela hegemonia na interpretação constitucional, em vista dos inúmeros interesses que convivem nas sociedades complexas do Ocidente.

Assim, é tarefa de um efetivo Estado Democrático de Direito assegurar a participação dos indivíduos na gestão do patrimônio público, proporcionando os mecanismos que conduzam as decisões tomadas na “esfera

¹ ZAGREBELSY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1999, p. 13-14.

² BARRY, Brian. Procedimento e Justiça Social. MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p. 262-273, p. 264 e ss.

pública” ao cotidiano do ente governamental. Trata-se aqui da idéia de autogoverno, ou, para os que assim preferem, da democracia participativa³

A dissertação de Mestrado ora apresentada insere-se precisamente nessa discussão, pois tem por objetivo estudar a interação entre a participação democrática na determinação dos conteúdos constitucionais e a efetivação dos direitos de inclusão – os direitos fundamentais – na realidade brasileira após a promulgação da Constituição de 1988.

Pretende-se, assim, estudar as repercussões do modelo constitucional proposto nas relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a partir do incremento de expectativas em torno da função judicial, questionando-se se o debate – político - acerca dos dispositivos constitucionais encontrou respaldo na prática dos tribunais, de modo a reduzir a enorme desigualdade histórica que caracteriza a realidade brasileira.

Verifica-se, destarte, que a discussão dos temas dos direitos fundamentais, diante da perspectiva de inclusão social, e da democracia, voltar-se-á à realidade brasileira, partindo da análise de alguns aspectos da nossa história constitucional indispensáveis à compreensão do problema. Intenta-se, ainda, avaliar as repercussões do período autoritário que antecedeu a constituição vigente na adoção do modelo aqui vislumbrado e na dinâmica dos poderes públicos.

De modo a sistematizar o problema ora apresentado, este trabalho de dissertação é dividido em quatro capítulos temáticos, acompanhados de suas respectivas subdivisões.

³ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 225-229.

Inicialmente, são expostas as duas características mais relevantes, em vista do tema estudado, da Constituição de 1988: a adoção dos modelos dirigente e comunitário-democrático no texto constitucional, que já previa, diante de seus conteúdos, o incremento da função judicial (**Capítulo I**).

Assim, no Capítulo I busca-se contextualizar a Constituição de 1988 enquanto proposta constitucional que se refere, em linhas gerais, ao constitucionalismo de cunho social, num momento em que a crise do modelo de Bem-Estar e suas conseqüências já é tema recorrente das ciências sociais, com o reconhecimento das diferenças entre a crise deste modelo nos países centrais e nos países periféricos (Subcapítulo I).

Já no Subcapítulo II, são delineadas as duas características mais relevantes da Constituição Brasileira no que concerne ao objeto aqui proposto: o modelo comunitário e dirigente adotado.

Na caracterização do modelo comunitário, recorre-se à definição de Gisele Cittadino que, em linhas gerais, assim denomina a doutrina brasileira que se ocupa da dimensão democrática do Direito Constitucional, que confere prioridade aos valores da dignidade humana e da igualdade. Recorre-se também à idéia de “comunidade dos intérpretes da Constituição”, tirada da obra de Peter Häberle, autor que tem inegável influência nos estudos acerca da dimensão constitucional da hermenêutica, especialmente em terras brasileiras.

Também é abordada a adoção de um modelo dirigente na Constituição de 1988, que pretendia vincular a atividade política a determinados parâmetros. A positivação minuciosa dos direitos fundamentais permite afirmar que o constituinte, de certo modo, já previa as dificuldades de efetivação do texto promulgado. Estuda-se, para tal mister, a formulação do doutrinador português

José Joaquim Gomes Canotilho, tentando-se acompanhar as adaptações empreendidas pelo autor em seu conceito, com vistas aos fenômenos da globalização e integração econômica e jurídica.

Deste modo, o próprio texto constitucional brasileiro adianta esse incremento da função judicial, que mobilizou os grupos tradicionalmente excluídos do processo político brasileiro e parte dos agentes secundários deste processo (como os partidos minoritários) às vias judiciais, para que fossem inseridos no debate sobre os conteúdos constitucionais.

Por sua vez, a avaliação das repercussões da função judicial nas suas relações com os demais poderes do Estado demanda a análise prévia dos fundamentos do marco constitucionalmente proposto para a distribuição de competências no Estado Brasileiro: a Separação de Poderes. Assim, no **Capítulo II**, é traçado o percurso do paradigma clássico de limitação do poder político e garantia do processo democrático no Estado Liberal, desde as formulações de Montesquieu até sua atual configuração como princípio organizativo do Estado.

Logicamente, a escolha da Separação de Poderes como parâmetro de pesquisa, adotando-se, com os devidos temperamentos, a divisão das funções típicas do Estado, é pautada pela idéia de atualização do princípio nos quadros do Estado Social e Democrático de Direito. Concorde-se, portanto, com Jürgen Habermas, que ao referir-se precisamente à Separação dos Poderes, observa que *“los principios del Estado del derecho no pueden confundirse con una de sus lecturas históricas, ligadas a determinados contextos.”*⁴

A análise da Separação de Poderes, deste modo, privilegia as perspectivas do princípio diante das dinâmicas de poder características das

sociedades pluralistas. De toda maneira, a positivação do tradicional esquema com todas as suas adaptações, mostra que, embora a garantia da liberdade individual nos moldes do liberalismo clássico não constitua mais a finalidade precípua do Estado, o princípio permanece importante na formatação do modelo do Estado Democrático.

Ainda neste **Capítulo II**, no Subcapítulo III, são trazidos alguns pontos controversos da adoção da Separação de Poderes como parâmetro organizativo do Estado, sem perder de vista o estabelecimento do sistema de controles recíprocos. São antecipados, assim, os focos de tensão mais evidentes no relacionamento entre os poderes, com especial atenção à histórica preponderância do Poder Executivo na condução do processo político brasileiro.

A análise dos reflexos dos debates públicos acerca da garantia dos direitos fundamentais - com especial ênfase aos direitos de cunho prestacional - na agenda do Estado, por sua vez, prescindiria do exame da atuação dos Três Poderes, quando provocados a intervir nas relações sociais, assegurando a efetividade destes direitos. Este é o cerne da discussão do **Capítulo III**, dividido em tópicos referentes ao Poder Legislativo (Subcapítulo I), Poder Executivo (Subcapítulo II) e por fim, ao Poder Judiciário (Subcapítulo III).

A distinção entre as funções legislativa, executiva e jurisdicional permite o estudo das conseqüências do modelo social e democrático de Estado na atuação dos Três Poderes. Pode-se adiantar, desde já, que as três funções foram atualizados. Em decorrência, os mecanismos de controle entre poderes tiveram que ser atualizados, para que continuassem a atender ao objetivo geral de limitação do exercício abusivo do poder, à medida que acarreta um risco para o sistema de direitos e os instrumentos democráticos.

⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el estado democrático de derecho

Em detrimento desta atualização dos mecanismos de controle, há quem sustente que cada momento vivenciado pelo Estado implica na maior relevância de uma das funções estatais, a partir dos objetivos e promessas almejados. Desta forma, o Estado Liberal, ao privilegiar as liberdades políticas e econômicas, que dependeriam de um eficaz manancial jurídico delimitador das atribuições estatais, resultou na prevalência do Poder Legislativo.

O Estado Social, ao prever ampla participação do Estado na vida privada, adotando um viés redistributivo na formulação de políticas públicas, acabou por incrementar as funções do Poder Executivo, ao mesmo tempo em que os mecanismos de controle sobre este poder foram relativizados⁵.

Todavia, o Estado Social, como é debatido ao longo desta dissertação, corresponde ao momento em que o direito vê seus domínios expandirem-se da tradicional visão de controle social e garantia das liberdades para a regulação dos aspectos mais relevantes da vida dos cidadãos. E o Poder Judiciário, detentor do monopólio de fixar, em última instância, os conteúdos jurídicos, também compartilha destas novas atribuições.

O Estado Social, ao promover uma mudança de perspectiva nas relações entre o governo e a sociedade, legitimada pelos textos constitucionais, provoca alterações na dinâmica entre os poderes do Estado. E desta nova configuração surge o Judiciário como mediador das relações entre os poderes, controlando suas atividades ou omissões, a partir dos parâmetros constitucionais.

A previsão dos direitos fundamentais no texto constitucional legitima a atuação do Judiciário mesmo em confronto com as competências tradicionais do Legislativo e do Executivo. O Judiciário seria, neste sentido, um alicerçador das

en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998, p. 323.

garantias constitucionais perante o próprio processo político⁶. E, a partir do caráter aberto dos dispositivos constitucionais, as expectativas políticas são canalizadas para as vias judiciais, tanto para a jurisdição ordinária quanto para o Supremo Tribunal Federal (STF).

No Brasil, pode-se afirmar mais uma vez que a atuação do Poder Judiciário passou a ser tema recorrente a partir da Constituição de 1988 que, como se verá ao longo do texto, de certo modo refletia o fenômeno ocidental de incremento das atribuições jurisdicionais. Diante do importante papel ocupado pelas instituições jurídicas e da positivação de diversos mecanismos da democracia participativa, o Judiciário constitui-se num dos focos de luta política pela afirmação do caráter dirigente da Constituição de 1988, a partir da “apropriação política e discursiva” dos direitos humanos pelos grupos historicamente desfavorecidos⁷.

Por conseguinte, a discussão sobre a determinação do conteúdo dos dispositivos constitucionais, ao lado dos meios tradicionais de representação política, foi trazida ao Judiciário brasileiro, a quem caberia, diante do controle finalístico da atuação dos demais poderes, ser a instância asseguradora do extenso rol de direitos previstos na Constituição, assegurando, assim, a viabilidade do processo democrático.

Resta patente, ao cabo do **Capítulo III** que, delineados os principais aspectos da atuação dos três poderes no Brasil, e diante da condução do processo político pelo Executivo, tornou-se inevitável o estabelecimento de uma linha de tensão entre este poder e o Judiciário.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 2000, p. 15-19.

⁶ BELLAMY, Richard. The political form of the constitution: the separation of powers, rights and representative democracy. **Political studies** (constitutionalism in transformation: european and theoretical perspectives), London: Blackwell, v. 44, n. 3, p. 436-456, Special Issue 1996, p. 436.

⁷ FARIA, José Eduardo. Ordem legal x mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e justiça**: a função social do Poder Judiciário. São Paulo: Ática, 1997, p. 95-110, p. 95.

Expõe-se, destarte, uma das grandes questões da Teoria da Constituição hoje: a definição de parâmetros teóricos que, mesmo que reconheçam às instituições jurídicas papel relevante na definição de vetores a serem observados nos debates públicos, não desconsiderem que a atividade política é a principal via para discussão dos interesses dos inúmeros grupos que compõem as atuais sociedades pluralistas.

Tendo esta questão como pano de fundo, o **Capítulo IV** destina-se ao estudo da canalização no Brasil dos questionamentos da atividade do Executivo nas vias judiciais. Para tal fim, recorre-se ao conceito de judicialização da política, formulação de Neal C. Tate e Torbjörn Vallinder, que defende um fenômeno mundial de recrudescimento do papel do Judiciário no jogo político (Subcapítulo I).

Trazido ao Brasil, o debate sobre a judicialização da política ganhou importância nos meios acadêmicos e certa popularidade diante de sua divulgação nos órgãos de imprensa, o que justifica, diante de outras perspectivas de análise do protagonismo judicial, como o movimento democrático na Europa ou *Critical Legal Studies*, também nos Estados Unidos.

Também no Capítulo IV, analisa-se a atuação do Judiciário Brasileiro diante das expectativas em torno da sua função, acarreta um debate sobre os fundamentos do exercício da função judicial (Subcapítulo II).

Nas **Conclusões**, são estimadas as repercussões deste incremento da atuação do Poder Judiciário nos mecanismos de relacionamento entre os poderes do Estado, diante das possibilidades de compatibilização da garantia dos direitos fundamentais com os instrumentos democráticos. Tal debate, repita-se, é voltado à

realidade brasileira, com a análise da discussão mundial sob as perspectivas políticas, econômicas e até culturais da nossa sociedade.

Para a concretização da discussão proposta foi utilizada a pesquisa bibliográfica, com acesso a livros e artigos de revistas especializadas, tanto nacionais quanto estrangeiros, e documental, com a consulta aos textos normativos em vigor, com especial atenção ao texto constitucional brasileiro. Foram pesquisadas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre alguns temas pertinentes ao objeto ora estudado.

CAPÍTULO I

A ADOÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: BREVES NOTAS ACERCA DO SEU CARÁTER DEMOCRÁTICO E DIRIGENTE

1.1 O CARÁTER SIMBÓLICO DO ESTADO DE BEM-ESTAR E SUA CRISE: REPERCUSSÕES NO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

- 1.1.1 O Estado de Bem-Estar Social como adequação capitalista às demandas por igualdade
- 1.1.2 A participação dos cidadãos no Estado Social: a consagração das técnicas promocionais de controle social
- 1.1.3 O modelo social de Estado e suas repercussões jurídicas
- 1.1.4 Breve análise da crise de financiamento e legitimidade do Estado Social no capitalismo central
- 1.1.5 Das repercussões da crise do Estado Social na discussão sobre a efetivação da Constituição Brasileira de 1988

1.2 A OPÇÃO CONSTITUINTE PELO ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIRTEITO: A CONSTITUIÇÃO NUMA PERSPECTIVA COMUNITÁRIA E DIRIGENTE

- 1.2.1 Diversidade de grupos políticos e soluções de compromisso na Assembléia Constituinte: razões da adoção dos modelos comunitário e dirigente na Constituição de 1988
- 1.2.2 O condicionamento político da Constituição Dirigente e o modelo adotado na constituição de 1988: a adaptação do modelo aos países da modernidade tardia
- 1.2.3 Da adoção de um modelo comunitário e democrático na Constituição de 1988: notas sobre a comunidade de intérpretes na metodologia de Peter Häberle
- 1.2.4 Os instrumentos jurídicos de participação popular na interpretação da Constituição de 1988

CAPÍTULO I

1.1 O CARÁTER SIMBÓLICO DO ESTADO DE BEM-ESTAR E SUA CRISE: REPERCUSSÕES NO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

1.1.1 O Estado de Bem-Estar Social como adequação capitalista às demandas por igualdade

1.1.2 A participação dos cidadãos no Estado Social: a consagração das técnicas promocionais de controle social

1.1.3 O modelo social de Estado e suas repercussões jurídicas

1.1.4 Breve análise da crise de financiamento e legitimidade do Estado Social no capitalismo central

1.1.5 Das repercussões da crise do Estado Social na discussão sobre a efetivação da Constituição Brasileira de 1988

1.1.1 O Estado de Bem-Estar Social como adequação capitalista às demandas por igualdade

O Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) foi a resposta jurídica, a partir de uma decisão política, para os anseios surgidos ainda em meados do século XIX, marcado pelas novas idéias socialistas. Trata-se, portanto, de um modelo adequado àquela nova realidade, em que se verifica o recrudescimento da importância do proletariado enquanto classe social.

Como causas para sua gênese, porém, podem ser postos outros fatores de ordem imediata, como a premência de intervenção estatal ocasionada pelo fim da I Guerra Mundial e pela grande crise de 1929, em que foi necessário um incremento das despesas públicas para a sustentação do emprego e conseqüente controle das tensões sociais⁸. As apreensões em torno do modelo capitalista justificavam-se em vista de uma grave crise de conceitos por que passava o ideal da

⁸ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). **Dicionário de política**. Brasília: UnB, 1999, p. 416-419. No verbete Estado do Bem-Estar, elaborado por Gloria Regonini, é traçado um panorama geral, do ponto de vista político, desde a gênese até a atual crise do *Welfare State*.

modernidade. Paralelamente à crise capitalista, senão sua causa, a “alternativa socialista”⁹ havia sido adotada em diversos países, através das revoluções proletárias.

É possível, ainda, citar alguns antecedentes históricos do Estado Social, em que a organização estatal colocou entre suas finalidades o apaziguamento das diferenças entre os indivíduos, através da assistência aos desfavorecidos. Tais tentativas, entretanto, não se contrapunham às estruturas de poder então vigentes, que se caracterizavam pela precedência das garantias da propriedade privada e liberdade individual. Talvez por isso não tenham logrado êxito. O exemplo mais citado é a Constituição Jacobina de 1793, em que, durante a Revolução Francesa, à extensa regulamentação dos direitos de liberdade comum ao período foram acrescentados alguns direitos de igualdade¹⁰.

Como símbolo da importância dos direitos sociais, pode também ser mencionada a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918. Tal documento, concebido por Lênin e incorporado à Constituição Soviética do mesmo ano, tinha a pretensão de constituir-se em uma carta dos “novos direitos” de cunho socialista, caracterizando a adoção de estrutura diversa da capitalista.

Em termos jurídicos, é possível afirmar que a positivação de um Estado de cunho social deu-se com a Constituição Mexicana de 1917. Em 1919, veio a Constituição de Weimar (Alemanha), que teve maior repercussão. Em linhas gerais, tais constituições impunham a intervenção do Estado nas relações privadas, e consagravam como obrigação estatal a prestação de serviços como saúde e educação, além da previsão de um sistema de previdência social.

⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria do estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 250, ss.

¹⁰ PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1997, p. 36-37.

Os mandamentos ali contidos tiveram ampla aceitação nos Estados, sendo incorporados pelos mais diversos regimes políticos, do nazi-fascismo à política econômica (*New Deal*) de Franklin Roosevelt nos Estados Unidos.

Assim, o Estado de Bem-Estar pode ser tido como o marco do deslocamento dos embates que ocupavam o foco das relações sociais, entre trabalhadores e empregadores, para o âmbito jurídico, mediante o Direito do Trabalho. O Direito, neste sentido, continua a ocupar relevante papel no capitalismo organizado, de maneira substancialmente distinta do modo como se constituiu num dos fatores de legitimação do Estado Liberal¹¹.

O Estado Social distingue-se, em diversos aspectos, da proposta anterior, calcada em um paradigma liberal-burguês, que influenciou o constitucionalismo ainda incipiente. O Estado Liberal, no plano jurídico, havia consagrado os parâmetros da Separação de Poderes e dos direitos fundamentais (os direitos civis e políticos da primeira dimensão de direitos) como cânones indispensáveis ao Estado de Direito.

Isto porque as primeiras constituições sociais, assim como as que lhes seguiram, embutiam algumas transformações na ordem econômica. Todavia, em vista do seu caráter desmobilizador, a “transformação” desejada ocorreria num ambiente de manutenção do regime capitalista, sendo destinada à própria reprodução deste sistema, a partir da conquista da lealdade das massas¹².

O Estado Social é interpretado por alguns como uma espécie de adequação estrutural do sistema capitalista, caracterizada pela crença na possibilidade de compatibilização do capitalismo como forma de produção e a

¹¹ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 15.

consecução de um bem-estar social geral. Tal crença constituiria o elemento psicológico e ao mesmo tempo ideológico do *Welfare State*¹³.

1.1.2 A participação dos cidadãos no Estado Social mediante as técnicas promocionais de controle social

Desta forma, o Estado de Bem-Estar tem a pretensão de conjugar fórmulas de emancipação social com postulados de um Estado de Direito clássico. Legitimam-se ideologicamente por constituições que exprimem valores de “solidariedade social”. A partir desta noção de solidariedade social, teria alcançado o intento de despolitizar a questão social, ao “desdramatizar os problemas sociais”¹⁴.

A fórmula do Estado Social, assim, exprimiria não apenas a noção de consenso democrático, mas se assentaria na “idéia de um viver comunitário, onde os interesses que atingem os indivíduos produzem inevitavelmente benefícios ou prejuízos compartilhados”. Os cidadãos vêem-se como participantes dos processos políticos, de forma a assegurar seu papel de destinatários das benesses produzidas neste modelo¹⁵.

O direito passa, então, a ter conteúdo persuasivo, baseado no condicionamento psicológico dos indivíduos, possível mediante o recurso a sistemas simbólicos que permitem estruturar práticas capazes de “forjar lealdades, suscitar obediência, gerar conformismos, moldar a opinião pública e organizar o consenso”. Os cidadãos internalizam, através de esquemas de representações

¹² OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 264.

¹³ PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 187.

¹⁴ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do estado-providência**. Goiânia: UFG; Brasília: UnB, 1997, p. 25.

simbólicas, os valores dominantes e o poder passa, através do direito, a ser exercido mediante “fórmulas políticas”, com remissão ao valor do bem-estar, constituindo um universo que se presta a “equacionar” os antagonismos de classes. E neste contexto, cada indivíduo passa a ser um processador e caixa de ressonância de condutas e mentalidades moldadas pela ideologia e pela cultura dos favorecidos¹⁶.

Para a doutrina jurídica, a diferença substancial trazida pelo Estado Social seria a inserção de um novo critério de justiça, a partir da noção de igualdade social, aqui traduzida numa igualdade de oportunidades ou nas possibilidades de realização da personalidade ético-cultural de cada um¹⁷. Superar-se-ia a noção de igualdade formal, preconizada pelo Estado Mínimo em voga até então.

O advento do *Welfare State* marcou o momento em que, pela primeira vez na história, a assistência estatal é reivindicada pelos cidadãos como um direito às prestações de natureza fática, produzindo uma substancial mudança na relação entre o Estado e os indivíduos¹⁸. Passou-se, por isso, ao Estado dito intervencionista, implementador de políticas públicas. Há quem afirme que o próprio Direito tornou-se uma política pública, pois a definição das esferas do público e do privado já pode ser caracterizada como atuação interventiva estatal¹⁹.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 67.

¹⁶ FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica**. Brasília: Unb, 1988, p. 100-110.

¹⁷ Luzia Pinto traz esta lição a partir da obra de Castanheira Neves. PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 161.

¹⁸ Celso Lafer define os direitos econômicos, sociais e culturais como direitos de crédito do indivíduo em relação a uma dada coletividade, a partir da noção de desigualdade. As diferenças entre os direitos de cunho liberal e os de cunho social são justificadas pelo autor a partir das distintas concepções de Estado que estas dimensões de direitos exprimem: a liberal e a socialista. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 129-131.

¹⁹ GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. GRAU, Eros Roberto *et al.* **Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional**: estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 59-75, p. 59-61.

Porém, o paradigma liberal havia consagrado uma visão inerte do Estado, a partir da idéia de liberdade de cunho negativo. Neste sentido, cabia à organização política assegurar a tranquilidade e segurança da sociedade, para que os homens pudessem travar as relações econômicas livremente. Na vigência do modelo liberal-burguês, pode-se afirmar o importante papel atribuído à noção de sanção como forma de controle²⁰.

Já no Estado Social, a forma de controle exercida pelo Estado passou a ser uma técnica promocional de controle político – com ênfase na noção de tempo futuro, prescrevendo programas, com vistas à sua execução “gradual”²¹. Ressalte-se que o grifo da expressão gradual, neste texto, atende ao propósito de mostrar que as discussões mais relevantes acerca da efetivação dos direitos assegurados pelo constitucionalismo de cunho social foram deixadas para mais tarde. Isto ocorreu em todos os países, sendo possível verificar os reflexos desta “técnica” no Brasil, como será exposto no capítulo concernente à Constituição de 1988.

Neste contexto, a Constituição pode ser tida como uma ficção, a cumprir uma função programática, fixando os “limites das relações sociais, programando comportamentos, calibrando expectativas e induzindo obediência no sentido de uma ‘vigorosa prontidão generalizada’ (...) de prescrições legais ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo”²², como assinala José Eduardo Faria.

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 86, v. 737, p. 11-22, mar. 1997, p. 12-15.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Safe, 1993, p. 41.

²² FARIA, José Eduardo. O modelo liberal de direito e de estado. FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e justiça: a função social do Poder Judiciário**. São Paulo: Ática, 1997, p. 19-35, p. 25.

1.1.3 O modelo social de Estado e suas repercussões jurídicas

Os direitos sociais, cuja positivação nas constituições foi inaugurada a partir da constitucionalização do modelo social de Estado, abrigam a idéia de que, com sua concretização seria permitida aos indivíduos a possibilidade não só de sobrevivência, mas de inserção plena na vida em sociedade. Têm por objetivo, pois, a garantia da igualdade material. Parte-se da idéia de que nada adianta a positivação de um rol de liberdades sem a correspondente garantia de um mínimo necessário para a vida humana, o que impossibilitaria, inclusive, a fruição dos direitos individuais. É sabido, por exemplo, que o exercício de uma efetiva liberdade política pelos cidadãos está relacionado, em parte, com a garantia da educação²³.

Assim, os direitos sociais exprimem a idéia de que cabe ao Estado intervir nas relações sociais e econômicas, de modo a minimizar as desigualdades sociais. Distinguem-se os indivíduos a partir dos grupos e classes a que pertencem, privilegiando os desfavorecidos. Daí resulta a afirmação de que os direitos sociais são direitos discriminatórios com propósitos compensatórios²⁴.

Na sua positivação, os direitos sociais constituem obrigações do Executivo, pois implicam numa intervenção ativa e continuada por parte dos poderes públicos para que possam ser materialmente eficazes. Sua concretização depende de condutas positivas do Estado, por consistirem numa prestação não somente fática, mas também normativa.

²³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 369.

²⁴ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 93-112, p. 105.

Isto porque, após a sua positivação, a efetivação de um direito social dependeria das regras que atribuem competência para a consecução das políticas públicas necessárias, assim como as que estabelecem os critérios para sua fruição²⁵.

Os direitos sociais também trazem uma dimensão negativa²⁶, que consistiria numa abstenção do Estado em prejudicar o exercício destes direitos pelos particulares, como na hipótese em que o Estado deve permitir a atividade dos particulares na área da educação, estabelecendo seus parâmetros.

Ainda que sejam direitos direcionados ao Estado, constitui dever da iniciativa privada colaborar na sua efetivação, diante do caráter compromissário do texto constitucional, uma vez que os direitos fundamentais também possuem eficácia horizontal.

Na definição da relação jurídica decorrente de sua positivação, são direitos de cunho preponderantemente prestacional, que não exigem uma contraprestação por parte do beneficiário. São obrigações que abrangem desde a promoção de direitos como educação, saúde, assistência social (prestações em sentido estrito) até a participação dos indivíduos na distribuição dos bens comunitários, exprimindo tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes.²⁷

Deste modo, a consecução dos fins estabelecidos pela legislação de cunho social depende da alocação de recursos, advindos especialmente do incremento da capacidade arrecadadora do Estado, problema acentuado nos países

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 259-265.

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 480.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 262.

menos desenvolvidos, justamente os que apresentam indicadores sociais mais alarmantes.

Com a sua previsão no texto constitucional, os direitos sociais devem constar da agenda dos três poderes, que se submetem à sua eficácia vinculante. Constituem, portanto, um referencial para a atuação do Estado, sempre com vistas ao favorecimento da sua realização, tanto no tempo como no espaço²⁸.

A eficácia vinculante das normas sociais programáticas, na lição de Canotilho, acarreta a “(1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); (2) vinculação *positiva* de todos órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como *directivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam”²⁹.

Depreende-se, destarte, que os direitos sociais requerem a atuação conjunta de todos os órgãos estatais, pois, ao exigir a atuação do legislador para sua regulamentação, considerando que sua constitucionalização geralmente se dá mediante fórmulas vagas e imprecisas, necessitam da ulterior determinação do seu conteúdo, de modo a permitir sua aplicação. Demandam, também, a atuação dos agentes governamentais, para a formulação e execução de políticas públicas, culminando com a prestação dos direitos previstos. E, finalmente, para fazê-los valer no caso concreto, é necessária a intervenção do Poder Judiciário que, nas hipóteses trazidas à apreciação e intervenção jurisdicional, deve, atentando para a

²⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: volume IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 279.

²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1050-1051.

natureza constitucional destes preceitos, obrigar o Estado a cumprir estas determinações, como autênticos direitos subjetivos públicos.

1.1.4 Breve análise da crise de financiamento e legitimidade do Estado Social no capitalismo central

O paradigma social teve reflexos em toda a organização econômica, política e jurídica da primeira metade do século XX, especialmente no período pós-guerras. Efetivamente, a estruturação de Estados de Bem-Estar em toda a Europa permitiu a reconstrução das economias daquele continente, com a providencial colaboração do capital estrangeiro, principalmente o norte-americano. Como lembra Bolzan de Moraes, além da garantia dos direitos fundamentais, a intervenção estatal também implicou em investimentos em estrutura industrial básica, permitindo assim o desenvolvimento das economias³⁰. Já na década de 60, o confortável padrão de vida desfrutado no período anterior às guerras havia sido, de certo modo, restabelecido na Europa.

Todavia, desde a década de 70 do século passado discute-se uma crise do modelo social, que abrangeria seus fundamentos filosóficos, econômicos e políticos. Tal crise tornou-se desde então constante tema das Ciências Sociais, Econômicas e Políticas, tendo reflexos, obviamente, nos debates jurídicos. Alguns dos mais importantes pensadores destas ciências ocuparam-se desta discussão, como Jürgen Habermas, Pierre Rosenvallon e Claus Offe. Pode-se afirmar, inclusive, que a institucionalização deste modelo é caracterizada pela constante noção de crise, sendo comuns os momentos de retrocessos em suas promessas ou de questionamentos acerca das suas pretensões.

Em linhas gerais é possível afirmar que a crise do Estado de Bem-Estar pode ser vista sob diversos aspectos. Mas, diante da crescente importância da economia no estudo das relações sociais, pode-se depreender que parte da noção de crise tem fundamento no problema do financiamento das prestações oferecidas pelo Estado à comunidade, diante do crescente incremento da atividade arrecadadora do Estado e, logo, na carga fiscal sofrida pelos contribuintes. Tal fórmula, que a princípio permitia que os favorecidos custeassem o fornecimento de prestações por parte do Estado, acabou por se desgastar.

Isto porque, ao longo dos anos, as exigências em torno da intervenção estatal e das prestações produzidas cresceram de forma quantitativa e também qualitativa, em vista das constantes demandas por parte da sociedade. Aponta-se, inclusive, uma certa incoerência do modelo, pois não apresenta solução para um previsível descompasso entre receitas e despesas públicas.

Na década de 1970, todavia, a crise econômica mundial expôs de forma mais contundente esses problemas, pois as necessidades sociais cresceram, especialmente com a questão do desemprego e o aumento da expectativa de vida, o que sobrecarregou os sistemas de assistência social e previdenciário. Políticas públicas formuladas com vistas a necessidades momentâneas foram convertidas em despesas constantes.

De outra ponta, não havia como aumentar a carga tributária em momento de crise. Em decorrência, a capacidade de investimento estatal foi reduzida, o que limitava as possibilidades de crescimento econômico e recuperação

³⁰ MORAIS, José Luiz Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 35.

da economia. Forma-se uma espécie de “círculo vicioso entre crise econômica, debilidade pública e necessidades sociais”³¹.

Assim, a crise fiscal repercutiu sobre os demais aspectos do Estado de Bem-Estar. Autores como Pierre Rosanvallon, que assentam sua caracterização do Estado Social a partir das relações travadas entre Estado e Sociedade, enfatizando a já citada noção de “solidariedade social”, asseveram que tal crise, mais que econômica e financeira, seria de cunho social e político, uma vez os próprios fundamentos destas relações foram atingidos³².

Com efeito, a partir do momento em que políticas públicas tiveram que ser restringidas a determinados grupos, mediante a eleição de prioridades, verificou-se uma certa disputa pelo destino dos investimentos estatais, o que desagregou a base social que caracterizava o modelo do bem-estar.

Ademais, a qualidade dos serviços prestados nos países centrais decaiu. Se a legitimidade da atuação estatal, sob o paradigma do bem-estar, dependeria da sua capacidade de promover saúde, educação e cultura para todos os cidadãos, com especial atenção aos mais pobres, a crise fiscal acabou por se transformar numa crise de legitimidade.

Neste sentido, Jürgen Habermas traça algumas das mais pertinentes críticas ao modelo. Para o pensador, a crise do modelo social de Estado constitui o ápice da crise que atingiu todos os pilares da racionalidade, pois constitui o momento em que a cidadania estaria confiada a um vasto Estado Administrativo, apartando-se da necessidade de participação política dos indivíduos. Habermas atenta para o risco de que, a partir da garantia dos direitos sociais, tenha-se como

³¹ MORAES, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 41.

contrapartida a redução da esfera de liberdade, especialmente política, dos cidadãos, uma vez que o que denomina de “escalada da publicização da esfera privada” leve a uma “crescente funcionalização” da sociedade³³,

Ademais, pode-se asseverar que a crise do modelo de bem-estar também ganhou consonância na sua formulação institucional. O Estado Social, em seus primórdios, já sofria dificuldades na adaptação de uma perspectiva interventora à estrutura típica liberal. Assim, verifica-se uma certa alteração na organização estatal, de modo a permitir a consecução da perspectiva intervencionista. Todavia, as crises vivenciadas nas últimas décadas do século passado implicaram na chamada crise do Estado, que repercute no relacionamento com as demais agências de poder no âmbito interno quanto com o surgimento e fortalecimento de organizações internacionais.

1.1.5 Das repercussões da crise do Estado Social na discussão sobre a efetivação da Constituição Brasileira de 1988

Muito embora a Crise do Estado de Bem-Estar seja um fenômeno tido como global, é importante constatar a distinção no que concerne ao grau de efetivação dos textos constitucionais nos países centrais, que hoje vivenciam um processo de rediscussão deste modelo, e nos chamados países periféricos³⁴, condição em que está o Brasil.

Aqui verifica-se que o Estado Prestacional, inclusivo de minorias aliadas dos processos decisórios, não teve suas promessas concretizadas, ainda que

³² ROSANVALLON, Pierre. **A crise do estado-providência**. Goiânia: UFG; Brasília: UnB, 1997, p. 26.

³³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998, p. 101-109.

³⁴ NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Anuário do Mestrado em Direito**, n. 6, p. 313-357. Recife: Universitária (UFPE), 1993, *passim*.

seja possível constatar a constitucionalização da intervenção do Estado na ordem econômica desde a Constituição de 1934, já alinhada com o constitucionalismo social³⁵.

Em que pese a positivação destes direitos, não é possível afirmar que os poderes públicos tenham incorporado os direitos sociais à dinâmica da sua atuação desde então. Podem ser colocados motivos das mais diversas naturezas para a falta de correspondência entre o ser e o dever-ser normativo, entre realidade e Constituição. Porém, como afirma Adeodato, “seria indevidamente simplificador afirmar que a realidade do direito, brasileiro ou estrangeiro, não corresponde aos textos das normas constitucionais vigentes”³⁶, sem atentar para o simbolismo que, por vezes, a previsão destes direitos exprime.

O papel simbólico exercido pelas constituições sociais é tido como ponto de convergência entre a realidade constitucional dos países periféricos e dos centrais, como se depreende da análise das causas do Estado Social expostas no item precedente. Entretanto, a diferença na efetivação destas promessas entre os dois grupos é aviltante. Basta observar os indicadores sociais que espelham as condições de vida dos habitantes dos países periféricos. Certamente tal distinção pode ser creditada a razões históricas, políticas e econômicas muito profundas, cuja análise escapa ao objeto dessa dissertação.

³⁵ A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, consagrou, desde o seu preâmbulo, a fórmula do bem-estar. No seu art. 113, assegurava que o Poder Público deveria amparar, *na forma da lei*, os que estivessem em indigência. Já o art. 138 trazia como dever da União, Estados e Municípios, *nos termos das leis respectivas*: “estimular a educação, amparar a maternidade e a infância, socorrer as famílias de prole numerosa”, dentre outras obrigações. O Capítulo II (arts. 148 a 158) referia-se à educação e cultura, determinando as competências dos entes federativos nesta seara e assegurando-as como direito de todos (art. 149). Destinava, também, o Título IV à regulação da Ordem Econômica e Social, prevendo amplos direitos aos trabalhadores. Os trechos atinentes às expressões que delegam a regulamentação dos direitos assegurados à legislação ordinária foram grifados com o intuito de destacar a técnica que caracteriza a positivação dos direitos sociais no Brasil desde então, tema a ser discutido ao longo desta dissertação.

Mas são justamente as diferenças no padrão de efetivação das promessas de cunho social que tornam a discussão acerca da crise do modelo de bem-estar especialmente cruel em países como o Brasil, que teve sua atual Carta Constitucional promulgada no período em que o debate sobre a revisão (redução) das políticas de bem-estar já estava em patamar bastante avançado, em parte por conta do fenômeno da globalização.

Todavia, ainda que reconhecido o papel simbólico no modelo de bem-estar, assim como a latente discussão dos seus fundamentos, não se pode negar que este foi o paradigma visualizado pela Assembleia Constituinte Brasileira em 1988, mediante a adoção de uma constituição de cunho dirigente, mas que também previu um alto grau de participação popular nos futuros embates acerca do seu conteúdo normativo, debate a ser delineado nesta dissertação.

Assim, não bastassem as dificuldades de efetivação de um texto constitucional que pretendia transformar uma realidade de desigualdades que permeia toda a história brasileira a partir da consolidação das instituições democráticas após duas décadas de ditadura militar, convive-se também com as dificuldades de inserção da economia brasileira no capitalismo globalizado, que limitam as opções para a condução das políticas públicas.

Contudo, o texto constitucional vigente, permeado por remissões às questões de cunho social, originou pautas reivindicatórias de toda a sociedade, canalizadas a todos os poderes e instâncias estatais, com especial ênfase no Poder Judiciário.

³⁶ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75-96, p. 85.

Como salienta Feitosa, na América Latina como um todo é possível perceber que “as normas constitucionais, ao lado de possuírem capacidade prescritiva e vinculante são consideradas uma expressão de desejos, ou seja, o norte, o horizonte para onde se deseja conduzir o processo social”³⁷.

E certamente os setores organizados da sociedade brasileira buscariam fazer prevalecer sua interpretação das promessas constitucionais, o que acabou por repercutir na própria dinâmica dos poderes estatais.

³⁷ FEITOSA, Raymundo Juliano. Quinze anos da Constituição de 1988: o “fetichismo” como limite às possibilidades de concretização da Constituição Federal de 1988. SCAFF, Fernando Facury (org). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 241-256; 253.

CAPÍTULO I

1.2 A OPÇÃO CONSTITUINTE PELO ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIRTEITO: A CONSTITUIÇÃO NUMA PERSPECTIVA COMUNITÁRIA E DIRIGENTE

1.2.1 Diversidade de grupos políticos e soluções de compromisso na Assembléia Constituinte: razões da adoção dos modelos comunitário e dirigente na Constituição de 1988

1.2.2 O condicionamento político da Constituição Dirigente e o modelo adotado na constituição de 1988: a adaptação do modelo aos países da modernidade tardia

1.2.3 Da adoção de um modelo comunitário e democrático na Constituição de 1988: notas sobre a comunidade de intérpretes na metodologia de Peter Häberle

1.2.4 Os instrumentos jurídicos de participação popular na interpretação da Constituição de 1988

1.2.1 Diversidade de grupos políticos e soluções de compromisso na Assembléia Constituinte: razões da adoção dos modelos comunitário e dirigente na Constituição de 1988

Após duas décadas de mais um regime de exceção, a Assembléia Nacional Constituinte de 1987 foi instaurada durante o governo de José Sarney com o objetivo de promulgar a nova Constituição Brasileira. A constituição vindoura seria o ápice da transição política iniciada no final da década de 70 e que permitiu, por quase toda a década de 80, a convivência de um processo gradativo de redemocratização com a vigência do Ato Institucional n.º 5, tido como a Carta Constitucional do período de ditadura militar.

A transição política para a democracia no Brasil decorreu da negociação entre diversos setores. Contudo, foi um processo comandado pelos militares a partir das pressões exercidas por parte das elites nacionais, que permitiu a distribuição do poder social e político a diversos grupos durante a década de 80.

Tais grupos introduziram “novas condições e tendências na operação do sistema político, contrastantes com a tradição de centralização política no Executivo federal, que vinha acompanhando a adoção do modelo desenvolvimentista e do corporativismo desde os anos 30”, como relembram Castro e Carvalho³⁸.

Muito embora a concentração de forças no âmbito do Poder Executivo tenha sido questionada pelos setores favoráveis à rapidez na condução do processo de democratização, não houve, como sabido, uma ruptura institucional. Dos diversos “acordos” que permitiram a condução de um processo lento e gradual, ainda que permeado pelos protestos das classes médias urbanas, como o movimento de Diretas-Já, verificou-se uma opção pela manutenção da governabilidade e das rotinas do processo decisório, sendo nítido um processo de transição negociada.

A redução dos custos institucionais de transição, porém, teria a contrapartida da diminuição dos campos das escolhas institucionais possíveis, especialmente as relacionadas com as regras do processo decisório³⁹. No caso brasileiro, o Poder Executivo manteve-se firme como o principal agente condutor das relações políticas, em detrimento das inúmeras forças sociais que participaram da transição à democracia⁴⁰.

³⁸ CASTRO, Marcos Faro de; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. Globalização e transformações políticas recentes no Brasil: os anos 90. **Revista de Sociologia e Política**, n. 18, p. 109-129, jun. 2002, p. 115.

³⁹ MORAES FILHO, José Filomeno de. Separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e práxis política. BERCOVICI, Gilberto *et al.* **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 151-197, p. 191.

⁴⁰ Em trabalho em que critica as teorias acerca da transição democrática, numa dissociação entre o processo de institucionalização dos mecanismos democráticos e o comportamento dos atores institucionais, Leo Avritzer lembra que “no caso do Brasil, a democratização teria que ser pensada como o processo de longo prazo de incorporação dos princípios democráticos pela própria sociedade, um processo que certamente ainda não chegou ao seu final, na medida em que podemos claramente perceber que uma série de órgãos do Estado ainda não incorporou a sua estrutura ou a seu funcionamento os princípios da ordem democrática.” AVRITZER, Leo. Cultura política, atores

Deste modo, pode-se afirmar que, como toda negociação política, o processo brasileiro de redemocratização institucional implicou em descontinuidades e desajustes entre as forças que conduziram o processo. Neste sentido, como pontua Abranches, acerca dos processos de mudança de regime, “não há consciência clara de que a comunhão de princípios políticos não assegura, nem contém necessariamente, elementos de consenso sobre as políticas concretas e as soluções a serem implementadas pelo novo governo, tampouco quanto à direção que ser dará ao processo de mudança.”⁴¹

Foi precisamente neste espírito de ampla coalizão de forças que os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte foram iniciados. Pela diversidade dos grupos envolvidos, não se sabia quais os rumos que os trabalhos teriam, pois não havia um grupo hegemônico que reunisse condições de impor seu projeto ao país. Existia, porém, a responsabilidade de criar as condições jurídicas para a estabilização das instituições governamentais, de sorte que as demandas, nos termos da democracia representativa, fossem processadas pelos meios institucionais, tanto legislativos quanto judiciais. Abria-se aos constituintes o desafio de assegurar instrumentos normativos para a promoção de mudanças sócio-econômicas, de modo a garantir a legitimidade do sistema político e jurídico.⁴²

A indecisão sobre os mais diversos temas perdurou durante todo o processo constituinte. Havia conflitos entre nacionalistas e os favoráveis à abertura ao capital estrangeiro; ruralistas e defensores da reforma agrária; desenvolvimentistas e os partidários do Estado Mínimo; e parlamentaristas e presidencialistas, dentre inúmeros outros grupos divergentes. Só restava a esses setores aceitarem soluções de compromisso, com a positivação de princípios de

sociais e democratização: uma crítica às teorias da transição para a democracia. **Dados:** Revista de Ciências Sociais, n. 28, a. 10, p. 109-122, jun.1995, p. 117.

⁴¹ ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados:** Revista de Ciências Sociais, v. 31, n. 1, p. 5-32, 1988, p. 8.

⁴² FARIA, José Eduardo. **O Brasil pós-constituinte**. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 15.

conteúdo mais aberto, ou a remissão à posterior regulamentação em lei ordinária da questão constitucional.

O processo constitucional brasileiro, iniciado sem uma orientação precisa em torno dos trabalhos a serem desenvolvidos, foi influenciado pelas discussões teóricas mais importantes travadas à época no âmbito da Teoria da Constituição.

Naquele momento, como já exposto no tópico anterior referente ao Estado Social, este tipo de organização via seus fundamentos serem rediscutidos. Na verdade, o debate dava-se em função dos moldes positivados pelas diversas constituições européias e suas repercussões no plano econômico.

A Europa Ibérica, de modo diverso, ainda vivenciava no final da década de 80 um período de encantamento com as possibilidades constitucionais. Também movidos pela superação dos períodos ditatoriais e num momento de efetivação das constituições da década de 70, pode-se afirmar que os textos constitucionais espanhol e português inspiraram os embates constituintes⁴³. A doutrina constitucional destes países, por sua vez, já havia sofrido grande influência da teoria alemã, especialmente quanto aos temas dos direitos fundamentais e da hermenêutica constitucional.

A inspiração na Constituição Portuguesa de 1976 – que norteou Canotilho na sua concepção de Constituição Dirigente – e na Constituição Espanhola de 1978 – fortemente influenciada pela doutrina dos direitos

⁴³ Como observa Carlos Roberto Siqueira Castro, “tal não se deveu apenas em função dos laços históricos-culturais que associam a formação política do Brasil à península ibérica, mas sobretudo ao fato de que essas nações, por igual, emergiram de longo e traumatizante período ditatorial – o salazarismo e o franquismo – tendo buscado, na seiva da constituinte, um nutriente de redemocratização e de pacificação nacional.” CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 127.

fundamentais -, remeteu a doutrina brasileira ao estudo dos constitucionalistas e teóricos do direito alemães. Autores como Konrad Hesse, Peter Häberle, Rudolf Smend e Robert Alexy passaram a fazer parte das discussões sobre o direito constitucional no Brasil.

No momento de discussão da Constituição de 1988, tal influência já podia ser percebida em autores como José Afonso da Silva, Carlos Roberto de Siqueira e Castro, Bonavides, Fábio Konder Comparato, Dalmo Dallari e Joaquim de Arruda Falcão, expoentes do modelo que Gisele Cittadino denomina de constitucionalismo comunitário, que repercutiu de forma evidente, como será visto adiante, no texto hoje vigente.

Foi possível impor uma ampla regulamentação, conferindo maior estabilidade a determinadas decisões tomadas⁴⁴. Os grupos comprometidos com a transformação econômica e política, se não tiveram condições de impor suas diretrizes no texto constitucional, conseguiram recusar as soluções convencionais do constitucionalismo liberal, determinando novos institutos relacionados à dimensão democrática da Constituição e também vinculando o Estado a um maior envolvimento na regulação social, mediante extensa pauta de direitos sociais⁴⁵.

A divergência de interesses envolvidos originou um texto constitucional volumoso⁴⁶, mas que adia para o futuro os debates sobre as mais palpitantes questões constitucionais. Constatava-se, como lembra Faria, um claro descompasso entre as transformações políticas desejadas e as “determinantes

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 74.

⁴⁵ FARIA, José Eduardo. **O Brasil pós-constituente**. São Paulo: Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 17-8.

⁴⁶ Sobre a extensão da Constituição Brasileira, Ivo Dantas pontua que “o texto de 1988 é um dos mais longos dentre as Constituições contemporâneas, só perdendo em dimensão para o da Iugoslávia (405 artigos), da Índia (336 mais 8 anexos), do Uruguai (322), do Peru (307), e de Portugal (291), enquanto o nosso possui 245 artigos em suas Disposições Permanentes e mais 17 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. DANTAS, Ivo. **O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralgalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 106.

sociais das transformações jurídicas possíveis”⁴⁷. E neste contexto, a efetivação das promessas exprimidas na Carta Constitucional foi delegada para um momento posterior, na esperança de arranjos políticos que permitissem sua concretização⁴⁸.

Igualmente, as expectativas em relação ao resultado dos embates a serem travados no futuro eram diversas, a partir do ponto de vista defendido. Como pontua Souza Junior, “as forças emergentes viam no compromisso a probabilidade de complementação da obra redemocratizadora, especialmente no seu viés redistributivo, pelas mãos de um futuro parlamento mais inclinado a tais propostas; as forças tradicionais apostavam em um mero simbolismo nas conquistas alardeadas, o que as tornava inofensivas para o *status quo*”⁴⁹.

Desta breve descrição do período constituinte, é possível entender a amplitude dos dispositivos previstos na Constituição de 1988. Trata-se de uma obra em aberto às futuras gerações, que assegura, em seu próprio texto, as condições procedimentais para a discussão dos seus conteúdos⁵⁰. Além da abertura dos seus preceitos, também houve uma ampliação dos sujeitos políticos aptos a decidirem o futuro do Estado⁵¹. Ademais, os mecanismos de participação popular foram alargados, assim como os meios de canalização de expectativas populares às instâncias de poder, que devem constituir-se em arena para a discussão dos conteúdos constitucionais.

⁴⁷ FARIA, José Eduardo. **O Brasil pós-constituinte**. São Paulo: Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 17.

⁴⁸ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 39- 41.

⁴⁹ SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 119.

⁵⁰ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 41.

⁵¹ SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 122.

A Constituição de 1988 exprime o momento de resgate, após décadas de regime autoritário, precedido de séculos de exclusão social, do compromisso da sociedade brasileira com o ideal democrático. Daí afirmar-se ainda hoje, decorridos dezessete anos da sua promulgação, que o texto constitucional é uma “confissão de que as promessas de realização da função social do Estado ainda não foram cumpridas”⁵².

Para tal fim, na Carta de 1988 foi adotado um modelo de Constituição Comunitária, que consiste, como defende Gisele Cittadino, numa ruptura com a tradição da própria cultura jurídica brasileira, com a preferência por um “novo constitucionalismo democrático”⁵³. De outra ponta, foi adotado um modelo dirigente, com a inegável influência de J. J. Gomes Canotilho. Nos tópicos seguintes serão analisadas estas duas correntes do pensamento jurídico que tanto influenciaram os constituintes e que norteiam, até hoje, as interpretações dos mandamentos do texto constitucional.

A opção por estas duas perspectivas de estudo nesta dissertação, como já visto, tem o objetivo de mostrar que da adoção de um modelo interventor nas relações econômicas e sociais, aliado à previsão de intensa participação popular na dinâmica de atuação estatal, chega-se à rediscussão sobre os próprios fundamentos das relações entre os três poderes no Brasil. Pode-se adiantar, desde já, que o debate em torno das relações entre Executivo, Legislativo e Judiciário está diretamente relacionado à importância atribuída ao último na Teoria da Constituição do século XXI, como se intenta expor na discussão sobre as duas características da Constituição Brasileira de 1988: dirigismo estatal e abertura democrática.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 85.

⁵³ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17-42, p. 26-27.

1.2.2 O condicionamento político da Constituição Dirigente e o modelo adotado na constituição de 1988: a adaptação do modelo aos países da modernidade tardia

A Constituição Brasileira de 1988 insere-se no contexto do constitucionalismo social, ao prever uma maciça intervenção do Estado nas atividades dos particulares e positivar um extenso rol de direitos e garantias institucionais, cuja concretização tem por fim transformar a realidade social.

A partir da mais detalhada constituição da história brasileira, optou-se por um modelo fortemente dirigente, que disciplina, analiticamente, a maioria das questões relevantes da vida nacional⁵⁴.

O modelo constitucional foi inspirado nas idéias do português J. J. Gomes Canotilho, na sua definição de um parâmetro dirigente de Constituição⁵⁵. É evidenciado o caráter programático dos textos constitucionais⁵⁶, cujos preceitos pretendem servir de vetores da atividade estatal e das próprias relações institucionais, determinando um projeto para a sociedade⁵⁷.

⁵⁴ MENDES, Gilmar. Integração social e perspectivas da democracia. **Direito Público**, a. II, n. 7, p. 5-20, jan./mar. 2005, p. 9.

⁵⁵ Como descreve Bercovici, a expressão Constituição Dirigente foi primeiramente utilizada por Peter Lerche, que se referia às diretrizes constitucionais que constituem imposições inafastáveis ao legislador. Porém, Lerche asseverava que mesmo estas diretrizes, em que pese seu caráter vinculante, estariam sujeitas à discricionariedade material do legislador. Canotilho inovou ao atribuir a todas as normas constitucionais este caráter vinculante, inclusive da atuação do legislador. BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. BERCOVICI, Gilberto *et al.* **Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 75-150, p. 115-116.

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 365.

⁵⁷ O doutrinador expôs as linhas gerais do seu pensamento, nos moldes que inspiraram os debates constituintes, na primeira edição de seu livro, em 1982. CANOTILHO, J. J. Gomes. **A constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

O parâmetro dirigente é visto como uma expressão de força do Direito, nos casos em que o texto constitucional vincula os fins do próprio Estado, constituindo-se num instrumento de governo. A Constituição exprimiria um projeto social, um programa de ação para a sociedade, com o intento de direcionar seus rumos e transformar sua realidade.

Todos os preceitos constitucionais são imbuídos do caráter dirigente, consistindo em imposições ao Poder Legislativo e demais órgãos de direção política. Comandam, ainda, as relações sociais e econômicas. Pode-se afirmar que uma constituição de cunho dirigente chega a definir os próprios pressupostos da deliberação política.

A baliza dirigente prestou-se à conformação de diversos textos, colaborando na interpretação das Constituições em confronto com as realidades sociais. O direito ocupa papel destacado frente à política, determinando suas discussões a partir do parâmetro das disposições constitucionais. A perspectiva dirigente pretende conformar a política, através da adoção de uma Teoria Material da Constituição, tida como uma teorização da própria sociedade⁵⁸.

As críticas direcionadas à Constituição Dirigente têm seu foco precisamente na discussão sobre o condicionamento jurídico da atuação política. Há quem entenda que as interpretações sobre a constituição acabariam até por substituir a atividade política.

Bercovici, em trabalho no qual sugere a aplicabilidade da concepção de Canotilho à interpretação da Constituição Brasileira, defende que, ao invés de substituir a política, o texto fundamental torne-se uma espécie de premissa material

⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **A constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 455-459; 27-30; 42-45.

desta atividade, com vistas à consecução dos objetivos constitucionais⁵⁹. Posteriormente, ponderou que a Teoria da Constituição Dirigente seria uma Teoria da Constituição independente da Teoria do Estado, que renuncia à dimensão política. Manifesta-se, ainda, pela necessidade de reconstrução da Teoria do Estado, para que reincorpore tal discussão⁶⁰.

Evidentemente que, decorridas duas décadas da publicação da primeira edição de seu livro, as concepções dirigentes vêm sofrendo fortes abalos diante das novas perspectivas teóricas, econômicas e políticas. Confrontados por estes novos fatores, Canotilho, desde meados da década de 90, vem adaptando suas idéias de dirigismo estatal.

O marco das mudanças de rumos foi o já célebre prefácio da reedição da sua “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, em que o autor reconhece a política como necessário instrumento para a concretização do texto constitucional, inclusive para que as transformações ali embutidas tornem-se viáveis.

No “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”, publicado no Brasil em 1996, Canotilho expõe os fatores que redundaram na sua mudança de perspectiva. Reconhece, todavia, que tais mudanças resultam numa Constituição Dirigente cujo caráter regulador, autoritário e estatizante é relativizado, mas que manteria, ao final, a mesma mensagem transformadora.

⁵⁹ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, a. 36, n. 142, p. 36-51, abr./jun. 1999, p. 41.

⁶⁰ BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. BERCOVICI, Gilberto *et al.* **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 75-150, p. 119.

Parte o autor da impossibilidade de que um texto constitucional determine previamente os rumos de uma dada organização social. Para isto, atenta Canotilho para o fato de que a ordem constitucional é aberta, o que implica no dever de observar os novos quadros normativos de interconstitucionalidade, como as constituições supranacionais, e as experiências constitutivamente conformadoras da sociedade contemporânea.

Neste sentido, a noção de fundamentalidade de um determinado catálogo de direitos peca por uma “historicidade redutora” e pela “precompreensão ideológica não hermeneuticamente revelada”⁶¹.

Voltado à realidade do projeto europeu de unificação, com suas inevitáveis conseqüências para a normatividade das Constituições, Canotilho propõe que a força eficaz da constituição decorra da sua compatibilização com os novos modelos político-organizatórios, que impõem a adequação “no plano político e no plano normativo aos esquemas regulativos das novas associações abertas de estados nacionais abertos”.

Ao recuar na sua visão do caráter interventivo e transformador do Direito, Canotilho traz a necessidade de encontrar novas formas de resgate das promessas constitucionais diante da complexidade pós-moderna. Para o autor, a “identidade reflexiva”, tida como a capacidade de prestação de um texto constitucional à sociedade, seria perturbada pela “inserção de fórmulas de narrativa emancipatória que condensam mais uma filosofia da história unidimensional em vez de fornecerem medidas e diretivas para o reforço de

⁶¹ Como podera, “algumas dessas críticas tem como alvo a constituição dirigente de direitos econômicos, sociais e culturais enquanto programa de políticas públicas, tributárias, em maior ou menor medida, de concepções socialistas ou sociais democratizantes. Elas continuam a apoiar-se na regulação estatal da socialidade, ignorando que um dos agentes dinamizadores da economia – o capital financeiro – obedece, no universo globalizador, a incontornáveis lógicas de eficiência, racionalização e lucro.” CANOTILHO, J.J. Gomes. Das constituições dos direitos à crítica dos direitos. **Direito Público**, n. 7, p. 80-89, jan./mar. 2005, p. 86-87.

normatividade da constituição”, a impedir o desenvolvimento constitucional⁶². Defende, assim, uma “constitucionalização da responsabilidade”, que garantiria as condições de coexistência de “diversas perspectivas de valor, conhecimento e ação”.

Da exposição dos pressupostos que ocasionaram o reconhecimento da inaptidão constitucional em transformar as condições sociais e econômicas dos Estados sem o recurso à luta política, aliada à admissão da nova realidade de integração política, econômica e jurídica e da complexidade das sociedades industriais, Canotilho afirma que o projeto emancipatório constitucional permanece, mas em outro contexto e mediante instrumentos regulativos diversos. Seu caráter dirigente, todavia, “ficará menos espesso, menos regulativamente autoritário e menos estatizante”.

Resta ainda avaliar, de forma sintética, quais as repercussões das adaptações na teoria da constituição dirigente na interpretação da Constituição Brasileira de 1988. A doutrina brasileira optou por ressaltar as condições sob as quais o autor português adaptou seu modelo. Em consequência, passou-se ao paralelo entre as diferenças entre a realidade constitucional européia, para a qual Canotilho se direcionou, e o contexto pátrio. Foram observados os déficits democrático e social que caracterizam, até estruturalmente, a sociedade brasileira.

Neste sentido, chega-se à distinção entre os próprios fundamentos das Constituições Portuguesa de 1976 e Brasileira, de 1988. Streck, por exemplo, ressalta a função normativo-revolucionária que a Constituição Portuguesa adotou no seu texto original. Tal caráter revolucionário, ao ser confrontado com a inserção

⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996, p. 14-15.

plena na realidade européia, teria provocado as transformações na concepção de Canotilho.

Foi ressaltada, igualmente, a distância entre Portugal e Brasil nos campos econômico, político e até jurídico, facilmente perceptível quando avaliado o grau de concretização dos textos constitucionais em cada país. Assim, se o “problema” da Constituição Dirigente, desde a sua concepção original, é um “problema de transformação da realidade”, como assevera Bercovici, tal situação é agravada em sociedades como a brasileira⁶³.

Ao partir destas especificidades, as ponderações de Canotilho, como modelo normativo de interpretação dos conteúdos da Constituição de 1988, são rejeitadas em parte pelos doutrinadores brasileiros. Reitera-se a capacidade regulatória do texto, a despeito das dificuldades enfrentadas na afirmação constitucional, como se verá ao longo do presente trabalho⁶⁴.

Streck propõe uma Teoria da Constituição Dirigente adequada aos países da modernidade tardia, que observa o histórico descumprimento das promessas da modernidade no Brasil. Esta adaptação às peculiaridades da modernidade tardia na Teoria da Constituição Dirigente, por sua vez, não descarta a ligação com uma Teoria do Estado “apta a explicitar as condições de possibilidade para implantação das políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto constitucional”, permitindo a “construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade”⁶⁵.

⁶³ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, a. 36, n. 142, p. 36-51, abr./jun. 1999, p. 38.

⁶⁴ MENDES, Gilmar. Integração social e perspectivas da democracia. **Direito Público**, a. II, n. 7, p. 5-20, jan./mar. 2005, p. 12.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 112-114.

Portanto, verifica-se que os doutrinadores brasileiros comprometidos com a efetividade das promessas constitucionais não descartam a dimensão política na análise do fenômeno jurídico. Vêem a política, mediante o acesso às instituições jurídicas, como instrumento de concretização da Constituição, desde que intermediadas pelos mecanismos da jurisdição constitucional e da participação democrática.

1.2.3 Da adoção de um modelo comunitário e democrático na Constituição de 1988: notas sobre a comunidade de intérpretes na metodologia de Peter Häberle

Como texto constitucional resultado do acordo entre forças políticas divergentes num processo de transição à democracia, a Constituição Brasileira de 1988 tem um forte viés democrático, respaldado nos valores da dignidade humana e da igualdade.

Os defensores da abertura constitucional sustentam, inclusive, a proeminência dos atributos da dignidade humana, que se constitui num pólo de atração para “cada vez mais novos direitos refletores do modismo constitucional-democrático, que se multiplicam na razão direta dos conflitos insurgentes no meio social e das exigências insaciáveis de positividade jurídica”. Deste modo, há um consenso acerca do direcionamento de todos os órgãos e agentes estatais para a sua concretização.

Na esteira do constitucionalismo social, os direitos fundamentais também pressupõem o valor da solidariedade, por meio da responsabilidade comunitária dos indivíduos. Conforme expõe Siqueira Castro, “é legítimo falar de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais como dimensão valorativa, visto

que a medida e o alcance de sua validade jurídica (isto é, as situações ou os modos e formas legítimas do seu exercício) são em parte determinadas pelo seu reconhecimento comunitário, e não simplesmente remetidas para a opinião (vontade) dos seus titulares”.⁶⁶

A participação popular na interpretação é uma característica do constitucionalismo de inspiração comunitária enquanto formulação teórica, como expõe Cittadino. A diferença aqui consiste no compartilhamento dos valores preponderantes na comunidade, que se tornou possível mediante a previsão de mecanismos institucionais de validação da vontade popular distintos da representação democrática nos moldes liberais.

As democracias contemporâneas, descritas como sociedades em que o pluralismo é concretizado na diversidade de identidades sociais e culturais, dependem do “estabelecimento de um consenso ético, fundado em valores compartilhados”, que amoldaria o conceito de justiça.

A noção de participação popular na interpretação teria por objetivo promover a legitimação democrática da realidade constitucional, com vistas à efetivação dos direitos fundamentais. Parte-se da idéia de que a canalização das expectativas dos diversos grupos sociais aos poderes constituídos seria meio para promover a transformação embutida no texto.

A própria concepção dos direitos fundamentais no constitucionalismo comunitário é vista sob o parâmetro da cidadania popular, que condicionaria os poderes constituídos à interpretação coletiva do seu conteúdo.

⁶⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 13-16; 43.

Assim, este modelo guarda uma profunda dependência dos meios institucionais de canalização de expectativas populares, de modo a permitir a “participação comunitária nos assuntos públicos”. Mais que isso, também há relação com o interesse dos grupos sociais na participação política, que passaria pela noção de alargamento do círculo de intérpretes da Constituição⁶⁷.

Envolve, portanto, uma necessária abertura constitucional, característica de uma sociedade aberta, em que as manifestações do espírito democrático permitem a interpretação dos dispositivos a partir dos valores fundantes de uma democracia, como a publicidade, o pluralismo, a alternância de poder e a tolerância. As constituições abrem-se a diversos conteúdos, sejam normativos ou não⁶⁸.

Outros autores, porém, apontam para o fato de que a constituição aberta não constitui necessariamente um instrumento democrático. Seria “um modo de vivenciar a constituição, garantindo a fuga de seu imobilismo, ao romper com o dogma de uma constituição permanente, de modificação difícil e de interpretação complexa”⁶⁹.

As raízes teóricas da concepção de participação política na interpretação constitucional, por certo, são muito distantes do texto constitucional de 1988. As especificidades da interpretação constitucional devem-se à natureza destas normas, de forte caráter principiológico e genérico, que possuem alcance mais amplo, em virtude dos objetivos colimados e dos valores nelas implícitos.

⁶⁷ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 15; 6; 30; 226.

⁶⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 30-31.

⁶⁹ BELLO FILHO, Ney de Barros. A constituição aberta: o objeto e o resultado da hermenêutica constitucional. **Revista da AJUFE**, a. 21, n. 69, p. 195-237, p. 232.

A Constituição como um sistema de regras e princípios exige esta “guarda” especial, por abrigar em seu texto importantes decisões, que interferem nos destinos da sociedade. As normas constitucionais limitam-se a enunciar princípios ou critérios gerais de valoração, dependendo seu conteúdo da densificação e concretização por parte do intérprete aplicador⁷⁰, que deve exercer uma atuação criativa, adequando-se às mutações dos valores nelas expressas⁷¹. O papel do intérprete é tão fundamental na reconstrução do sentido do texto, que se afirma que atividade interpretativa da norma constitucional é, mais do que uma atividade de natureza jurisdicional, uma atividade legislativa⁷².

Considerando o importante papel atribuído à interpretação constitucional, nesta seara podem ser visualizadas algumas das críticas mais pertinentes à metodologia jurídica nos moldes positivistas. Verifica-se, conseqüentemente, um grande esforço da doutrina juspublicista em trazer novos elementos para a formação de uma “Nova Hermenêutica Constitucional”⁷³. Como representante deste intento, serão apresentados os aspectos mais originais da obra de Peter Häberle, que se destaca ao privilegiar o problema da democratização da interpretação constitucional, enfatizando a questão da legitimidade.

Häberle tem por objetivo compatibilizar a interpretação dos dispositivos e demais problemas constitucionais à perspectiva de uma sociedade aberta. A Hermenêutica Constitucional é democratizada, sendo atribuída grande importância à questão dos participantes da interpretação. O autor, assim, concebe a Constituição como construção coletiva e reforça os mecanismos de legitimidade popular.

⁷⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Safe, 1997, p. 78.

⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Safe, 1992, p. 130.

⁷² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Safe, 1993, p. 88-90.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 258.

Nas sociedades abertas e pluralistas torna-se imprescindível a ampliação da idéia de interpretação, reconhecendo-se o espaço público como fórum de discussão dos problemas constitucionais. O texto, diante da participação de todos os grupos sociais e indivíduos, deve ter profunda relação com a realidade normatizada e a Hermenêutica Constitucional passa a ter uma função intermediária entre Estado e sociedade.

Häberle traça um perfil dos intérpretes da Constituição, dividindo-os entre aqueles que exercem função estatal (entre os quais se destacam os representantes do Judiciário) e na outra ponta, as partes nos processos, os “estimuladores do espaço público democrático e pluralista” (mídia, movimentos sociais e outros) e por fim, a doutrina constitucional. Todos que vivem a norma devem ser considerados intérpretes *lato sensu* da Constituição, ou ao menos pré-intérpretes. O destinatário da norma, então, é participante ativo deste processo⁷⁴.

É atribuída grande importância ao processo político, desenvolvido não apenas no Legislativo, como também no seio da sociedade. A interação entre os diversos grupos prende-se à perspectiva pragmática⁷⁵, tendo em vista que um dos principais aspectos enfatizados pelo autor é o da comunicação entre as diversas forças políticas. Não se pode, então, deixar em segundo plano a interação cultural a

⁷⁴ “‘Povo’ não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional”. HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Safe, 1997, p. 24; 15; 37-39.

⁷⁵ Leva-se, aqui, em consideração a pertinente assertiva de Adeodato, que enfatiza que a teoria de Häberle tem uma perspectiva, no plano da linguagem, “muito mais pragmática do que semântica”. Em seu texto, também atenta para as “pretensões mais modestas de objetividade” do autor. ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 252.

que está submetido o texto constitucional objeto de interpretação⁷⁶, pois o hermeneuta sempre se orienta pela teoria e pela práxis⁷⁷.

As forças políticas operam uma constante inovação da ordem social, tornando o processo de interpretação, por conseguinte, infinito. O constitucionalista é apenas um mediador das forças sociais, pois a formação do consenso acerca da interpretação é um processo cujos titulares são as forças politicamente relevantes. A argumentação só é capaz de provocar força de convicção com base em um acordo já existente, dependendo-se da constatação de um consenso.

A atividade da jurisdição constitucional deve contar com a legitimidade da participação dos grupos sociais. Daí Paulo Bonavides afirmar que a ideologia democrática é o sustentáculo do método interpretativo concebido por Häberle, que fundamentaria uma hermenêutica de variação e mudança⁷⁸.

Baseia-se também no problema da identidade da constituição pluralista, que envolve questões como tradição e experiências históricas de um povo e as esperanças e as possibilidades reais de concretização. O problema da cultura constitucional é de grande valia para sua visão da interpretação, pois a constância e objetividade em relação ao texto, mais que a atividade política, permitem o respeito às suas disposições⁷⁹. A Constituição é, mais que jurídica, a expressão do desenvolvimento cultural e um dos meios de auto-representação um povo.

⁷⁶ Idéia posteriormente aprofundada em seu livro HÄBERLE, Peter. **Teoría de la constitución como ciencia de la cultura**. Madrid: Technos, 2000, p. 45.

⁷⁷ “Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo”. HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Safe, 1997, p. 33-34.

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 471.

⁷⁹ HÄBERLE, Peter. **Teoría de la constitución como ciencia de la cultura**. Madrid: Technos, 2000, p. 36-38.

1.2.4 Os instrumentos jurídicos de participação popular na interpretação da Constituição de 1988

Delineadas as características mais gerais da concepção de abertura constitucional, resta agora analisar a Constituição de 1988 a partir dos traços que a definem como uma constituição comunitária, que privilegia a ampliação dos interpretes do texto, permitindo que os cidadãos participem da realidade constitucional, diante da previsão de meios jurídicos e institucionais voltados a esta finalidade. Retrata, assim, o fenômeno de abertura constitucional da pós-modernidade.⁸⁰

A definição da dimensão comunitária da Carta de 1988 é possível mediante a concorrência de alguns fatores, que sobreviveram às intensas discussões do período constituinte. Cittadino afirma que a dimensão comunitária do texto constitucional pode ser verificada da determinação de um fundamento ético da ordem jurídica, da adoção de um sistema de direitos e garantias individuais - inclusive contra as omissões do poder público - e da previsão do Supremo Tribunal Federal como órgão político.

Também foi delineada uma democracia de cunho participativo, que abrange tanto a participação direta como a democracia semidireta, através de mecanismos como a iniciativa popular das leis, do referendo popular e por fim, do plebiscito. Os reflexos desta democracia participativa, no âmbito da interpretação constitucional, podem ser visualizados diante dos meios que evidenciam o interesse do constituinte no alargamento do rol de intérpretes da Constituição para a defesa do catálogo de direitos previstos contra o Estado.

⁸⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 125.

Isto porque, segundo Cittadino, ao lado de instrumentos de garantia típicos do constitucionalismo liberal, como as garantias do mandado de segurança individual e coletivo (art. 5º, LXX, alínea “b”), da ação popular (art. 5º, LXXIII) e da atuação do Tribunal de Contas da União (art. 74, §2º), foram introduzidos novos institutos, com vistas ao controle das omissões do Poder Público na efetivação dos direitos previstos na Constituição, cujos maiores exemplos são o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).

A noção de abertura constitucional direciona os institutos democráticos de participação popular ao Poder Judiciário, a quem competirá assegurar a concretização dos direitos fundamentais, quando provocado pelos cidadãos. Isto porque a previsão da contribuição dos diversos setores na interpretação constitucional, a partir do controle constitucional das leis e da democratização do acesso à Justiça, leva este poder a intervir de forma direta nas relações travadas entre os indivíduos e o Estado, através da “filtragem” jurídica das expectativas trazidas à sua apreciação.

O Judiciário também se torna responsável, indiretamente, pela manutenção do próprio conteúdo democrático do texto constitucional, por se constituir num dos meios institucionais de direcionamento da interpretação popular do texto constitucional.

Ficou claro, assim, que a relação entre direitos fundamentais e democracia participativa é elemento indispensável da noção de constitucionalismo comunitário. A participação popular, neste sentido, reveste-se de caráter político e também jurídico⁸¹, com a canalização de expectativas ao Poder Judiciário.

A própria noção de cidadania política, que implicava na participação nos procedimentos de produção da lei, é revolucionada por esta nova cidadania social, que na sua complexidade, prevê outras formas de participação na vida pública, como na criação do direito mediante o recurso às vias judiciais, por exemplo. Alcança-se aquilo que Vianna e Burgos denominam de revolução democrática permanente, pois se dá de modo progressivo, ao encontrar abrigo no próprio texto constitucional⁸².

⁸¹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 43-6; 18-19.

⁸² VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva. VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 337-491, p. 371; 340-341.

CAPÍTULO II

O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: DAS FORMULAÇÕES DE MONTESQUIEU À RACIONALIZAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

2.1 A SEPARAÇÃO DE PODERES E A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO MODERNO: A LIMITAÇÃO DO PODER DO SOBERANO A PARTIR DA LIBERDADE INDIVIDUAL NA OBRA DE MONTESQUIEU

2.1.1 Separação de Poderes e liberdade política nos primórdios do constitucionalismo

2.1.2 Independência e equilíbrio entre os poderes: da fórmula política ao princípio jurídico

2.1.3 O Poder Judiciário no Estado Liberal: a jurisdição na obra de Montesquieu

2.1.4 Das repercussões do Espírito das Leis: os “mitos” da Separação de Poderes

2.2 DA REDISCUSSÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ESTADO SOCIAL: NOVOS MECANISMOS DE CONTROLE DO PODER POLÍTICO E ORGANIZAÇÃO RACIONAL DAS FUNÇÕES ESTATAIS

2.2.1 Complexificação das relações políticas e sociais no século XX e sua repercussões para a Separação de Poderes

2.2.2 Considerações sobre as dimensões garantística e política da Separação de Poderes hoje

2.2.3 A Separação dos Poderes e sua nova configuração: considerações sobre a natureza organizacional do princípio

2.3 DA SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A ADOÇÃO DOS PARÂMETROS DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E DEMOCRÁTICO

2.3.1 A Separação de Poderes na história brasileira e sua nova roupagem na Constituição de 1988

2.3.2 Da distribuição exaustiva de competências e a previsão dos mecanismos de controles recíprocos no texto constitucional

CAPÍTULO II

2.1 A SEPARAÇÃO DE PODERES E A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO MODERNO: A LIMITAÇÃO DO PODER DO SOBERANO A PARTIR DA LIBERDADE INDIVIDUAL NA OBRA DE MONTESQUIEU

- 2.1.1 Separação de Poderes e liberdade política nos primórdios do constitucionalismo
- 2.1.2 Independência e equilíbrio entre os poderes: da fórmula política ao princípio jurídico
- 2.1.3 Distinção entre as funções estatais: equilíbrio e independência dos poderes
- 2.1.4 O Poder Judiciário no Estado Liberal: a jurisdição na obra de Montesquieu
- 2.1.5 Das repercussões do Espírito das Leis: os “mitos” da Separação de Poderes

2.1.1 Separação de Poderes e liberdade política nos primórdios do constitucionalismo

A divisão do poder em acordo com as funções exercidas pelo Estado tem por escopo criar um sistema de exercício moderado do poder, através de uma repartição e coordenação ordenada de competências estatais (funções de regulação)⁸³. Não foi, como a princípio se supõe, uma preocupação específica do pensamento iluminista, mas remonta à própria noção de organização política. Por isso, os autores trazem exemplos de distinção entre âmbitos de atuação da organização política desde a Grécia Antiga⁸⁴. Ponto constante na obra dos diversos comentaristas, como mostra Reinhold Zippelius, é a idéia de que a divisão do

⁸³ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria do estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 401.

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria das formas de governo**. Brasília: UnB, 1998, p. 39-65. De outra ponta, Lowenstein rompe com a noção de que a distribuição remonta à Antiguidade, ao afirmar que não havia separação de poderes naquele período e em algumas ocasiões, chegava-se inclusive a ir de encontro a este ideal. O autor observa que isto se dá mesmo com a festejada determinação das funções feita por Aristóteles, pois o estagirita teria formulado uma análise das funções do estado segundo sua “substância”, mas não pretendia atribuí-las a diversos titulares. LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1976, p. 56-57.

supremo poder é uma forma de limitação que permitiria o equilíbrio das forças vigentes na sociedade⁸⁵.

Em que pesem estes antecedentes históricos, foi com o Iluminismo que a Separação de Poderes converteu-se em postulado do equilíbrio e, por conseguinte, num elemento essencial da idéia liberal de Estado de Direito. Grandes filósofos do liberalismo voltaram sua atenção à divisão dos poderes, desde John Locke até David Hume. Todavia, a Separação de Poderes notabilizou-se na Era Moderna com a obra de Charles de Montesquieu, “O Espírito das Leis”.

Montesquieu, seguindo o exemplo de alguns de seus contemporâneos, adquiriu na Inglaterra o seu modelo de Separação de Poderes que, a seu ver, poderia ser aplicável a qualquer Estado. O diferencial do modelo proposto, em face dos antecedentes citados, foi a garantia da liberdade dos cidadãos, grande promessa da Modernidade. O exercício da liberdade só seria possível sob um governo moderado, em que não fosse permitido o abuso de poder⁸⁶. Pode-se afirmar, portanto, que Montesquieu concentrou-se numa das mais célebres dicotomias da Ciência Política: a liberdade e o poder⁸⁷.

A noção de liberdade adotada por Montesquieu, contudo, é uma liberdade no sentido liberal, porquanto relacionada à idéia de individualidade, mais vinculada à noção de segurança do que propriamente de autogoverno, ou soberania popular. Não se trata, assim, da liberdade política nos moldes hoje conhecidos⁸⁸.

⁸⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria do estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 406-407.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 139.

⁸⁷ Norberto Bobbio traça um importante retrospecto acerca das diversas “teorias do poder”. Ao final, conclui pela dicotomia entre liberdade e poder, quando se refere à questão enquanto relação entre dois sujeitos. BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 78.

⁸⁸ Na obra de Montesquieu, a liberdade política não deve apenas estar ligada à questão da liberdade diante dos três poderes constitucionais. Tratava-se também de resguardar a esfera individual de liberdade entre os próprios cidadãos, impondo a liberdade como aspecto a ser observado nas relações

Pode-se falar, pela primeira vez, numa visão de partição do poder, de modo a beneficiar os governados e, conseqüentemente, obter legitimação para o exercício do poder político. Deste modo, a Separação de Poderes, enquanto princípio organizativo do Estado Moderno em seus primórdios, não pode ser apartada da garantia de liberdade política. E justamente por isso tornou-se um dos pilares do constitucionalismo nas suas diversas acepções. O movimento constitucionalista, em sua origem, é visto como uma técnica de liberdade, em que é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais, que não pode sofrer obstáculos por parte do Estado⁸⁹.

Chegou-se, desta forma, à própria identificação entre Constituição e divisão dos poderes, formulação que teve seu maior expoente no célebre art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, que exprime a fórmula: “Toda sociedade em que não for assegurada a garantia dos direitos e a separação dos poderes não tem Constituição”. A partir de então, todas as constituições ocidentais passaram a prever, resguardadas as peculiaridades, um esquema de divisão de funções.

2.1.2 Independência e equilíbrio entre os poderes: da fórmula política ao princípio jurídico

No Espírito das Leis, Montesquieu parte de diversas formas de exercício do poder – monarquia, república e despotismo – reconhecendo a cada qual um princípio, que pode ser visto aqui como uma “fórmula” que permitiria sua

privadas. Esta é a observação de KRAUSE, Sharon. The spirit of separate powers in Montesquieu. **The Review of Politics**, v. 62, n. 2, p. 231-265, spring 2000, p. 234-235.

⁸⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). **Dicionário de política**. Brasília: UnB, 1999, p. 248.

continuidade. Para o autor, a monarquia sustenta-se na honra, enquanto a república estaria assentada na virtude e por fim, o governo despótico no medo⁹⁰.

Da leitura do Espírito das Leis, porém, é possível verificar a predileção do autor pela monarquia, dentre as formas de governo por ele admitidas. Alguns comentadores, inclusive, chegam a afirmar que a monarquia seria o seu modelo ideal, em vista da idealizada impressão que tinha da monarquia parlamentar inglesa⁹¹, sistema de que partiu para construir sua teoria.

Ademais, apenas nos quadros de uma monarquia podem ser identificadas algumas das características do arranjo institucional exposto na fórmula da Separação de Poderes. É da comunhão entre o respeito à ordem estamental vigente e um equilíbrio entre os poderes sociais dependentes que decorre seu modelo de constituição mista. Esta seria uma espécie de “ponto de convergência” das qualidades encontradas em cada um dos regimes por ele imaginados⁹², modelo que conjugaria a liberdade individual e o exercício do poder político. E a Separação de Poderes seria o esquema organizatório deste tipo híbrido de constituição, que acabaria por suplantando a concentração de poderes característica do *Anciën Regime*, que se dava na pessoa do Monarca.

Na construção de sua teoria, partiu Montesquieu da desconfiança em relação ao detentor do poder, em qualquer regime. Para controlar uma espécie de tendência natural de qualquer pessoa abusar do poder, seria necessário assegurar a pluralidade de poderes. A partir deste pressuposto, deveria ser estabelecido um mecanismo de cooperação e oposição dos poderes no Estado, de maneira a efetivar

⁹⁰ Para Montesquieu, o princípio da monarquia é a honra; o da república é a virtude e o do despotismo é o medo. MONTESQUIEU, (Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède et). **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 58-96.

⁹¹ KRAUSE, Sharon. The spirit of separate powers in Montesquieu. **The Review of Politics**, v. 62, n. 2, p. 231-265, spring 2000, p. 238-239.

⁹² RANGEL, Paulo Castro. **Repensar o poder judicial**: fundamentos e fragmentos. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, p. 109-110.

a almejada liberdade dos cidadãos e, num conceito de representatividade, das forças políticas presentes no corpo social⁹³.

É certo que, em toda a sua obra, Montesquieu espelha a realidade da sociedade do seu tempo, quando o poder político encontrava-se dividido entre burguesia, monarquia e aristocracia. Neste contexto, a maioria da população era alijada dos processos decisórios. A Separação de Poderes seria um ponto de conexão entre o exercício do poder político e a estrutura organizacional do Estado.

Na doutrina liberal, hoje denominada de clássica, da Separação dos Poderes, o princípio político de limitação é então traduzido num esquema de distribuição de competências. Distinguem-se os mais importantes âmbitos funcionais de Estado e as competências com ele relacionadas, estruturando juridicamente o poder político. À cada âmbito funcional corresponde um determinado poder. A idéia, por isso, é a de organizar o equilíbrio entre potências ou corpos sociais diversos (rei, nobreza e povo). Seria uma forma de repartir poderes do Estado pelos diferentes estratos sociais titulares da soberania⁹⁴, entre poderes sociológica e politicamente pré-existentes, mediante a concepção de três funções estatais.

Constata-se, assim, que nas suas concepções sobre o poder e sua organização, Montesquieu acabou por formular, indiretamente, uma teoria da sociedade⁹⁵. De doutrina política, porém, a Separação de Poderes converteu-se em postulado jurídico.

⁹³ Há quem pondere que Montesquieu considerava em sua obra a existência de duas forças de poder político: o rei, cujo poder provém da nobreza e o povo (entendido aqui como a burguesia então ascendente). Tais forças devem ter poderes independentes e capazes de se contrapor. WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política**: I. São Paulo: Ática, 1997, p. 158.

⁹⁴ RANGEL, Paulo Castro. **Repensar o poder judicial**: fundamentos e fragmentos. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, p. 115.

⁹⁵ Javier García Roca, partindo de Luhmann, ao analisar a contribuição de Montesquieu, expõe a tese de que toda teoria do poder é respaldada por uma teoria da sociedade. Isto porque, segundo o autor, o poder supõe “decisão, redução de complexidades ao selecionar diferentes opções para gerar a

Montesquieu, então, partiu para uma distinção entre funções estatais, atribuindo a cada poder uma atividade principal. São destrinchadas as funções primordiais do Estado, a judicatura, a legislatura e a administração, que correspondiam a centros autônomos de poder⁹⁶. E daí surgiu a diferença entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, distribuídos entre os atores sócio-políticos existentes. Desta forma, o poder seria ocupado por pessoas diferentes, mas que exerceriam controle recíproco. Isto porque, se o Poder Executivo continuaria nas mãos do monarca, o Legislativo ficaria sob a responsabilidade dos nobres e representantes do povo, e o Judiciário em tribunais temporários do povo⁹⁷, forças políticas distintas, mas que teriam que fazer arranjos para conduzir o Estado.

A noção de divisão não pode implicar, todavia, numa relação de independência absoluta entre os poderes, mas numa relação de coordenação juridicamente vinculada. Afinal de contas, o poder estatal, na perspectiva de uma Teoria Jurídica do Estado tradicional, é uno e indivisível. Neste sentido, a divisão de poderes dá-se no nível organizativo-funcional. De outra parte, o que permitiria a ação seriam os arranjos institucionais travados no âmbito dos poderes.

O que interessa é impedir a concentração de poderes em uma única pessoa. Para isso, o princípio da Separação de Poderes também abriga a premência do controle recíproco entre os titulares destas funções estatais. Para tal fim,

vontade estatal e a previsão de sanções positivas e negativas para evitar condutas”, ações que, inequivocamente, espelham uma determinada concepção de sociedade. GARCÍA ROCA, Javier. Del principio de la división de poderes. **Revista de Estudios Políticos**: Nueva Época. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 108, p. 41-75, abr./jun. 2000, p. 46.

⁹⁶ VILE, M. J. C.. **Constitutionalism and separation of powers**. Oxford, Clarendon Press, 1967, p. 16-17.

⁹⁷ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, n. 17, p. 75-106, nov. 2001, p. 79.

Montesquieu previu as faculdades de impedir e estatuir⁹⁸, o que mais tarde, após a contribuição de Bolingbroke⁹⁹, passou a ser denominado de sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*)¹⁰⁰, de importância vital para o equilíbrio entre os poderes.

Curiosamente, o mito adotado, mas que em nenhum momento consta no “Espírito das Leis”, foi o de que Montesquieu preconizava que os poderes deveriam ser separados. De forma diversa, em sua obra, só há referências aos poderes distribuídos, como afirma a comentadora Sharon Krause¹⁰¹.

Além do mais, para viabilizar seu sistema de controles recíprocos, Montesquieu previu os poderes de veto entre os poderes, como já citado. Ao Executivo, por exemplo, era atribuído o poder sobre as estatuições legislativas; como o de convocar parlamento e determinar a duração das assembléias. Já o Executivo e o Legislativo, em comunhão e mediante estes mecanismos, participam da formulação dos atos legislativos. A asseverada independência do Judiciário defendida por Montesquieu implica na não colaboração dos diversos segmentos sociais no âmbito deste poder. Isto porque a regra da distribuição de competência jurisdicional é a da procedência social do acusado. Haveria, portanto, uma certa independência na administração da justiça pelos diversos segmentos sociais¹⁰².

Assim, a distribuição das funções estatais entre os poderes e a destinação de cada poder a um determinado estamento também tinha por objetivo assegurar a independência entre os poderes. Tal independência, juntamente com o

⁹⁸ Já previstas na obra de Montesquieu, em detrimento dos autores que viam na sua obra a imposição de uma separação rígida das funções estatais. MONTESQUIEU, (Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède et). **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 150-162.

⁹⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria do estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 405.

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 268.

¹⁰¹ KRAUSE, Sharon. The spirit of separate powers in Montesquieu. **The Review of Politics**, v. 62, n. 2, p. 231-265, spring 2000, p. 231.

¹⁰² MONTESQUIEU, (Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède et). **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 295-303.

sistema de controles recíprocos, permitiria a obtenção de um certo equilíbrio entre estas esferas, repercutindo uma certa equiparação de forças num determinado contexto social.

Porém, ainda que tenha partido do postulado do equilíbrio, depreende-se da concepção de Separação de Poderes a preponderância do Legislativo, diante do importante papel ocupado pela noção de lei no Estado Liberal que, ao consistir num produto dos três estamentos sociais, exprimiria a vontade geral do Estado, sendo destinada a todos os cidadãos¹⁰³.

Ademais, os Parlamentos traduziriam a vontade da nobreza e também da burguesia, especialmente no momento em que a visão de mundo desta passou a ser tida como de toda a sociedade, no contexto posterior às Revoluções Burguesas – Francesa e Americana.

2.1.3 O Poder Judiciário no Estado Liberal: a jurisdição na obra de Montesquieu

Se o Legislativo ocupava papel de destaque e o desafio era o de controlar os abusos por parte dos governantes, que comandavam o Poder Executivo, cabe agora perquirir acerca da importância atribuída à jurisdição na obra de Montesquieu e como consequência, compreender qual a função desempenhada pelo Poder Judiciário no Estado Liberal.

Montesquieu defendia quanto ao Judiciário a regra da distribuição de competência jurisdicional conforme a procedência social do acusado, como visto. À cada estamento, portanto, corresponderia uma “justiça”. Assim, os magistrados

eram recrutados a partir da sua classe, desde que respeitada a distinção entre os diversos segmentos. Após a seleção, os magistrados julgariam apenas os seus pares.

A independência do Judiciário, defendida por Montesquieu, implicaria tão-somente na não colaboração dos diversos segmentos sociais no âmbito deste poder, pois a administração da sua justiça¹⁰⁴ seria permitida à cada estamento.

Daí Pedro Castro Rangel, em percuciente análise do *Espírito das Leis*, afirmar que, nesta obra, a atuação do Judiciário estaria assentada numa “especial legitimidade democrático-corporativa”, pois os juízes são eleitos temporariamente dentro de sua respectiva ordem social”¹⁰⁵.

Todavia, ainda que Rangel assevere que a questão corporativa é indispensável ao entendimento do Judiciário em Montesquieu, não se pode desconhecer, no *Espírito das Leis* e durante toda a vigência do paradigma liberal de Estado de Direito, a submissão do Judiciário à lei. É célebre o trecho em que o Barão, ao comentar a justiça popular, afirma que “os juízes da nação não são, como dissemos, senão a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar-lhe a força nem o rigor”¹⁰⁶.

Muito embora sejam várias as interpretações acerca do papel dos juízes na obra de Montesquieu, todas concluem pelo papel secundário atribuído ao Judiciário em seu trabalho, especialmente ao ser confrontado com os demais poderes. As justificativas, porém, são diversas, abrangendo desde a importância da doutrina dos direitos naturais naquele período, com a existência de leis

¹⁰³ RANGEL, Paulo Castro. **Repensar o poder judicial: fundamentos e fragmentos**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, p. 296.

¹⁰⁴ MONTESQUIEU, (Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède et). **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 295-303.

¹⁰⁵ RANGEL, Paulo Castro. **Repensar o poder judicial: fundamentos e fragmentos**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, p. 121.

fundamentais que caberiam aos juízes descobrir, até a visão de monarquia preconizada pelo autor que compreendia a defesa da sua limitação pelos poderes intermediários¹⁰⁷.

Não se pode esquecer, ainda, a desconfiança gozada por este poder naquele período, diante da resistência às tentativas de modernização do Antigo Regime, de modo a manter os privilégios de nascimento, grupos e profissões que usufruíam¹⁰⁸.

Quanto às formulações teóricas do Estado de Direito, conclui-se que o limitado papel da atividade jurisdicional decorre da perspectiva da democracia de cunho representativo. O Poder Legislativo é formado pelos representantes do povo soberano, e a lei consistia no produto direto da democracia representativa. Neste caminho, não restava aos juízes nada mais do que aplicar a lei, ficando sob a “tutela” do Parlamento, que exprimiria a vontade geral¹⁰⁹. Como bem lembra Mauro Cappelletti, ideologicamente, vivia-se o triunfo de Rousseau.

No entanto, o que se pode verificar é que, ainda que o *Espírito das Leis* tenha sido publicado no século XVIII e exercido importante influência nos primórdios do constitucionalismo, trata-se de uma concepção voltada àquela realidade, que afastava o debate entre política e direito da função jurisdicional. Isto

¹⁰⁶ MONTESQUIEU, (Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède et). **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 301.

¹⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “justicia constitucional”. **Revista Española de Derecho Constitucional**, a. 6, n. 17, p. 9-47, mayo/ago. 1996, p. 22-23.

¹⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. **Revista de Processo**, a. 15, n. 60, p. 110-117, out./dez. 1990, p. 110-111.

¹⁰⁹ RUIVO, Fernando. Aparelho judicial, estado e legitimação. FARIA, José Eduardo (org). **Direito e justiça: a função social do Poder Judiciário**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 66-94, p. 74.

porque a solução jurídica, neutra e imparcial, não poderia questionar nem a decisão política, nem o Direito, cujo ponto de contato seria a edição da lei¹¹⁰.

Contudo, constata-se que o diminuto papel atribuído à jurisdição na obra de Montesquieu acabou por ecoar pelos séculos posteriores na doutrina constitucional. Cappelletti, por exemplo, atribui à ressonância da concepção liberal de Estado de Direito uma certa reticência dos juízes, mormente os continentais, na revisão das leis administrativas e judiciais, por exemplo. Tal timidez teria sido uma das causas da criação dos tribunais administrativos no século XIX e tribunais constitucionais especiais neste século¹¹¹.

2.1.4 Das repercussões do Espírito das Leis: os “mitos” da Separação de Poderes

Como visto, a Separação de Poderes converteu-se, ao longo dos séculos, num dos mais importantes postulados do Estado de Direito, tendo sido abrigado de forma expressa ou indireta por quase todas as constituições desde o século XIX.

Certamente que sua adoção nos distintos sistemas jurídicos deu-se de forma diversa, e o princípio, desde suas primeiras formulações, cujas linhas mais gerais foram expostas neste capítulo, sofreu uma série de adaptações. Ainda no início, quando convertido em parâmetro organizativo nas primeiras constituições burguesas, já é possível inferir algumas diferenciações em seu conteúdo. Na Europa, por exemplo, atesta-se que o “modelo” concebido por Montesquieu tenha

¹¹⁰ LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante Lobato. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba: UFPR, n. 17, p. 42-52, nov. 2001, p. 46.

sido observado de maneira mais fiel, ao passo que nos Estados Unidos deu-se preferência à noção de *checks and balances*, diante da interpretação que os federalistas fizeram do sistema político inglês, em que concluíram que o maior problema era limitar o Parlamento¹¹².

Outras adaptações também foram sentidas. Com a complexificação das relações sociais e o incremento da atividade do Estado, passou-se à distinção entre as funções típicas e atípicas. Determinadas as funções estatais – legislativa, administrativa e judiciária, à cada uma corresponde um Poder, constituindo sua função típica. Mas a função precípua não afastaria a necessidade de que um desempenhe funções afeitas aos outros, desde que imprescindível para a consecução dos misteres estabelecidos.

A diferenciação entre as funções estatais, abstraindo-se a questão do controle do poder, hoje ainda pode ser defendida sob o aspecto organizacional, em que a especialização dos órgãos estatais e de seus respectivos agentes é indispensável para a consecução das diversas atividades atribuídas ao Estado. Assim, a Separação de Poderes inscreve sua relevância na discussão acerca do Estado no plano organizatório, material e funcional, tendo constituído uma espécie de teoria precoce da especialização do trabalho¹¹³.

A contemporaneidade da doutrina de Montesquieu pode ser sustentada a partir da concepção de que a estabilidade do regime depende da repetição do esquema de poder vigente em dada sociedade na sua organização política, que marcou todo o constitucionalismo. Ademais, previa-se a manutenção

¹¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “justicia constitucional”. **Revista Española de Derecho Constitucional**, a. 6, n. 17, p. 9-47, mayo/ago. 1996, p. 23.

¹¹² CAPPELLETTI, Mauro. ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “justicia constitucional”. **Revista Española de Derecho Constitucional**, a. 6, n. 17, p. 9-47, mayo/ago. 1996, p. 24.

de diversas forças políticas, evitando-se que uma delas tivesse prevalência sobre as demais. Seria Montesquieu, por estas idéias, um visionário das teorias democráticas mais modernas, que apontam para a relevância dos arranjos institucionais¹¹⁴.

Juridicamente, porém, não são poucos os autores que questionam a doutrina de Montesquieu, tachando-a de “historicamente datada” e convocando os juristas a adaptarem a idéia de Montesquieu à realidade constitucional¹¹⁵. Como já foi afirmado, trata-se de uma formulação adequada ao liberalismo, tendo sido, naquele período, um dos principais meios utilizados para conservação do esquema de poder do incipiente Estado de Direito. Além disso, é uma noção de controle de poder melhor aplicada à salvaguarda de interesses individuais privilegiados pela ordem social do que à explicação do fenômeno político nas sociedades complexas do século XXI¹¹⁶.

Contudo, o que se observa é que a Separação de Poderes nos moldes liberais acabou por se transformar num “mito”, sendo contemporaneamente alvo de profundas críticas¹¹⁷. Por vezes, algumas das mais contundentes críticas levantadas contra o princípio têm como alvo certas interpretações no tocante ao seu objetivo, como a de que Montesquieu havia previsto uma rígida separação de poderes, respaldada pela independência recíproca entre eles. Tal opinião, contudo,

¹¹³ RANGEL, Paulo Castro. **Repensar o poder judicial**: fundamentos e fragmentos. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, p. 110-111.

¹¹⁴ WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política**: I. São Paulo: Ática, 1997, p. 158.

¹¹⁵ CLÈVE, Clemerson Merlin. **A atividade legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 43-44.

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 147.

¹¹⁷ Nelson Saldanha faz interessante comentário acerca da dualidade de expressões que acompanham as alusões à separação. Para o autor, o uso da expressão “dogma” exprime uma valoração negativa, pois refere-se à separação “pensada sem o teste da realidade e sem dar acesso às flexibilidades devidas”. Já a expressão princípio, para o autor, seria mais simpática. SALDANHA, Nelson. **O estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 121. Convém observar que, nesta dissertação, prefere-se utilizar a expressão princípio, de modo a mostrar a Separação de Poderes como decorrência de uma dada formulação teórica que, em detrimento das objeções, permanece válida para a compreensão das relações políticas no âmbito do Estado. Já a expressão mito, empregada neste capítulo, tem por fito mostrar que as críticas à Separação de Poderes são direcionadas à determinada interpretação, característica do Estado Liberal.

pode ser devidamente rechaçada pela exposição das interpretações quanto ao conteúdo do princípio nos itens anteriores¹¹⁸.

Certamente que algumas das discussões em torno da Separação de Poderes direcionam-se unicamente à configuração do princípio nos primórdios do Estado Liberal. Neste sentido, as transformações que sofreu na passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito nem sempre permitem uma definição rigorosa e precisa dos seus contornos¹¹⁹. Torna-se importante, assim, fazer novas leituras do princípio, adaptando-o à nova realidade do Estado no século XXI, questão a ser destrinchada nos capítulos vindouros.

Não se pode perder de vista o fato de que a Separação de Poderes persiste como parâmetro organizacional do Estado na maioria das constituições democráticas, permanecendo, como afirma Saldanha, um “dato”, utilizado pelos regimes a partir de suas variáveis, como lembrança da permanência do tipo de Estado criado pelo constitucionalismo dos séculos XVII e XVIII¹²⁰.

¹¹⁸ RANGEL, Paulo Castro. **Repensar o poder judicial**: fundamentos e fragmentos. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, p. 110-111.

¹¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembléia da República**: simultaneamente um comentário ao Acórdão n.º 1/97 do Tribunal Constitucional. Lisboa: Lex, 1997, p. 10-11.

¹²⁰ SALDANHA, Nelson. **O estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 123.

CAPÍTULO II

2. 2 DA REDISCUSSÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ESTADO SOCIAL: NOVOS MECANISMOS DE CONTROLE DO PODER POLÍTICO E ORGANIZAÇÃO RACIONAL DAS FUNÇÕES ESTATAIS

2.2.1 Complexificação das relações políticas e sociais no século XX e sua repercussões para a Separação de Poderes

2.2.2 Considerações sobre as dimensões garantística e política da Separação de Poderes hoje

2.2.3 A Separação dos Poderes e sua nova configuração: considerações sobre a natureza organizacional do princípio

2.2.1 Complexificação das relações políticas e sociais no século XX e sua repercussões para a Separação de Poderes

O princípio da Separação de Poderes, como visto, foi erigido à condição de pilar do Estado Moderno, tendo sido adotado em quase todas as constituições a partir do século XIX. Sua formulação, assim, obedece à finalidade típica do Estado Liberal: a liberdade política dos cidadãos perante os poderes públicos. Neste sentido, a Separação de Poderes no Estado Liberal é justificada a partir da noção de garantia da esfera privada contra possíveis ingerências. Foi consagrada uma visão nitidamente negativa do princípio.

Todavia, a própria natureza das relações entre Estados e indivíduos foi alterada ao longo dos séculos. O Estado absenteísta do século XIX teve seus fundamentos questionados já no início do século XX, com o advento do Estado Social, cuja perspectiva interventiva nas relações entre organização política e indivíduos, como visto, modificou profundamente as definições das funções estatais e dos seus respectivos objetivos, alterando os limites da distinção entre o público e privado.

A liberdade política deixou de ser o fundamento da organização do Estado. Na verdade, o Estado Social caracteriza o momento de alteração da própria atividade política, que deixa de ser vista sob a ótica da contraposição entre Estado e indivíduos. A Separação de Poderes, neste contexto, teve sua principal justificativa relativizada¹²¹.

A pluralização das relações políticas correspondeu à complexificação das relações sociais. Se a sociedade pré-liberal era notadamente estamental, e consistia num limite às pretensões da burguesia, no século XX, a discussão tomou outro rumo, pois o capitalismo já estabilizado via seus pilares ameaçados, como registrou o capítulo referente ao Estado Social.

De outra ponta, a pretensão de equilíbrio nas relações políticas mediante a apropriação de cada Poder estatal por um segmento da sociedade, nos termos concebidos por Montesquieu, deixou de ser possível. A temática da constituição mista, indispensável para a compreensão da Separação de Poderes nos moldes liberais, foi afastada¹²².

Nada impede, por exemplo, que um determinado grupo prepondere nos dois poderes majoritários, “desequilibrando a balança” e reduzindo as oportunidades de controle entre os poderes, indispensáveis à noção de Separação de Poderes, que deixa de ser a única solução institucional para os conflitos políticos.

O ideal de controle político mediante a determinação de funções específicas ao Estado, distribuindo-as de acordo aos interesses sociais

¹²¹ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, n. 17, p. 75-106, nov. 2001, p. 81.

¹²² PIÇARRA, Nuno. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 231-233.

prevalecentes, também é enfraquecido quando os poderes representam grupos ou interesses semelhantes.

Constata-se que o Estado Social operou uma transformação das funções estatais e das relações que travam entre si, numa nova perspectiva de controles recíprocos. Pode-se concluir, assim, que se antes era privilegiada a noção de repartição e limitação, no século XX os poderes apresentam pontos de convergência e, ao mesmo tempo, penetram no espaço reservado à sociedade civil na organização política. Esta interpenetração entre as funções estatais, logicamente, acarreta problemas para a Separação de Poderes em sua versão liberal. Isto porque, quanto mais complexas as atividades do governo, mais relacionadas elas ficam. E como consequência, torna-se difícil, tanto no sentido prático quanto conceitual, definir e distinguir as diferentes funções¹²³.

No plano das funções do Estado, o âmbito das tensões entre os poderes também foi deslocado. A oposição entre Parlamento, a que competiria defender as liberdades individuais, e o Executivo, que deveria ser controlado, perdeu o sentido. Como pontua Novais, a relação institucional entre liberdade e autoridade foi retirada da discussão entre Executivo e Legislativo e passou a ser determinada pelas “relações complexas entre governo-oposição, maioria-minorias, governantes-eleitorado, poder político-opinião pública”. Isto porque, no século XX, os mecanismos de controle político são direcionados a outros parâmetros, que não a Separação de Poderes, como os sistemas de governo, sistemas de partidos e sistemas eleitorais¹²⁴.

¹²³ BELLAMY, Richard. The political form of the constitution: the separation of powers, rights and representative democracy. **Political Studies** (Constitutionalism in transformation: european and theoretical perspectives). London: Blackwell, v. 44, n. 3, p. 436-456, Special Issue 1996, p. 439.

¹²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembléia da República**: simultaneamente um comentário ao Acórdão n.º 1/97 do Tribunal Constitucional. Lisboa: Lex, 1997, p. 37.

Fora o dualismo orgânico-institucional entre Governo e Parlamento, há quem afirme que o eixo de tensão, a partir do parâmetro social, passou a processar-se entre a Administração Pública, titularizada pela burocracia e pela classe política como um todo, que domina tanto o Governo como o Parlamento¹²⁵.

Karl Lowenstein, por exemplo, propõe uma dinâmica de poder mais adequada às sociedades pluralistas de hoje, a partir da idéia de que as funções estatais são instrumentos de atuação da liderança política. Isto porque na atual sociedade de massas não haveria como manter a distinção entre a legislação e a execução das leis, que seriam modos de conformação da vontade popular, que impõe a sua política por meio da aprovação parlamentar das leis ou de sua execução, pois o governo controla politicamente os dois poderes.

Com base nestas afirmações, Lowenstein afirma que a distribuição do poder estatal deveria gravitar em torno dos aspectos da decisão política conformadora ou fundamental (“*policy determination*”), da execução desta decisão (“*policy execution*”) e por fim, do controle político da decisão tomada (“*policy control*”)¹²⁶.

Ainda no aspecto político, pode-se comentar as repercussões da Separação de Poderes, distintas diante do regime político vigente. É bastante conhecida a discussão entre as diferenças de perspectiva do princípio no parlamentarismo e no presidencialismo. Parte-se das relações travadas entre Executivo e Legislativo em cada sistema, diante dos mecanismos de controle

¹²⁵ PIÇARRA, Nuno. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 239.

¹²⁶ LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1976, p. 56-61, 65-68.

adotado. A principal diferença seria a da existência, no parlamentarismo, de uma relação de confiança entre Governo e Parlamento¹²⁷.

No presidencialismo, de forma diversa, a concentração de poderes na figura do Chefe de Estado e de Governo, legitimada democraticamente a partir das eleições diretas, desequilibraria as relações de poder em favor do Executivo. Como decorrência, os controles sobre sua atividade sofrem um reforço e a Separação de Poderes torna-se indispensável. O presidencialismo, deste modo, implicaria necessariamente na adoção de um esquema de Separação de Poderes¹²⁸.

Em quaisquer hipóteses, a perspectiva interventiva na atuação estatal supõe um certo privilégio do Poder Executivo, a quem cabe proceder às escolhas mais importantes no que tange à sua efetivação. É que certo que compete ao Legislativo, na regulamentação dos direitos sociais, determinar os pressupostos para o seu exercício e as obrigações do administrador. Mas é atribuição do Poder Executivo formular as políticas públicas para efetivar estes direitos, lançando mão, inclusive, de seu alargado poder regulamentar.

Ademais, a diversidade e complexidade das questões submetidas ao Estado, reclamando sua intervenção, fazem com que tais reivindicações sejam direcionadas ao Executivo, que dispõe de melhores condições técnicas e materiais para as responder.

Torna-se possível, assim, afirmar que o Estado Social provoca um certo “reequacionamento de funções”, uma vez que o Poder Executivo, ao assumir a função de governo em todos os seus aspectos, interfere nos principais aspectos

¹²⁷ GARCÍA ROCA, Javier. Del principio de la división de poderes. **Revista de Estudios Políticos: Nueva Época**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 108, p. 41-75. abr./jun. 2000, p. 52.

das relações sociais e econômicas, normatizando-as. Ao Poder Legislativo, condutor do Estado Liberal, restaria a função de representação democrática¹²⁹ e de controle da atividade executiva, sendo possível inferir uma certa redução de sua atuação.

O Poder Legislativo, deste modo, não é mais o único foco de legitimidade do Estado, cuja atividade passou a ser justificada por outros meios, dentre os quais se destaca a Constituição e seus fundamentos. Ademais, o advento do Estado Social trouxe a inovação da canalização de expectativas de realização ao Executivo, acarretando a necessidade de criação de novas fórmulas de controle social da política.

Por fim, a revisão de perspectiva promovida pela positivação do Estado Social também repercutiu no Poder Judiciário, que acompanha o Legislativo na função de controle do Governo¹³⁰, e ainda se torna responsável pelo sucesso do acordo constitucional, tema a ser destrinchado ao longo deste trabalho dissertativo.

2.2.2 Considerações sobre as dimensões garantística e política da Separação de Poderes hoje

Depreende-se, desta breve exposição, que o paradigma do Estado Social alterou profundamente as funções e controles entre os Poderes, acarretando a rediscussão dos fundamentos da Separação de Poderes nos moldes liberais. Referido conceito, que na sua concepção original era diretamente relacionado à

¹²⁸ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, n. 17, p. 75-106, nov. 2001, p. 82- 85.

¹²⁹ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, n. 17, p. 75-106, nov. 2001, p. 81.

¹³⁰ RUIVO, Fernando. Aparelho judicial, estado e legitimação. FARIA, José Eduardo (org). **Direito e justiça: a função social do Poder Judiciário**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 66-94, p. 76.

função de controle do Estado, mediante um sistema de divisão das funções do Estado, proibição de acúmulo de Poderes pelo mesmo governante e mecanismos de fiscalização recíprocos, hoje é repensado diante novas perspectivas.

Tal discussão, ao contrário do que se suporia, não significou um abandono do princípio nas constituições que adotaram um modelo social. Ao contrário, tais constituições continuaram a seguir o parâmetro da Separação de Poderes na organização do Estado, reconhecendo na dimensão negativa do princípio um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Se o modelo liberal rígido não mais pode ser aplicado, a Separação de Poderes permanece como idéia racionalizadora do aparato estatal ou como técnica de organização do poder para a garantia das liberdades¹³¹.

Como defende Bruce Ackerman, hodiernamente há três fatores a fundamentar a Separação de Poderes. Inicialmente, pode-se falar da democracia como importante princípio a ser assegurado, pois a Separação colabora, mediante suas fórmulas, com o projeto popular de autogoverno. Ademais, a especialização das funções e sua correspondente organização a partir da natureza da atividade a ser desempenhada também se mostra importante. Por fim, não se deve esquecer a proteção e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos¹³².

A dimensão garantística da Separação de Poderes, que sobrevive às ponderações quanto ao seu conteúdo e aos próprios mandamentos do constitucionalismo social, ainda traz embutida as características que o tornaram fundamento do Estado Liberal. Assim, o princípio ainda tem por fim a garantia dos

¹³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 44.

¹³² ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 3, p. 663-727, jan. 2000. Disponível em: <http://www.edesp.edu.br/files/eventos/papers/Ackerman.pdf>. Acesso em: 28 ago 2005, p. 634.

direitos individuais contra a ingerência estatal, a adoção de um sistema de especialização das funções e o estabelecimento de controles entre os seus titulares.

Certamente que o rol de garantias a serem preservadas pelo Estado foram ampliadas, bem como o universo de prestações públicas. Conseqüentemente, os três poderes tiveram sua atuação incrementada e maiores potencialidades da Separação de Poderes são exigidas. Todavia, não há como se desconhecer o relevante papel desempenhado pelo princípio.

A diferença, porém, é que o controle do poder político, hoje, não está direcionado apenas ao Poder Executivo, mas aos três poderes, que tiveram suas funções reformuladas ao longo dos anos¹³³. Por outro lado, a limitação do poder conta hoje com outros instrumentos decorrentes da Separação de Poderes e do próprio Estado de Direito, como a independência do poder judicial enquanto garantia de defesa contra lesões de direitos ou ainda a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Como se vê, mais que garantia negativa, a Separação de Poderes, mediante suas fórmulas, desempenha importante papel na fiscalização do cumprimento dos preceitos constitucionais pelos três poderes, com o recurso ao sistema de freios e contrapesos previsto nas constituições.

Ademais, a previsão constitucional da Separação dos Poderes continua a ter relevância na realidade da organização do Estado. A configuração do princípio, com a determinação exaustiva das competências de cada poder - que inicialmente excluiria os demais - acompanhada da previsão expressa do compartilhamento destas, estabelecendo a necessidade de cooperação, reveste-se de

¹³³ NOVAIS, Jorge Reis. **Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembléia da República**: simultaneamente um comentário ao Acórdão n.º 1/97 do Tribunal Constitucional. Lisboa: Lex, 1997, p. 119.

suma importância ao nível organizativo. Permite a correspondência entre a legitimação constitucional e as condições materiais, que resultaria na consecução do objetivo constitucional, pois cada ramo contribuiria, a seu modo, para um bom governo.

Ao lado das conseqüências constitucionalmente previstas – e desejadas – a Separação de Poderes também continua a inscrever sua importância através das suas repercussões na política. Anna Cândida da Cunha Ferraz, por exemplo, descreve uma série de instrumentos não escritos no sistema de freios e contrapesos:

O presidente tem condições políticas de influir na obstrução dos trabalhos do Poder Legislativo, pela ação dos parlamentares do seu partido ou dos que lhe dão sustentação política, tem poderes para ‘retardar’ nomeações políticas, etc.; a seu turno, o Poder Legislativo pode retardar ou não votar leis que interessem ao Poder Executivo, e assim por diante. O uso equilibrado (e na medida do possível controlado) desses instrumentos é, também, essencial para o funcionamento da ação governamental e o exercício moderado dos poderes constituídos.¹³⁴

Outro aspecto interessante sobre a perspectiva política do princípio da Separação de Poderes, e talvez complementar dos mecanismos implícitos de freios e contrapesos, é o fato deste incentivar a formação de acordos entre os diversos ramos do governo. Como bem expõe Zveper, na sua análise voltada ao presidencialismo norte-americano, esta cooperação entre os poderes é resultado da forte expectativa que recai sobre os líderes políticos e os seus acordos. Além disso,

o titular de cada ramo traz à pauta os interesses preponderantes no poder do qual faz parte¹³⁵.

Por fim, ressalte-se que, paralelamente às transformações sofridas pelo princípio, outros mecanismos de equilíbrio e controle do poder político foram privilegiados ao longo dos anos. O federalismo, por exemplo, caracterizado pelo controle vertical entre as diversas esferas de poder tem sido adotado ao redor do mundo, desde a sua positivação na Constituição Americana. No Brasil, a forma federalista de governo é adotada a partir da primeira constituição republicana, a Constituição de 1891.

Os controles sociais – tais como orçamento participativo, *ombudsman* e outros - também são bastante discutidos hoje, pois permitiriam a participação dos indivíduos e dos grupos sociais nas discussões e procedimentos indispensáveis à vida em sociedade. A doutrina defende, ainda, a criação de formas de controle do poder político que tomassem em conta relações tipicamente tecnológicas, como a dicotomia macro-poder/micro-poder¹³⁶.

2.2.3 A Separação dos Poderes e sua nova configuração: considerações sobre a natureza organizacional do princípio

Do ponto de vista jurídico, talvez a dimensão preponderante da Separação dos Poderes atualmente seja a da racionalização do poder. Há quem afirme, inclusive, que o princípio, normativamente, apenas diz respeito à estrutura

¹³⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflitos entre poderes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 18-19.

¹³⁵ ZVEPER, John. The separation of powers in american politics: why we fail to accentuate the positive. **Government and Opposition**: an international journal of comparative politics. Norwich (England): Page Bros, v. 34, n. 1, p. 3-23., winter 1999, p. 10-11.

¹³⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Recife: Universitária (UFPE), n. 11, p. 345-359, 2000, p. 359.

do poder político- estadual. No Estado de Direito contemporâneo, o princípio seria visto somente em sua concepção orgânico-funcional ou normativa¹³⁷.

A racionalização ou funcionalização do poder, como expõe Novais, é dominada pelos critérios de eficácia, eficiência e legitimação na prossecução do interesse público. Assim, há uma conexão entre as características estruturais de cada órgão, suas funções e a auto-responsabilidade do seu desempenho, de modo a permitir a melhor consecução dos seus misteres. Segue-se um modelo racional de organização do trabalho, de modo a garantir uma organização estrutural e funcionalmente adequada à realização das múltiplas tarefas do Estado.¹³⁸

Impõe-se, destarte, o aspecto organizacional, com especial ênfase na questão da especialização das funções, na análise da atual configuração do princípio. Referida especialização teria como resultado a eficiência na consecução das funções acometidas nas constituições, pois permitiria que as decisões relevantes fossem tomadas pelos “órgãos mais aptos em função de sua estrutura interna, da natureza dos seus serviços, da forma e procedimentos típicos da sua atuação e sua legitimação”.

Contudo, a repartição das competências a partir de critérios objetivos, diante do desenvolvimento de estruturas aptas à consecução dos fins propostos, não é interpretada no sentido da exclusividade no exercício das competências principais. Daí a tão comentada distinção entre funções típicas e atípicas de cada poder.

¹³⁷ PIÇARRA, Nuno. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 245.

¹³⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembléia da República**: simultaneamente um comentário ao Acórdão n.º 1/97 do Tribunal Constitucional. Lisboa: Lex, 1997, p. 38.

Diversamente, pode-se asseverar que as expectativas em torno da Separação de Poderes, hodiernamente, tendem a privilegiar o problema da integração e colaboração entre as funções, o que levaria aos acordos citados no tópico precedente. Neste contexto, apenas o Poder Judiciário seria mantido numa posição de isolamento frente aos demais poderes, como corolário do princípio da independência judicial.

Evidentemente, as inúmeras atividades atribuídas hoje ao Estado foram acompanhadas pela criação de novos órgãos, definição de novas competências ao poderes estabelecidos, assim como novas formas de controles. E o princípio da Separação de Poderes, em todos os seus aspectos – jurídico e político, organizacional e garantístico – converteu-se numa formulação completamente distinta e infinitamente mais complexa do que a do Estado Liberal.

Neste sentido, podem ser citadas diversas transformações, como o surgimento de novos órgãos constitucionais, como as Cortes Constitucionais¹³⁹ e os Conselhos Superiores da Magistratura, além da previsão de novas funções para entes públicos já conhecidos, como o Ministério Público e a nova configuração a ele atribuída na Constituição Brasileira de 1988.

Ademais, os poderes tradicionais acabaram por se conformar de forma distinta daquela pretendida pelo constitucionalismo liberal. Ocorreram transformações nos aspectos estruturais e também orgânicos dos poderes, com o surgimento de órgãos auxiliares dos poderes supremos, alguns de relevância

¹³⁹ García Roca afirma que a teoria dos órgãos constitucionais teve que ser repensada para excluir do âmbito dos três poderes clássicos a Corte Constitucional, isto porque, como assevera o autor, uma das funções desses tribunais é, precisamente, erigir-se em tutor das diversas divisões de poder pretendidas pelo poder constituinte, assim como diferenciar hierarquicamente o poder constituinte e reformador dos poderes constituídos. GARCÍA ROCA, Javier. Del principio de la división de poderes. **Revista de Estudios Políticos**: nueva época. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 108, p. 41-75., abr./jun. 2000, p. 57.

constitucional, criados e dotados de competência orgânica, tais como os Tribunais de Contas, os Bancos Centrais ou os Conselhos Econômicos e Sociais.

Verificou-se, ainda, um redimensionamento das funções clássicas. O Parlamento, por exemplo, pode hoje ser definido como um órgão complexo ou um complexo de órgãos, formado geralmente por duas câmaras, dotadas de órgãos com competências próprias, envolvendo deliberação ou direção. Traz-se, ainda, a discussão acerca de um Direito Parlamentar, que seria, precipuamente, um direito de garantia para as minorias.

Transformações mais profundas, contudo, sofreram o Poder Executivo e o Judiciário, como se verá nos próximos capítulos do presente trabalho.

Defende-se até o surgimento de novas funções, como uma possível função constituinte a ser exercida pelos tribunais constitucionais. Ou ainda a atividade de direção política (*indirizzio politico*), recente construção teórica italiana e alemã, que atenderia à necessidade de determinação dos fins estatais e governamentais, mas não constituiria uma atividade executiva ou normativa¹⁴⁰.

De outra ponta, há quem afirme que cada uma das funções estatais tradicionais, em verdade, acaba por se projetar nas atribuições características das outras, como reflexo de sua perda de importância própria e em maior, grau da capacidade reguladora e representativa do Estado¹⁴¹.

¹⁴⁰ GARCÍA ROCA, Javier. Del principio de la división de poderes. **Revista de Estudios Políticos: nueva época**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 108, p. 41-75., abr./jun. 2000, p. 52-61.

¹⁴¹ MORAES, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 51-52.

CAPÍTULO II

2.3 DA SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A ADOÇÃO DOS PARÂMETROS DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E DEMOCRÁTICO

2.3.1 A Separação de Poderes na história brasileira e sua nova roupagem na Constituição de 1988

2.3.2 Da distribuição exaustiva de competências e a previsão dos mecanismos de controles recíprocos no texto constitucional

2.3.1 A Separação de Poderes na história brasileira e sua nova roupagem na Constituição de 1988

A Separação dos Poderes foi consagrada desde a Constituição de 1824, a primeira constituição brasileira. Inicialmente sob a influência do liberalismo, pode-se verificar que todos os textos constitucionais brasileiros – com exceção da Constituição de 1937, de nítida inspiração autoritária¹⁴² – previram expressamente o princípio.

A análise dos dispositivos constitucionais consagradores do princípio – art. 9 da Constituição de 1824, art. 15 da Constituição de 1891, art. 3º da Constituição de 1934, art. 36 da Constituição de 1946 e art. 6º da Constituição de 1967 – permite afirmar que a Separação de Poderes foi adotada como pressuposto

¹⁴² A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, denotava no seu próprio texto a concentração de poderes no Poder Executivo. É que se conclui do seu art. 64, que atribui a iniciativa do processo legislativo ao Executivo, numa clara limitação das funções do Congresso Nacional, nestes termos:

“Art 64 - A iniciativa dos projetos de lei cabe, em princípio, ao Governo. Em todo caso, não serão admitidos como objeto de deliberação projetos ou emendas de iniciativa de qualquer das Câmaras, desde que versem sobre matéria tributária ou que de uns ou de outras resulte aumento de despesa.

§ 1º - A nenhum membro de qualquer das Câmaras caberá a iniciativa de projetos de lei. A iniciativa só poderá ser tomada por um terço de Deputados ou de membros do Conselho Federal.

§ 2º - Qualquer projeto iniciado em uma das Câmaras terá suspenso o seu andamento, desde que o Governo comunique o seu propósito de apresentar projeto que regule o mesmo assunto. Se dentro de trinta dias não chegar à Câmara a que for feita essa comunicação, o projeto do Governo, voltará a constituir objeto de deliberação o iniciado no Parlamento.”

da garantia dos direitos individuais. É o que decorre, por exemplo, do ilustrativo art. 9 da Constituição Imperial, de 25 de março de 1824, que afirmava:

Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.

Outra característica evidente da positivação do princípio ao longo da história constitucional brasileira é a previsão expressa da fórmula da independência e harmonia entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Ressalte-se a Constituição Imperial, que adotou a divisão quadripartite entre as funções, adotando o Poder Moderador.

As constituições do século XX, por sua vez, já traziam a proibição textual da investidura do mesmo agente em funções de diversos poderes, de modo a impedir a concentração de poder. Não autorizavam, também, a delegação de atribuições pelo seu titular, assegurando a distribuição das competências nos moldes constitucionalmente previstos.

Certamente, a mera previsão nominal da Separação de Poderes, com exposição das suas conseqüências necessárias, não foi acompanhada pela realidade institucional. É consenso na bibliografia política, por exemplo, o agrupamento de funções no Poder Executivo, que sempre exerceu papel preponderante no presidencialismo brasileiro.

E se a condução da política pelo Executivo caracteriza o processo político brasileiro, em vista da constante alternância entre períodos democráticos e autoritários, tal quadro foi agravado durante o período da ditadura política dos anos

sessenta, setenta e oitenta, cuja superação encontrou seu marco jurídico na promulgação da Constituição de 1988.

A Separação de Poderes no texto constitucional vigente, portanto, prestar-se-ia a afastar o incipiente processo democrático dos perigos do autoritarismo. Consequência da opção da sociedade brasileira pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, a Separação de Poderes foi abrigada, textualmente, no art. 60, §4º, da Constituição de 1988.

A partir da sua constitucionalização como cláusula pétrea, é possível entender que o princípio foi adotado na perspectiva da garantia dos abusos de poder. Como sustenta Moraes Filho, a reafirmação do princípio também possui o sentido de operação restauradora dos procedimentos democráticos, após a concentração de poderes no Poder Executivo à vista dos demais, típica do período autoritário mais recente¹⁴³.

O intento de reafirmar as potencialidades da divisão e controle recíprocos entre as funções na história institucional brasileira também pode ser aferido da detalhada exposição das competências dos poderes, que mereceu título apartado no texto constitucional.

Deste modo, a divisão entre Legislativo, Executivo e Judiciário foi mantida como mecanismo norteador da organização do Estado Brasileiro. A definição das funções específicas de cada poder, todavia, sofreu exceções em quase todos os tópicos, do que se conclui que o constituinte privilegiou os critérios da eficiência e da finalidade na atribuição das competências constitucionais. Neste

¹⁴³ MORAES FILHO, José Filomeno de. Separação de Poderes no Brasil Pós-88: Princípio constitucional e prática política. BERCOVICI, Gilberto *et al.* **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 151-197, p. 153.

sentido, percebe-se que a Constituição de 1988 consagrou uma visão atualizada do princípio, afinada com os parâmetros do constitucionalismo democrático e social¹⁴⁴.

Ao lado da distribuição de competências e com a finalidade de instrumentalizar a limitação ao exercício do poder político autoritário, foram estipuladas diversas e inovadoras fórmulas de controle entre os poderes. Mediante o estabelecimento de controles materiais das atividades do poderes, portanto, estaria assegurada a consecução dos objetivos constitucionais.

2.3.2. Da distribuição exaustiva de competências e previsão dos mecanismos de controles recíprocos no texto constitucional

Deste modo, a Constituição de 1988 dedica seu Título IV unicamente à organização dos poderes. Deduz-se, do modelo adotado, que juntamente com o federalismo, a distinção entre núcleos de atuação estatal constitui-se na referencia estrutural do Estado Brasileiro.

Partiu o constituinte das três principais atribuições do Estado, cada qual acometida a um determinado poder. Embora haja uma mescla das funções, é inegável que cada poder dispõe de um certo “núcleo de exclusividade” na condução da sua função específica.

Para desempenhar uma determinada atividade, o poder que lhe corresponde disporia de estrutura, prerrogativas e distribuição administrativa adequadas à sua consecução. Deteria, também, os meios para defender esta sua

¹⁴⁴ LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Judicialização da política e Comissões Parlamentares de Inquérito: um problema da teoria constitucional da democracia. SCAFF, Fernando Facury (org). **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 217-240, p. 231.

atribuição diante dos demais, alegando a inconstitucionalidade de possíveis usurpações.

Ao lado da previsão exaustiva de núcleos de atribuições exclusivas de cada poder, e das competências compartilhadas, o constituinte também previu uma série de instrumentos de controle recíprocos, indispensáveis à consecução das finalidades e fundamentos do princípio da Separação de Poderes. Tais controles revestem-se de importância quando analisados sob o prisma da garantia dos cidadãos. Permitem também que o exercício das funções públicas seja fiscalizado, de modo que sejam cumpridas as determinações constitucionais. Por fim, ainda possibilitam a continuidade do processo democrático.

A análise da distribuição de competências no texto vigente também permite visualizar algumas das principais implicações da adoção da Separação de Poderes como parâmetro organizacional de uma constituição oriunda de suas concepções distintas – a perspectiva dirigente e democrático-comunitária.

Se a grande transformação operada pelo paradigma do constitucionalismo social foi adaptar os mecanismos de divisão entre as funções do estado à realidade de ampla intervenção estatal nas relações sociais, compatibilizando-os com a pluralidade de um sistema político que se complexifica a cada dia, o contexto brasileiro reclama ainda maiores potencialidades do princípio.

A Constituição de 1988, como compromisso de forças políticas divergentes numa sociedade que necessita minimizar um quadro de profunda desigualdade social, enfrenta uma série de desafios, acompanhados pelos sistemas de controle formais e materiais resultantes da distribuição dos poderes.

No plano político, por exemplo, a dimensão garantística do princípio é posta à prova na sua capacidade de impor limites ao exercício do poder político sem impedir a colaboração dos diversos grupos divergentes num sistema democrático. Assim, os mecanismos de controle devem favorecer o diálogo entre governo e oposição, transmudando-se de uma perspectiva negativa para uma dimensão propositiva, fomentadora do debate político¹⁴⁵.

Em relação às finalidades do Estado, os controles devem ser direcionados à avaliação da dimensão material da atuação dos poderes, de modo a certificar que as obrigações impostas pelos direitos fundamentais foram incorporadas às práticas dos poderes públicos. Desta forma, o constitucionalismo social, além de proporcionar o surgimento de inúmeros aspectos de convergência nas atividades do poderes mediante sua atuação conjunta, também ocasiona, a partir da co-responsabilidade pelo cumprimento dos misteres constitucionais, uma série de pontos de divergência quanto à independência dos poderes.

Importante registrar, ainda, que os instrumentos de participação popular descritos nos itens referentes ao constitucionalismo comunitário também operaram alterações na dinâmica entre Legislativo, Executivo e Judiciário, como será analisado no capítulo que se segue.

Delineadas as possibilidades de controle institucional recíproco, pode-se afirmar que os mecanismos de controle adicionaram uma nova tipologia das relações entre os poderes no Brasil, referente ao controle da execução, a partir das respectivas esferas de competência, das finalidades constitucionais.

¹⁴⁵ LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante Lobato. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba: UFPR, n. 17, p. 42-52, nov. 2001, p. 47.

Avaliados sob esses prismas, os mecanismos de controle constitucionais são melhor visualizados em suas diversas previsões. São aqui descritos os dispositivos mais relevantes para os fins do presente trabalho. Observe-se, ainda, que são previstas sanções para o descumprimento das diretrizes, no próprio texto constitucional, como forma de ressaltar a imperatividade destes mandamentos constitucionais.

Diante de toda a história constitucional brasileira, que se caracteriza por uma constante tensão entre Executivo e Legislativo, e diante do objetivo de superação de décadas de ditadura militar, percebe-se que o constituinte destacou de forma expressa os meios de controle do Legislativo sobre o Executivo.

Um dos controles mais importantes, inclusive para os cidadãos, é a possibilidade de convocação de Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, sob pena de configuração de crime de responsabilidade, nos termos do art. 50 da Constituição.

As Comissões Parlamentares de Inquérito, previstas no art. 58, § 3º, são um dos instrumentos de controle disponibilizados pela Constituição mais utilizados pelo Legislativo e, em alguns períodos, chegam a determinar os rumos da vida política nacional. Juntamente com as Comissões, ainda é assegurada aos parlamentares a competência para julgar as maiores autoridades do Executivo, inclusive o Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, conforme o art. 52.

Ainda compete ao Legislativo o controle externo sobre a atividade financeira do Executivo, assegurando a boa gestão dos recursos públicos, com o

auxílio dos Tribunais de Contas, em consonância com o art. 70 da Constituição de 1988.

Certamente que foram previstos controles do Executivo sobre os demais poderes, como o poder de veto no processo legislativo (art. 66) e outras prerrogativas, como a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 101, parágrafo único), mas é inegável a tentativa de compensação entre os poderes.

Quanto ao Judiciário, certamente que a estrutura deste Poder foi fortemente alterada na Constituição de 1988, diante de tantos instrumentos de controle popular da atividade estatal. Como se verá no Capítulo concernente à Judicialização da Política, os próprios agentes políticos recorrem a estes instrumentos para limitar a atuação dos poderes, quando em desconformidade com o texto constitucional e/ou legislação ordinária.

CAPÍTULO III

DA IMPORTÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O ESTABELECIMENTO DE NOVOS MECANISMOS DE CONTROLE DA ATIVIDADE EXECUTIVA E LEGISLATIVA

3.1 DO ENFRAQUECIMENTO DO PARLAMENTO NO ESTADO SOCIAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE PODER LEGISLATIVO E EXECUTIVO NO BRASIL

- 3.1.1 A atuação do Poder Legislativo no constitucionalismo social: legitimação democrática e princípio da reserva legal
- 3.1.2 O Poder Legislativo no Brasil e a regulamentação dos direitos sociais
- 3.1.3 A histórica preponderância do Executivo no processo legislativo brasileiro: notas acerca do presidencialismo de coalizão

3.2 DO INCREMENTO DO PODER EXECUTIVO NOS QUADROS DO ESTADO SOCIAL: O ESTABELECIMENTO DE CONTROLES JURÍDICOS DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

- 3.2.1 A função de governo do Estado Social: a atuação do Poder Executivo a partir da formulação de políticas públicas
- 3.2.2 Da fundamentação dos controles jurídicos sobre políticas públicas e orçamentos
- 3.2.3 O problema do controle da atividade do Executivo na falta de recursos: breves considerações sobre o conceito da reserva do possível
- 3.2.4 A concentração dos poderes no Executivo Brasileiro e as reformas econômicas da década de 90: contradições com o modelo interventor da Constituição de 1988

3.3 DA IMPORTÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA A AFIRMAÇÃO DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

- 3.3.1 O Poder Judiciário nos quadros de um novo constitucionalismo: introdução ao caso brasileiro
- 3.3.2 A discussão da legitimidade democrática do Poder Judiciário
- 3.3.3 Da preponderância do Judiciário frente aos demais poderes: a auto-limitação da jurisdição e o estabelecimento de novos mecanismos de relacionamento
- 3.3.4 A independência do Poder Judiciário como requisito para a manutenção da democracia e dos direitos fundamentais

CAPÍTULO III

3.1 DO ENFRAQUECIMENTO DO PARLAMENTO NO ESTADO SOCIAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE PODER LEGISLATIVO E EXECUTIVO NO BRASIL

3.1.1 A atuação do Poder Legislativo no constitucionalismo social: legitimação democrática e princípio da reserva legal

3.1.2 O Poder Legislativo no Brasil e a regulamentação dos direitos sociais

3.1.3 A histórica preponderância do Executivo no processo legislativo brasileiro: notas acerca do presidencialismo de coalizão

3.1.1 A atuação do Poder Legislativo no constitucionalismo social: legitimação democrática e princípio da reserva legal

Do Capítulo I desta dissertação, na análise da discussão sobre o Estado Social e suas repercussões na doutrina constitucional, infere-se que a vinculação aos direitos fundamentais impõe-se aos três poderes do Estado. A adoção de um modelo interventor de atuação do Estado traz obrigações e prerrogativas, alterando as funções tradicionais acometidas a cada Poder.

No caso do Poder Legislativo, vê-se que este novo paradigma implica num alargamento da sua esfera de atuação, como ocorreu com os outros poderes. Muito embora a função legislativa, nos quadros do Estado Liberal, fosse indiscutivelmente privilegiada, por ser titular da representação política democrática, sua intervenção era preponderantemente negativa, marcada pela necessidade de evitar abusos por parte do governante. O próprio direito tinha sua função de controle das relações sociais valorizada, ocupando-se da garantia da liberdade nas relações econômicas, sociais e políticas.

Com a atribuição de novas finalidades ao Estado, correspondente à diversidade de temas submetidos hoje à regulação jurídica, abrangendo questões como os direitos sociais, os problemas ambientais, as relações econômicas, dentre outros, a atividade legislativa também sofreu impactos.

O estabelecimento de amplas diretrizes no texto constitucional, a princípio, não diminuiria a importância do Poder Legislativo. Isto porque as constituições de cunho dirigente, que prescrevem programas para o cumprimento da sociedade, são geralmente constituições programáticas e delegam ao futuro a discussão sobre os requisitos e/ou conteúdos dos direitos previstos. Nessas constituições, as linhas específicas das diretrizes positivadas ficam pendentes dos acordos decorrentes de uma constante disputa por posições constitucionais.¹⁴⁶

A possibilidade destes embates, como afirma Canotilho, permeia todo o discurso constitucional¹⁴⁷ e justifica, por exemplo, a previsão dos direitos em tipos abertos, a acolher interpretações diversas, técnica utilizada especialmente na positivação dos direitos sociais.

Como a forma de controle a ser exercida pelo Estado passa a ser uma técnica promocional de controle político, com ênfase na noção de tempo futuro, prescrevendo programas, com vistas à sua execução “gradual”¹⁴⁸, a concretização destas normas de conteúdo interventor depende das alternativas escolhidas

¹⁴⁶ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 40-42. Tal procedimento, quando da discussão dos direitos prestacionais, ocorreu em diversos países. É o que atesta PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 180-189.

¹⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 460.

¹⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Safe, 1993, p. 41.

periodicamente pelo eleitorado, característica indispensável dos sistemas políticos pluralistas¹⁴⁹.

Daí ter-se falado, por tanto tempo, que os direitos sociais são “direitos na medida da lei”¹⁵⁰. E como titular da função legislativa, a legitimidade da atuação do legislador quanto à concretização dos direitos sociais é inquestionável. Ademais, como relembra Habermas, a atividade legislativa de interpretação frente às especificidades concretas é imposição do próprio texto constitucional, fundamentando normativamente a regulamentação ordinária¹⁵¹.

Além do respaldo institucional, a intermediação do Poder Legislativo na concretização das normas constitucionais, especialmente as que determinam direitos fundamentais, assegura o respaldo majoritário para as políticas a serem executadas pelos governos.

A premência de ampla discussão dos conteúdos constitucionais, especialmente os que envolvem as políticas públicas e sua correspondente alocação de recursos, seria justificada porque sua regulamentação implica na realização de escolhas que, necessariamente, privilegiam um determinado grupo ou interesse, com a exclusão, ao menos momentânea, dos demais. Tal favorecimento, portanto, deve gozar de ampla legitimidade popular, sustentada ainda pela competência constitucional que o Parlamento dispõe¹⁵².

¹⁴⁹ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Safe, 2002, p. 22.

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 267.

¹⁵¹ Jürgen Habermas, na sua defesa da legitimidade da função legislativa, pondera que “*Por mor de la claridad añadamos que esta actividad legislativa referida al caso concreto, al presentarse como interpretación de la Constitución, tiene rango constitucional y tiene, por tanto, el rango de la ley constitucional o la ley orgánica*”. HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998, p. 327-8.

¹⁵² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *et al.* **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 147.

Ressalte-se que Canotilho, ainda em 1982, também defendia a questão econômica como parâmetro para as escolhas procedidas pelo legislador na concretização do conteúdo dos direitos já assegurados¹⁵³.

Como se vê, a atuação legislativa na condução dos procedimentos do Estado Democrático de Direito é fundamentalmente política. Nesta seara, em detrimento da aclamada preponderância dos outros poderes como condutores do processo de efetivação das promessas constitucionais, não se pode negar ao Legislativo sua legitimação democrática para proceder à avaliação das prioridades estatais. Isto porque, em detrimento das opiniões em contrário, a função legislativa é nitidamente representativa. Os embates entre as forças políticas, inclusive, têm no Legislativo sua arena mais adequada, pois é a instituição que promove a conciliação nas sociedades em geral, centralizando o processo de tomada de decisões no âmbito nacional, enquanto preserva o poder pluralizado, na forma representativa de seus membros.

Os legislativos, ademais, são mais propensos a valorizar a heterogeneidade de interesses e enfatizar a importância dos setores privados, assegurando, de todo modo, a representatividade das minorias¹⁵⁴, diante da

¹⁵³ O autor português admitia a dimensão econômica como questão a ser enfrentada na efetivação das promessas constitucionais. O papel do legislador se imporia frente a estes condicionamentos, pois, como afirmava, “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e sociais”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **A constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1982, p. 369.

¹⁵⁴ Embora sejam postas como uma das principais justificativas para a garantia dos direitos fundamentais, não há consenso entre os doutrinadores do que vem a ser uma minoria. Luis Prieto Sanchís, em trabalho no qual se ocupa do tema, define os grupos minoritários a partir de um ponto em comum: a posição de desvantagem jurídica e/ou institucional, econômica ou social. SANCHÍS, Luis Prieto. Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial. **Doxa**. n. 15-16, v. I, p. 367-387, 1994. Disponível em http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/volI/doxa15_19.pdf. Acesso em: 30 ago 2005.

descentralização que os caracteriza¹⁵⁵. Justamente por isso, a doutrina defende a manutenção da sua capacidade de legislar, de modo a contemplar os diferentes valores e interesses inerentes à complexidade das democracias hodiernas.

Daí a defesa deste poder, e de sua independência, feita por autores como Habermas, partidários da perspectiva procedimental da democracia. Segundo o filósofo alemão, a competência do Legislativo decorreria, ainda, da importância da lei, que seria a “vinculação mais importante da articulação jurídico-política (...), e relativamente concreta na maioria dos casos”. Neste sentido, o autor ainda sustenta que cabe ao Poder Legislativo controlar, em última instância, sua própria atividade, como consequência lógica da Separação de Poderes¹⁵⁶.

Juntamente com a legislação, são estabelecidas outras funções aos Parlamentos, indispensáveis ao jogo institucional, garantindo que a instituição possa, sob outros aspectos, colaborar para a consecução dos valores constitucionais. Neste sentido, além da elaboração das leis e participação efetiva no processo legislativo, também cabe aos Parlamentos influenciar as linhas gerais de definição de políticas públicas e decisões governamentais. Devem manter uma postura obstrucionista contra as iniciativas unilaterais do Executivo, assegurando os direitos das minorias. Pode ser ressaltada ainda a função fiscalizadora (exercida com o apoio dos tribunais de contas no Brasil); eletiva (restrita à aprovação das escolhas de embaixadores, diretores do Banco Central, entre outros, no sistema

¹⁵⁵ AZEVEDO, Márcia Maria Corrêa de. **Prática do processo legislativo**: jogo parlamentar, fluxos de poder e idéias no Congresso. Exemplos e momentos comentados. São Paulo: Atlas, 2001, p. 64-68.

¹⁵⁶ “La lógica de la división de poderes, a la que cabe fundamentar em términos de teoría del discurso, sugiere configurar autorreflexivamente al poder legislativo, al igual a que la justicia, y dotarlo de la competencia de autocontrolar su propia actividad. (...) Pues el discurso relativo a los derechos fundamentales no está ligado a las decisiones que se toman en el procedimiento de producción legislativa, sino que queda preordenado a ese procedimiento e encima de él. Esto significa que en ese discurso falta el factor de vinculación más importante para la vinculación más importante para la articulación jurídico-profesional en general, a saber, la ley simple, relativamente concreta en la mayoría de los casos. Su lugar vienen a ocuparlo determinaciones o definiciones de los derechos fundamentales, muy abstractas, abiertas y cargadas de ideología.” HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998, p. 315.

presidencialista brasileiro) e também judicante, nas hipóteses dos crimes de responsabilidade, com as penas de destituição do mandato ou inabilitação política, nos termos do art. 55, § 2º e 58, § 3 da CF-88¹⁵⁷.

A relevância do Poder Legislativo para a efetivação dos direitos fundamentais justifica-se mediante critérios políticos, mas também precipuamente jurídicos. Isto porque parte destes direitos, especialmente os sociais, sujeitam-se à denominada reserva legal. Exigem, pois, para sua efetivação, a regulamentação das questões de forma e de conteúdo, como os agentes públicos obrigados e a determinação dos pressupostos materiais e formais para seu exercício, permitindo o recurso às vias judiciais na hipótese de seu descumprimento.

Entretanto, a noção de reserva legal não pode implicar numa relativização do direito já assegurado no texto constitucional, pois o legislador em sua atividade está vinculado às diretrizes constitucionais. São estabelecidas, assim, limitações como a proteção do núcleo essencial do direito, proporcionalidade e outros, todas a instruírem a regulação pelo legislador.

A restrição exprimida pela noção de reserva legal seria aplicável, segundo a doutrina, a quaisquer dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Assim, pode-se classificar a reserva legal a partir de graus, de acordo com a necessidade de intermediação imposta pelo constituinte. Para Gilmar Ferreira Mendes, a reserva legal pode ser:

- Simples: quando a Constituição exige apenas que as restrições ao direito fundamental estejam previstas em lei;

¹⁵⁷ AZEVEDO, Márcia Maria Corrêa de. **Prática do processo legislativo**: jogo parlamentar, fluxos de poder e idéias no Congresso. Exemplos e momentos comentados. São Paulo: Atlas, 2001, p. 71-74.

- Qualificada: na hipótese em que a própria Constituição determina os fins a serem perseguidos no momento da regulamentação, as condições especiais e os meios para fruição dos direitos nela previstos;
- Não prevista expressamente: nos casos em que simplesmente seja regulamentado o direito pela legislação ordinária, mas é vedada qualquer espécie de restrição.

A vinculação legislativa aos direitos fundamentais pode ser vista sob dois aspectos, pois. Inicialmente, qualquer norma expedida pelo Parlamento que se contraponha ao núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser tida como inválida.

A partir da noção de reserva legal, os direitos fundamentais impõem ao legislador um dever de atuação positiva. Deste modo, o aspecto mais relevante no que concerne ao papel do legislativo quanto à concretização das normas constitucionais consiste na regulamentação dos seus dispositivos.

Nesta atividade, obviamente, deve ser respeitado o “núcleo essencial do direito”, sendo vedada a criação de condições desarrazoadas ou que impossibilitem a fruição do direito constitucionalmente assegurado¹⁵⁸. No mesmo espírito, pode-se afirmar que a atuação do Legislador também é norteadada pelo princípio hermenêutico da proibição do retrocesso das garantias já asseguradas.

3.1.2 O Poder Legislativo no Brasil e a regulamentação dos direitos sociais

A premência de regulamentação de parte dos direitos fundamentais na legislação ordinária acabou por provocar discussões as mais variadas na doutrina publicista. Como bem expõe Clève, houve quem confundisse a atividade legislativa com mera atividade de execução da constituição, a partir dos parâmetros impostos no texto fundamental. Assim, a Constituição não apenas determinaria o dever de regulamentação, como ainda delimitaria os conteúdos da legislação ordinária superveniente.

Posteriormente, foi defendida uma espécie de discricionariedade do legislador na eleição de determinados conteúdos, a partir das disputas políticas na concretização do texto constitucional. Contudo, não restam dúvidas acerca da restrição dessa discricionariedade a partir das balizas constitucionais. Assim, a Carta de 1988, por exemplo, forneceria um “quadro material vinculante do conteúdo da lei”, que pode ser apreendido do seu Preâmbulo, dos Princípios Fundamentais e igualmente, do Título II, dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais¹⁵⁹.

Em detrimento destes parâmetros, a colaboração do Poder Legislativo na concretização dos dispositivos da Constituição de 1988 é bastante questionada pela doutrina. Possivelmente, a previsão de princípios de conteúdo mais aberto e a remissão à posterior regulamentação em lei ordinária, fórmulas encontradas pelo constituinte para superar as dificuldades de consenso no processo de discussão da atual Constituição, resultou na concentração de expectativas no processo legislativo.

¹⁵⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *et al.* **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 232-240; 127.

¹⁵⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A atividade legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 71-73.

Vale aduzir, ainda, a relevância das questões cujas decisões foram adiadas para o futuro. Assim, a própria efetivação das promessas constitucionais ficou na dependência de arranjos políticos que permitissem sua concretização. E logicamente que algumas pautas, até o momento, não foram solucionadas, como o famoso debate acerca da garantia do mandado de injunção, por exemplo.

Entretanto, no que concerne aos direitos sociais, verifica-se que parte razoável destes já foi regulamentada, ao contrário do que afirmou por muito tempo a doutrina, de forma a justificar a ineficácia destes direitos. Andreas Krell, a partir de Canotilho e Luís Roberto Barroso, rechaça a idéia de que os direitos sociais carecem de regulamentação, e sujeitariam-se à reserva legal. Para Krell, o problema maior hoje é a não-prestação real dos serviços básicos pelo Poder Público.

No ordenamento jurídico pátrio, o direito à saúde (art. 196 da CF-88) conta com a regulamentação da Lei n.º 8.080/1990, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”¹⁶⁰. Neste diploma, afirma-se como dever do Estado e de todos a formulação de políticas com vistas à promoção do direito à saúde:

¹⁶⁰ A Emenda Constitucional n.º 29/2000, estabeleceu no art. 198, § 2º da CF-88 a aplicação mínima de recursos no âmbito da saúde, nos seguintes percentuais:

“Art. 198. (...) ”

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.”

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Já todo o sistema de assistência social está especificado na Lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que traça os princípios e diretrizes da política de assistência social, organização e gestão do sistema. Há, inclusive, previsão dos auxílios-moradia e funeral e a “garantia de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família” (art. 2º, inciso V).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/1996) estabelece os limites orçamentários para aplicação dos recursos em educação, no seu art. 69:

Art. 69. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, vinte e cinco por cento, ou o que consta nas respectivas Constituições ou Leis Orgânicas, da receita resultante de

impostos, compreendidas as transferências constitucionais, na manutenção e desenvolvimento do ensino público.

Desta forma, muito embora não se possa negar aos direitos sociais seu caráter normativo, independentemente de estarem regulamentados ou não ao nível da legislação ordinária, não há que se questionar o fato de, quando os meios para fruição de um determinado direito estão expressamente consignados em lei, seu grau de vinculatividade aos Poderes Públicos é incrementado.

E, ainda que se tenha que respeitar o “núcleo essencial” dos direitos fundamentais, a atuação legislativa na fixação das escolhas mais importantes em um dado momento faz parte da noção de democracia, uma vez que esta é a função acometida a este poder num quadro de distribuição de competências entre os órgãos estatais.

3.1.3 A histórica preponderância do Executivo no processo legislativo brasileiro: notas acerca do presidencialismo de coalizão

Diversamente dos fatores que fundamentam, com esteio do intervencionismo estatal, uma maior participação do Legislativo na regulação da vida em sociedade, o advento do Estado Social acarretou uma certa perda de importância deste poder frente ao Executivo e até ao Judiciário.

Questões das mais diversas naturezas passaram a depender de atuação legislativa, tais como a regulamentação dos direitos fundamentais e da atividade econômica de modo geral. E o Poder Legislativo ainda deveria estar aberto aos novos problemas decorrentes dos efeitos da urbanização, da produção e do consumo, especialmente no que tange ao meio-ambiente.

Contudo, os Parlamentos não dispõem de condições técnicas e materiais para atender prontamente às demandas da sociedade. Para Cappelletti, acabou-se por demonstrar “o caráter fantasioso da sua pretensão de se erigirem em instrumentos onipotentes do progresso social”, provocando um descrédito da atividade parlamentar, que se irradiou por todo o Ocidente.

A sobrecarga da função legislativa resultante desta concentração de atribuições teve como consequência a transferência das suas importantes funções aos outros poderes, especialmente ao Executivo e suas inúmeras agências¹⁶¹, procedimento que se consolidou ao longo do século XX, como exposto.

Em detrimento de tal transformação – e uma certa relativização - do papel do Legislativo nos quadros do constitucionalismo social, não se pode falar que a lei deixou de ser um importante instrumento de intervenção do Estado na vida em sociedade.

Ademais, como visto no item referente às funções legislativas, é possível afirmar que os Parlamentos sofreram consideráveis modificações. Embora continuem a legislar, dividindo sua responsabilidade especialmente com o Executivo, hoje a função controladora adquiriu notável relevância. Os mecanismos de fiscalização dos demais poderes e da atuação dos agentes políticos colaboram para a manutenção do Legislativo no jogo político. Assim, este poder teve que se adaptar às alterações sofridas pelo Estado e pela sociedade. E como assevera Clève, a crise dos parlamentos é verificada apenas em seus moldes liberais, pois a instituição recupera sua importância, sob outros parâmetros¹⁶².

¹⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Safe, 1993, p. 46; 45; 41.

¹⁶² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A atividade legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 57.

De todo modo, se a delegação de competências legislativas ao Poder Executivo é questão discutida no mundo todo, como já afirmado neste capítulo, evidentemente que o problema teria contornos mais graves no Brasil, cuja vida política no século passado foi caracterizada pela alternância entre períodos democráticos e autoritários, culminando com duas décadas de ditadura militar¹⁶³.

Deste modo, o Poder Executivo ocupa papel de destaque no processo legislativo brasileiro. Parte desta preponderância encontra respaldo no próprio texto constitucional, que confere amplas atribuições ao Presidente da República no processo legislativo. Há expressa definição de amplo rol de matérias cuja iniciativa de lei é privativa do Chefe do Executivo e ainda é assegurada a prerrogativa de solicitar urgência nos projetos de lei de sua iniciativa, o que limitaria as discussões do projeto no Parlamento. Nas matérias de cunho econômico, por exemplo, não é permitido aos congressistas apresentar emendas que incrementem despesas nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República.

Tais atribuições resultam no monopólio do Poder Executivo em assuntos distributivos, que para Santos, retirou da “alçada dos congressistas um instrumento fundamental para manter e ampliar sua influência política”¹⁶⁴. Os instrumentos legislativos assegurados, por exemplo, acabam por favorecer o

¹⁶³ A prevalência do Executivo na condução da política brasileira não decorre de previsão constitucional, como descreve Charles Pessanha, nestes termos: “Desde o início da nossa vida constitucional é possível identificar duas modalidades de regras: uma constitucional, outra consuetudinária. A interferência do Poder Executivo no processo de elaboração legal pautou-se, principalmente, pela segunda, de forma mais arbitrária em alguns momentos e menos em outros. (...) O Poder Executivo tradicionalmente protege seu campo de atuação, evitando a ação fiscalizadora e coadjuvante do Legislativo; por outro lado, atua de forma deliberada no campo legislativo, dentro e fora dos limites estabelecidos, em alguns momentos pela força das armas, impondo regras de forma arbitrária, e em outros, pela força das maiorias, operando à margem dos textos constitucionais e beneficiando-se da aquiescência ou da resignação do Poder Legislativo.” PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática. VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG – Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 141-194, p. 179-180.

¹⁶⁴ Como consequência do monopólio, Fabiano Santos prossegue afirmando que “a única fonte de distribuição de benefícios paroquiais é o próprio executivo, o que significa que o presidente ganha um

Executivo no que concerne à origem do que é aprovado e na determinação do período de tramitação dos seus projetos. Comprometem, ainda, a capacidade do Congresso servir de contrapeso às iniciativas do governo. Assim, alguns dos aspectos mais importantes da vida pública brasileira estariam sujeitos ao controle do governo¹⁶⁵.

Em estudo sobre o comportamento do Congresso Nacional no processo legislativo brasileiro, Octavio Amorim Neto e Fabiano Santos ponderam, a partir de dados de Figueiredo e Limongi, que apenas 14% das leis aprovadas no Brasil nos últimos anos foram de autoria de deputados e senadores ou de comissões parlamentares.

A análise dos temas dos projetos de lei capitaneados pelos congressistas mostra, ainda, que a atividade destes freqüentemente gravita em torno de temas da área social, ao passo que a atuação legislativa do Executivo, em decorrência do próprio texto constitucional, estaria concentrada nas questões econômicas e até legislativas. Da análise dos dados coletados os autores chegam à seguinte conclusão, que será transcrita em destaque pela sua relevância:

enorme poder de barganha perante cada parlamentar.” SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no presidencialismo de coalizão**. Belo Horizonte:UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, p. 22-23; 38.

¹⁶⁵ “Art. 61. (...)

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.”

Em todos os casos, constatamos que a legislação própria do Congresso Nacional não implica a mudança de *status quo* em termos de política econômica, tributária ou de distribuição de renda; vale dizer, a agenda do Poder Legislativo não tem a característica de um programa amplo de políticas públicas, mas, sim, a de intervenção em questões tópicas pertinentes à vida cotidiana do cidadão comum. À guisa de comparação, tomem-se alguns exemplos de projetos recentemente aprovados ou em tramitação por iniciativa do Poder Executivo: aposentadoria, modificação da Consolidação das Leis do Trabalho e da Lei de Responsabilidade Fiscal, todas, potencialmente, de considerável impacto redistributivo.¹⁶⁶

Diversamente da previsão constitucional, deduz-se que o controle que o Executivo exerce sobre o processo legislativo, ao invés de provocar resistências, acaba por atrair os parlamentares a aderir à agenda do governo¹⁶⁷, contribuindo para fortalecê-lo na condução dos assuntos do Estado.

Outra questão que denota a prevalência do Poder Executivo na condução do processo legislativo brasileiro é a pertinente ao discutido instituto das Medidas Provisórias que, de previsão constitucional voltada à garantia da condução dos assuntos públicos, restrita aos casos de “relevância e urgência”, no art. 62, *caput*, da CF-88, foi convertido em instrumento de governo ao longo dos anos.

¹⁶⁶ AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. A produção legislativa do Congresso: entre a paróquia e a nação. VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 91-139, p. 92-93; 107.

¹⁶⁷ MORAES FILHO, José Filomeno de. Separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e prática política. BERCOVICI, Gilberto *et al.* **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 151-197, p. 184-187.

O constante recurso à legislação de emergência pelo Presidente da República, procedimento cuja constitucionalidade é bastante discutível, foi objeto de inúmeras críticas. O debate sobre a inconstitucionalidade da sua utilização, porém, foi abrandado com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 32, de 2001, que promoveu algumas restrições ao seu uso.

Ao lado da afronta à distribuição das competências do texto constitucional, a utilização das medidas provisórias teve ainda outras repercussões, atingindo o âmago das relações entre Executivo e Legislativo no Brasil. Para Lobato, a desnecessidade, até 2001, de consenso no Poder Legislativo para conversão das medidas provisórias em lei teria reduzido a necessidade de negociação entre estes poderes, descaracterizando suas relações¹⁶⁸, uma vez que o Executivo prescindiria, para legislar, do apoio da maioria parlamentar.

Isto porque o presidencialismo brasileiro é caracterizado pela composição política entre os poderes, atribuída até o início de 2005 à possibilidade de participação dos parlamentares no governo através da discussão sobre os Ministérios, dentre outros instrumentos. A participação dos partidos políticos nas coalizões permite o estabelecimento de mecanismos não institucionais de supervisão e controle sobre a ação do Executivo. Tais arranjos caracterizariam o regime político brasileiro como um “presidencialismo de coalizão”, conforme definição de Sérgio Abrantes.

Para Abrantes, o presidencialismo de coalizão é uma característica associada à experiência brasileira, que pode ser creditada ao fato de que o Brasil é o único país que, além de combinar proporcionalidade, o multipartidarismo e o

¹⁶⁸ LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante Lobato. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba: UFPR, n. 17, p. 42-52, nov. 2001, p. 46-47.

“presidencialismo imperial”, organiza o Executivo com base em grandes coalizões¹⁶⁹.

A formação de coalizões entre Executivo e Legislativo, em vista do princípio da Separação de Poderes e do pluralismo partidário no Congresso Nacional, é possível mediante expedientes que permitem uma certa estabilidade na condução do governo e de determinado projeto político¹⁷⁰. Além da questão partidária, na formação das coalizões também é observada a questão regional, de capital importância no sistema proporcional brasileiro.

Abrantes expõe que a formação destas coalizões envolve três momentos: na constituição da própria aliança eleitoral, com a negociação de diretrizes programáticas mínimas; na formatação do governo, graças à distribuição de cargos ministeriais e no período que denomina de “transformação da aliança em coalizão efetivamente governante, quando emerge, com toda a força, o problema da formulação da agenda real de políticas, positiva e substantiva e das condições de sua implementação”¹⁷¹. Também constitui um dos fatores para arregimentar o apoio dos congressistas, a distribuição de recursos orçamentários entre os grandes e pequenos partidos.

Deste modo, a formação e manutenção de uma base de apoio para o Executivo, conjuntamente com os inúmeros mecanismos, até constitucionais, assegurados a esse poder, permite que os governos eleitos possam impor seu projeto político e econômico, com amplo respaldo parlamentar. Como reconhece Abrantes, certamente que a obtenção desta adesão não é uma questão pacífica,

¹⁶⁹ ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados**: Revista de Ciências Sociais, v. 31, n. 1, 1988, p. 5-32, p. 21.

¹⁷⁰ SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no presidencialismo de coalizão**. Belo Horizonte:UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, p. 17.

¹⁷¹ ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados**: Revista de Ciências Sociais, v. 31, n. 1, 1988, p. 5-32, p. 27-28.

dependendo das circunstâncias políticas e da própria correlação de forças na base governista¹⁷².

A própria literatura política brasileira admite que os mecanismos políticos do presidencialismo de coalizão repercutem na independência do Legislativo, como foi possível verificar nos dados acima expostos acerca da efetiva participação dos parlamentares no processo legislativo. Talvez por isso, parte razoável dos esforços para controlar a atuação do Poder Executivo, inclusive por parte dos próprios parlamentares, foi direcionado ao Judiciário, conforme será visto nos capítulos seguintes.

¹⁷² Octavio Amorim Neto traz outros critérios para aferição da coesão de uma base governista, atentando que “não se deve pressupor que um gabinete presidencial integrado por políticos de dois ou mais partidos constitua um governo de coalizão. Somente os gabinetes que apresentam uma alta correspondência entre o percentual de postos ministeriais e os pesos dos partidos no Congresso (relativamente ao contingente de partidos que integram o Ministério) podem ser considerados como tal em uma interpretação estrita do termo coalizão.” Ademais, como anota o autor, “partidos mais ideológicos demonstram um comportamento legislativo mais consistente ao longo do tempo.” AMORIM NETO, Octavio. Gabinetes presidenciais, ciclos eleitorais e disciplina legislativa no Brasil. **Dados:** Revista de Ciências Sociais, v. 43, n. 3, 2000, p. 479-517, p. 509.

CAPÍTULO III

3.2 DO INCREMENTO DO PODER EXECUTIVO NOS QUADROS DO ESTADO SOCIAL: O ESTABELECIMENTO DE CONTROLES JURÍDICOS DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

3.2.1 A função de governo do Estado Social: a atuação do Poder Executivo a partir da formulação de políticas públicas

3.2.2 Da fundamentação dos controles jurídicos sobre políticas públicas e orçamentos

3.2.3 O problema do controle da atividade do Executivo na falta de recursos: breves considerações sobre o conceito da reserva do possível

3.2.4 A concentração dos poderes no Executivo Brasileiro e as reformas econômicas da década de 90: contradições com o modelo interventor da Constituição de 1988

3.2.1 A função de governo do Estado Social: a atuação do Poder Executivo a partir da formulação de políticas públicas

Não há dúvidas sobre a importância do Poder Executivo nos quadros de uma Constituição Dirigente. O Estado Social, por isso, chega a ser denominado de Estado Administrativo, em função das inúmeras atribuições acometidas ao administrador público. A premência do Executivo na formulação das políticas públicas indispensáveis à consecução das finalidades impostas pela Constituição decorre, inclusive, do próprio texto constitucional.

Mesmo quando reconhecido ao Legislativo um certo grau de discricionariedade na determinação dos meios e requisitos para o exercício dos direitos consagrados na Constituição, algumas das decisões mais importantes no que concerne à efetivação dos direitos previstos nas constituições estão a cargo da função de governo. Isto sem contar que é o Estado-Administrador, diretamente, o sujeito passivo das relações jurídicas oriundas da garantia dos direitos sociais.

Desta forma, chega-se à conclusão que o Poder Executivo, ao invés de simples executor de políticas públicas cujos contornos já haviam sido determinados, teve incrementada a sua função de governo e até ordenadora da vida em sociedade. Em consequência, pode-se asseverar que o Estado Social provocou um certo inchaço do Poder Executivo, uma vez que, juntamente com suas maximizadas atribuições, não houve uma reorganização constitucional dos poderes, evidenciando a função planejadora como vetor da atuação do Estado¹⁷³.

Esta nova perspectiva na atuação do Executivo também ocasionou a necessidade do exercício do seu poder regulamentar, de maneira a dar concretude às abstratas normas constitucionais. A concretização dos mandamentos constitucionais, ao depender das exigências do momento político e às circunstâncias da vida em sociedade, comumente exigem uma pronta resposta do poder público que, na maioria das vezes, apenas o Executivo pode atender.

Como expõe Jose Eduardo Faria, o sistema jurídico, nos quadros do Estado Providência, “com o tempo, torna-se cada vez mais independente de suas condições iniciais, uma vez que as regras de calibração – portarias, instruções normativas, resoluções ou simples decretos, por exemplo – é que dão o sentido e o alcance da própria ordem constitucional”¹⁷⁴

Neste sentido, pode-se afirmar que se o Estado contemporâneo é, fundamentalmente, Estado implementador de políticas públicas, a execução destas políticas constitui sua tarefa mais importante¹⁷⁵.

¹⁷³ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 86, v. 737, p. 11-22, mar. 1997, p. 17.

¹⁷⁴ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 93-112, p. 98.

¹⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. GRAU, Eros Roberto *et al.* **Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional**: estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 59-75, p. 59.

A discricionariedade na condução das políticas públicas não permite que o administrador desrespeite os limites impostos pelos direitos fundamentais quando da consecução das suas atividades¹⁷⁶.

Por isso, Comparato, em trabalho no qual defende a possibilidade de controle de constitucionalidade das políticas públicas, afirma que na estrutura dos chamados Estados Dirigentes a grande maioria dos atos normativos só pode ser analisada diante dos paradigmas estabelecidos por estas políticas que, como qualquer norma, devem ter sua compatibilidade com o texto constitucional analisada.

A partir do trabalho de Ronald Dworkin, Comparato define a política (*policy*) como uma espécie de padrão de conduta que implica numa meta a alcançar em função de uma coletividade. A política pública distinguiria-se da noção de princípio ao vincular-se a fins de caráter individual¹⁷⁷.

A formulação de políticas públicas pelo Poder Executivo atende a uma série de aspectos e no seu âmbito são feitas algumas das mais importantes escolhas no que concerne à aplicabilidade dos direitos previstos. Estas decisões geralmente são alvo de muitas críticas, pois implicam na eleição de determinados grupos ou interesses como prioritários.

Há quem fale na defesa da discricionariedade administrativa sobre a determinação dos critérios, na existência de uma espécie de reserva da Administração, que se oporia à já comentada reserva de lei. Em rápidas palavras, pode-se definir a reserva da Administração como “uma esfera em que, de um

¹⁷⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *et al.* **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 129. Paulo Gustavo Gonet Branco, nas páginas seguintes, discute a possibilidade de que o administrador exerça controle de constitucionalidade das normas, a partir dos mandamentos exprimidos pelos direitos fundamentais.

ponto de vista negativo, a Administração estaria livre de ingerências de legislação, e, de um ponto de vista positivo, seria ela própria a determinar, vinculada apenas ao quadro constitucional, os correspondentes objetivos, tarefas e atividades” das matérias a ela submetidas¹⁷⁸.

Mesmo que reconhecida a existência de uma margem de escolha ao Administrador na condução destas políticas, é inevitável nos esquemas de poder das sociedades pluralistas, que haja uma predisposição pública em controlar tal poder, mediante os mecanismos jurídicos disponíveis.

E é precisamente nesta seara que algumas das discussões mais relevantes quanto à atuação do Executivo na tutela dos direitos se impõem, uma vez que a possibilidade de controle das decisões tomadas, ou em outras palavras, a sindicabilidade do Poder Judiciário em torno das decisões administrativas é questão fundamental na análise das relações entre os poderes.

3.2.2 Da fundamentação dos controles jurídicos sobre políticas públicas e orçamentos

A concentração de funções no Poder Executivo, evidentemente, resultou no direcionamento das expectativas pelo cumprimento das diretrizes do texto constitucional ao governo. Porém, a Carta Constitucional vigente, ainda que tenha assegurado aos direitos fundamentais a função de parâmetro das decisões governamentais, delegou aos poderes públicos as decisões mais importantes no que tange à aplicabilidade destes direitos.

¹⁷⁷COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 86, v. 737, p. 11-22, mar. 1997, p. 18-19.

¹⁷⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembléia da República**: simultaneamente um comentário ao Acórdão n.º 1/97 do Tribunal Constitucional. Lisboa: Lex, 1997, p. 33-34.

Como visto em capítulo anterior, tal delegação decorre do próprio caráter interventor da Constituição de 1988 que ao consagrar um modelo dirigente e democrático para o Estado Brasileiro conduz a questão da efetividade dos seus preceitos à discussão da formulação das políticas públicas.

No mesmo caminho foi a doutrina comprometida com a transformação social embutida no texto constitucional, direcionando seus trabalhos para a análise das possibilidades jurídicas de controle da atividade do Executivo, de modo a garantir que os compromissos constitucionais fossem incorporados à prática dos poderes.

Fábio Konder Comparato, por exemplo, defende o controle de constitucionalidade de políticas públicas, confrontando as regras que estruturam o desenvolvimento da atividade administrativa e as decisões de governo com os objetivos constitucionais. A análise jurídica da decisão administrativa, para o autor, abrangeria os instrumentos escolhidos para a intervenção e também a finalidade almejada.

Constatada a inconstitucionalidade da política adotada, todas as leis e atos normativos executórios seriam atingidos, mas os atos já praticados sob a vigência da política questionada seriam preservados. De forma a evitar os prejuízos decorrentes da invalidação de uma política pública em andamento, o autor chega a propor a viabilidade do controle prévio das decisões administrativas, que teria, além do óbvio efeito desconstitutivo, natureza injuntiva ou mandamental.

Para a consecução deste mister, Comparato defende uma reforma constitucional, somente possível mediante a forma direta de controle concentrado, a submeter todos os entes federativos, com a responsabilização do Chefe do

Executivo respectivo. O próprio autor, no entanto, admite a improbabilidade da adoção desta possibilidade de juízo de constitucionalidade¹⁷⁹.

Outra alternativa ao controle das decisões administrativas seria a análise jurídica da execução da lei orçamentária, que permitiria aos grupos nela contemplados ingressar no Judiciário para fazer valer seus direitos, uma vez descumprida a obrigação pelo próprio Estado.

Esta hipótese, defendida por autores como Jônatas Moreira de Paula, teria por fundamento a regra insculpida no art. 165, § 3º da Constituição de 1988, que estabelece que o Executivo, 30 dias após o fim de cada bimestre, deve publicar o relatório resumido da execução orçamentária, período após o qual, se não iniciada a concretização da política prevista, estaria caracterizada a mora do Executivo. Outrossim, o art. 167 da Constituição imporia uma série de vedações que denotam a adstrição entre previsão orçamentária e recurso previsto nos seus incisos I, II, VI e VIII¹⁸⁰.

A atuação judicial, nesses casos, seria respaldada pelo fato que as leis orçamentárias devem consignar a reserva e disponibilidade de recursos para a consecução dos programas ali previstos. Caberia ao Judiciário tornar eficaz lei criada pelo próprio Estado, uma vez que a verba não mais pertenceria ao

¹⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 86, v. 737, p. 11-22, mar. 1997, p. 21-22.

¹⁸⁰ “Art. 167. São vedados:

I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II – a realização de despesas ou assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; (...)

VI – a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;

VIII – a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos do orçamento fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º”.

Executivo, mas a seu destinatário. O autor defende que esta oportunidade seria uma consequência da readequação do princípio da legalidade¹⁸¹.

A doutrina que defende o controle e até a imposição coercitiva de políticas públicas pelo Poder Judiciário, evidentemente, sofre severas críticas. Tais questionamentos freqüentemente são respaldados pela noção de democracia, pois o Judiciário não detém legitimação popular para interferir nas decisões tomadas pelos poderes majoritários. Sua atuação, portanto, seria incompatível com o sistema representativo previsto no art. 1º, parágrafo único da CF/88.

Eduardo Appio aduz, ainda, o problema da “desdiferenciação de papéis” entre os poderes, que apenas resultaria em tensão institucional e numa crise de governabilidade, em vista da “superposição de esferas, critérios e lógicas decisórias”, numa “erosão de valores precípuos de cada um dos poderes da república e a uma sobrecarga no *policy making* do país”¹⁸². Entretanto, nas hipóteses em que foi determinada no texto constitucional a forma de adimplemento dos direitos sociais, impondo ao Poder Executivo o dever de implementar políticas sociais específicas, Appio manifesta-se pela possibilidade o Poder Judiciário exerça o controle desta atuação através das ações civis públicas.

3.2.3 O problema do controle da atividade do Executivo na falta de recursos: breves considerações sobre o conceito da reserva do possível

Na avaliação de alguns aspectos atinentes à atuação do Executivo na tutela dos direitos prestacionais, destaca-se, enquanto problema principal, o da disponibilidade de recursos como fundamento para a omissão da Administração quanto aos seus deveres.

¹⁸¹ PAULA, Jônatas Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**. Barueri: Manole, 2002, p. 186-190.

Considerando que parte do catálogo dos direitos sociais já teve seu conteúdo delimitado, e que tal regulamentação não implicou no acesso dos menos favorecidos às prestações do Estado, levanta-se a questão das limitações de ordem econômica à efetivação dos direitos sociais para justificar esta realidade. Neste sentido, passou-se a sustentar que a tutela dos direitos prestacionais estaria condicionada ao que se convencionou chamar de reserva do possível.

Trata-se de um conceito oriundo da Alemanha, baseado em paradigmática decisão da Corte Constitucional Federal, no julgamento de hipótese¹⁸³, em que havia a pretensão de ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes, com espeque na garantia da Lei Federal alemã de liberdade de escolha da profissão.

No julgamento da lide, firmou-se posicionamento naquele tribunal constitucional de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, no caso do peticionante atender aos requisitos objetivos para sua fruição. Deve ainda o Estado ter condições econômicas para corresponder à expectativa criada pela positivação do direito¹⁸⁴.

De acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, os direitos sociais prestacionais “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade¹⁸⁵”. Questão é saber, diante de cada hipótese, quais são os critérios utilizados para definir o que é razoável e, além do mais, quais são os órgãos legitimados para tanto.

¹⁸² APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 156; 169.

¹⁸³ BverfGE n.º33, S.333.

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 265.

Fala-se, ainda, na existência de um direito mínimo de existência, extraído do princípio da dignidade humana, em que cabe ao Estado promover as condições mínimas de sobrevivência dos indivíduos. Tal seria o fundamento, por exemplo, de programas como os de “renda mínima”, este já desenvolvido em municípios brasileiros. Muito embora seja tema de grande discussão nas esferas econômica e política, a teoria do “mínimo existencial” ainda carece de problematização na doutrina jurídica brasileira.

O desenvolvimento do conceito de um mínimo indiscutível de prestações a serem asseguradas pelo Estado seria de grande valia para a discussão acerca da efetividade dos direitos sociais no Brasil, desde que observadas as peculiaridades econômicas, culturais e sociais do país.

Isto porque a assimilação, pela doutrina pátria, sem as devidas adaptações, de conceitos oriundos de outras ordens jurídicas torna-se bastante perigosa, especificamente quando se trata de realidades tão distintas, como a alemã e a brasileira. É o caso da reserva do possível. Embora, naquele país, a teoria tenha tido ampla aceitação, acentuada pelo fato de ser uma construção jurisprudencial¹⁸⁵, parte da doutrina inclina-se pela impossibilidade de que o conceito constitua justificativa para a omissão do Estado na consecução dos fins constitucionais no Brasil.

¹⁸⁵ KRELL, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60, p. 41.

¹⁸⁶ Como alerta Andréas Krell, “nesse ponto, é de suma importância ressaltar que a recepção de um conceito jurisprudencial oriundo de outro sistema jurídico é capaz de atribuir ao mesmo a aparência de um princípio geral ou universal que foi meramente “descoberto”, e não voluntariamente criado pelos juízes de um papel receptor, aumentando, assim, a legitimidade da decisão; isto acontece especialmente nos casos de um texto constitucional pouco claro.” KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Safe, 2002, p. 41-43.

Primeiramente, as peculiaridades da constituição alemã foram desconsideradas, como em geral ocorre em todo o debate acerca dos direitos fundamentais. O modelo de Estado Social lá convive com a tensão própria do capitalismo nos países centrais: o de harmonizar as idéias neoliberais com a necessidade de intervenção do Estado para assegurar a igualdade entre os cidadãos através da redistribuição de riqueza, problema agravado no contexto pós-unificação¹⁸⁷.

A impossibilidade do retrocesso de garantias institucionais já efetivadas na Alemanha convive, como em quase todos os países do mundo ocidental, com as propostas da globalização econômica. Neste ponto, o debate é o mesmo nos dois países. A diferença reside no fato de que no Brasil tais dispositivos ainda não foram concretizados, sendo inapropriado fundamentar juridicamente a inefetividade do projeto constitucionalizado.

Deve ser acrescentada a questão de que na Alemanha, sem dúvida, os conceitos de mínimo existencial ou de limites do razoável englobam um manancial de garantias bem mais extenso do que no Brasil, em que os indicadores sociais são alarmantes e ainda há muito a ser feito no âmbito social para apaziguar os efeitos de uma das piores distribuições de renda do planeta.

3.2.4 A concentração dos poderes no Executivo Brasileiro e as reformas econômicas da década de 90: contradições com o modelo interventor da Constituição de 1988

Se a concentração de poderes em torno do Poder Executivo é fenômeno conhecido das democracias ocidentais, certamente que no Brasil o

¹⁸⁷ KRELL, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60, p. 37.

problema torna-se mais evidente, em decorrência da própria história constitucional, caracterizada pela alternância de períodos autoritários e democráticos.

A mudança institucional configurada na Constituição de 1988 tinha entre seus objetivos justamente o de superar um período autoritário. Contudo, considerando que a transição à democracia no Brasil decorreu de um longo processo de negociação, o texto constitucional não deixaria de espelhar esta tradicional preponderância, que tem como principal parâmetro as relações desproporcionais travadas entre Executivo e Legislativo.

Logo, a “manipulação” do processo legislativo pelo Poder Executivo, possível mediante as composições de Governo, apenas reitera o padrão das relações mantidas nas últimas décadas. Pois como bem observa Pessanha, “nos últimos 70 anos, a maioria das normas reguladoras da vida social e política brasileira é oriunda de legislação emergencial [...], configurando um quadro de produção legal cuja característica principal é a ausência de participação do Poder Legislativo”¹⁸⁸.

A importância do Poder Executivo na condução do processo legislativo, no entanto, não é a única oportunidade de visualizar, no Brasil, os reflexos da inclinação em favor da função governamental da balança entre os poderes. A condução das políticas públicas também cabe ao Executivo, que traça as diretrizes para sua atuação, a partir dos critérios que julgar mais convenientes. E a regulamentação dos atos administrativos, de modo a incorporá-los ao cotidiano da Administração também é uma importante atribuição.

Saliente-se que as decisões econômicas, cujas repercussões se estendem às mais diversas áreas, inclusive sobre a distribuição de renda, são

¹⁸⁸ PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática. VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 141-194, p. 180.

delegadas aos Executivos. No caso brasileiro, o problema ganha contornos precisos se examinados os acordos internacionais firmados pelo Executivo, conduzidos pela necessidade de adaptação ao contexto da globalização. São decisões tomadas sem a participação legislativa, indispensável para sua legitimação democrática, mesmo que se argumente no sentido de que a designação de parlamentares para comungar da função de governo acabaria por compartilhar entre Legislativo e Executivo as responsabilidades sobre as decisões econômicas.

E na eventualidade de que os legisladores, diante de suas competências, de alguma forma constituam empecilho para o prosseguimento das políticas econômicas adotadas, o Chefe do Executivo tem à sua disposição o poder de veto para bloquear estas tentativas, o que aumenta sobremaneira a sua capacidade de barganha política¹⁸⁹.

A aceitação de uma agenda neoliberal, neste sentido, fortalece ainda mais o Executivo, pois o processo político e, como consequência, a concretização do texto constitucional, dependem das decisões econômicas por ele tomadas. Renato Boschi, ao analisar as repercussões das reformas econômicas da década de 90, que redundaram inclusive na reforma do texto constitucional, afirma que este procedimento enfraqueceu o próprio Estado, que teve sua capacidade de implementar políticas sociais limitada¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Juntamente aos debatidos fundamentos da preponderância do Executivo no presidencialismo, é possível aferir ainda a influência dos tradicionais mecanismos de controle recíproco (poder de veto, por exemplo) na determinação das relações entre os Poderes. Para um modelo de discussão destas repercussões, com vistas às características do presidencialismo norte-americano, a partir da contraposição entre os modelos normativos, as preferências do Poder Executivo na discussão entre os interesses locais ou nacionais e o poder de barganha política deste poder, cf. McCARTY, Nolan M. Presidential pork: executive veto power and distributive politics. **American Political Science Review**, v. 94, n. 1, p. 117-129, mar. 2000.

¹⁹⁰ “A subordinação dos processos políticos ao desempenho econômico tem tido, assim, consequências dramáticas para os países da América Latina do ponto de vista do desempenho dos governos e no que diz respeito à legitimidade das instituições e dos atores. O cenário pós-reformas foi o de um Estado enfraquecido na sua capacidade de expandir a cidadania, em vista da sua limitação quanto à possibilidade de implementação de políticas sociais. A um Estado mais fraco tem correspondido, por outro lado, um Executivo cada vez mais forte em relação aos outros poderes,

Contudo, o estabelecimento destas reformas econômicas, capitaneadas pelo Executivo, não se deu de forma pacífica no contexto político brasileiro. E a partir disto os setores organizados da sociedade civil discordantes das decisões tomadas enxergaram nas possibilidades constitucionais de participação popular um meio institucional para discutir estas decisões, ao lado dos mecanismos tradicionais de luta política.

Neste norte, o Direito constitui, através das diretrizes contidas no texto constitucional, mormente as que apontam para a premência da intervenção estatal para o apaziguamento das diferenças sociais, um dos instrumentos para o questionamento destas políticas.

E o Poder Judiciário, que na experiência constitucional brasileira, seguindo a tendência mundial, sempre foi um poder afastado do centro das discussões políticas, hoje passou a integrar o contexto de debate da efetividade da Constituição de 1988, por meio da discussão acerca da validade dos critérios jurídicos de controle da atividade administrativa acima descritos.

com o exercício até certo ponto arbitrário das decisões em matéria de política econômica, guiada essa que é por princípios de eficiência *stricto sensu*. No caso do Brasil, por exemplo, o crescente isolamento das decisões se materializou na necessidade de um modelo regulatório fundado na existência de agências supostamente autônomas e independentes.” BOSCHI, Renato R. Instituições políticas, reformas estruturais e cidadania: dilemas da democracia no Brasil. Disponível em: http://observatorio.iuperj.br/artigos_resenhas/TextodoRenatoBoschi.pdf. Acesso em: 28 maio 2005.

CAPÍTULO III

3.3 DA IMPORTÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA A AFIRMAÇÃO DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.3.1 O Poder Judiciário nos quadros de um novo constitucionalismo: introdução ao caso brasileiro

3.3.2 A discussão da legitimidade democrática do Poder Judiciário

3.3.3 Da preponderância do Judiciário frente aos demais poderes: a auto-limitação da jurisdição e o estabelecimento de novos mecanismos de relacionamento

3.3.4 A independência do Poder Judiciário como requisito para a manutenção da democracia e dos direitos fundamentais

3.3.1 O Poder Judiciário nos quadros de um novo constitucionalismo: introdução ao caso brasileiro

A análise da Constituição de 1988 em seu caráter dirigente e compromissário-democrático e das suas repercussões nas relações entre Poder Executivo e Poder Legislativo no Brasil permite concluir que uma das maiores inovações do texto constitucional foi trazer o debate entre Direito e Política para o foco das instituições brasileiras, diante da crescente relevância do Poder Judiciário.

Grande parte das discussões da Teoria do Direito também é dirigida à função jurisdicional. No plano da Hermenêutica Jurídica, a partir do questionamento da metodologia tradicional de cunho positivista, acentua-se a atividade criativa desempenhada pelos juízes. Com as contribuições do Pós-Positivismo, cresce em relevância a Teoria da Argumentação Jurídica, sendo atestado o caráter normativo dos princípios. Admite-se assim maiores espaços de discricionariedade no exercício da função judicial.

O fortalecimento do Poder Judiciário, fenômeno típico do século XX, é hoje um dos temas mais palpitantes do Direito Constitucional e da Ciência Política. A Teoria da Constituição, neste contexto, encarrega-se da discussão da interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais, que encerram, hoje, as discussões em torno da dimensão política do direito¹⁹¹. Como critica Ingeborg Maus, qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional existente atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de Direito, em vista da sua crescente importância para compreensão do fenômeno jurídico¹⁹².

Tal fato pode ser explicado, em parte, diante do incremento das demais funções estatais, contrapondo o Judiciário aos demais Poderes, no tradicional esquema da Separação de Poderes. Seria também decorrência da “revolução constitucional” baseada na confiança nas potencialidades da jurisdição no cumprimento dos conteúdos constitucionais, fenômeno europeu que se irradiou por todo o Ocidente¹⁹³.

Há quem se refira, como Perez Luño, à idéia de “direito judicial”, caracterizado pelo protagonismo dos magistrados na elaboração do Direito, que resulta da necessidade de adaptar o sistema jurídico às exigências das transformações sociais, ainda que em prejuízo do princípio liberal da segurança jurídica¹⁹⁴.

¹⁹¹ BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. BERCOVICI, Gilberto *et al.* **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 75-150, p. 109 e 112.

¹⁹² MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Recife: Universitária (UFPE), n. 11, p. 125-156, 2000, p. 126.

¹⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “justicia constitucional”. **Revista Española de Derecho Constitucional**, a. 6, n. 17, p. 9-47, mayo/ago. 1996, p. 14-15.

¹⁹⁴ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?. PEREZ LUÑO, Antonio E. (coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 11-52, p. 14.

A importância do Judiciário pode ser atribuída ao próprio Estado Social e sua perspectiva de intervenção nas relações sociais, instrumentalizada a partir dos procedimentos jurídicos. Neste modelo institucional, o Direito prepondera sobre as demais formas de controle social, fazendo do Judiciário, instância monopolizadora da interpretação jurídica nos moldes tradicionais, o foco das expectativas políticas e sociais¹⁹⁵.

Como alerta Cappelletti, o papel protagonista do Direito e do Judiciário inaugurado pelo Estado de Bem-Estar tende a permanecer como uma exigência da sociedade, diante dos inúmeros conflitos oriundos da evolução tecnológica, como a regulação da atividade empresarial, os direitos dos consumidores e a garantia de preservação do meio-ambiente¹⁹⁶.

Na verdade, o Judiciário passou a “regular o circuito da negociação política”, ao controlar a constitucionalidade dos atos de governo e até privados. Passou a ser responsável, ainda, pela manutenção do “caráter democrático das regulações sociais”¹⁹⁷. Os magistrados, no julgamento das questões constitucionais, acabam por decidir, indiretamente, sobre os fundamentos da organização social¹⁹⁸.

No Brasil, diante das promessas constantes no texto constitucional e das dificuldades em sua efetivação, o recurso às instituições jurídicas mostrou-se uma consequência quase que natural da adoção do Estado Democrático e Social. Os movimentos sociais, respaldados pela doutrina constitucional comprometida

¹⁹⁵ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 20.

¹⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Safe, 1993, p. 133.

¹⁹⁷ CAMPILONGO, Celso. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 49.

¹⁹⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do Poder Judiciário. FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e justiça: a função social do Poder Judiciário**. São Paulo: Ática, 1997, p. 123-144, p. 138.

com as finalidades constitucionais, vêem no Direito uma ponte de acesso às prestações típicas de um Estado Social¹⁹⁹.

Assim, o papel ativo do Poder Judiciário na tutela dos parâmetros constitucionais, assegurando a eficácia dos direitos prestacionais, é defendido por expressivos constitucionalistas. No Brasil, destaca-se Andreas Krell que, combatendo alguns dos argumentos levantados contra a atuação judicial, mostra que a noção de uma cidadania reivindicatória pode sim ser compatibilizada com uma instituição apta a cumprir sua função constitucional²⁰⁰.

Isto porque, enquanto os outros poderes são justificados pelos processos eleitorais, o Judiciário extrairia sua legitimidade da realização dos fins prescritos no art. 3º da Constituição Federal de 1988²⁰¹. Referido dispositivo seria norma de direito material programática em relação à jurisdição e ao direito processual.

Esta é a posição de Jônatas Moreira de Paula, que afirma que os princípios do mencionado dispositivo constitucional são marcos do ordenamento, cujos fins constituem paradigma essencial para a interpretação e concretização da Constituição. Sob tal parâmetro, quando a questão submetida à apreciação diz respeito àqueles fins, deveria o Judiciário discutir a atuação da Administração Pública, uma vez que o multicitado art. 3º preconiza um fim a ser atingido, o que excluiria a neutralidade na sua atuação²⁰².

¹⁹⁹ FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 53-96.

²⁰⁰ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Safe, 2002, p. 15.

²⁰¹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

²⁰² PAULA, Jônatas Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**. Barueri: Manole, 2002, p. 57-61.

Os fins previstos na Constituição constituiriam, desta forma, vetores para as decisões judiciais, trazendo a necessidade de que o Judiciário atribua a maior eficácia possível aos direitos fundamentais²⁰³.

O juiz não poderia limitar-se a declarar um direito material. Se necessário for, deve constituir o direito objetivo, protetivo de direito subjetivo, que passa a ser eficaz em virtude da possibilidade de ser cometida uma sanção jurídica. Considera-se, deste modo, o processo como instrumento de efetivação da ordem jurídica, pois é através dele “que se confere eficácia forçada a direitos materiais espontaneamente ineficazes”²⁰⁴.

3.3.2 A discussão da legitimidade democrática do Poder Judiciário

A discussão da legitimidade do Poder Judiciário, como todo o debate sobre sua importância nos quadros das constituições dirigentes e comunitário-democráticas, é hoje um dos principais temas da Teoria da Constituição.

As repercussões em torno da viabilidade da alargada influência do Judiciário geralmente gravitam em torno do problema de sua legitimação democrática, da Separação de Poderes e, por fim, da sua responsabilidade perante a sociedade. Isto porque o Judiciário não tem respaldo popular para, no julgamento das atividades dos outros poderes, interpretar e escolher os valores inegociáveis²⁰⁵.

²⁰³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: volume IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 283-284.

²⁰⁴ PAULA, Jônatas Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**. Barueri: Manole, 2002, p. 51; 112.

²⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “justicia constitucional”. **Revista Española de Derecho Constitucional**, a. 6, n. 17, p. 9-47, mayo/ago. 1996, p. 22-23, p. 45.

A “centralização da ‘consciência’ social na Justiça”, em prejuízo das formas tradicionais de representatividade democrática, é objeto das críticas de autores como Ingeborg Maus²⁰⁶.

Por não ser um poder majoritário, o controle dos demais poderes pelo Judiciário vai de encontro à própria noção de democracia. Isto porque escolhas importantes, como as que implicam no alocamento dos recursos públicos, teriam sua decisão final concentrada no poder não sujeito ao procedimento eleitoral, em detrimento dos legitimados democraticamente.

Para alguns autores, os juízes devem restringir-se à avaliação da compatibilidade das leis com a Constituição, numa visão negativa das funções judiciais quadros do Estado Democrático. Não podem, assim, emitir normas substitutivas das declaradas inconstitucionais, ainda que provisoriamente, ou ditar ao legislador as normas que deve emitir para substituí-las. Sua atuação é limitada pela “reserva do legislador”. O mesmo ocorre com as omissões inconstitucionais, que devem ser verificadas, mas não supridas. O juiz constitucional deve ter consciência, por conseguinte, de que “é um contralegislador, não um legislador”²⁰⁷.

Em contrapartida, os defensores da legitimidade do Judiciário direcionam suas energias à crítica do modelo de representação política tradicional. Cappelletti, a partir das considerações de Martin Shapiro, relembra que o desejado consenso nem sempre é obtido pelos poderes majoritários. Tendo em vista que, em muitos casos, as decisões políticas do governo não espelham a opinião dos cidadãos, ou que, a despeito da maioria, constituem-se em violações aos direitos

²⁰⁶ MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Recife: Universitária (UFPE), n. 11, p. 125-156, 2000, p. 128-129.

²⁰⁷ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. MOREIRA, Vital *et al.* **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 177-198, p. 196-198.

fundamentais, não seria possível opor a legitimidade da atuação destes poderes ao Judiciário recorrendo-se ao viés democrático.

É nesta esfera, como afirma Laporta, que reside a maior contraposição entre democracia e constitucionalismo.

Isto porque a atuação judicial é defendida por parte dos doutrinadores a partir dos dispositivos do texto constitucional, em que determinadas questões – as cláusulas pétreas – seriam subtraídas da discussão política, de forma a garantir a manutenção da viabilidade do projeto democrático. Definidas, no texto constitucional, regras que acordam uma auto-censura estratégica das deliberações majoritárias para evitar divisões irreconciliáveis, são protegidos geralmente os direitos fundamentais e os mecanismos institucionais que possam se condição para a garantia destes direitos, tais como a Separação de Poderes²⁰⁸.

A determinação desta esfera inegociável a justificar a atuação das cortes constitucionais, como se pode imaginar, é bastante questionada, ainda que se refira a questões que afetariam a própria instituição da representação. Para Vidal Gil, implica numa considerável limitação aos princípios do relativismo, tolerância e autonomia sobre os quais se assenta o regime democrático, convertendo-se numa séria ameaça para sua legitimidade²⁰⁹. Ademais, a viabilidade das democracias nas sociedades plurais dependeria de uma certa restrição da liberdade dos grupos minoritários, especialmente nas questões que não estejam diretamente relacionadas com o núcleo fundamental de direitos²¹⁰.

²⁰⁸ LAPORTA, Francisco J. El ámbito de la constitución. **Doxa**, n. 24, 2000, p. 459-484. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_18.pdf. Acesso em: 29 nov 2005, p. 465-477.

²⁰⁹ VIDAL GIL, Ernesto J. Justificación de la democracia y límites a la decisión por mayorías. **Doxa**, n. 15-16, v. I, 1994, p. 227-241. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/volI/doxa15_11.pdf. Acesso em: 29 nov 2005, p. 240.

²¹⁰ GARZÓN VALDÉZ, Ernesto. El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 12, abr./2000, p. 7-34. Disponível

Ainda sobre o problema da manutenção da supremacia do sistema político, deve-se salientar que os mecanismos de escolha dos membros das cortes constitucionais, geralmente recrutados pelo Executivo²¹¹, trazem a possibilidade de que a composição do tribunal representasse a corrente política e ideológica preponderante num dado momento. A Corte seria, assim, um “componente da aliança política dominante no país”. Referido argumento, também proposto por Cappelletti, desta vez inspirado na obra de Robert Dahl, pode ser objeto de severos questionamentos, ao vincular o problema da legitimidade judicial ao Executivo, poder que já conduz, naturalmente, o processo político²¹².

Por fim, destaque-se que o Judiciário tem precisamente a função de controlar os demais poderes hipertrofiados. Como poder de garantia, a partir do tradicional sistema de *checks and balances*, assegura a própria continuidade do processo democrático. Assim, sua legitimidade estaria assentada na capacidade de garantir as condições de efetivação dos procedimentos substancialmente democráticos.

A concentração de funções no Judiciário também seria criticável sob o ponto de vista da responsabilidade dos seus membros. Com efeito, é o único poder que tem a prerrogativa de, a partir da interpretação do texto constitucional, determinar sua própria competência. Em contrapartida, os cidadãos não dispõem de mecanismos de controle sobre a função judicial decorrentes de previsão constitucional expressa, como ocorre com os outros poderes.

em:

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371963233495974102257/isonomia12/isonomia12_01.pdf. Acesso em: 30 nov 2005, p. 20.

²¹¹ A Constituição Brasileira adotou este modelo de nomeação, em seu art. 101, que dispõe: “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

²¹² CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Safe, 1993, p. 94-97.

Para Cappelletti, a responsabilidade dos juízes pode ser verificada em função dos muitos vínculos que os conectam com seu tempo e a sociedade da qual fazem parte. Tais vínculos, obviamente, podem se acentuar diante da forma de nomeação dos juízes, que depende de cada ordenamento jurídico. O procedimento judicial, para o autor, é por natureza altamente participativo, pois está baseado em casos reais e só pode ser exercido nos limites estabelecidos pelas partes interessadas. Isto sem falar nos controles exercidos pela opinião pública. Pode-se afirmar, assim, uma responsabilidade judicial não política ou legal, mas social²¹³.

Outrossim, a interpretação do Direito, como visto nos tópicos sobre a constituição democrática e comunitária, não é privativa do Judiciário²¹⁴. Executivo e Legislativo, no âmbito estatal, também concretizam a Constituição. O Executivo, inclusive, determina o conteúdo da legislação ordinária. Já os cidadãos, mediante o processo de deliberação pública e nas suas atividades privadas, também participam do processo público de compartilhamento do objeto constitucional.

Alguns autores questionam essa exigência de politização da magistratura. Por ser guardião ético dos princípios jurídicos, a neutralização política do Judiciário asseguraria a prudência. Como expõe Tercio Ferraz, com a responsabilização da instituição pelas finalidades do Estado, a atividade jurisdicional passa a ser “regida por relações de meio e fim”, o que chega a afetar, de alguma forma, o conteúdo “moral” do direito.

O Judiciário não estaria apto a dividir, com os demais poderes, a carga política do sucesso dos programas normativos impostos, diante próprias

²¹³ CAPPELLETTI, Mauro. ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “justicia constitucional”. **Revista Española de Derecho Constitucional**, a. 6, n. 17, p. 9-47, mayo/ago. 1996, p. 38-39.

²¹⁴ FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: interpretation as political process**. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 231-276.

características da sua atuação, uma vez que suas “decisões são programadas, mas não programantes”, e só pode agir quando provocado.²¹⁵

Maus questiona a introdução de conteúdos morais na atividade jurisprudencial, pois, além de legitimar a atividade dos juízes, presta-se a liberar a justiça de qualquer vínculo que assegure sua efetiva sintonia com a vontade popular. É o que ocorre quando a justiça passa a tratar seus próprios pontos de vista morais como regras jurídicas, podendo transformar em matéria juridicamente relevante qualquer tema, mesmo os que eram deixados, em acordo com a concepção liberal, à “problematização social imanente”. Assim, tende-se ao desaparecimento dos “espaços jurídicos autônomos”, ampliando-se a esfera do decidível por critérios jurídicos, aos quais o formalismo jurídico compunha-se em barreira.²¹⁶

Como se vê, a legitimidade da atuação do Judiciário enquanto realizador das exigências baseadas no texto constitucional não é vista de maneira unânime. Critica-se ainda a atividade judicial quando extrapola os limites do direito, inserindo-se nas discussões antes relegadas à solução privada, interferindo no âmago das relações sociais. As maiores dificuldades no relacionamento com os demais poderes, porém, resultam das decisões de grande alcance político, como as pertinentes ao controle de constitucionalidade²¹⁷.

²¹⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Recife: Universitária (UFPE), n. 11, p. 345-359, 2000, p. 354-358.

²¹⁶ MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Recife: Universitária (UFPE), n. 11, p. 125-156, 2000, p. 135;154.

²¹⁷ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 47-48, LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 22, p. 9-51, ene./abr. 1988, p. 46-50.

3.3.3 Da preponderância do Judiciário frente aos demais poderes: a auto-limitação da jurisdição e o estabelecimento de novos mecanismos de relacionamento

Esta inclinação ao agigantamento das funções jurisdicionais tem permitido ao Poder Judiciário tomar decisões que tradicionalmente são da alçada dos outros poderes, a partir do controle das atividades destes. A Constituição 1988, por sua vez, não destoa da tendência mundial, conferindo ao Supremo Tribunal Federal e aos juízes ordinários o controle e a mediação nos embates entre as instâncias políticas.

Ressalte-se que diferentemente de outros sistemas, a Constituição Brasileira, além de definir o Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do Poder Judiciário, também o encarrega do controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos. Diante deste fato, Dantas conclui que o Judiciário ocupa posição privilegiada frente aos demais poderes, acentuada por deter a prerrogativa de, em última instância, dar a palavra final sobre seus próprios atos²¹⁸.

Assim, a partir do momento em que o Judiciário passou a ter poder sobre o Legislativo e o Executivo, sendo-lhe permitido anular os seus atos sob o irrefutável argumento de defender a Constituição, os fundamentos do relacionamento e da coordenação entre os órgãos do Estado foram alterados. E no exercício do controle de constitucionalidade, ao emitir seus pronunciamentos, o Judiciário insere-se nos campos tradicionalmente resguardados à atividade política²¹⁹.

²¹⁸ DANTAS, Ivo. **Constituição & processo (vol. I)**: introdução ao direito constitucional processual. Curitiba: Juruá, 2003, p. 259.

²¹⁹ Lowenstein pondera que: “Quando os tribunais proclamam e exercem seu direito de controle, deixam de ser meros órgãos encarregados de executar a decisão política e se convertem por direito

São defendidas, neste sentido, novas hipóteses de controle da atividade do Poder Executivo. Além disso, à função judicial ainda caberia, na interpretação da legislação, corrigir possíveis equívocos no exercício da função legislativa, no confronto da legislação ordinária com os parâmetros constitucionais²²⁰.

Certamente que a ingerência do Judiciário nas questões de cunho político provoca reações entre legisladores e administradores, que questionam a atividade jurisdicional por uma série de fatores, a serem delineados no próximo tópico.

De outra parte, pode-se argumentar que o incremento da função judicial, produto direto do alargamento da intervenção do Estado nas relações sociais e econômicas, colaboraria com a adaptação da atividade estatal às novas exigências contemporâneas. O controle dos demais poderes tem a finalidade de adequar sua atuação aos parâmetros constitucionais, de modo a assegurar o respeito aos valores da democracia e dos direitos fundamentais. Nesta seara, é possível falar, desde já, num aspecto positivo desta crescente intervenção do Judiciário na atividade estatal.

Se é consenso entre os doutrinadores a crise dos sistemas de representação democrática tradicionais, o Direito constituiria um dos meios de controle popular da atividade estatal, através dos seus procedimentos, especialmente dos alargados poderes concentrados na função de governo.

Neste sentido, podem ser verificados os impactos das decisões judiciais sobre os mais diversos temas. Os reflexos do controle judicial das políticas

próprio num detentor de poder semelhante, quando não superior, aos outros detentores do poder instituídos”. LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1976, p. 309.

de governo e dos atos da vida econômica em geral, por exemplo, são bastante questionados pela doutrina. E o mesmo ocorre quando uma questão política relevante, sobre a qual ainda não há consenso, é submetida ao Poder Judiciário, para avaliação de seus pressupostos.

Como pondera Faro de Castro, deve-se considerar a possibilidade de que decisões tomadas por autoridades do Executivo causem injustiças extremas, ainda que respeitem uma determinada interpretação de textos legais infraconstitucionais relevantes²²¹. Todavia, admitida a apreciação judicial destas medidas diante dos dispositivos constitucionais, é inegável que este poder acabaria por dar a última palavra sobre os fundamentos da atuação do governo.

Tremps atenta para a hipótese de que um tribunal, diante da posição superior da constituição, estenda sua atuação de modo a prejudicar os demais operadores jurídicos, especialmente o legislador e os tribunais ordinários. Assim, o jurídico acabaria por sufocar as próprias estruturas do sistema político²²².

Logicamente, a discussão sobre os impactos destas decisões é bastante acalorada. Ao mesmo tempo, a postura comum às Cortes Constitucionais e aos tribunais em geral é a de evitar tais confrontos. Os tribunais, ao redor do mundo, reconhecendo as dificuldades e limitações da sua atividade, como a possibilidade de que os Governos e Parlamentos simplesmente descumpram suas decisões, quando estas interferem no núcleo das suas competências tidas como essenciais, optam por

²²⁰ SCHNEIDER, Hans-Peter. Jurisdicción constitucional y separación de poderes. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 5, p. 35-61, mayo/ago. 1982, p. 46.

²²¹ CASTRO, Marcos Faro de. A administração da justiça e seus reflexos na economia. **Revista CEJ** (Conselho de Estudos Judiciários da Justiça Federal), n. 17, p. 10-18, abr./jun. 2002, p. 10.

²²² O autor, porém, lembra que sempre restará como remédio jurídico último a modificação do sistema por ação do poder constituinte. TREMPs, Pablo Pérez. **Tribunal constitucional y poder judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 272-273.

uma postura mais tímida no exercício da sua função, também conhecida pela doutrina norte-americana do “*self restraint*” judicial²²³.

De modo a manter sua independência judicial, as Cortes, quando vislumbram a hipótese de que sua decisão constitua empecilho intransponível para as escolhas realizadas pelos demais atores políticos, assumem uma posição “estratégica”, no sentido de acomodar os entraves externos e, paralelamente, perseguir seus próprios entendimentos da Constituição²²⁴.

É uma espécie de autolimitação dos tribunais constitucionais, balizada pela observância ao princípio da Separação de Poderes, com vistas à garantia da “racionalidade” das decisões. Hans-Peter Schneider, ao avaliar tal restrição do alcance da interpretação na experiência constitucional alemã dos anos 60 e 70, mostra que esta geralmente ocorre sob os argumentos da liberdade de configuração do legislador e da dicricionariedade do governante, sempre sob a perspectiva de não questionar os pactos políticos firmados²²⁵. O próprio tribunal, portanto, acabaria por respeitar a competência dos demais poderes, resguardando o núcleo essencial das suas atividades.

²²³ Diana Woodhouse, analisando a disputa entre o Parlamento Britânico e os juízes daquele país, afirma que tal contraposição seria inerente a qualquer sistema jurídico que prevê uma separação entre os poderes, ainda que esta seja imperfeita e apenas parcial, como assevera ocorrer na Inglaterra. Porém, tradicionalmente, a tensão tem sido evitada tanto pelos juizes quanto pelo próprio Parlamento. No caso dos juizes, estes se mostram preocupados em justificar a revisão das decisões do gabinete mediante a deferência a princípios e à soberania do Parlamento. Porém, os conflitos entre eles mostram-se inevitáveis quando o governo e os juízes caminham em direções opostas. WOODHOUSE, Diana. Politicians and judges: a conflict of interest. **Parliamentary Affair**: a journal of comparative politics. Oxford: Oxford University Press, vol. 49, n. 3, p. 423-440, jul. 1996, p. 423; 439.

²²⁴ WHITTINGTON, Keith E.. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. **International Journal of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press; New York: New York University School of Law, v. 1, n. 3, p. 446-474, jul. 2003, p. 446-447.

3.3.4 A independência do Poder Judiciário como requisito para a manutenção da democracia e dos direitos fundamentais

Como visto, a afirmação de uma real independência do Judiciário é um problema político complexo, que decorre da própria inserção da função jurisdicional no campo das discussões políticas, sobretudo porque as instituições sociais e políticas freqüentemente tornam a vida mais difícil para quem possui o poder político²²⁶, tema a ser abordado mais adiante.

As repercussões da função judicial na atuação dos outros poderes, que podem chegar ao ápice da invalidação de políticas públicas capitais para a continuidade de determinado projeto político, ou ter sérias conseqüências na execução dos orçamentos públicos cada dia mais limitados na sua capacidade de investimento, certamente trazem aos “prejudicados” o interesse em limitar a independência judicial.

Não são despropositados os muitos instrumentos de garantia do exercício da função judicial, que geralmente gozam de *status* constitucional. A Constituição de 1988, por exemplo, dotou o Judiciário de amplas garantias, tais como a vitaliciedade e a inamovibilidade dos seus membros e a irredutibilidade de seus subsídios, como decorre do art. 95 da Constituição de 1988. Saliente-se que, juntamente com as garantias são impostas algumas limitações aos magistrados, todas com vistas a assegurar, também, a independência dos membros da instituição²²⁷.

²²⁵ SCHNEIDER, Hans-Peter. Jurisdicción Constitucional y Separación de Poderes. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 5, p. 35-61, mayo/ago. 1982, p. 58-61.

²²⁶ WHITTINGTON, Keith E.. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. **International Journal of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press; New York: New York University School of Law, v. 1, n. 3, p. 446-474, jul. 2003, p. 446.

²²⁷ “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

A independência do Poder Judiciário, que se reveste dos mais variados aspectos, é requisito indispensável do Estado Democrático de Direito, em que pese as críticas sobre a sua atuação. Trata-se de assegurar, assim, a liberdade para que os juízes sejam comparativamente livres das preocupações pelas preferências políticas ou entendimentos constitucionais dos demais atores políticos.

Esta necessidade de independência do Judiciário é diretamente proporcional às inúmeras expectativas em torno da sua atuação. Entretanto, ainda que estas atribuições não correspondam à experiência concreta, sua inserção nos quadros da modernidade implica no fortalecimento da jurisdição, para que contribua para a formação e evolução do direito²²⁸.

Neste sentido, a manutenção do processo democrático depende de um Judiciário livre de imposições, pois a garantia dos direitos fundamentais e dos mecanismos institucionais de controle do poder político, horizontais e verticais, pressupõe uma instância decisória afastada das inconstâncias do processo político majoritário, a salvaguardar os direitos das minorias excluídas dos processos decisórios.

Talvez por isso, da análise da experiência constitucional brasileira, seja plausível concluir que a independência do Poder Judiciário sofreu abalos justamente nos momentos de suspensão da ordem democrática²²⁹.

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.” (grifo acrescido)

²²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Safe, 1993, p. 115.

²²⁹ SADEK, Maria Tereza. *A organização do Poder Judiciário no Brasil*. SADEK, Maria Tereza (org.). **Uma introdução ao estudo da justiça**. São Paulo: Sumaré, 1995, p. 9-16, p. 14.

CAPÍTULO IV

A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO A PARTIR DOS FUNDAMENTOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E REDISCUSSÃO DO PAPEL DA MAGISTRATURA

4.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS: O PROBLEMA DA ATUAÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO NO BRASIL

4.1.1 A disputa por posições constitucionais e o empenho pela efetividade do caráter emancipatório da Constituição de 1988

4.1.2 Pressupostos da atuação política do Poder Judiciário no Brasil

4.1.3 Características gerais do conceito de Judicialização da Política na obra de Tate e Vallinder

4.1.4 A discussão da judicialização da política e das relações sociais no Brasil

4.1.5 Das críticas à noção de Judicialização da Política: necessidade de avaliação das circunstâncias políticas e sociais para o estudo do fenômeno

4.2 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A REDISCUSSÃO DO PAPEL DA MAGISTRATURA

4.2.1 O Poder Judiciário no centro do debate sobre a hegemonia na interpretação do texto constitucional

4.2.2 Breve análise da interpretação dos dispositivos constitucionais pelo Judiciário: a opção por não controlar a atividade dos demais poderes

4.2.3 Crise do Judiciário: a polarização da magistratura a partir da discussão sobre sua atuação política

4.2.4 A rediscussão da função judicial a partir dos parâmetros dos direitos fundamentais e da democracia na Constituição de 1988

CAPÍTULO IV

4.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS: O PROBLEMA DA ATUAÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO NO BRASIL

4.1.1 A disputa por posições constitucionais e o empenho pela efetividade do caráter emancipatório da Constituição de 1988

4.1.2 Pressupostos da atuação política do Poder Judiciário no Brasil

4.1.3 Características gerais do conceito de Judicialização da Política na obra de Tate e Vallinder

4.1.4 A discussão da judicialização da política e das relações sociais no Brasil

4.1.5 Das críticas à noção de Judicialização da Política: necessidade de avaliação das circunstâncias políticas e sociais para o estudo do fenômeno

4.1.1 A disputa por posições constitucionais e o empenho pela efetividade do caráter emancipatório da Constituição de 1988

No capítulo anterior foi possível constatar que o Judiciário tornou-se o centro das atenções dos debates sobre o Direito Constitucional. Paralelamente às vias políticas, os grupos sociais vêem no Judiciário mais um instrumento na disputa pela hegemonia na interpretação dos dispositivos constitucionais.

A discussão sobre os conteúdos constitucionais encontra amparo no texto da Constituição de 1988, que adotou uma perspectiva comunitária na sua opção pelos mecanismos da democracia representativa e participativa. Ademais, a previsão dos meios de canalização das expectativas da “comunidade de intérpretes” da Constituição, tais como o amplo rol de legitimados a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade e os mecanismos de defesa popular dos direitos coletivos e difusos (Ação Civil Pública e Ação Popular) ou ainda, as amplas possibilidades de reclamações aos poderes públicos, permitem dizer que o texto constitucional previa, inclusive, os futuros embates sobre seu conteúdo.

O caráter comunitário-democrático da Constituição Brasileira, de certa forma, traz a dimensão política para a discussão sobre sua perspectiva dirigente. Ao lado da determinação de fins ao Estado, como os fundamentos previstos em seu art. 3º, o constituinte atribuiu às gerações futuras os embates sobre os meios da intervenção do Estado, sempre sob a observância dos direitos fundamentais e do ideal democrático. A experiência constitucional brasileira, numa sociedade caracterizada por uma histórica desigualdade de renda e pelo déficit democrático, não poderia prescindir das garantias iniciais para efetivação do seu intento redistributivo.

O constituinte, ao adotar um certo grau de relativismo em alguns dos seus preceitos, reconheceu que a Constituição, nas sociedades ditas pluralistas – das quais a brasileira constitui inquestionável exemplo –, não poderia estabelecer um projeto pré-determinado de vida em comum, mas assegurar as condições de realização deste projeto.

Logicamente que, em vista da positivação de princípios de conteúdo mais aberto e da constante remissão à posterior regulamentação em lei ordinária das questões constitucionais mais palpitantes, a efetivação das promessas exprimidas na Carta Constitucional também foi delegada para um momento posterior, na expectativa de que os arranjos políticos permitissem sua concretização. E, como já afirmado nesta dissertação, as esperanças em torno do resultado destes arranjos dependiam do ponto de vista defendido.

A Constituição, assim, é vista como uma plataforma a garantir a legitimidade para que cada um dos setores sociais inicie a competição para imprimir ao Estado uma orientação²³⁰. E cada setor representa uma determinada interpretação do direito, alinhada com seus interesses. No caso brasileiro, é possível

vislumbrar dois caminhos interpretativos na experiência posterior à promulgação da Constituição, na existência de setores que discordam das diretrizes do novo texto e outros que procuram retirar do texto constitucional toda a carga eficaz possível. Os primeiros recorrem às "teses e interpretações despistadoras", e apoiados na tradição privatista, passam a supervalorizar os textos infraconstitucionais. Já os segundos partem em busca da efetividade, enfatizando os os valores e princípios consagrados do texto.

Desde a promulgação da Constituição, os dois grupos destoantes capitanearam o debate sobre os conteúdos do texto. Há quem defenda até a existência de um "movimento político teórico" sem precedentes na história jurídica brasileira - o "constitucionalismo brasileiro da efetividade". O objetivo deste movimento de dimensões jurídica e política é o de desenvolver mecanismos dogmáticos e processuais para efetivação do texto constitucional, a partir da visualização do caráter emancipatório do seu texto²³¹.

A luta pela concretização das normas constitucionais no Brasil encontrou considerável reforço na doutrina jurídica, influenciada pelas discussões teóricas principalmente européias, que já discutiam a primazia da Constituição desde o período de afirmação das suas cortes constitucionais. Obviamente, o debate europeu sofreu adaptações frente à realidade nacional, com o reconhecimento e combate ao formalismo jurídico que ainda repercute na formação dos juristas. Por outro lado, o histórico de desigualdade social e política da sociedade brasileira converteu-se num fator de reforço do empenho pela normatividade constitucional.

²³⁰ ZAGREBELSY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1999, p. 13-14.

²³¹ Para Souza Neto, tal movimento, que precede a promulgação da Constituição de 1988, só teria comparação, no Brasil, à discussão que resultou na definição do instituto do *Habeas Corpus*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da constituição, democracia e igualdade. BERCOVICI, Gilberto *et al.* **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1-73, p. 14; 15; 17.

Como afirma Streck, o Direito deve ser visto como um “campo necessário de luta para implantação de promessas modernas”, embora o autor reconheça que este esforço teórico pela legalidade não significa o abandono das lutas políticas nos Poderes Executivo e Legislativo e dos movimentos sociais²³².

O interessante no direcionamento ao campo da efetividade constitucional (principalmente dos direitos sociais) das esperanças progressistas de parte da doutrina brasileira é que a solução dos problemas brasileiros, até o início dos anos 90, era vista sob “um discurso mais alternativo, em alguns casos até anti-estatal”. Como bem observa Adeodato, “os acontecimentos posteriores os fizeram agarrar-se à Constituição, que se tornou uma espécie de âncora das novas esperanças bem-intencionadas”²³³. No mesmo sentido, Feitosa também critica os “exageros” na visão transformadora e até “messiânica” do texto e da jurisdição constitucional²³⁴.

4.1.2 Pressupostos da atuação política do Poder Judiciário no Brasil

Em vista deste reconhecimento no plano doutrinário das potencialidades da adoção de um modelo dirigente e democrático na Constituição de 1988, é possível verificar as repercussões deste fortalecimento do Poder Judiciário diante da experiência constitucional brasileira, marcada pela histórica prevalência do Poder Executivo como instância decisória.

²³² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 80.

²³³ ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites*. SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75-96, p. 88.

²³⁴ FEITOSA, Raymundo Juliano. *Quinze anos da Constituição de 1988: o “fetichismo” como limite às possibilidades de concretização da Constituição Federal de 1988*. SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 241-256, p. 246-247.

Como visto, os juízes, diante do Estado Social consagrado na Constituição de 1988, foram chamados para responder às demandas para efetivação das conquistas democráticas. O Judiciário, desde então, tem-se constituído no canal institucional para obtenção de decisões que demandam negociação política²³⁵, podendo ser verificado o “deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais²³⁶”. A idéia é compatibilizar a noção de cidadania reivindicatória com um Judiciário apto a cumprir sua função constitucional²³⁷.

Definidas as linhas mais amplas deste debate, no plano jurídico, com a descrição dos argumentos favoráveis e contrários à atuação judicial controladora das decisões dos poderes majoritários, confrontando-os com os dados da realidade política nacional, torna-se imperioso o estudo das conseqüências desta perspectiva “garantidora” de direitos constitucionais no plano das relações sociais e políticas.

Para tal mister, recorre-se ao conceito da judicialização da política, tema de discussão das ciências políticas e sociais, trazido ao Brasil na análise do fenômeno jurídico no momento de consolidação constitucional.

Judicialização da Política é o tema do trabalho de Neal Tate e Torbjörn Vallinder, “*The global expansion of judicial power*”, de 1995²³⁸, em que os autores traçam as características de um fenômeno ocidental de recrudescimento da interação entre Poder Judiciário e Política, a partir do estudo de casos.

²³⁵ FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil**: paradoxos, desafios, alternativas. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1996, p. 37.

²³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 128.

²³⁷ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Safe, 2002, p. 15.

²³⁸ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

Foram estudados os contextos jurídicos e políticos dos Estados Unidos, de países da Europa Ocidental, da Austrália, Estados da zona de influência da extinta União Soviética e até países da África e da América Latina, a partir da idéia de que expansão da concentração de poderes no Poder Judiciário e os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis seria decorrência da maior visibilidade dos Estados Unidos como modelo democrático²³⁹.

Diante da repercussão mundial do livro, o debate foi trazido ao Brasil. A publicação do texto “O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política”, de Marcos Faro de Castro²⁴⁰, foi o marco desta discussão em terras brasileiras, que foi posteriormente incorporada pela doutrina na análise do comportamento do Poder Judiciário e dos atores sociais e políticos brasileiros na determinação dos preceitos da Constituição de 1988.

A utilização dos instrumentos jurídicos, no Brasil, pode ser tida como produto direto da realidade descrita no capítulo anterior, de concentração de poderes no Executivo, de relativo enfraquecimento do Legislativo e, por fim, das expectativas baseadas no texto constitucional direcionadas ao Judiciário.

Pode-se afirmar, juntamente com as conclusões do trabalho de Vianna, que a definição de novas relações entre os poderes no Brasil é produto de uma série de circunstâncias, tais como a visualização do controle abstrato de normas como meio das minorias parlamentares e dos grupos atingidos pela reformas neoliberais do Poder Executivo de conter o avanço do poder. Atribui-se

²³⁹ VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995, p. 13-25, p. 22.

²⁴⁰ CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.

também à atuação do Ministério Público na utilização dos meios jurídicos de controle da Administração²⁴¹.

Mais importante, pode-se ver que a condução do Judiciário ao centro da discussão política pode ser creditada ao direcionamento dos grupos sociais marginalizados à reivindicação dos direitos constitucionais, acompanhado, em algumas hipóteses, pelo acolhimento destas pretensões pelo Judiciário.

4.1.3 Características gerais do conceito de Judicialização da Política na obra de Tate e Vallinder

A Judicialização da Política na obra de Neal Tate e Torbjörn Vallinder pode ser tida como a denominação do fenômeno de expansão do Poder Judiciário nas arenas decisórias políticas, típico das democracias contemporâneas.

Segundo os autores, podem ser verificados dois aspectos da judicialização da política. O primeiro decorreria dos controles que os tribunais exercem da atividade legislativa e executiva quando provocados, a partir dos fundamentos já descritos em capítulos anteriores. Já o segundo refere-se à influência que o procedimento judicial – caracterizado pela existência de duas partes opostas, pela decisão de um terceiro imparcial e pelas garantias da ampla defesa e do contraditório – passou a ter hoje na formulação dos procedimentos da Administração e dos Parlamentos de forma geral²⁴².

Mas, para que estas constatações fossem possíveis, Neal Tate ressalta a necessidade de que os atores institucionais aceitem, de alguma forma, estes

²⁴¹ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 43.

²⁴² TATE, C. Neal. Why the expansion of Judicial Power?. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995, p. 27-37, p. 28.

procedimentos. Assim, este novo papel da jurisdição depende da disposição dos juízes em aumentar seu âmbito de atuação, partindo para a discussão das atividades dos outros poderes. O autor também reconhece que, por vezes, quando o tribunal se exime de prolatar decisão sobre o tema, por questões de competência, pode haver um interesse político em manter o atual *status*. O mesmo ocorre na adoção de algumas das características do processo judicial nos procedimentos comuns dos demais poderes.

Além da disposição dos atores institucionais, Neal Tate afirma que determinadas condições políticas favorecem o processo de judicialização da política. O fenômeno, para o autor, decorre da conjunção entre democracia política, Separação de Poderes e garantia de um rol de direitos fundamentais. Destes, destacam-se as garantias de cunho político, que permitem aos cidadãos participarem dos procedimentos institucionais. Asseguram ainda que, se excluídos do processo decisório, possam recorrer às vias judiciais para assegurar o cumprimento dos direitos previstos.

Assim, a judicialização da política traz implícita a idéia de que o encaminhamento de expectativas políticas ao Judiciário é consequência primordial dos processos de desconsideração das minorias políticas nos procedimentos da democracia participativa. Vê-se, pois, que é privilegiada a questão política, e não social, na caracterização do conceito.

Na análise das possibilidades de adaptação do tema à realidade brasileira, Castro pondera que a aproximação entre direito e política é tão evidente na obra dos autores que chega a dificultar a distinção entre qual reivindicação é

respaldada pela crença na existência do direito ou a que seria decorrente de mero interesse político²⁴³.

Parte-se também da ineficiência dos mecanismos da democracia tradicional. Tate remete, na definição das linhas gerais do fenômeno, à possibilidade de que os tribunais constituam um meio de discussão das decisões políticas quando impossível o debate entre oposição e governo na arena pública, ou ainda, nos momentos em que o desacordo entre Executivo e Legislativo impede a condução das atividades políticas.

Por fim, o autor menciona a hipótese de que, chamados a decidir sobre um determinado tema cuja solução pode se mostrar desvantajosa politicamente, os titulares dos poderes majoritários deixem a questão em aberto, na espera de uma decisão judicial que ponha termo ao problema²⁴⁴.

4.1.4 A discussão da judicialização da política e das relações sociais no Brasil

Os estudiosos do problema da judicialização da política no Brasil concordam que os pressupostos adotados por Tate na sua teorização podem ser verificados aqui. Para a doutrina brasileira, a ocorrência de um processo de judicialização da política é consequência direta da adoção de um caráter democrático na interpretação da Constituição, mediante a previsão da participação de diversos agentes políticos e da sociedade no controle de constitucionalidade²⁴⁵.

²⁴³ CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997, p. 150.

²⁴⁴ TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power?. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995, p. 27-37, p. 28-36.

²⁴⁵ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 91.

Como visto, as minorias alijadas dos processos políticos passaram a ver no acesso ao Judiciário uma oportunidade de discutir os preceitos da Constituição de 1988, de modo a concretizar transformação social prevista. Também é fato que os limites entre reivindicação de direitos e interesses políticos é bastante tênue, especialmente quando se trata dos grupos historicamente excluídos da sociedade brasileira.

Na década de 90, a condução pelo Executivo de políticas econômicas a partir dos parâmetros neoliberais, que culminou no longo processo de reforma da Constituição, desvirtuou os mecanismos democráticos previstos no texto constitucional. Como pontua Sadek, a visibilidade da dimensão política do Judiciário é consequência do fato de que, nos últimos anos o país viveu momentos de ajustes econômico, político e social, adaptando toda a sua infra-estrutura às exigências do mercado internacional. Tais reformas, que alteraram características primordiais da sociedade brasileira, certamente seriam discutidas nas vias judiciais. Ademais, a autora defende que o próprio modelo institucional combina judicialização da política e politização do Judiciário²⁴⁶.

Mas a judicialização da política no Brasil apresenta suas singularidades diante do padrão vislumbrado por Tate. As peculiaridades brasileiras referem-se à utilização do Judiciário, num típico mecanismo da judicialização, pelos executivos estaduais e pela Procuradoria Geral da República para controlar as iniciativas dos legislativos estaduais. Para Vianna *et al*:

O prestígio e a legitimidade da judicialização da política no Brasil têm derivado bem mais do papel exercido por duas grandes figuras da Federação brasileira – os procuradores e os governadores – do que, propriamente, pela ação de minorias,

de grupos sociais temáticos ou étnicos. Pode-se dizer, portanto, que o caminho das minorias tem sido aberto e pavimentado por agentes que representam as maiorias – o governador e a Procuradoria, à medida que esta última, embora institucionalmente desvinculada do Poder Executivo, ainda exerce um papel freqüentemente próximo do seu repertório tradicional na história republicana.²⁴⁷

A atuação do Ministério Público na institucionalização jurídica dos conflitos de cunho político, todavia, não é unanimidade entre os autores. Arantes, no estudo das Ações Cíveis Públicas propostas pelo Ministério Público, descreve o papel da instituição, através da atuação dos seus membros, como paternalista, pois teria o intuito de promover a substituição das vias tradicionais de representação e reivindicação dos grupos sociais desfavorecidos pelo seu trabalho jurídico e de composição extrajudicial²⁴⁸.

Maciel e Koerner, partindo dos dados apresentados por Vianna, refutam estas conclusões, afirmando que o Ministério Público seria um dos instrumentos de canalização de expectativas, servindo de intermediário institucional para a solução das questões jurídicas. Afirmando ainda que a análise de Arantes não levou em conta o fato de que geralmente são os interessados que procuram o Ministério Público, legitimando sua atuação²⁴⁹.

²⁴⁶ SADEK, Maria Tereza A. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. **Opinião Pública**. Campinas, v. X, n. 1, p. 1-62, 2004, p. 8.

²⁴⁷ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 91.

²⁴⁸ ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo. Editora Sumaré, 2002, p. 129.

²⁴⁹ KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>>, p. 10. Acesso em: 12 mar 2005.

Os defensores da aplicabilidade do marco teórico da judicialização da política à realidade brasileira ainda trazem outra especificidade do processo de afirmação da Constituição de 1988. Os partidos minoritários, ao direcionar seus questionamentos ao Supremo Tribunal Federal, buscam integração na comunidade permanente de intérpretes do texto constitucional, em acordo com os moldes previstos em seu texto. Concretiza-se, com o recurso ao Judiciário, a possibilidade de constantes embates entre os grupos políticos opositores acerca da interpretação adequada dos preceitos constitucionais²⁵⁰.

Vianna *et al.*, na obra que avalia o problema da judicialização da política no Brasil, ainda traz a importante implicação do fenômeno de incorporação do direito ao cotidiano da vida brasileira – a judicialização das relações sociais.

Trata-se, em breves palavras, da constatação de que o Direito vem exercendo importante papel na regulação da sociabilidade e das práticas sociais. Alcança, de modo nunca visto, as questões de natureza privada, estendendo-se ao terreno das relações de família, patrimoniais, pessoais e até das relações econômicas e de consumo – objeto dos direitos coletivos e difusos. A judicialização das relações sociais seria mais um produto da “agenda igualitária e da sua interpelação por grupos e indivíduos em suas demandas por direitos, por regulação de comportamentos e reconhecimento de identidades”²⁵¹.

Ao lado da utilização das ações de cunho coletivo, verifica-se no Brasil um movimento razoavelmente consolidado de acesso à justiça, que permitiria

²⁵⁰ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 95.

²⁵¹ Os autores destacam que a judicialização das relações sociais constituiria um momento histórico de reconstrução da sociabilidade, afetada por anos de alternância entre autoritarismo e curtos períodos de democracia na recente história brasileira. Para eles, as ações coletivas (“*class action*”) acarretariam “um envolvimento do direito na própria construção da sociabilidade, na medida em que tais ações favorecem a formação de identidades e de núcleos de organização social, sem os quais não teriam como se viabilizar.” VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 150-151; 22.

a penetração dos procedimentos jurídicos na vida das camadas menos favorecidas, incrementando a busca pelo reconhecimento dos direitos. Foi a discussão do direito ao acesso à justiça que permitiu a previsão e consolidação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, tentativas de aproximação do Judiciário com as questões cotidianas dos brasileiros.

4.1.5 Das críticas à noção de Judicialização da Política: necessidade de avaliação das circunstâncias políticas e sociais para o estudo do fenômeno

A discussão da judicialização da política – e posteriormente, das relações sociais - no Brasil, a despeito da ampla divulgação do termo, é vista com reservas por alguns comentadores, tanto no que tange aos próprios pressupostos da teorização de Tate quanto à adaptação do tema na análise da atuação dos atores institucionais.

Inicialmente, as críticas são direcionadas à dimensão progressista da obra de Tate, que supõe o fenômeno caracterizado como uma espécie de evolução natural da afirmação das minorias nos contextos democráticos. O autor, na análise das características da judicialização, estaria voltado a uma concepção formal das atribuições e relações os poderes²⁵².

A tentativa de imprimir contornos ao fenômeno em sua escala global a partir da análise de casos pontuais também deixaria de lado as especificidades de suas causas num dado contexto. Como lembram Oliveira e Carvalho, o entendimento desta problemática hoje depende da avaliação da diversidade de causas que proporcionam a expansão do Judiciário nos temas reservados à política,

²⁵² KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>>, p. 10. Acesso em: 12 mar 2005, p. 17-19.

partindo-se de cada contexto social, de maneira a delimitar as conseqüências do tema naquela situação²⁵³.

A partir destas censuras à utilização do tema, Maciel e Koerner defendem que os estudos sobre o comportamento dos atores políticos brasileiros sejam comentados em vista das peculiaridades históricas e culturais da nossa sociedade. A partir destes dados seria possível verificar o fenômeno sob o “enfoque das dimensões intra e inter-institucionais assim como a relação entre o conteúdo das decisões e as expectativas dos sujeitos”, de modo a obter uma visão mais adequada do fenômeno²⁵⁴.

Em que pese o otimismo de parte da doutrina, também é indispensável, na análise da judicialização da política, discutir a receptividade da perspectiva substancialista nos quadros da própria magistratura, avaliando se, paralelamente ao direcionamento de expectativas dos cidadãos e até dos agentes políticos às vias judiciais, verifica-se a aceitação pelo Judiciário deste papel, em suas instâncias ordinária e superior.

Desde já, pode-se adiantar que pesquisa que abordou, dentre outros, o tema da judicialização da política entre os magistrados, conclui que estes não atribuem importância à discussão no que concerne ao seu trabalho, no plano geral. Após a análise dos dados coletados, Pinheiro finaliza que “a visão predominante

²⁵³ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. A judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Trabalho a ser apresentado no **Encontro Nacional da ABCP - Associação Brasileira de Ciência Política - Área Instituições Políticas - Paineis (1) – Direitos, Justiça e Controle** - 21- 24 julho 2004 – PUC – Rio de Janeiro. Disponível em: <www.cienciapolitica.org.br/Ernani_Carvalho.pdf>, 16-17. Acesso em: 20 maio 2005.

²⁵⁴ Nas conclusões de seu artigo, Maciel e Koerner reconhecem a insuficiência da teorização de Tate na análise institucional das relações do Judiciário com os demais atores políticos no Brasil, arrematando: (...)Fica, pois, a impressão de que quanto mais contextualizado o foco analítico, menos consistente e vantajoso parece ser o recurso ao conceito de judicialização para identificar dinâmica da expansão das fronteiras do sistema judicial e os seus efeitos institucionais.” KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>>, p. 10. Acesso em: 12 mar 2005, p. 17-19.

entre os magistrados é de que a ‘judicialização da política’ é provavelmente mais relevante para o sistema político do que para explicar os problemas com que se defronta o Judiciário”²⁵⁵

Todavia, não se pode desconhecer que a própria discussão destes temas, no Brasil, já é de todo modo um sinal de que o processo redemocratizador viabilizado pela Constituição de 1988 repercutiu na agenda da sociedade brasileira. É, como afirma Lobato, um “sinal da consolidação das nossas instituições democráticas”²⁵⁶. Porém, não se deve perder de vista o fato de que a “novidade” constituída pela atribuição deste importante papel ao Direito nas relações sociais e políticas não pode substituir a política e os seus instrumentos.

²⁵⁵ PINHEIRO, Armando Castelar Pinheiro. **Judiciário, reforma e economia**: a visão dos magistrados. Disponível em: http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf, p. 20. Acesso em: 20 maio 2005.

²⁵⁶ LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante Lobato. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba: UFPR, n. 17, p. 42-52, nov. 2001, p. 48.

CAPÍTULO IV

4.2 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A REDISCUSSÃO DO PAPEL DA MAGISTRATURA

4.2.1 O Poder Judiciário no centro do debate sobre a hegemonia na interpretação do texto constitucional

4.2.2 Breve análise da interpretação dos dispositivos constitucionais pelo Judiciário: a opção por não controlar a atividade dos demais poderes

4.2.3 Crise do Judiciário: a polarização da magistratura a partir da discussão sobre sua atuação política

4.2.4 A rediscussão da função judicial a partir dos parâmetros dos direitos fundamentais e da democracia na Constituição de 1988

4.2.1 O Poder Judiciário no centro do debate sobre a hegemonia na interpretação do texto constitucional

O Poder Judiciário, desde a década de 30, já exercia alguma influência na vida pública brasileira, respaldada pela legislação autoritária do Estado Novo. Referida importância, outorgada pelo Executivo, dava-se paralelamente ao processo de prevalência do Estado sobre a sociedade civil, inaugurado pela Constituição de 1937.

Tal autorização limitava-se à questão do controle social, que a partir de um projeto autoritário de educação cívica, tinha por fim conduzir a sociedade civil em direção à modernização econômico-social por meio da expansão dos domínios jurídicos²⁵⁷. O modelo histórico brasileiro de inserção do Judiciário, deste modo, não implicava no reconhecimento de uma dimensão autônoma a este poder.

²⁵⁷ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

A Constituição de 1988 constitui o momento de ruptura com essa tradição, ao afirmar o Judiciário como um dos protagonistas no quadro institucional brasileiro. O movimento de direcionamento ao Direito e às vias judiciais das expectativas de cidadania – aceito ou não o parâmetro teórico da judicialização da política –, conduziu a instituição ao centro do debate político. Também foi reforçado o papel do Judiciário na arena política, constituindo-o numa espécie de “instância superior de resolução de conflitos entre legislativo e executivo e destes poderes com os particulares que se julguem atingidos por decisões que firam direitos e garantias consagrados na constituição”²⁵⁸.

Nos anos que se sucederam à promulgação do texto constitucional, as expectativas em torno da atuação do Judiciário recrudesceram. O comportamento institucional dos juízes ordinários, dos tribunais superiores e especialmente, do Supremo Tribunal Federal, também veio ao centro das preocupações públicas.

De um lado, estavam os que se preocupavam com a função de controle dos Poderes Executivo e Legislativo, que já estava de alguma forma delineada no próprio texto constitucional. Assim, a atuação do Judiciário, se conduzida no sentido da garantia dos direitos fundamentais, devidamente permeada pela perspectiva transformadora e redistributiva prevista na Constituição, significaria um obstáculo às pretensões políticas dos titulares dos demais poderes, legitimados democraticamente.

Na outra ponta, ficaram os grupos sociais historicamente excluídos, na expectativa de que o Judiciário assumisse a condução no processo de afirmação dos direitos constitucionais, bloqueando as tentativas de limitação do seu conteúdo, e também determinando, a partir do caráter dirigente do texto constitucional, o

²⁵⁸ SADEK, Maria Tereza A. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. **Opinião Pública**. Campinas, v. X, n. 1, p. 1-62, 2004, p. 8.

cumprimento dos direitos, considerando a já aguardada hipótese de omissão na sua efetivação.

Ao longo dos anos 90, o histórico papel protagonista do Executivo na condução do debate político brasileiro ganhou maior repercussão com a adesão ao projeto neoliberal, que implicava na redução das expectativas em torno do caráter redistributivo da Constituição. E a atuação do Judiciário passou a receber ainda mais atenção por parte dos dois grupos.

Como afirma Pinheiro, as reformas estruturais da década de 90, que implicaram em privatização, abertura comercial e desregulamentação, ao transferir “a responsabilidade pelo investimento e pela produção em setores extremamente dependentes de contratação (...), torna-os mais dependentes do apoio do Poder Judiciário”²⁵⁹. Assim, caberia aos juízes, além de apoiar as reformas promovidas, inclusive com alteração do texto constitucional, resguardar a liberdade de mercado.

E os partidos políticos minoritários e grupos sociais e políticos também recorreram ao Judiciário, com a pretensão de que este poder de alguma forma controlasse o processo de reformas, interpretando o texto constitucional no sentido de manutenção de suas características e ainda concretizando suas normas.

²⁵⁹ “A extensa presença estatal na economia tornava os contratos menos importantes, pois permitia decidir conflitos e impor regras pela via administrativa, sem a necessidade de se recorrer à Justiça. (...) Nossa pesquisa mostrou que a maioria dos juízes tem consciência de que essas reformas tornaram o seu trabalho mais importante, do ponto de vista econômico, com quase a metade dos magistrados concordando inteiramente com essa tese e um terço tendendo a concordar com ela. (Tabela 7.1).” É importante ressaltar, nas observações de Pinheiro, que o objetivo do trabalho aqui citado é “ajudar a compor um diagnóstico sobre os problemas do Judiciário que mais afetam a economia e a avaliar as iniciativas que podem tornar o Judiciário uma instituição mais eficaz e eficiente do ponto de vista econômico.” PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário, reforma e economia**: a visão dos magistrados. Disponível em: http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf, p. 20. Acesso em: 20 maio 2005.

4.2.2 Breve análise da interpretação dos dispositivos constitucionais pelo Judiciário: a opção por não controlar a atividade dos demais poderes

As expectativas em torno do Judiciário não tiveram, de imediato, correspondência na sua atuação. Na verdade, a previsão de competências típicas dos tribunais constitucionais ao STF, associada à eleição dos direitos fundamentais e Separação de Poderes como parâmetros na organização do Estado, não implicou em alterações significativas na estrutura e funcionamento deste poder²⁶⁰. O descompasso entre seu funcionamento e as exigências das sociedades contemporâneas é atribuído à manutenção de sua estrutura²⁶¹, constituindo exceção iniciativa como a consolidação dos Juizados Especiais.

Logo nos primeiros anos após a promulgação da Constituição, a atuação das instâncias ordinárias e do Supremo Tribunal Federal foi alvo de severas críticas por parte dos doutrinadores comprometidos com a efetividade constitucional.

São emblemáticos, neste sentido, os casos do Mandado de Injunção e do controle do uso abusivo pelo Executivo do instituto das Medidas Provisórias.

Com efeito, o Tribunal, no julgamento dos Mandados de Injunção (MI 168, 107 e 232), reduziu o instituto à mera ação de cunho declaratório da inconstitucionalidade da omissão normativa. A atuação do tribunal, na constatação de mora do Legislativo, limita-se a cientificar o órgão competente para que supra a omissão.

²⁶⁰ SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas**: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 131.

²⁶¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 6.

Tal interpretação foi decepcionante para parte da doutrina, que via na previsão do art. 5º, inciso LXXI²⁶², da Constituição, um importante instrumento para a garantia de direitos fundamentais.

Já no controle dos requisitos da relevância e urgência para utilização das Medidas Provisórias, exceção à função legislativa do Parlamento, a Corte fixou posição contrastante com o seu papel de controle. Desde o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 162, de 14.12.89, entende que “a ocorrência dos pressupostos de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias não estão de todo imunes ao controle jurisdicional, restrito, porém, aos casos de abuso manifesto, dado caráter discricionário do juízo político que envolve, confiado ao Poder Executivo, sob censura do Congresso Nacional”.

Cabe salientar que, freqüentemente, o STF justifica sua atuação e suas omissões, a partir de uma visão negativa - mas não garantística - do princípio da Separação de Poderes. Foi o que ocorreu, por exemplo, no Mandado de Injunção – QO 107 (RTJ 133/11), em que assentou a interpretação de que o art. 5º, § 1º, da Constituição, não permite ao Judiciário suprir a falta de norma legal necessária para que se concretize um direito fundamental, sob o argumento de “não caber ao Judiciário assumir tarefa que o regime democrático e o princípio da separação dos poderes reservam ao Legislativo”.²⁶³

No âmbito da jurisdição ordinária, pesquisa de Vianna e Burgos relata que os magistrados de primeira instância, na análise das ações populares e civis públicas, mostram-se receptivos ao uso destes instrumentos. Porém, quando convocados pelas partes para fiscalizar a atividade do Poder Executivo, os juízes

²⁶² “Art. 5º. (...)

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”

ordinários recuam na sua atuação. Como observam os autores, “o papel que o Poder Judiciário não se mostra inclinado a desempenhar é exatamente o que lhe foi conferido pela ordem liberal -, qual seja, o de facultar ao cidadão o direito de mobilizar o Judiciário como força complementar ao Poder Legislativo, e as suas instituições especializadas, como Tribunais de Contas, na função fiscalizadora da lisura do Executivo no trato com a coisa pública”²⁶⁴.

Com o fenômeno de Judicialização da Política, diante dos dados coletados na pesquisa de Vianna *et al*, especialmente a partir da segunda metade da década de 90, há quem sustente que o constante recurso às vias judiciais por parte dos atores políticos, ao participar do processo de interpretação dos conteúdos constitucionais, estaria reduzindo as resistências do Supremo Tribunal Federal em assumir suas atribuições.²⁶⁵

Concomitantemente, a assunção de novos papéis pelo Tribunal não é aceita de forma pacífica por parte da doutrina. Lima, por exemplo, identifica abusos na atuação do tribunal, precipuamente quanto ao controle das atividades das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI's) e outras funções parlamentares. Na análise desta questão específica, o autor aponta para o problema da atuação política das cortes constitucionais e sua conciliação com os institutos democráticos, como a participação popular e a eleição de representantes²⁶⁶.

²⁶³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *et al*. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 137.

²⁶⁴ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 337-491, p. 430-431.

²⁶⁵ VIANNA, Luiz Werneck *et al*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 53.

²⁶⁶ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judicialização da política e Comissões Parlamentares de Inquérito: um problema da teoria constitucional da democracia. SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 217-240, p. 239; 223.

Uma avaliação perfunctória da atuação do STF e do Poder Judiciário como um todo permite afirmar que este poder, nestes 16 anos de afirmação dos valores da Constituição de 1988, não correspondeu às expectativas criadas em torno da sua função.

Grande parte dos juristas brasileiros – mesmo se considerada a breve contraposição entre os que mostram favoráveis à dimensão política da jurisdição constitucional e os que discordam desta perspectiva, feita em tópico anterior – concorda com a timidez do Judiciário na adesão, contra o Executivo e Legislativo, ao projeto constitucional transformador.

Faro de Castro, no estudo casuístico das decisões do STF, confrontando-o com o conceito de judicialização da política, concluiu que o tribunal, à exceção das decisões tributárias, não desenvolveu jurisprudência no sentido de assegurar os direitos fundamentais, opondo-os às políticas governamentais²⁶⁷.

Há quem afirme, categoricamente, que “a maioria dos integrantes do Poder Judiciário brasileiro – especialmente seu órgão de cúpula – não vem atuando no sentido de concretizar o texto constitucional de 1988, antes o contrário”²⁶⁸.

Curiosamente, em detrimento da sua acanhada atuação no controle de constitucionalidade, o STF teve suas atribuições e competências ampliadas, mediante a promulgação da Lei n.º 9.868/99, que altera o procedimento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Constitucionalidade e Lei n.º 9.882/99, que regulamenta o instrumento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

²⁶⁷ CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997, p. 154.

Trata-se de problema que pode provocar acaloradas discussões sob o aspecto metodológico, uma vez que, ao lado deste alargamento de funções, algumas delas questionáveis a partir do parâmetro da Separação de Poderes, o constante recurso ao tribunal acarreta uma sobrecarga de processos, o que prejudica sua atividade. Inclusive porque além dos instrumentos do controle abstrato, o Tribunal também constitui o ápice do controle difuso de constitucionalidade.

Para Souza Junior, a morosidade do julgamento provocada pela sobrecarga de processos induz uma preocupação com as estatísticas, que redundam no acirramento da perspectiva formalista na análise dos processos. Assim, lides que poderiam implicar numa mudança de rumo interpretativo são rejeitadas a partir das questões processuais, em prejuízo da concretização constitucional. Diante de métodos específicos de interpretação constitucional, o tribunal passa a ser guardião da sua história constitucional, recorrendo aos seus próprios pontos de vista para fundamentar suas decisões.

Sob o prisma da sua atuação, a concessão de liminares no controle de constitucionalidade desvirtua, de certo modo, a função constitucional do STF. É o que aborda Souza Junior:

(...) a questão das liminares também pode ser analisada sobre o enfoque estratégico de um retardamento prospectivo da corte. Em determinadas questões de imprevisível reação por parte da opinião pública e dos demais poderes, o STF anuncia rapidamente seu entendimento provisório, na apreciação do pedido de liminar, porque sabe que, conforme as circunstâncias, nada o impedirá de voltar atrás no julgamento definitivo. (...) Todavia, em que pese o engenhoso

²⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito.

comportamento da Corte, é nociva ao sistema de controle esta demora na apreciação definitiva dos casos de inconstitucionalidade, gerando um estado de incerteza indesejável²⁶⁹.

É possível afirmar, assim, que mesmo diante da delimitação constitucional da sua atividade, o Judiciário brasileiro não corresponde de forma satisfatória às expectativas criadas em torno da sua função.

4.2.3 Crise do Judiciário: a polarização da magistratura a partir da discussão sobre sua atuação política

Diante dos questionamentos sobre a atuação do Poder Judiciário na afirmação da Constituição de 1988, alguns pesquisadores brasileiros voltaram-se à análise da instituição, de modo a entender os comportamentos e opiniões dos magistrados acerca da sua função.

Na discussão sobre as razões das críticas em torno da função jurisdicional, parte da doutrina acaba por reconhecer até mesmo uma falta de condições culturais da magistratura nacional para atender aos chamados do novo quadro institucional inaugurado pela Constituição de 1988.

Os próprios juízes afirmam que não estão preparados técnica e intelectualmente com o que é inédito²⁷⁰, especialmente as normas de cunho

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 118.

²⁶⁹ SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas**: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 132-134.

²⁷⁰ FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 56-65.

programático típicas dos Estados de cunho social, pois contam com uma cultura técnico-profissional defasada, com métodos formais de caráter lógico, sistemático e dedutivo. O formalismo na *práxis* jurídica é visto como um dos maiores impedimentos para a atuação prospectiva do Poder Judiciário no Brasil, a partir dos parâmetros dos direitos fundamentais e da nova visão do princípio da Separação de Poderes²⁷¹.

Entretanto, não é só o formalismo que impede que o Judiciário aja de acordo com as suas atribuições constitucionais. Boaventura de Sousa Santos constata que nos países periféricos e semi-periféricos a atuação dos juízes caracteriza-se por uma resistência em reconhecer a co-responsabilidade da magistratura para a consecução dos fins do *Welfare State*. Tal resistência seria resultado, nas palavras do autor português, de uma cultura jurídica que vê nos direitos sociais meros programas²⁷².

Assim, ainda quando os interesses dos grupos historicamente aliçados dos processos decisórios obtêm reconhecimento no texto constitucional, encontram no funcionamento das instituições estatais impedimentos centrais para efetivação dos seus direitos, como no Judiciário²⁷³.

A incapacidade de atender às inúmeras expectativas a ele direcionadas a partir da Constituição de 1988 provoca, entre os pesquisadores, a discussão sobre uma possível crise no âmbito do Poder Judiciário. Sadek lembra que as críticas ao Judiciário marcam os textos especializados, crônicas e debates parlamentares dos últimos quatro séculos. A novidade é que, nos últimos anos, a noção de crise tem-

²⁷¹ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Safe, 2002, p. 71.

²⁷² SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, a. 11, n. 30, p. 29-62, 1996, p. 44-45.

²⁷³ SADEK, Maria Tereza. **O Judiciário em debate**. São Paulo: Sumaré, 1995, p. 12.

se mostrado corriqueira entre os próprios juízes, grupo geralmente refratário aos questionamentos da sua atuação.

Destaque-se, neste sentido, pesquisa entre os magistrados, promovida pelo IDESP – Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, em 1993, e divulgada pela socióloga Maria Tereza Sadek, em que apenas 20,5% dos magistrados discordam totalmente da existência de uma Crise da Justiça. A grande divergência entre os juízes ocorreria a partir das causas desse fenômeno. Inúmeros fatores são alegados, como a falta de recursos materiais e humanos, os entraves processuais que perpetuam as lides no Judiciário, e muitos outros, geralmente de caráter formal.

As discussões sobre a existência de problemas na sua atuação trazem à lume a divisão da magistratura em dois grupos, tendentes à polarização. Tais grupos discordam em diversos aspectos, inclusive em relação à imagem projetada no âmbito social. Em oposição ao juiz “distante dos dramas do dia a dia”, ficariam aqueles que pregam uma dimensão política da magistratura, mediante o reconhecimento de um papel social²⁷⁴. A noção de um cisma entre os juízes constitui uma novidade, pois a magistratura sempre foi vista como um grupo homogêneo, fechado e distante da luta político-partidária.

Com esta polarização, o espaço do Judiciário se transforma em uma “mini-reprodução do atual cenário político-social brasileiro”, marcado pela ação coletiva e conflitiva dos vários atores sociais, cuja atuação é orientada pelo desejo de se apossar dos valores e orientações culturais da sociedade. Assim, as discussões empreendidas no âmbito judicial são apenas reproduções de embates ocorridos na esfera social, que acabam por se irradiar para a disputa pelo modo de dizer o direito nos tribunais.

Esta disputa revelaria uma luta simbólica entre os profissionais do campo jurídico, que canalizam seus esforços no sentido de mobilizar todos os meios argumentativos para fazer prevalecer o seu respectivo ponto de vista²⁷⁵. Sobre uma mesma questão podem ser vistas sentenças em sentidos opostos, devidamente respaldadas por normas do ordenamento, que refletem as inclinações ideológicas dos magistrados que as prolataram.

Referido debate, no Brasil, é indício de uma crise que as instituições jurídicas atravessam em todo o mundo. Em outros ordenamentos, também exsurgem de maneira evidente estes dois pólos entre os membros do Poder Judiciário: conservador e dinamizador das relações da magistratura com os corpos sociais. O que muda, de acordo com Zaffaroni, é o tratamento atribuído a este conflito no ramo judicial. Nos denominados países da modernidade central estes problemas são vistos como questões políticas, sendo o Judiciário o “lugar do enfrentamento” das duas correntes²⁷⁶.

4.2.4 A rediscussão da função judicial a partir dos parâmetros dos direitos fundamentais e da democracia na Constituição de 1988

Importante avaliar se a discussão sobre os fundamentos da atividade judicial por segmentos da magistratura é superficial ou implicará numa mudança efetiva de rumo interpretativo. No contexto de revelação do que pensam os juízes brasileiros acerca de sua função, desvendando mitos e aclarando situações, pode ser destacado o trabalho do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), a partir de parceria desenvolvida com a Associação dos Magistrados

²⁷⁴ SADEK, Maria Tereza A. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. **Opinião Pública**. Campinas, vol. X, n. 1, p. 1-62, 2004, p. 6-8; 33.

²⁷⁵ FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 112.

²⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crises, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 29.

Brasileiros (AMB), que culminou com a publicação da obra “Corpo e Alma da Magistratura Brasileira” em 1997.

Nesta obra coletiva, verificou-se uma alteração de perspectiva no Poder Judiciário, especialmente com estatísticas como a que informa que 73,7% dos juízes concordam inteiramente com a afirmação de que “o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem de ser sensível aos problemas sociais” ou as respostas de quase ¼ dos entrevistados, que reconhecem que “muito freqüentemente” e “freqüentemente” as decisões judiciais refletem a visão política dos magistrados.

Contudo, quando há referência ao momento de concretização de políticas sociais, mesmo os juízes que se mostram favoráveis ao protagonismo judicial afirmam não ser papel do Judiciário avaliar a oportunidade ou deseabilidade das políticas públicas na agenda do Estado. Destaque-se, quanto a este tópico, que mesmo os juízes recém ingressos nos quadros da magistratura, “reiteram o padrão verificado para o conjunto”. Os autores, a partir destes dados, chegaram à conclusão de que “o juiz que atribui ao Judiciário um papel protagônico na redução das desigualdades dissocia o seu ideal de justiça das práticas compensatórias típicas do *Welfare State*”²⁷⁷.

Boaventura de Sousa Santos defende, como tópico a ser desenvolvido pela Sociologia Jurídica, a premência de que os sistemas de formação de magistrados possibilitem a eles um certo distanciamento crítico, a partir de conhecimentos culturais e econômicos que os esclareçam de suas principais funções enquanto magistrados. Ao mesmo tempo, afirma que não deve haver

²⁷⁷ VIANNA, Luiz Werneck *et al.*. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 41; 264-265.

receio de uma “magistratura culturalmente esclarecida”, essencial a qualquer processo de democratização da justiça²⁷⁸.

A palavras do sociólogo português podem ser aplicadas a todas as profissões jurídicas, a partir de um necessário processo de abertura dos conteúdos dos centros formadores de profissionais, com inserção de disciplinas de cunho humanístico, por exemplo, nas faculdades de direito²⁷⁹, incremento dos cursos de pós-graduação, fixação de conteúdos interdisciplinares das escolas preparatórias para as carreiras públicas, dentre outros.

Assim, deve-se reconhecer que a democratização da justiça depende de uma série de fatores que ultrapassam o direito, podendo passar, inclusive, ao espaço de efetivação de políticas públicas, com vistas ao combate dos preconceitos sociais e diferenças de oportunidades.

Faz-se mister o estabelecimento de uma “concepção de legalidade mais amoldada ao espírito da sociedade pós-moderna”²⁸⁰, caracterizada pela pluralidade e pelo reconhecimento das diferenças, especialmente quando se tem em conta uma sociedade desigual e injusta como a brasileira.

Como afirma Cappelletti, a partir da experiência italiana, cedo ou tarde os “juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também um ‘ramo’. E então será difícil não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, fornecendo concreto conteúdo àquelas ‘finalidades e princípios’. Isto

²⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e justiça: a função social do Poder Judiciário**. São Paulo: Ática, 1997, p. 39-65, p. 53-60.

²⁷⁹ Caso da discutida Portaria n.º 1.886, de 30 de dezembro de 1994, do Ministério da Educação, que traça as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo dos cursos jurídicos.

²⁸⁰ APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre: Safe, 1998, p. 177; 158-159.

pode ser feito a partir do controle da intervenção do Estado na esfera social, dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar²⁸¹”.

Afinal de contas, é a partir da conscientização do seu papel político, com a afirmação dos direitos fundamentais e com a garantia da democracia, diante dos outros poderes estatais e até impondo-os aos particulares, que o Judiciário desempenhará adequadamente suas funções.

²⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Safe, 1993, p. 26-27.

CONCLUSÕES

DA RELAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA ANÁLISE DAS RELAÇÕES ENTRE OS PODERES DO ESTADO

Ao cabo desta dissertação, restam evidentes algumas conclusões quanto às novas exigências trazidas pela adoção na Constituição de 1988 de um modelo dirigente e comunitário-democrático. Dentre elas, pode-se aferir que a conjunção do binômio democracia e direitos fundamentais, ao nível constitucional, implicou num incremento das expectativas em torno dos três poderes, cujas relações de controle foram fortemente alteradas.

Verificou-se que o esquema tradicional de Separação dos Poderes, que nunca significou uma divisão efetiva entre os poderes, não explica a atuação do Estado no constitucionalismo de cunho social. As peculiaridades das sociedades de massas do século XXI sugerem a inadequação da fórmula do Barão de Montesquieu, inclusive como proposta política apta a assegurar o equilíbrio de forças sociais.

De outra ponta, a exposição da divisão tripartite nesse trabalho mostrou que os mecanismos institucionais inerentes à constitucionalização do princípio da Separação de Poderes podem ser de grande valia para a consecução dos ideais democráticos e garantistas.

Ratificando o asseverado ao longo de toda a dissertação, constata-se que os três poderes do Estado sofreram transformações nas suas atribuições, inclusive sob a forma de deveres, aos quais não podem se afastar. Recebem, assim, pressões de toda a sociedade, que pretende ver assegurada sua interpretação do

texto constitucional. Igualmente, como consequência das obrigações, são acentuadas as responsabilidades jurídicas e políticas dos seus membros.

Deste modo, aos legisladores é imposta a obrigação de legislar, a partir de limites mais estreitos e de controle popular mais amplo. Não lhes é permitido o *non facere*, visto aqui como a impossibilidade de que decida se pode fazer ou não²⁸². Já os administradores não podem furtar-se à obrigação de executar os programas previstos, que são cobrados sob forte pressão popular. E por fim, tem-se aquela que talvez seja a maior transformação empreendida pelo constitucionalismo de cunho social na relação entre os poderes: o Judiciário enquanto foco de reivindicações dos cidadãos.

A preservação de um núcleo exclusivo de atribuições presta-se a formalizar as competências de cada poder, permitindo uma maior eficiência na consecução das atividades desempenhadas, voltadas à garantia dos direitos fundamentais ou dos procedimentos democráticos. O detalhamento das atribuições dos membros de cada poder respalda ainda os controles sociais sobre a atuação destes, a serem exercidos a partir de extensa previsão constitucional.

O mecanismo tradicional de controle do poder político pela fórmula da separação de poderes - o estabelecimento de controles recíprocos entre os poderes - não mais pode ser visto sem a intermediação da participação popular.

Hoje prevalece na interpretação do princípio da Separação de Poderes a distinção entre os âmbitos garantista e democrático de relacionamento entre as

²⁸² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983, p. 206.

funções estatais e a sociedade civil, cujas linhas gerais foram traçadas ao longo da dissertação²⁸³.

Isto porque, ao lado da dimensão de garantia de direitos fundamentais e das próprias condições de manutenção do processo democrático, atribuídas ao Judiciário, está a necessidade de compatibilização da afirmação dos direitos com os princípios democráticos e representativos consubstanciados nos Poderes Executivo e Legislativo.

Neste sentido, problemas como o da judicialização da política, em que pese a relevância da categoria para o estudo do fortalecimento do Judiciário e da canalização de discussões políticas para o seu âmbito, mostram a insuficiência dos paradigmas tradicionais de estudo da dimensão democrática do Estado.

Ademais, pode-se afirmar que uma das grandes características da judicialização da política no Brasil é a consolidação de uma forma de controle do Executivo, sempre soberano na condução dos destinos da política nacional. Os mecanismos de participação popular assegurados no texto constitucional brasileiro, juntamente com o sistema de pesos e contrapesos, podem, então, permitir que a tão desejada governabilidade seja conciliada com os princípios democráticos²⁸⁴.

De outra ponta, ainda que reconhecida, no âmbito das funções do Estado, a legitimidade política da atuação dos Poderes Executivo – cuja condução da agenda pública demanda constante atenção por parte dos órgãos de garantia – e do Legislativo, o Judiciário ainda mantém o monopólio estatal da interpretação da Constituição, dando sua palavra final.

²⁸³ GARCÍA ROCA, Javier. Del principio de la división de poderes. **Revista de Estudios Políticos**: Nueva Época, n. 108, p. 41-75. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, abr./jun. 2000p. 52.

²⁸⁴ SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no presidencialismo de coalizão**. Belo Horizonte:UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, p. 27.

Constata-se, assim, que no Estado Democrático e Social foi alterada a relação entre Política e Direito e, por conseguinte, entre legislação e jurisdição. Torna-se difícil separar o que é questão afeita ao Direito e submetida aos seus conteúdos ou política, demandando discussão na arena pública.

Como já ponderava Schneider, em 1982, não se pode afastar a jurisdição constitucional de suas instâncias políticas, uma vez que ela é uma justiça política, a partir do momento em que se depara com um objeto político, o direito constitucional, seus membros são geralmente escolhidos por critérios políticos e suas sentenças têm efeitos sobre a política²⁸⁵.

Ademais, instituições indispensáveis à consolidação da democratização política atravessam hoje sérios problemas. Vivencia-se uma crise dos sistemas de representação e dos institutos de mediação política (como os partidos políticos) e sociais (sindicatos, por exemplo), que demandam a reformulação dos mecanismos democráticos tradicionais e a criação de novas formas jurídicas de controle do âmbito político estatal²⁸⁶.

Foi o que ocorreu com a afirmação de um papel proeminente do Judiciário na organização dos poderes, decorrente da opção do constituinte brasileiro, que “defendeu uma jurisdição constitucional que atuasse como regente republicano das liberdades positivas”²⁸⁷. Deste modo, não restam muitas dúvidas acerca da importância do Judiciário.

²⁸⁵ SCHNEIDER, Hans-Peter. Jurisdicción constitucional y separación de poderes. **Revista Española de Derecho Constitucional**, a. 2, n. 5, p. 35-61, mayo/ago. 1982, p. 39.

²⁸⁶ CAPELLA, Juan Ramón. Democratización y neonaturalismo : la ambigüedad de la democratización contemporánea. **Doxa**, n. 17-18, p. 167-187, 1995. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_08.pdf. Acesso em: 28 set 2005, p. 172.

²⁸⁷ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 34.

As esperanças de que o Judiciário assuma sua função de tutela dos direitos da Constituição de 1988, no que for de sua competência, são mantidas. E, se necessário for, que impeça os atos dos demais poderes que atentem contra estes direitos. Desta forma, poderá contribuir diretamente para a concretização dos ideais democráticos, que somente serão alcançados quando a imensa parcela dos brasileiros excluídos for acolhida de maneira substancial nos processos deliberativos.

Neste sentido, a questão da legitimidade democrática do Poder Judiciário deve ser analisada sob a ótica da funcionalidade da instituição para a democracia, permitindo a preservação dos procedimentos²⁸⁸. O caráter aberto de uma constituição, segundo Zagrebelsky, traz ao Judiciário a obrigação de determinar e defender as regras da competição política, mas não de dirigir os debates. Daí o autor sustenta, como vetor da interpretação constitucional, a necessidade de que a jurisdição assegure a liberdade e participação no processo político.²⁸⁹

Os instrumentos jurídicos de afirmação de direitos, previstos de maneira tão exaustiva na Constituição, de modo a não deixar dúvidas sobre o intento do constituinte, constituem um dos meios de luta para as aspirações das classes menos favorecidas.

Destaque-se que o problema da democracia, no Brasil, deve ser concebido como um processo, com o desenvolvimento de uma cultura política que permita a discussão sobre os rumos da política nacional, e não apenas sob o ângulo da previsão constitucional dos procedimentos democráticos. E não é possível dizer, ainda que os avanços sejam inegáveis, que o processo de democratização tenha sido

²⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 43.

completado²⁹⁰. Deste modo, mesmo que observadas as limitações dos instrumentos jurídicos frente aos inúmeros problemas estruturais da sociedade brasileira, algumas sentenças podem constituir importante veículo a respaldar as reivindicações populares²⁹¹.

Deve-se salientar que, mesmo que a natureza de algumas questões apreciadas pelo Judiciário seja política, são também, na maioria das hipóteses problemas legislativos, lembrando que parte considerável dos direitos fundamentais já foi regulamentada ordinariamente. Tendo-se em vista que o catálogo constitucional de direitos é, diante da realidade brasileira, indispensável ao exercício da cidadania, mostra-se perfeitamente justificável a busca jurídica e/ou política da sua afirmação. Repita-se, contudo, que a via judicial constitui apenas um dos mecanismos de canalização das expectativas e cobranças por parte dos cidadãos.

A construção do conteúdo constitucional pela comunidade histórica, no sentido de efetivamente participar da interpretação da Constituição, também exige a utilização dos instrumentos processuais e procedimentais para a garantia da aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Assim, infere-se que, ao lado das transformações e discussões provocadas pela opção por um constitucionalismo de cunho social na Carta de

²⁸⁹ ZAGREBELSY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1999, p. 53-54.

²⁹⁰ “A democratização, no caso brasileiro, significou o surgimento de duas culturas políticas: uma, democrática e vinculada aos movimentos sociais e civis democratizadores; e uma outra, a predominante no nosso processo de modernização, que persiste com suas práticas tradicionais. Em tal situação, seria de se esperar crise, ao invés de estabilidade. (...) Mais uma vez, modernização e democracia parecem estar em conflito, o que constituiria mais uma indicação da incompletude do processo de democratização em países como o Brasil.” AVRITZER, Leo. Cultura política, atores sociais e democratização: uma crítica às teorias da transição para a democracia. **Dados**: Revista de Ciências Sociais, a. 10, n. 28, p. 109-122, jun. 1995, p. 118.

²⁹¹ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 19.

1988, especialmente quanto aos três poderes e as relações que mantêm entre si, sua maior contribuição foi a adoção de um modelo de democracia participativa, que acaba por depender do nível de mobilização política dos cidadãos e das instituições da sociedade civil, a serem destinadas aos poderes públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados**: Revista de Ciências Sociais, v. 31, n. 1, p. 5-32, 1988.

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 3, p. 663-727, jan. 2000. Disponível em: <http://www.edesp.edu.br/files/eventos/papers/Ackerman.pdf>. Acesso em: 28 ago 2005.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75-96.

AMORIM NETO, Octavio. Gabinetes presidenciais, ciclos eleitorais e disciplina legislativa no Brasil. **Dados**: Revista de Ciências Sociais, v. 43, n. 3, 2000, p. 479-517.

AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. A produção legislativa do Congresso: entre a paróquia e a nação. VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 91-139.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário**: do moderno ao contemporâneo. Porto Alegre: Safe, 1998.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo. Editora Sumaré, 2002.

AVRITZER, Leo. Cultura política, atores sociais e democratização: uma crítica às teorias da transição para a democracia. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, n. 28, a. 10, p. 109-122, jun.1995.

AZEVEDO, Márcia Maria Corrêa de. **Prática do processo legislativo: jogo parlamentar, fluxos de poder e idéias no Congresso. Exemplos e momentos comentados.** São Paulo: Atlas, 2001.

BARRY, Brian. Procedimento e Justiça Social. MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Direito e Legitimidade.** São Paulo: Landy, 2003, p. 262-273.

BELLAMY, Richard. The political form of the constitution: the separation of powers, rights and representative democracy. **Political studies** (constitutionalism in transformation: european and theoretical perspectives). London: Blackwell, v. 44, n. 3, p. 436-456, Special Issue 1996.

BELLO FILHO, Ney de Barros. A constituição aberta: o objeto e o resultado da hermenêutica constitucional. **Revista da AJUFE**, a. 21, n. 69, p. 195-237.

BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição.

BERCOVICI, Gilberto *et al.* **Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 75-150.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, a. 36, n. 142, p. 36-51, abr./jun. 1999.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria das formas de governo.** Brasília: UnB, 1998.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). **Dicionário de política.** Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** São Paulo: Malheiros, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BOSCHI, Renato R. Instituições políticas, reformas estruturais e cidadania: dilemas da democracia no Brasil. Disponível em: http://observatorio.iuperj.br/artigos_resenhas/TextodoRenatoBoschi.pdf.

Acesso em: 28 maio 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *et al.* **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **A constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Das constituições dos direitos à crítica dos direitos. **Direito Público**, n. 7, p. 80-89, jan./mar. 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

CAPELLA, Juan Ramón. Democratización y neonaturalismo : la ambigüedad de la democratización contemporánea. **Doxa**, n. 17-18, p. 167-187, 1995. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_08.pdf. Acesso em: 28 set 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. **Revista de Processo**, a. 15, n. 60, p. 110-117, out./dez. 1990.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Safe, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Safe, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “justicia constitucional”. **Revista Española de Derecho Constitucional**, a. 6, n. 17, p. 9-47, mayo/ago. 1996.

CAMPILONGO, Celso. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. A judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Trabalho a ser apresentado no **Encontro Nacional da ABCP - Associação Brasileira de Ciência Política - Área Instituições Políticas** - Painel (1) – Direitos, Justiça e Controle - 21- 24 julho 2004 – PUC – Rio de Janeiro. Disponível em: <www.cienciapolitica.org.br/Ernani_Carvalho.pdf>, 16-17. Acesso em: 20 maio 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTRO, Marcos Faro de. A administração da justiça e seus reflexos na economia. **Revista CEJ** (Conselho de Estudos Judiciários da Justiça Federal), n. 17, p. 10-18, abr./jun. 2002.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.

CASTRO, Marcos Faro de; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. Globalização e transformações políticas recentes no Brasil: os anos 90. **Revista de Sociologia e Política**, n. 18, p. 109-129, jun. 2002.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17-42.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A atividade legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Safe, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 86, v. 737, p. 11-22, mar. 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, Ivo. **Constituição & processo (vol. I): introdução ao direito constitucional processual**. Curitiba: Juruá, 2003.

DANTAS, Ivo. **O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica**. Brasília: Unb, 1988.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FARIA, José Eduardo. **O Brasil pós-constituente**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas**. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1996.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 93-112.

FARIA, José Eduardo. O modelo liberal de direito e de estado. FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e justiça: a função social do Poder Judiciário**. São Paulo: Ática, 1997, p. 19-35.

FARIA, José Eduardo. Ordem legal x mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e justiça: a função social do Poder Judiciário**. São Paulo: Ática, 1997, p. 95-110.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 2000.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflitos entre poderes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Recife: Universitária (UFPE), n. 11, p. 345-359, 2000.

FEITOSA, Raymundo Juliano. Quinze anos da Constituição de 1988: o “fetichismo” como limite às possibilidades de concretização da Constituição Federal de 1988. SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 241-256.

FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: interpretation as political process**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

GARCÍA ROCA, Javier. Del principio de la división de poderes. **Revista de Estudios Políticos**: Nueva Época. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 108, p. 41-75, abr./jun. 2000.

GARZÓN VALDÉZ, Ernesto. El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías. **Isonomía**: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 12, abr./2000, p. 7-34. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371963233495974102257/isonomia12/isonomia12_01.pdf. Acesso em: 30 nov 2005.

GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. GRAU, Eros Roberto *et al.* **Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional**: estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 59-75.

GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, n. 17, p. 75-106, nov. 2001.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Safe, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Teoría de la constitución como ciencia de la cultura**. Madrid: Technos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. **Sentidos da judicialização da política**: duas análises. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>, p. 10. Acesso em: 12 mar 2005.

KRAUSE, Sharon. The spirit of separate powers in Montesquieu. **The Review of Politics**, v. 62, n. 2, p. 231-265, spring 2000.

KRELL, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Safe, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAPORTA, Francisco J. El ámbito de la constitución. **Doxa**, n. 24, 2000, p. 459-484. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_18.pdf. Acesso em: 29 nov 2005.

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Judicialização da política e Comissões Parlamentares de Inquérito: um problema da teoria constitucional da democracia. SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 217-240.

LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 22, p. 9-51, ene./abr. 1988.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante Lobato. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba: UFPR, n. 17, p. 42-52, nov. 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do Poder Judiciário. FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e justiça**: a função social do Poder Judiciário. São Paulo: Ática, 1997, p. 123-144.

LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1976, p. 56-57.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Recife: Universitária (UFPE), n. 11, p. 125-156, 2000.

McCARTY, Nolan M. Presidential pork: executive veto power and distributive politics. **American Political Science Review**, v. 94, n. 1, p. 117-129, mar. 2000.

MENDES, Gilmar. Integração social e perspectivas da democracia. **Direito Público**, a. II, n. 7, p. 5-20, jan./mar. 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: volume IV**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MONTESQUIEU, (Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède et). **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MORAES, José Luiz Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORAES FILHO, José Filomeno de. Separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e práxis política. BERCOVICI, Gilberto *et al.* **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 151-197.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. MOREIRA, Vital *et al.* **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 177-198.

NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas

implicações na América Latina. **Anuário do Mestrado em Direito**, n. 6, p. 313-357. Recife: Universitária (UFPE), 1993, *passim*.

NOVAIS, Jorge Reis. **Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembléia da República**: simultaneamente um comentário ao Acórdão n.º 1/97 do Tribunal Constitucional. Lisboa: Lex, 1997.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

PAULA, Jônatas Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**. Barueri: Manole, 2002.

PEREZ LUÑO, Antonio E. Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?. PEREZ LUÑO, Antonio E. (coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 11-52.

PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1997.

PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática. VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG – Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 141-194.

PIÇARRA, Nuno. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

RANGEL, Paulo Castro. **Repensar o poder judicial**: fundamentos e fragmentos. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do estado-providência**. Goiânia: UFG; Brasília: UnB, 1997.

RUIVO, Fernando. Aparelho judicial, estado e legitimação. FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e justiça**: a função social do Poder Judiciário. São Paulo: Atlas, 1997, p. 66-94.

SADEK, Maria Tereza. A organização do Poder Judiciário no Brasil. SADEK, Maria Tereza (org.). **Uma introdução ao estudo da justiça**. São Paulo: Sumaré, 1995, p. 9-16.

SADEK, Maria Tereza A. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. **Opinião Pública**. Campinas, v. X, n. 1, p. 1-62, 2004.

SADEK, Maria Tereza. **O Judiciário em debate**. São Paulo: Sumaré, 1995.

SALDANHA, Nelson. **O estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SANCHÍS, Luis Prieto. Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial. **Doxa**. n. 15-16, v. I, p. 367-387, 1994. Disponível em http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/volI/doxa15_19.pdf. Acesso em: 30 ago 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e justiça**: a função social do Poder Judiciário. São Paulo: Ática, 1997, p. 39-65.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, a. 11, n. 30, p. 29-62, 1996.

SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no presidencialismo de coalizão**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHNEIDER, Hans-Peter. Jurisdicción constitucional y separación de poderes. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 5, p. 35-61, mayo/ago. 1982.

SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da constituição, democracia e igualdade. BERCOVICI, Gilberto *et al.* **Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1-73.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power?. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995, p. 27-37.

TREMPS, Pablo Pérez. **Tribunal constitucional y poder judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995, p. 13-25.

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

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva. VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 337-491.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983.

VIDAL GIL, Ernesto J. Justificación de la democracia y límites a la decisión por mayorías. **Doxa**, n. 15-16, v. I, 1994, p. 227-241. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/volI/doxa15_11.pdf.

Acesso em: 29 nov 2005.

VILE, M. J. C.. **Constitutionalism and separation of powers**. Oxford, Clarendon Press, 1967.

WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política**: I. São Paulo: Ática, 1997.

WHITTINGTON, Keith E.. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. **International Journal of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press; New York: New York University School of Law, v. 1, n. 3, p. 446-474, jul. 2003.

WOODHOUSE, Diana. Politicians and judges: a conflict of interest. **Parliamentary Affairs**: a journal of comparative politics. Oxford: Oxford University Press, vol. 49, n. 3, p. 423-440, jul. 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crises, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1999.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria do estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

ZVEPER, John. The separation of powers in american politics: why we fail to accentuate the positive. **Government and Opposition**: an international journal of

comparative politics. Norwich (England): Page Bros, v. 34, n. 1, p. 3-23., winter 1999.

Legislação

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 15 maio 2005.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 15 maio 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 15 maio 2005.

BRASIL. Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 15 maio 2005.

BRASIL. Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 15 maio 2005.