

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

EDINILSON DONISETTE MACHADO

**DECISÃO JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS: LIMITES
INSTITUCIONAIS DEMOCRÁTICOS E CONSTITUCIONAIS**

SÃO PAULO
2006

EDINILSON DONISETTE MACHADO

**DECISÃO JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS: LIMITES
INSTITUCIONAIS DEMOCRÁTICOS E CONSTITUCIONAIS**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, sob orientação do Professor Dr. Oscar Vilhena Vieira.

SÃO PAULO
2006

EDINILSON DONISETTE MACHADO

DECISÃO JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS: LIMITES
INSTITUCIONAIS DEMOCRÁTICOS E CONSTITUCIONAIS

Banca Examinadora da Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor.

Resultado: _____ (_____)

São Paulo, ____ de _____ de 2006.

***“Celebrai com júbilo ao Senhor, todos os moradores
da terra.***

Servi ao Senhor com alegria e apresentai-vos a ele.

***Sabei que o Senhor é Deus, foi ele, e não nós, que
nos fez povo seu e ovelhas do seu pasto.***

***Entrai pelas portas dele com louvor e em seus átrios,
com hinos; louvai-o e bendizei o seu nome.***

***Porque o Senhor é bom, e eterna, a sua misericórdia;
e a sua verdade estende-se de geração a geração.”***

(Salmo 100)

PARA ELAINE e GABRIEL

AGRADECIMENTOS

Ao encerrar mais uma etapa da caminhada acadêmica, sinto na realização a gratidão, não pelo término do trabalho, mas pela bênção alcançada das mãos de Deus de, nessa caminhada, ter tido a participação de inúmeras pessoas. Provavelmente não teria condições de nominá-las, mas sinto-me na feliz condição de recordar-me de alguns fatos, que poderão fazer lembrar àqueles que juntamente comigo compartilharam, aos quais agora posso agradecer:

Antes mesmo do início de minha caminhada rumo à academia, a família foi o berço forte nos momentos mais difíceis, sem a qual não teria alcançado o final e muito menos o início do que hoje comemoro. Agradeço a minha mãe Cecília Servilha Luengo, meu irmão Luís Augusto Machado e sua esposa Elizabete, meus tios Antônio e (Jú) Josepha Loengo. Família, que cresceu com minha esposa Elaine e meu filho Gabriel, meus sogros Luiz e Tereza Montin, meus cunhados João Carlos Fernandes e sua esposa Margarete, Luiz Ronaldo Montim e sua esposa Andresa e meus sobrinhos André Victor, Isabela, Lucas e Luiz Fernando.

Ao terminar o curso de Direito na Fundação Eurípides Soares da Rocha, no ano de 1987, ainda sem saber o que fazer, tive a felicidade de iniciar minhas atividades jurídicas com o Dr. Júlio da Costa Barros, por intermédio do Dr. Roberto Brianezzi de Lima e Dra. Roberta Tinois e Silva, oportunidade que, sei hoje, ter sido a mais valiosa, pois acreditei e oportunizaram conhecimentos e uma formação ética, da qual somente posso dizer muito obrigado.

Em 1988 fui convidado para trabalhar com o Dr. Marcos Martins da Costa Santos, durante quatro anos. Nessa ocasião dividíamos espaço com André Luis Camargo e Wagner Bertholdo Rosa. Anos difíceis, faltava praticamente tudo, mas tínhamos o mais importante: a amizade incondicional de todos. Meu muito obrigado a vocês pelo muito que fizeram.

Por volta do final de 1990, o Dr. Marcos, então professor da Faculdade de Direito, me oportunizou ser seu assistente. Já em 1991, fui contratado para ministrar aulas de dependência pelo Professor José Roberto Marques de Castro, com a autorização da Mantenedora, que à época era presidida pelo Dr. Arquimedes Vanin, sem os quais hoje não estaria tendo motivos para agradecer.

Logo em seguida, comecei a ministrar aula de prática jurídica, sob a coordenação dos Professores Luiz Vieira Carlos e Cláudio Fontana, juntamente com o professor Augusto Severino Guedes, cujos anos juntos foram de muito aprendizado. Obrigado.

Já em 1995, quando era então presidente da mantenedora o Dr. Luiz Carlos de Macedo Soares e Diretor-Geral Acadêmico Cosme Damião Bastos Massi, e eu tinha sido eleito Chefe de Departamento, assumiu a assessoria externa acadêmica a professora Lúcia Helena Lodi e Telmo Correa Arrais. Este momento foi de muita importância, posto estava nomeado para o Cargo de Procurador-Sectional da União em Marília e me dedicava aos concursos, quando a Professora Lúcia, diretamente me perguntou: “O que você está fazendo aqui? Respondi: “dando aulas”, e ela completou: “pois, se você quiser continuar, trate de fazer um mestrado e um doutorado. Eis o divisor, parei de me dedicar a concursos e me dediquei à vida acadêmica, primeiramente cursando o Programa de Mestrado da Unesp, campus de Franca, sob orientação do saudoso Professor Clóvis Carvalho Júnior. Meu muito obrigado pela orientação e oportunidade.

Já em 1996, com a coordenação do Professor Cosme, o Professor Telmo e Lúcia Lodi, assumem a área acadêmica da Instituição e promovem a elaboração do projeto pedagógico com vista à atualização e expansão de cursos, momento em que na Faculdade de Direito recebemos a Professora Samyra Haydêe Dal Farra Napoline, para que pudesse implementar a nova grade curricular 1886/94. A equipe agregava valores como Márcio Rodrigues Sanches, Milton Batista Nizato, Raquel C. Ferraroni Sanches, Márcio Antonio Teixeira, dos quais agradeço a convivência, a amizade e aprendizado rico, que sem dúvidas, marcaram época.

Nessa época participávamos ativamente da gestão da Instituição e tivemos a felicidade de ser o elo entre os Professores Roberto Romano e Oswaldo Giacoia para os primeiros passos para o

Programa de Mestrado em Direito, que logo em seguida recebe a Coordenação do Professor Jayme Wanderley Gasparoto, que o conduziu até o reconhecimento e é hoje seu coordenador. Agradeço a todos pela feliz empreitada e o resultado, do qual me sinto parte.

Entre aulas e atividades de gestão e profissionais, entregamos junto com a equipe coordenada pelo Professor Telmo a transformação das Faculdades em Centro Universitário no ano de 2003, transferindo a Coordenação do Curso para o Professor Lafayette Pozzoli, para que, assim, eu pudesse cumprir com os créditos e a elaboração desta tese.

Este relato serve para que eu possa agradecer a todos os que diretamente ou indiretamente me proporcionaram este caminho, sem os quais tenho certeza, nada teria sido realizado.

Retornei em 2003 para a sala de aula, lugar mágico, onde se pode aprender a cada dia com nossos alunos, aos quais agradeço pela receptividade e respeito.

O retorno às salas de aula tem para mim um especial contorno, quando em 2005 o Professor Oscar Vilhena Vieira permite que assista às aulas ministradas no Programa de Mestrado e neste mesmo ínterim, também, me admite como seu orientando no Programa de Doutorado da PUC-SP. O resultado desse meu trabalho nada seria se não fosse essa oportunidade, mas, o privilégio maior foi o de compartilhar da amizade, do conhecimento e da lição de humildade que Oscar nos ensina no cotidiano. Muito obrigado.

O desenvolvimento final do trabalho não poderia ter sido o mesmo sem a colaboração da Professora Norma Sueli Padilha, Samara Tavares Agapto das Neves e Tânia Letícia Wouters Anes, que promoveram a leitura e sugestões para o aprimoramento do texto e ainda a colaboração da Professora Tereza Cristina Baraldi e do Professor Eduardo Henrique Figueredo, que gentilmente cederam livros e textos. Recebi, ainda, a colaboração da Professora Maria Ângela Baraldi, do Professor René e Santis e de Iris Marques Tavares, na leitura e correção. Meu muitíssimo obrigado.

A Fundação Eurípides Soares da Rocha, por seus Mantenedores e Diretores de hoje e de ontem, não seria nem preciso agradecer, pois pelo relato posso dizer que a Instituição me fez e eu sou parte dela. Muito obrigado por existir.

Não podendo esquecer, ainda, os colegas de trabalho da Fundação-Univem, nas pessoas de todos os Professores, aos quais rendo homenagens, entre tantos, a Mário Coraini Júnior e Flávio Bento; de todos os funcionários, que nomino àqueles que aqui já estavam quando cheguei, nas pessoas de Antonia da Silva Luz (sala dos professores), Elpidia Regina da Silva (secretaria) José Roberto Silva (caixa), Júlio César Vila (reitoria), Terezinha Paulino (CEC), Wilson Angelo Ulian (CPD). Muito obrigado.

A PUC - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pela excelência de seu corpo docente, dos quais destaco os Professores: Celso Ribeiro Bastos (in memoriam), do qual tive o privilégio de assistir sua última aula, Cláudio de Cicco, Marcelo Figueiredo, e Oscar Vilhena Vieira, sem os quais o espaço pluralista não seria possível. Certo ainda, que brilha a Instituição pelos seus dedicados funcionários, que sempre são prestativos, e especialmente, aos que estão vinculados aos setores de pós-graduação. Muitíssimo obrigado

A muitos ainda eu teria que agradecer, contudo a memória falha, mas que todos saibam que sou muito grato e que:

“tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo o propósito debaixo do céu... tempo de edificar tempo de rir...” (ECLESIASTES, 3: 1-4)

Sintam-se felizes comigo neste momento em que se termina uma fase para outra começar... sempre!

“Quando na mesma pessoa ou mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou mesmo o senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seriam arbitrários, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor...”
(Montesquieu, 1979, p.149)

MACHADO, Edinilson Donisete. **Decisão judicial sobre políticas públicas: Limites Institucionais democráticos e constitucionais.** 2006. 159 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

RESUMO

A análise de situações concretas que comportam resolução de casos difíceis de políticas públicas demonstra uma grande complexidade, cuja compreensão demanda o estudo das Instituições e dos modelos adotados constitucionalmente. A atribuição de competência, sua limitação e o exercício do Poder Político, representado pelo princípio da separação de poderes, é importante para resolução e compreensão desses casos. Neste contexto, a decisão judicial de políticas públicas promove questionamentos sobre a atribuição de competência e seus limites à função jurisdicional. Observa-se que a decisão judicial se dá de forma distinta pelo positivismo jurídico e pelo que se convencionou chamar de pós-positivismo. Busca-se, por meio da análise doutrinária e jurisprudencial, demonstrar que a função jurisdicional não possui legitimidade democrática para as opções políticas. Conclui-se que as competências para promover as decisões de políticas públicas dependem da escolha do modelo e dos arranjos democráticos. O texto Constitucional impõe limites substanciais à própria função legiferante, por meio dos Direitos Fundamentais. A abertura do ordenamento às pautas morais nas decisões sobre políticas públicas não são possíveis à Função Jurisdicional, tendo em vista que os Juizes são irresponsáveis democraticamente e não podem tomar decisões políticas. Pela ótica de Instituição democrática, estão limitados pelas opções contidas na Constituição e, enquanto intérpretes do ordenamento, estão cingidos ao princípio da igualdade.

Palavras-chave: Decisão judicial. Políticas Públicas. Separação de Poderes. Princípio da igualdade.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Decisão judicial sobre políticas públicas: Limites Institucionais democráticos e constitucionais**. 2006. 159 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

ABSTRACT

The analysis of concrete situations that admit resolution of difficult cases of public policies demonstrates a great complexity, whose comprehension requires the study of Institutions and patterns adopted constitutionality. The attribution of competence, its limitation and the exercise of the Political Power, represented by the principle of separation of powers, are important for the resolution and comprehension of these cases. In this context, the judicial decision of public policies promotes questions about the attribution of competence and their limits to the Jurisdictional Function. It is possible to observe that the judicial decision happens in a distinct way by the Juridical Positivism and by the denominated Post-positivism. By the doctrinaire and jurisprudence analysis, we intend to demonstrate that the Jurisdictional Function does not possess democratic legitimacy for the political options. Thus, we have concluded that the competence to promote the decisions of public policies depends of the choice of the model and of the democratic arrangements. The Constitutional text has established real limits to the legislator function by the Fundamental Rights. The ordainment opening for the moral topics in the decisions about the public policies is not possible for the Jurisdictional Function, considering that Judges are irresponsible democratically and can not take political decisions. By the democratic Institution point of view, they are limited by the options contained in the Constitution and as interpreters of the ordainment they are united to the equality principle.

Keywords: Judicial Decision. Public Policies. Separation of Powers. Equality Principle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 1 CASOS JUDICIAIS DIFÍCEIS E AS DECISÕES SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	23
1.1 Casos difíceis para a teoria pura do direito de Hans Kelsen.....	23
1.2 Casos difíceis na teoria do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio.....	28
1.3 Casos difíceis na doutrina de Ronald Dworkin	31
1.4 Decisão sobre Políticas Públicas	37
1.4.1 Caso de obras públicas, em sede de liminar	38
1.4.2 Caso da concessão de remédios, em sede de liminar	43
1.4.3 Caso do portador do Virus HIV – AgRE – 271.286- STF	49
CAPÍTULO 2 FUNÇÃO JURISDICIONAL NO MODELO BRASILEIRO DE DEMOCRACIA.....	52
2.1 O modelo brasileiro de democracia	52
2.2 Os arranjos democráticos e constitucionalismo	57
2.3 Constituição e a dignidade da legislação	62
2.4 O constitucionalismo como procedimentos de limites substantivos por meio dos Direitos Fundamentais	67

CAPÍTULO 3 A SEPARAÇÃO DE PODERES E A FUNÇÃO JURISDICIONAL	70
3.1 Dos arranjos democráticos: a origem da “divisão de poderes”	71
3.1.1 Distinção entre separação de poderes e funções	78
3.1.2 Separação de funções no direito comparado e no Brasil	80
3.2 Dos arranjos constitucionais quanto às Funções	83
3.3 Dos arranjos quanto a atribuição das competências às Funções	89
3.3.1 Atribuição de competência à Função Legislativa	92
3.3.2 Atribuição de competência à Função Executiva	94
3.3.3 Atribuição de competência à Função Judiciária	95
3.4 Dos arranjos quanto à limitação das competências das Funções.....	96
CAPÍTULO 4 O PAPEL DA FUNÇÃO JURISDICIONAL	106
4.1 O Papel da Função Jurisdicional: decisão judicial.....	106
4.2 Decisão judicial e judicialização da política	116
4.3 Decisão judicial: garantia das minorias e desobstrução dos canais democráticos.....	124
4.4 Decisão política ou decisão jurídica: da síntese dos casos apresentados	128
4.5 A decisão judicial e o déficit democráticos	134
CONCLUSÃO.....	143
REFERÊNCIAS.....	151

INTRODUÇÃO

O jornal O Estado de S. Paulo (WESTI, 2006, Seção A, p. 17), na reportagem “Estado paga xampu, esmalte, Viagra” demonstra perplexidade diante de decisões judiciais que concedem a algumas pessoas, litigantes em processos judiciais, pretensões como: xampu anticaspa, esmalte antialérgico e protetor solar francês, enquanto outras, que pleiteiam bens essenciais, perante o Judiciário, não conseguem receber, por exemplo, remédios fundamentais para a sobrevivência.

Acentuando a preocupação com decisões judiciais deste tipo, a reportagem refere-se, ainda, a um caso judicial de uma senhora de oitenta e seis anos, que necessitava de tratamento para um câncer de pulmão, com custo estimado de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Com a ajuda de familiares, conseguiu adquirir os medicamentos por apenas um mês. Promoveu, então, ação judicial, cuja decisão não lhe foi favorável. Resignada, declarou: “De qualquer forma, não sei se é válido o governo gastar tanto com uma só pessoa, sendo que poderia usar o mesmo dinheiro para cuidar de muitos doentes. Além disso, já estou no fim da vida. Espero que outros tenham melhor sorte na Justiça.”

Entrevistado, o presidente do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) apresenta a justificativa de que “o texto constitucional é generoso e ambicioso. Mas o Brasil é pobre. Não temos como dar tudo para todo mundo. Temos de agir com racionalidade, definir prioridades”.

Ouvidos os advogados que patrocinam as ações, um deles manifestou-se contrário a pedidos que não sejam essenciais, afirmando que: “seria um egoísmo muito grande, falta de consciência do coletivo. Sabemos que não há orçamento para todo mundo. O Estado tem de fornecer aquilo que é imprescindível para dignidade

das pessoas”. Outro, que patrocina o Grupo de Amparo ao Doente de AIDS (GADA), organização não governamental de São José do Rio Preto, afirma: “se o médico indicou, é porque há motivo. O doente tem direito, seja Viagra ou remédio contra câncer”.

São casos difíceis como estes que precisam ser enfrentados pelos Poderes Estatais e, em especial, pelo Poder Judiciário, que em casos concretos, é provocado a decidir sobre situações previstas (ou não) nas políticas públicas, das quais decorrem várias argumentações possíveis, ora no sentido favorável, ora no contrário.

Na presente pesquisa, questiona-se se a Função Jurisdicional poderá cumprir o pacto Constitucional, por meio de decisões judiciais sobre casos que envolvam políticas públicas. Tais decisões são compatíveis com os arranjos democráticos? A Constituição, diante do princípio da separação de poderes, atribui competência ao Judiciário para decidir sobre políticas públicas? Qual o papel dos juízes, diante desses arranjos constitucionais, ao se defrontarem com decisões que envolvam julgamentos sobre políticas públicas?

Para o desenvolvimento da pesquisa, por se tratar de um estudo descritivo, utilizou-se a consulta bibliográfica e jurisprudencial. Por isto, não se trata de uma pesquisa de campo ou mesmo de levantamento estatístico. A escolha das decisões tem caráter qualitativo e não quantitativo, com relação ao objeto do questionamento proposto.

Tais abordagens passarão pela doutrina do pós-positivismo, que é, em superação ao positivismo (doutrina caracterizada, sobretudo, pela orientação antimetafísica e antiteológica e por preconizar como válida unicamente a admissão de conhecimentos baseados em fatos e dados da experiência) a tentativa de

construir uma interpretação da Constituição, a partir de sua abertura, por uma leitura moral, não jusnaturalista, mas sim principiológica.

Por um lado, acredita-se que essa leitura moral pode ser um avanço à abertura do sistema, por outro lado, promove apreensão ou mesmo temores com o alargamento, em tese, da discricionariedade judicial.

Os limites substanciais impostos pelos Direitos Fundamentais, tanto os individuais como os sociais, promovem a abertura do sistema, e em consequência levam a dilemas, ou seja, as Constituições contêm valores, abrindo-se para conteúdos morais. Por outro lado, é necessário o estreitamento das margens de subjetivismos, incertezas e insegurança das decisões.

Com a superação do positivismo, a decisão judicial deixa de ser a mera subsunção do caso concreto à lei, passando a contar com os princípios e sua carga axiológica, para a interpretação e aplicação do Direito, por intermédio desse mesmo sistema.

A decisão judicial, por deixar de ser uma mera subsunção à vontade da lei, isto é, o juiz não é mais a boca da lei, traz consigo outras relevantes inquietações. A abertura do sistema às questões principiológicas leva a uma maior incidência de conceitos da filosofia moral e política, refletida na decisão judicial de casos difíceis, principalmente em decorrência da positivação dos Direitos Humanos.

Podemos inferir, em primeiro lugar, que os próprios Direitos Fundamentais devem se exteriorizar por ações positivas e não mais por ações apenas negativas, marco do Estado Liberal. Em segundo lugar, esses Direitos Fundamentais são, também, limites intangíveis para a deliberação das majorias, como reflexo da opção política e sua consequente positivação.

Verifica-se, nesta linha argumentativa, que o Estado passa, então, a ser provedor de garantias sociais e, portanto, vinculado às prestações positivas apresentadas no texto fundamental, a cargo de seus Órgãos Políticos.

Constata-se que as decisões políticas fundamentais nas escolhas das políticas públicas, sistematicamente, vêm sendo substituídas por decisões judiciais, sem observância dos fundamentos principiológicos contidos na Constituição, o que *prima facie* afigura-se como um desrespeito aos princípios democráticos e aos princípios constitucionais, especialmente os da separação de poderes e mesmo dos Direitos Fundamentais.

O tema em que se situa a pesquisa diz respeito aos fundamentos da decisão judicial nas escolhas políticas e se, em certos casos, seria ou não justificada a participação da Função Jurisdicional.

Este contorno somente será possível se compreendermos a real inserção da Função Jurisdicional no contexto dos Poderes do Estado. Por mais que se queira mudar o eixo das decisões políticas, consistentes nas políticas públicas, este não se dará depositando-as em mãos dos juízes, por uma razão primeira, de que a este Poder compete a guarda da supremacia da Constituição.

Para tanto, este trabalho se estrutura em quatro capítulos, mais a conclusão.

No primeiro capítulo, apontar-se-á a evolução do pensamento jurídico que procura legitimar a decisão judicial, a partir da conceituação de completude e incompletude do ordenamento, passando pela abordagem das teorias positivista e pós-positivista.

Tal abordagem visa delimitar a pesquisa nas questões relativas às pautas morais que foram inseridas nas discussões sobre a efetividade sistêmica da

Constituição e, por conseguinte, à discussão de fundo, que é a efetividade dos direitos sociais, cuja realização necessita de políticas públicas.

Visando dar materialidade ao campo da pesquisa, promoveu-se a escolha de três casos difíceis, que envolveram políticas públicas e suas particulares tramitações, especialmente as liminares concedidas em primeira instância e julgamento do Supremo Tribunal Federal, em última instância, com o objetivo de demonstrar a incidência de tais decisões no mundo jurídico.

Em uma perspectiva das Instituições, de suas limitações como forma de exercício do poder político e para fundamentação da decisão judicial, desenvolveu-se o segundo capítulo, com o objetivo de conceituar e definir qual o modelo de democracia e quais arranjos adotou a Constituição de 1988, procurando-se demonstrar a importância dos limites substanciais implementados nas democracias consensuais, como forma de controle e garantias individuais.

Buscar-se-á demonstrar a influência entre a teoria democrática e a do constitucionalismo, das Instituições e dos arranjos implementados pelo Poder Constituinte Originário.

No terceiro capítulo, apresenta-se uma releitura da doutrina clássica da separação de poderes, visando definir o cenário em que se encontra a Função Jurisdicional e suas atribuições de competência.

Após a revisão dos clássicos sob uma visão atualizada, promove-se a distinção entre Poderes e Função, que se afigura importante para o tema da soberania, enquanto poder, para situar no plano Constitucional a evolução da doutrina, bem como seu estágio atual, com vistas ao melhor entendimento dos arranjos políticos constitucionais.

Realiza-se, ainda, a leitura do sistema de limitação de Funções, como forma de controle em um sistema de freios e contrapesos, que visam dar efetividade aos arranjos democráticos contidos em nossa história constitucional, para então promover a aproximação da função jurisdicional e a decisão judicial em casos difíceis, envolvendo políticas públicas.

No último capítulo, analisa-se o papel da Função Jurisdicional e sua delimitação, que devem refletir na decisão judicial, face aos princípios democráticos, o princípio da igualdade, e especificamente o papel do Judiciário nas decisões de casos difíceis de políticas públicas. Destaca-se que o ativismo judicial é permitido para garantia das minorias e para desobstrução dos canais democráticos.

Por fim, a título de conclusão, procura-se demonstrar que a decisão judicial não pode realizar o processo democrático de implementação de políticas públicas, em substituição aos legitimados, mesmo com fundamento no déficit democrático, qual seja, na falha da representação política, esta sim detentora da função de implementação dessas políticas.

CAPITULO I

OS CASOS JUDICIAIS DIFÍCEIS E AS DECISÕES SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

A abordagem do tema decisão judicial comporta várias interpretações diante do referencial teórico existente. Neste contexto, há que se discutir a doutrina positivista e a pós-positivista, com vistas a conformar a discricionariedade e, por conseguinte, verificar se o ordenamento possuiu ou não completude e incompletude.

Como a decisão judicial é a exteriorização da Função Jurisdicional, antes da abordagem dos arranjos Institucionais, há que se perguntar se é ou não possível que a decisão ultrapasse o referencial positivista e, se afirmativo, só então discutir uma ampliação da participação judicial na efetivação dos Direitos veiculados por princípios que abrangem as decisões de políticas públicas.

1.1 Casos difíceis, para a teoria pura do Direito de Hans Kelsen

O positivismo, no qual se pode dizer que se fundamenta toda a teoria do ordenamento jurídico, descreve o direito como composto a partir de regras, onde se resolvem todos os conflitos dentro do próprio sistema normativo, cujos fundamentos não se abriam a questionamentos filosóficos ou mesmo políticos.

A teoria kelseniana foi o ápice e a que melhor expressou o pensamento jurídico positivo, consolidando, na teoria pura do Direito, a tentativa de apresentar respostas a todas as questões que lhe são relativas, dentro do sistema.

O positivismo promoveu, ainda, a ruptura entre o Direito e a Metafísica, uma vez que rompeu com a doutrina do Direito Natural que o envolvia, sendo esta a maior crítica ao pensamento jurídico dos séculos anteriores.

O próprio Kelsen (2003, p. 77) apresenta a linha divisória pela qual separa o Direito da Moral:

A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wrtfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito.

Para tanto, Kelsen (2003) concebe o fundamento de validade das normas de forma escalonada, onde a Constituição extrai a sua validade da norma fundamental; as normas gerais extraem validade da Constituição, as normas específicas das gerais, e assim por diante, encerrando-se na sanção.

Neste processo, parte-se do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto), onde o tribunal tem de responder a *questio facti* (questão de fato), como também a *questio juris* (questão jurídica). A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a ser aplicada ao caso concreto, sendo a decisão judicial tão-somente a continuação do processo de criação jurídica (KELSEN, 2003, p. 264).

Para a presente abordagem, o aspecto mais relevante de toda a construção positivista, especialmente na lição de Kelsen, é o que diz respeito à completude do ordenamento jurídico, que, de acordo com este pensamento, contém conceitos e

instrumentos suficientes e adequados para a solução de quaisquer casos, inclusive os difíceis, inexistindo lacunas.

Para Kelsen (2003, p. 273), a teoria que argumenta a existência de lacunas é um erro, posto que não há como admitir a possibilidade de um Tribunal preencher esta lacuna pela criação de uma correspondente norma jurídica, por lhe faltar a premissa necessária, a norma geral. E, ainda, “tais argumentos fundam-se na ignorância do fato de que, quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo realizar determinada conduta, permite esta conduta”.

A ordem jurídica contempla todas as hipóteses necessárias à decisão judicial, uma vez que todo e qualquer comportamento pode ser regulado positiva ou negativamente, ou seja: se não proíbe, se permite o comportamento do indivíduo.

A decisão judicial, para Kelsen (2003, p. 269), quase sempre comporta duas possibilidades por parte do tribunal, quais sejam, verificado que o demandado ou acusado cometeu o delito alegado previsto na norma jurídica geral e constatado que foi violada a conduta imposta na norma geral, dá provimento à demanda; ou verificado que não cometeu o demandado ou acusado o delito alegado, quer por não infringir a norma geral, quer por não possuir na norma jurídica geral vigente algo que ligue ao fato uma sanção, indefere a demanda.

É categórico ao afirmar, ante dois interesses controvertidos não regulados pela norma geral, ou seja, não proibidos, que a demanda seja julgada improcedente contra aquele postulante do direito não previsto positivamente, sendo perfeitamente possível que a ordem jurídica não preveja todos os conflitos de interesses. O exemplo utilizado por Kelsen (2003, p. 270) que demonstra claramente sua concepção é este:

Mas é inteiramente possível que à conduta de um indivíduo não proibida e, neste sentido, permitida, se oponha uma conduta de

outro indivíduo que, não consistindo no emprego da força física, também não seja proibida e, nestes termos, seja permitida.

Kelsen (2003, p. 271) apresenta, ainda, a hipótese em que se atribua ao tribunal o poder de, no caso de não poder determinar qualquer norma jurídica geral, impor ao demandado a violação alegada e, por conseguinte, não rejeitar a demanda pelos fundamentos de não ser eqüitativa e injusta à rejeição, por falta de norma geral.

Essa atribuição de competência para o tribunal criar a norma individual não é, conforme o tribunal, a de um legislador, justamente pelo fato de não criar uma norma geral, mas sim individual, quando se tem por injusta ou não eqüitativa a não condenação, na inexistência de norma geral.

Além disso, a atribuição de competência para o tribunal fundamenta a diferença entre a aplicação, pelo tribunal, da norma geral e a norma criada para o caso individual, que eventualmente não tenha o legislador logrado positivar.

No caso da inexistência de norma geral, o tribunal aplica, sim, a norma individual, que decorre da análise da eqüidade e dos princípios gerais do Direito. Tanto nessa hipótese, bem como na aplicação da norma geral positivada, ocorre a decisão para casos individuais, ou seja, há a subsunção do caso concreto ao ordenamento positivado. A distinção é que, no caso de inexistência da norma geral, a discricionariedade do tribunal é maior e, na norma geral, é menor. Contudo, a norma geral é apenas uma moldura dentro da qual há que se produzir a norma individual (KELSEN, 2003, p. 272).

Kelsen (2003, p. 273) não admite, ainda, a existência de lacunas, quando se estiver diante de condutas não proibidas, onde a decisão deverá afastar a controvérsia, por não estar regulada negativamente pela norma geral.

Ao prosseguir sua explicação, diz que a existência de “lacunas” apenas é presumida, quando, “olhando mais de perto”, constata-se, pelo órgão aplicador do Direito, que sua decisão não será equitativa ou um desacerto e que, assim, a inexistência de uma norma jurídica provoque uma decisão indesejável, do ponto de vista político jurídico.

Dessa forma, esse argumento de que haveria lacunas, na decisão que não for equitativa e desejável, também seria possível para a norma geral positivada, sendo que justifica-se por sua teoria a inexistência de lacunas.

Kelsen (2003, p. 274) apresenta enunciados de situações práticas, que, a seu juízo, demonstram a pertinência de seu argumento de que não há lacunas no Direito vigente, no sentido de sua aplicabilidade lógica, e que seria pelo menos inconsistente ver em um caso, e não no outro, uma lacuna:

O fato da ordem jurídica não conter qualquer norma que estabeleça uma pena para o furto de energia elétrica pode ser considerado tão iníquo ou desacertado como o fato de uma ordem jurídica conter uma norma que é de aplicar tanto ao roubo acompanhado de homicídio como à hipótese de um filho matar o pai que sofre de doença incurável, a pedido deste.

Kelsen (2003, p. 275) justifica que, quando o julgador enfrenta o caso concreto, não há que se falar em positivação de norma geral que faculte ao mesmo a utilização do direito consuetudinário. Na falta deste, nos moldes do código suíço, a norma elaborada pelo juiz, como legislador, é considerada uma ficção, quer julgando improcedente ou procedente a pretensão postulada, posto que a ordem jurídica é sempre aplicável.

O autor levanta a hipótese contrária à ficção, inserida no código suíço, a qual repudia, ou seja, de o juiz legislar, com a proposição de que: “quando a aplicação da ordem jurídica vigente é, segundo a concepção ético-política do

tribunal, insatisfatória no caso *sub judice*, o tribunal pode decidir o caso segundo a sua livre apreciação.” (KELSEN, 2003, p. 275-276)

Salientando que referida disposição outorgaria ao tribunal demasiado poder, uma vez que o juiz, quando entendesse a ordem jurídica vigente insatisfatória, ou mesmo a norma jurídica geral, poderia, à sua livre convicção, impor sua vontade ao demandado ou acusado. A teoria Kelseniana não admite, portanto, a existência de lacunas, diante da compreensão do sistema como sendo o de aplicação do Direito vigente.

O ponto central do pensamento kelseniano diz respeito à completude da ordem jurídica, que promoverá sempre a resposta aos casos individuais, quer regulando as condutas positiva ou negativamente, restando ao juiz, com sua decisão, a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica.

1.2 Casos difíceis na teoria do ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio

Após abordar as questões relativas à unidade e à coerência do ordenamento jurídico, Bobbio (1999, p. 115) promove a análise da completude ou incompletude do ordenamento, que, na primeira abordagem, será a capacidade ou não de o ordenamento de promover as respostas necessárias aos casos concretos.

O dogma da completude do ordenamento jurídico para os positivistas passa pela resposta que o juiz sempre encontrará, para as eventuais lacunas que a lei possa oferecer, os métodos de integração e interpretação que solucionariam o caso concreto.

Segundo Bobbio (1999, p. 122), o dogma da completude, para o jurista tradicional, é fundado em três pressupostos: “1) a proposição maior de cada raciocínio jurídico deve ser uma norma jurídica; 2) essa norma deve ser sempre uma lei do Estado; 3) todas essas normas devem formar no seu conjunto uma unidade”.

Na lição de Bobbio (1999, p. 115), o ordenamento possui, por característica, além da unidade e coerência, a completude, que permite dizer que “o ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes nem uma certa norma nem a norma contraditória” e, faltando uma norma, haverá o que se convencionou chamar *lacuna*.

Para Sanches (2003, p. 119):

[...] um ordenamento será considerado completo quando se pode encontrar nele normas que se apliquem a qualquer caso que se apresente ao órgão julgante.

Já a incompletude do sistema ocorria quando ele não compreendesse nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. Ou seja, nem a proibição, nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema. Só neste caso poderíamos falar que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tenha uma lacuna.

Na visão positivista do ordenamento, tal característica é decorrente do princípio de que toda atividade legiferante pertence ao Estado. Por certo, ainda com Bobbio (1999, p. 115), “o sistema é incompleto e o ordenamento jurídico tem lacuna”, a qual nos levará ao problema da incompletude, que se resolverá por duas regras: “1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame; 2) deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema”.

Pode-se, à guisa de delimitação do tema, apresentar a conclusão de que a incompletude do ordenamento será resolvida pelas regras da heterointegração e

autointegração¹. A analogia e os princípios gerais do Direito, que possuem métodos próprios e, somente na existência de lacuna, é que se resolverão, no próprio sistema normativo.

Desta forma, diferentemente da posição kelseniana, Bobbio (1999) admite a existência de lacunas que terão sua resposta extraída do ordenamento e apresenta os métodos necessários à compreensão de sua teoria, mas admite somente a leitura em um sistema normativo positivado, ou seja, não aceita a existência de normas que não sejam as regradas pelo Estado.

O positivismo jurídico ganha uma visão de sistema diante do ordenamento e métodos de preenchimento das eventuais lacunas existentes dentro do ordenamento, mas, ainda assim, não admite a leitura das pautas morais, apresentadas pela filosofia.

Neste contexto, podem-se apontar as características do positivismo jurídico, quais sejam: a) Direito e norma são, em linhas gerais, a mesma coisa; b) a ordem jurídica é emanada única e exclusivamente pelo Estado; c) a validade da norma depende do procedimento seguido para sua criação e deve, para aplicação ao caso concreto, subsumir à norma geral; e d) por possuir o ordenamento jurídico o dogma da completude, sempre oferecerá respostas aos casos concretos.

¹ Terminologia dada por Carnelutti, citada por Noberto Bobbio pág. 146, que heterointegração é a integração pelo método: a) recurso a ordenamentos diversos; b) recurso a fontes diversas daquela que é dominante (identificada, nos ordenamentos que temos sob os olhos com a Lei) e auto-integração, consiste na integração

1.3 Casos difíceis na doutrina de Ronald Dworkin

Com a chamada corrente doutrinária do pós-positivismo, em contraposição ao chamado positivismo, reacende-se a discussão sobre a existência ou não de limites à discricionariedade depositada em mãos da Função Jurisdicional, questão relativamente contornada no positivismo, permitindo-a, na existência de lacunas, dentro do próprio sistema, mas nada além dele.

A questão que se põe na ordem do dia é a da inclusão dos princípios como espécie de norma que promove a abertura para a inclusão das pautas morais, anteriormente excluídas pela doutrina positivista. Interessante notar que o próprio Bobbio (1999, p. 160) nos apresenta uma indagação (sem resposta), quando discorre sobre os princípios gerais de Direito e sustenta ser possível somente a utilização dos não expressos, a saber: “no que diz respeito aos princípios gerais expressos, seria bem curioso que houvesse uma norma que autorizasse sua aplicação”. É esta a nossa realidade hoje, os princípios são normas e, portanto, cogentes.

Este é o marco inicial para a indagação sobre a existência ou não da discricionariedade, que obrigatoriamente passará pelo pensamento de Dworkin (2002), que é um dos doutrinadores que propõe a inserção dos princípios como norma.

A questão da decisão do juiz é um ponto central na teoria do Direito de Dworkin, por promover a revisão dos conceitos dogmatizados pelo positivismo e revistos em sua teoria normativa moral. A distinção básica que se faz é justamente

através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo recurso a fontes diversas da dominante.

nos conceitos que definem questão de princípio e questão de política, assegurando que a decisão judicial deva ser aquela que se fundamente na questão de princípio.

Nas palavras do próprio Dworkin (2002, p. 36) :

Denomino “política” que será “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Quando formulou sua tese, Dworkin (2002, p. 51-52) apresentou três distinções para o termo "discricionariedade". A primeira é quanto à aplicação, por funcionários, de critérios estabelecidos por uma autoridade superior, ou, na escolha, pelo juiz, entre critérios "que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras". A segunda acepção é relacionada à ausência de revisão da decisão tomada por uma autoridade superior. Essas duas primeiras distinções são, para Dworkin (2002), discricionariedades em sentido fraco.

Por não ser objeto de embate entre a doutrina positivista e a pós-positivista de Dworkin (2002, p. 51), a discricionariedade em sentido fraco passa a ser senso comum, posto que estaria vinculada, quer a uma autoridade superior ou ao preenchimento de espaços vazios, circundado por uma faixa de restrições.

A terceira distinção para discricionariedade é aquela em sentido forte, que implica a ausência de quaisquer padrões derivados da autoridade da lei (DWORKIN, 2002, p. 55), ou seja, a idéia de que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz, para que decida de uma determinada forma. Tal constatação leva à conclusão de que os juízes mudam regras antigas e introduzem novas.

Esta fundamentação, segundo Dworkin (2002), apresenta a discricionariedade como sendo a liberdade que o juiz tem diante da lei em casos de lacuna, como um dever legal de decidir de determinada maneira, e não na existência de padrões puramente morais e não vinculantes, pelos quais os juízes poderiam se guiar.

Interessante notar que a análise da discricionariedade em sentido forte, que se pode extrair da doutrina positivista, levada a efeito, promove a necessidade de se criar nova obrigação jurídica pelo juiz, como uma regra nova para o futuro, o que por certo é legislar.

Neste contexto, insere-se a discussão entre a teoria positivista e a proposta pelo autor, na qual a inserção dos princípios apresenta-se como vinculação prévia ao julgador, impedindo-o de legislar *ex post facto*, posto que a obrigação jurídica será imposta por uma constelação de princípios.

Segue daí que, em um caso difícil – quando é impossível encontrar tal regra estabelecida – não existe obrigação jurídica enquanto o juiz não criar uma nova regra para o futuro. O juiz pode aplicar essa nova regra às partes da questão judicial, mas isso é legislar *ex post facto* e não tornar efetiva uma obrigação já existente. (DWORKIN, 2002, p. 70-71)

O caminho trilhado por Dworkin (2002) promove a inserção de pautas morais na justificação da lei, por via de uma teoria normativa que possa identificar não somente a lei, mas também o melhor modo moral.

Nesse sentido, sua teoria busca extrair força normativa dos princípios (de natureza moral) reconhecidos pelo sistema jurídico, impondo, a partir desta normatividade, limites à discricionariedade.

A discricionariedade poderá ser analisada por dois sistemas, considerados monofásico e bifásico, que para os positivistas teriam dois momentos diferentes para aplicação do Direito. O primeiro diz respeito à busca da regra positivada -

discricionariedade em sentido fraco - e o segundo, na sua inexistência, o preenchimento da lacuna - discricionariedade em sentido forte - no dizer de Dworkin (2002, p. 35), que utiliza a doutrina positivista como alvo de suas considerações. Para os monistas, o sistema deverá ser observado em sua totalidade, promovendo a integração das instituições e da moral de uma sociedade determinada e, desta forma, não se admitindo a discricionariedade em sentido forte, que é admitida nos sistemas bifásicos, com a constatação de lacuna.

É no sentido forte da discricionariedade que se pode ter um alto grau de incertezas e injustiças, exteriorizadas por lacunas, quando, na verdade, existe um dever legal em decidir do juiz. Esse alto grau de incertezas poderá levar a uma decisão indevida.

A teoria de Dworkin (2002) apresenta uma abordagem geral do sistema normativo, que resulta em padrões objetivos, que são suficientes para orientar os juízes nos casos difíceis, para os quais o positivismo leva somente à discricionariedade em sentido forte.

Desta forma, o positivismo jurídico afigura-se superado pela proposta de interpretação que nos apresenta Dworkin (2002), uma vez que a leitura do Direito na amplitude de seus sentidos deve ser promovida não apenas na lei, mas objetivando que diminua a discricionariedade e aumente o grau de acerto das decisões.

Nesse caminho, o juiz tem o dever jurídico de buscar a melhor justificação moral, partindo da análise dos princípios e regras, entendidos como valores morais objetivos, *que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras*. Fornecendo a esses casos difíceis critérios mais objetivos do que o mero recurso à discricionariedade em sentido forte, sem, contudo, retirar do juiz a discricionariedade em sentido fraco.

De acordo com esse modelo, pode-se dizer que o juiz tem sempre a obrigação de buscar a resposta correta no Direito preestabelecido. Portanto, não deve exercer o seu poder, de forma a legislar. A verdadeira resposta aos casos difíceis corresponde à teoria que é capaz de justificar do melhor modo os materiais jurídicos constantes do ordenamento, por via dos princípios e regras.

Admitindo-se por superada a teoria positivista e aderindo ao proposto por Dworkin (2002), de onde se extrai força normativa dos princípios e dessa normatividade se promovam limites à discricionariedade, nos resta a indagação quanto a possibilidade de os juízes realizarem opções políticas em suas decisões.

Assim, pela resposta dada na teoria de Dworkin (2002, p. 36), o que se espera da discricionariedade judicial é a de sentido fraco, buscando nos princípios jurídicos a resposta correta, sem se fundamentar em decisões políticas, que em seu entender é “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”, que justamente representam em nosso ordenamento as opções sobre alocação de recursos e estabelecimento de prioridades exigidas pelas prestações positivas do Estado.

Nesse sentido, é importante trazer a apresentação da obra de Dworkin, *Levando os direitos a sério*, da edição espanhola, feita por Calsamiglia (1984, p. 06), que traz uma síntese quanto à função judicial:

[...] O modelo de Dworkin evita vários problemas importantes: o **primeiro**, que o juiz não se constitua em legislador, o que significa que o poder judiciário tem como função garantir direitos preestabelecidos. **Em segundo** lugar, a tese de Dworkin é compatível com o postulado da separação de poderes, posto que o juiz está subordinado à lei e ao direito. O poder judiciário é “nulo” – como afirmava Montesquieu – porque sua função é garantir direitos. **Em terceiro lugar**: o modelo da resposta correta recusa a teoria do silogismo, mas aceita seu princípio político básico: o juiz não tem nem pode ter poder político. A função do juiz é garantir os direitos individuais e não assinalar objetivos sociais. A função judicial é

distinta da legislativa ou da executiva. **Em quarto lugar:** nos casos difíceis, os juízes não baseiam suas decisões em objetivos sociais ou diretrizes políticas. Os casos difíceis são resolvidos com base em princípios que fundamentam direitos. (Grifo nosso)

A decisão judicial em casos difíceis não possibilita que os juízes sejam legisladores. Portanto, devem respeitar as atribuições de competências dadas a cada Poder pelo princípio da separação de poderes. Não se atribui poder político aos juízes, portanto, não podem fundamentar suas decisões em diretrizes políticas e, assim, cabe-lhes o julgamento com fundamento em regras e princípios do Direito.

A força normativa dos princípios reconhecidos pelo sistema jurídico nos leva ao questionamento contido nas obrigações positivas, a cargo do Estado, que demandam opções políticas para implementação das políticas públicas necessárias à efetividade de direitos sociais. Qual seria, então, a possibilidade ou não da participação da Função Judicial?

Essa preocupação encontra-se, entre nós, em Torres (2001), que nos diz que há alguns déficits teóricos, especialmente na zona de transição entre direitos individuais fundamentais e os direitos sociais, que é a projeção para o direito positivo da tensão entre valores de liberdade e de justiça social, que somente pelo enfoque jurídico da cidadania será possível contribuir para a era do Direito.

Assim, o referencial teórico do pós-positivismo expressado pelo pensamento de Dworkin (2002) não nos permite afirmar que haverá possibilidade de uma decisão judicial em casos difíceis, que necessitem de escolhas políticas, ou seja, o exercício da Função Legiferante. Pelo contrário, obriga que a decisão se funde em princípios que fundamentem direitos.

Com o objetivo de promover a visualização do exercício da Função Jurisdicional nos casos difíceis e se estão fundamentando-se em questões de

princípios e regras ou no poder político das escolhas públicas, promoveremos a análise de algumas decisões.

Estas decisões foram selecionadas a partir do grau de jurisdição, ou seja, da primeira instância e do Supremo Tribunal Federal, enquanto última instância de jurisdição, com o objetivo de apresentar e discutir decisões que envolvam políticas públicas e as suas conseqüentes prestações positivas.

1.4 ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

Antes de fazermos a apresentação dos casos difíceis, afigura-se necessária uma primeira abordagem sobre o que se entende por política pública. A distinção que se tem, com Meirelles (1994, p. 609), é a de atos de governo ou atos de política:

Atos políticos — Atos políticos são os que, praticados por agentes do Governo, no uso de competência constitucional, se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência ou oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos. São atos governamentais por excelência, e não simplesmente de execução de serviços públicos, daí seu maior discricionarismo e, conseqüentemente, as maiores restrições para o controle judicial...

Ainda na obra desse saudoso administrativista (1994, p. 610), encontram-se as esclarecedoras palavras de Araújo Castro:

Questões exclusivamente políticas devem entender-se aquelas que se referem ao exercício de poderes discricionários, isto é, ao exercício de poderes que a Constituição confia à inteira discricção do Legislativo e do Executivo.

Definição que converge para a apresentada por Dworkin (2002, p. 36) e já citada acima, de que política é o padrão que estabelece um objetivo a ser

alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, público ou social da comunidade.

Outra distinção importante é a apresentada por Piovesan (2003, p. 32): "O Estado Social se legitima antes de tudo pela realização de políticas, isto é, programa de ação. Essas políticas públicas englobam todo o conjunto de atuações estatais no campo social, mediante as políticas sociais".

Para Bobbio (1999, p. 507), os direitos sociais fundamentais são três: a instrução, o trabalho e a saúde; justificando-os da seguinte forma: "O indivíduo instruído é mais livre do que um inculto, um indivíduo que tem um trabalho é mais livre do que um desempregado; um homem são é mais livre do que um enfermo".

Na realização das opções políticas constantes na Lei Fundamental é necessário que Poderes Constituídos façam escolhas. Uma opção política se dará em detrimento de outra opção política. Isto dependendo da relação de força entre os vários grupos políticos e dos procedimentos que são adotados, para que as decisões sejam vinculadoras de toda comunidade (BOBBIO, 1999, p. 220).

Em uma sociedade aberta, em que haja pluralidade de visões de mundo e, por outro lado, em que os recursos são escassos, fazer escolhas públicas é algo difícil.

Estas escolhas são objeto de ampla discussão entre os vários grupos políticos, cuja decisão somente ocorrerá após grande embate da sociedade, por via dos grupos de pressão.

Bobbio (1999, p. 221) nos apresenta uma posição bastante clara, quanto aos caminhos que percorrem as escolhas públicas, distinguindo o que seja poder político das outras formas de poder:

[...] portanto para delimitar o campo da política e das ações políticas, é aquele que se funda sobre os meios dos quais as diversas formas

de poder se servem para obter os efeitos desejados: o meio do qual se serve o poder político, embora, em última instância, diferente do poder econômico e do poder ideológico, é a força.

Assim, o campo que envolve decisões sobre política pública é aquele que inova de forma vinculativa, geral e universal, por caminhos procedimentais, para alcançar os efeitos desejados pela sociedade.

A análise que se apresentará a seguir diz respeito a decisões judiciais de primeira instância e do Supremo Tribunal Federal, que mostram em seu conteúdo, segundo nossa percepção, não uma decisão jurídica mas, sim, escolhas de políticas públicas, não delimitadas no campo político.

Ressalte-se que não se trata de pesquisa de campo ou mesmo de levantamento estatístico, sendo que a escolha das decisões tem caráter qualitativo e não quantitativo, em relação ao objeto do questionamento que se propõe.

1.4.1 O CASO DE OBRAS PÚBLICAS, EM SEDE DE LIMINAR ²

A primeira decisão que escolhemos como exemplo é a de uma Ação Civil Pública, promovida pelo Ministério Público, com pedido de concessão de liminar, objetivando a condenação da União e suas Autarquias à elaboração e instituição de um projeto de reformulação da Rodovia BR-153, bem como dos trechos de intersecção das rodovias estaduais com aquela via pública federal, promovendo sua conservação e fiscalização.

² (Processo de origem nº: 1999.61.11.004357-9 – Ação Civil Pública – Ministério Público Federal versus União – Vara Federal de Marília-SP, Ação na qual atuamos como Procurador-Sectional da União, que ainda se encontra em trâmite, em grau de recurso)

A decisão monocrática de primeira instância concedeu liminar, para determinar ao DNER que promovesse:

a) a sinalização adequada dos trechos e trevos de maior risco, indicados pelo MPF;

b) a realização emergencial de reparação da pista em seu leito carroçável nos locais mencionados, eliminando buracos, saliências e imperfeições;

c) a reparação do acostamento da pista, eliminando-se os buracos e degraus acentuados, roçada de vegetação, principalmente, nas proximidades dos Km 196 e 230;

d) o levantamento da situação e imediata reforma/construção de cercas nas margens da Rodovia.

No que diz respeito à União que, por intermédio da Polícia Rodoviária Federal, fossem tomadas as seguintes providências:

a) a fiscalização ostensiva na BR 153, especialmente nos locais de maior risco;

b) a adoção de medidas educativas em âmbito regional, conscientizando os usuários dos riscos de trafegar na aludida Rodovia.

A decisão liminar previu, ainda, a aplicação de multa diária (*astreinte*), no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), para o caso de descumprimento das determinações nela contidas.

Em 28.01.2000, houve nova decisão, cuja transcrição parcial tem o seguinte teor:

Assim, já fixada na própria liminar (R\$ 100.000,00 – cem mil reais por dia de descumprimento), a punição pecuniária deverá ter incidência desde a data requerida pelo MPF, ou seja, 27 de janeiro de 2000, momento onde se configurou o descumprimento. Outrossim, resta claro que por imposição legal, apenas será cobrada a partir do trânsito em julgado da sentença de procedência (art. 12, § 2º, da Lei nº 7.347/85). Além de tudo, verifico a possibilidade, em

tese, de crime de desobediência (art. 330 do CP). Dessa forma, para não deixar dúvidas, sem prejuízo da multa liminar cuja incidência já está determinada, determino que se intime pessoalmente o representante administrativo local do DNER cuja regional é de São José do Rio Preto -SP (fls. 400) para que tome as providências cabíveis ao cumprimento da liminar, sem prejuízo da multa diária já fixada, encaminhando-lhe cópia da decisão liminar, desta decisão e a petição do MPF de fls. 393 e ss., com os documentos anexos, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de responsabilidade criminal por delito de desobediência.

Durante o desenvolvimento da ação, as partes apresentaram vários documentos destinados a instruir os autos, de forma a possibilitar a apreciação do cumprimento e/ou descumprimento da liminar.

Depois disso, merece ênfase o fato de ter havido a prolação da sentença, na qual o juiz de primeira instância impôs a condenação da União, da qual se destacam as de maior interesse na presente abordagem, que ficou estampada na parte dispositiva da sentença nos seguintes termos:

Em relação à União, na condição de sucessora do DNER e ao DNIT, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO, extinguindo o processo com julgamento do mérito, condenando os referidos réus, a primeira como sucessora dos deveres do DNER até sua extinção e o segundo a partir de sua criação, a elaborar e a implantar um projeto eficiente de reformulação, conservação e sinalização da rodovia BR – 153, confirmando, assim, em parte a liminar. Enquanto não elaborado o projeto eficiente – que torne desnecessária a liminar – e enquanto não definitivamente implementado, continua a vigorar a decisão liminar no que toca às determinações feitas ao DNER (agora para a União e ao DNIT), que são de natureza emergencial, com a astreinte já fixada, que poderá ser majorada conforme a gravidade do descumprimento, sem prejuízo das sanções cíveis, penais e administrativas. Sem honorários neste item, em razão da sucumbência recíproca. (Grifo nosso)

Veja-se que a idéia resumida é a de que o autor pretende que seja elaborado um projeto para a Rodovia BR-153, no qual estejam compreendidas a reformulação, a conservação e a sinalização dessa via pública, devendo tal projeto ser efetivamente posto em prática.

Logo no início da demanda, foi concedida liminar de natureza antecipatória de mérito, determinando, entre outras providências, a adoção de plano de medidas de conservação e sinalização da rodovia federal, objeto da ação, sendo as medidas determinadas, em caráter liminar.

Bem se nota que esses atos são imanentes ao projeto acima mencionado e, por força da decisão liminar confirmada pela sentença, já estão sendo exigidos antes de tal projeto ser elaborado sendo, portanto, impostas pelo Poder Judiciário ao Poder Executivo.

Essas observações afiguram-se relevantes, porque são intrínsecas às questões que surgem em torno de princípios inter-relacionados, como o da separação dos poderes e da reserva parlamentar em matéria orçamentária.

No presente caso pode-se observar que a decisão judicial de primeira instância, em sede liminar, determina ao Poder Público Federal que promova a reparação e fiscalização do trecho da rodovia federal, sob pena de multa diária.

Como esta, existem inúmeras decisões proferidas em liminar, que determinam ao Poder Público que realizem obras que não foram objeto de escolhas políticas, e, portanto, não consta nas prioridades ou mesmo no orçamento público para aquele exercício fiscal.

Por mais justa que se possa admitir a atuação do Ministério Público ou outro qualquer interessado da sociedade, a questão central do pedido se afigura na opção política, a cargo dos representantes democráticos, e que possuam responsabilidade política pela delegação imposta pelo mandato eletivo e não em questão jurídica, na qual possa se manifestar a Função Judicial.

1.4.2 CASO DA CONCESSÃO DE REMÉDIOS NÃO CONSTANTES NAS POLÍTICAS PÚBLICAS GOVERNAMENTAIS - EM SEDE DE LIMINAR³

No presente caso aborda-se decisão judicial, que contempla, a princípio, o direito à prestação positiva pelo Poder Público, consistente à saúde, e, portanto, de um direito social.

Promoveu-se uma detalhada narrativa da ação, para delimitar os detalhes que são possíveis em uma pretensão como a presente, sobre políticas públicas e suas reais implicações, tais quais aquelas apresentadas na introdução, onde se narram as mais variadas pretensões e deferimentos, via judicial.

Neste caso, a autora busca em face da União, com pedido liminar, a condenação para a entrega de remédios, cujo pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi deferido e definiu-se o fornecimento de determinados medicamentos receitados.

A ação pretende compelir a União a fornecer medicamentos prescritos para o combate à esclerose múltipla, doença de que a autora sustenta ser portadora.

O Juízo, entendendo satisfeitos os requisitos para a concessão da tutela antecipada, deferiu o respectivo pedido, mediante decisão interlocutória, que obriga o Estado à entrega dos remédios requeridos.

Pode-se extrair do pedido inicial que a autora alega ser portadora da enfermidade denominada de esclerose múltipla e que necessita de medicamentos que lhe foram receitados por seu médico, os quais são de custo elevado, de forma que não pode adquiri-los com recursos próprios.

³ Processo de origem: 2003.61.17.002013-9 1ª Vara da Justiça Federal em Jaú-SP Requerente --- versus UNIÃO – processo de competência da Procuradoria Seccional da União Marília.

Esses medicamentos são os seguintes: *imunoglobina humana 400 mg/KG/dia IV mensalmente; pentoxifilina (trental) 400 mg 3 comp/dia; enoxaparina 20 mg SC diariamente (clexane); clobazam 10 mg VO 12/12h (Urbanil); baclofeno 10 mg VO, 6/6 h; acetato de glatirâmer 20 mg SC/dia.*

Um primeiro aspecto a ser considerado é que as explicações prestadas pela Divisão Regional do SUS, em Bauru, conduzem ao entendimento de que os medicamentos *clobazan 10MG, baclofeno 10 MG e pentoxifilina 400 MG* estão acessíveis a autora, bastando-lhe apresentar os documentos que comprovem que tais remédios foram aviados por seu médico. Já no que concerne ao *clexane*, a informação é de que o Sistema Único de Saúde fornece, em seu lugar, o medicamento *diazepan 10 MG*, também mediante a apresentação da receita médica.

Na análise da pretensão da autora, pode-se inferir que parte de seu pedido está contido na política pública, para tratamento da citada doença. Outra parte dos remédios solicitados não estão contidos na política pública.

Fica demonstrado que existe política pública que prevê o atendimento à doença e que se encontra contemplada pela legislação, sendo, portanto, direito subjetivo.

Todavia a discussão, embora prevista em políticas públicas já estabelecidas, demanda ainda a concessão de remédios não constantes nessa mesma política. Portanto, a discussão está centrada, basicamente, sobre o fornecimento dos remédios *imunoglobina humana 400 mg e acetado de glatirâmer 20 MG*.

A resposta dada, em defesa, pelo Poder Público, teve como fundamento a pretensão a medicamentos para a melhora do estado de saúde da autora. Embora perfeitamente compreensível, há de ser satisfeita em conformidade com critérios que, como se verá, são estabelecidos por uma *Política Nacional de Medicamentos*, a

qual é parte integrante da *Política Nacional de Saúde*, ambas voltadas a atender, de forma segura e eficaz, àqueles que se encontram em situação semelhante à dela.

O estudo da defesa apresentada pelo Poder Público demonstra a abordagem do mérito administrativo, como também algumas ponderações sobre o princípio da universalidade do orçamento público.

Relativamente ao *mérito administrativo*, argumentou-se que, para o Estado conseguir atender a todos os que dele necessitam, é preciso que sejam criados Programas de Governo, com diretrizes para os órgãos de atuação e prevendo os recursos, com suas respectivas origens, que custearão as atividades destinadas à satisfação das necessidades da população.

No caso do fornecimento de medicamentos gratuitos àqueles que não podem custeá-los, esse Programa de Governo foi instituído pela Portaria do Ministério da Saúde nº 3.916/GM, de 30/10/1998, abaixo transcrita:

Portaria nº 3.916/GM Em 30 de outubro de 1998

O Ministro de Estado da Saúde, Interino, no uso de suas atribuições, e

Considerando a necessidade de o setor Saúde dispor de política devidamente expressa relacionada à questão de medicamentos;

Considerando a conclusão do amplo processo de elaboração da referida política, que envolveu consultas a diferentes segmentos direta e indiretamente envolvidos com o tema;

Considerando a aprovação da proposta da política mencionada pela Comissão Intergestores Tripartite e pelo Conselho Nacional de Saúde, **resolve**:

Art. 1º Aprovar a Política Nacional de Medicamentos, cuja íntegra consta do anexo desta Portaria.

Art. 2º Determinar que os órgãos e entidades do Ministério da Saúde, cujas ações se relacionem com o tema objeto da Política agora aprovada, promovam a elaboração ou a readequação de seus planos, programas, projetos e atividades na conformidade das diretrizes, prioridades e responsabilidades nela estabelecidas.

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.
(negrito acrescido)

Merece ser reproduzido o seguinte trecho do anexo mencionado no artigo 1º dessa Portaria:

(...)

1. INTRODUÇÃO

A Política Nacional de Medicamentos, como parte essencial da Política Nacional de Saúde, constitui um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população. A Lei n.º 8.080/90, em seu artigo 6º, estabelece como campo de atuação do Sistema Único de Saúde - SUS - a “formulação da política de medicamentos (...) de interesse para a saúde (...)”.

O seu propósito precípua é o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

A Política de Medicamentos aqui expressa tem como base os princípios e diretrizes do SUS e exigirá, para a sua implementação, a definição ou redefinição de planos, programas e atividades específicas nas esferas federal, estadual e municipal.

Esta Política concretiza metas do Plano de Governo, integra os esforços voltados à consolidação do SUS, contribui para o desenvolvimento social do País e orienta a execução das ações e metas prioritárias fixadas pelo Ministério da Saúde.

Contempla diretrizes e define prioridades relacionadas à legislação - incluindo a regulamentação - inspeção, controle e garantia da qualidade, seleção, aquisição e distribuição, uso racional de medicamentos, desenvolvimento de recursos humanos e desenvolvimento científico e tecnológico.

Cabe assinalar, ainda, que outros insumos básicos na atenção à saúde, tais como imunobiológicos e hemoderivados, deverão ser objeto de políticas específicas. No caso particular dos produtos derivados do sangue, esta Política trata de aspectos concernentes a estes produtos, de que são exemplos questões relativas às responsabilidades dos três gestores do SUS e ao efetivo controle da qualidade. (Grifo nosso)

Dessa forma, a defesa apresentada foi de que o fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde é resultado de um Programa de Governo, realizado por meio de atos de natureza política, praticados sob a ótica da oportunidade e da conveniência, que compõem o mérito administrativo, de sorte que é vedado ao Judiciário impor à União a obrigação de fornecer um medicamento específico, indicado por um médico a seu paciente.

A seleção dos produtos farmacêuticos a serem fornecidos gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS) segue os critérios estabelecidos pela *Política Nacional de Medicamentos*, com a qual se busca tornar viável o atendimento, de forma segura e eficaz, ao maior número possível de pessoas.

Os critérios para essa seleção dos medicamentos e formação das listas estão previstos, hoje, na Portaria nº 507 do Ministério da Saúde, que se reproduz na seqüência:

Portaria nº 507/GM

Em 23 de abril de 1999

O Ministro de Estado da Saúde, no uso de suas atribuições, e considerando:

a necessidade de selecionar medicamentos essenciais, capazes de solucionar a maioria dos problemas de saúde da população mediante uma terapia medicamentosa eficaz, segura e de menor custo;

a multiplicidade de produtos farmacêuticos disponíveis no mercado e os avanços técnico-científicos com a descoberta de novos medicamentos, resolve:

Art. 1º Publicar a revisão da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME - que acompanha esta Portaria, a qual foi efetivada com base nos seguintes critérios de seleção:

1. medicamentos de valor terapêutico comprovado, com suficientes informações clínicas na espécie humana e em condições controladas, sobre a atividade terapêutica e farmacológica;
2. medicamentos de baixa toxicidade;
3. medicamentos de composição perfeitamente conhecida, com somente um princípio ativo, excluindo-se, sempre que possível, as associações;
4. medicamentos pelo nome do princípio ativo, conforme Denominação Comum Brasileira – DCB - e, complementarmente, conforme Denominação Comum Internacional (DCI);
5. medicamentos que disponham de informações suficientes sobre a biodisponibilidade e características farmacocinéticas;
6. medicamentos estáveis nas condições de estocagem e uso;
7. medicamentos de menor custo de aquisição, armazenamento, distribuição e controle, resguardada a qualidade;
8. Medicamentos cujo custo do tratamento/dia e o custo total do tratamento sejam inferiores, resguardada a qualidade;
9. formas farmacêuticas, apresentações e dosagem, considerando:
 - a) comodidade para a administração aos pacientes;
 - b) faixa etária;
 - c) facilidade para cálculo da dose a ser administrada; e
 - d) facilidade de fracionamento ou multiplicação das doses;
10. medicamentos que supram as necessidades da maioria da população.

Art. 2º Delegar competência à Secretaria de Políticas de Saúde para proceder a revisão periódica e a atualização permanente da RENAME – 1999.

Parágrafo único. As propostas de modificações da RENAME serão consideradas mediante encaminhamento do formulário constante do ANEXO I, desta portaria, à Secretaria de Políticas de Saúde, que estabelecerá os mecanismos para implementação do processo de revisão e atualização.

Art. 3º Esta RENAME deve ser utilizada pelos serviços públicos de saúde, com a necessária adaptação às necessidades dos municípios e dos estados.

Art. 4º No âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS - as prescrições deverão adotar as denominações genéricas constantes da RENAME.

Art. 5º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

As obrigações impostas à Administração pelo Poder Judiciário, como a constante na decisão, levam-na a adquirir produtos farmacêuticos sem a observância dos critérios acima especificados. Esse procedimento acaba gerando prejuízos à Política Nacional de Medicamentos e, por via de conseqüência, à Política Nacional de Saúde, como também a outras pessoas que dependem desses Programas de Governo.

Dessa forma, questiona-se se é possível, juridicamente, compelir a Administração, direta ou indireta, a atuar da maneira requerida pela autora, deferida pelo Juízo de primeira instância.

O que se pretende colocar em relevo com essas considerações é que a Política Nacional de Medicamentos gera despesas e estas, para serem realizadas, precisam constar no Orçamento, o que não ocorre no caso dos autos, pois as obrigações impostas pela decisão recorrida não eram conhecidas na oportunidade em que se elaborou a peça orçamentária.

A argumentação em favor da defesa do Poder Público sustentou que há de se considerar que a análise dos atos administrativos pelo Judiciário circunscreve-se à parte correspondente à competência, forma e finalidade, não ao conteúdo do

mérito administrativo, já que este é examinado exclusivamente pelo Poder Executivo.

Estas são as diretrizes do caso analisado, em que se apresentam as fundamentações de fato e de direito do pedido da autora e da defesa, para os quais buscar-se-ão fundamentos nos capítulos seguintes.

1.4.3 CASO DO PORTADOR DO VIRUS DO HIV – AgRE 271.286- STF ⁴

Neste caso específico, a abordagem promovida por Vieira (1999, p. 233) busca demonstrar especificamente a aplicação de princípios consistentes nos Direitos Fundamentais, promovidos na interpretação do Supremo Tribunal Federal, analisados via recurso extraordinário, movido pelo Estado do Rio Grande do Sul, em torno da discussão do conteúdo do art. 196 da Constituição Federal, e do *caput* do artigo 5º, que estabelecem respectivamente o direito à saúde e à vida (VIEIRA, 1999, p. 192).

O recurso foi relatado pelo Ministro Celso Mello e desprovido por votação unânime, mantido, assim, o direito do paciente de receber do poder público a medicação necessária para o seu tratamento.

Nos fundamentos da decisão fica claro que, para o Supremo Tribunal Federal:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a

⁴ Caso extraído da obra Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência política – Oscar Vilhena Vieira – 1994, pág. 190/194-

garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostra-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A abordagem de Vieira (1999, p. 192) encontra ressonância na decisão do Supremo Tribunal Federal em que:

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

Conclui Vieira (1999, p. 192) que é interessante destacar o modo como o Supremo Tribunal Federal vê o direito à saúde, derivado e intimamente associado ao direito à vida, ao qual o poder público, qualquer que seja a sua esfera, não pode se mostrar indiferente.

Na análise do Acórdão, em continuidade ao expressado por Vieira (1999, p. 192, pode-se notar, ainda, que há o reconhecimento por parte do Supremo Tribunal Federal de que há uma interpretação de norma programática e que não se pode transformá-la em promessa Constitucional inconstitucional, a saber:

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

Na análise da decisão do Supremo Tribunal Federal, no caso concreto, constata-se que, na omissão do Legislativo e Executivo, em promover escolhas políticas para implementação das políticas públicas, com fundamento nos Direitos Fundamentais Individuais e não somente de Direitos Sociais, acaba-se por proferir decisão judicial, suprimindo a omissão diretamente.

É neste cenário de evolução e incertezas práticas e teóricas que nos encontramos. A análise dos arranjos democráticos, pelos quais as sociedades se constituem e se sustentam, enquanto Instituições Políticas e seus limites, via de suas Leis Fundamentais, poderão apresentar a leitura necessária à delimitação da Função Judicial. Será necessário revisar alguns destes conceitos, para uma melhor localização e adequação do tema políticas públicas e decisão judicial, como se verá, no próximo capítulo.

CAPITULO II

FUNÇÃO JURISDICIONAL NO MODELO BRASILEIRO DE DEMOCRACIA

Qualquer um pode chamar de democracia qualquer governo – até mesmo um governo despótico. Isso acontece com frequência maior do que você imaginaria. Robert Dahl (2001, p. 114)

2.1 O MODELO BRASILEIRO DE DEMOCRACIA

O objetivo deste capítulo é identificar qual é o papel do Poder Judiciário e suas funções, no modelo adotado pelo Brasil, cuja compreensão passa pela própria localização no cenário democrático.

Saber o limite das atribuições às Funções do Estado, especialmente à Função Judiciária, obrigatoriamente nos levará à pergunta: sobre qual modelo de democracia se está falando e quais os arranjos constitucionais que dela decorrem?

Ao se indagar, então, o que seria democracia, em um primeiro momento, é possível assentar que é o governo da maioria ou, se preferir, do povo pelo povo. Todavia, definir o que é democracia nos dias atuais é uma missão bastante difícil, como podemos comparar pelas diversas correntes doutrinárias existentes, de Heródoto a Tocqueville, de Platão a Hannah Arendt, de Aristóteles a Raymond Aron, na feliz abordagem de Goyard-Fabre (2003, p. 12). É lícito, neste contexto, partirmos de uma noção básica e apontarmos alguns pontos que serão necessários para compreensão, ou não, do exercício da Função Jurisdicional, no seu aspecto típico.

Pode-se afirmar que muito tempo tem sido dedicado para apresentar a democracia como fundamento de muitas razões doutrinárias e, não raro, nos afigura a princípio que não se tem efetivamente uma noção clara de quais princípios ou mesmo de qual democracia estamos falando.

Parece prudente contextualizar as bases do que se pode entender por democracia, como ponto de delimitação do estudo presente. Salientando que não há pretensão de definir ou mesmo descobrir quais as mazelas que afetam as Instituições democráticas, mas sim de quais arranjos se está falando.

A origem da palavra *democracia* designa o poder do povo, sendo senso comum que surgiu na Grécia e é em seus fundamentos que a doutrina buscou subsídios para as modernas teorias democráticas, diferenciando-se as democracias antigas da moderna, pelo fato de as primeiras serem diretas e a segunda, representativa, basicamente.

A priori, pode-se adotar a célebre frase de Abraham Lincoln (GOAYARD-FABRE, 2003, p. 14), pela qual democracia significa governo, não apenas “do povo”, mas também “para o povo”. A partir desta definição, pode-se indagar de qual democracia necessitamos ou qual desejamos e de quais arranjos lançamos mão, para o fim político almejado.

Assim, se impõe começar a discutir contemporaneamente democracia, para nós do mundo ocidental, pelo trabalho e idéias propostas por Robert Dahl (2001), cuja obra promove a inserção do tema ao século XX, não sem críticas, é claro, mas a partir de suas idéias.

No contexto de sua obra (2001, p. 58), encontra-se a indicação dos elementos que justificam ou pelo menos dão conta do porquê a democracia é desejável e, para tanto, enumera dez pontos, a saber: 1) Evitar a tirania; 2) Direitos

essenciais; 3) Liberdade geral; 4) Autodeterminação; 5) Autonomia moral; 6) Desenvolvimento humano; 7) Proteção dos interesses pessoais essenciais; 8) Igualdade política; 9) A busca pela paz; e 10) A propriedade.

Os arranjos constitucionais para que um país seja democraticamente governado, afirma Dahl (2001, p. 99), seriam: 1) Funcionários eleitos; 2) Eleições livres, justas e freqüentes; 3) Liberdade de expressão; 4) Fontes de informações diversificadas; 5) Autonomia para as associações; 6) Cidadania inclusiva.

Após apresentar os critérios que justificam dizer que um país é uma democracia, adverte Dahl (2001) que não é verificável a existência de todos os elementos configuradores da democracia em quaisquer países. O que diferencia a existência é o maior ou menor grau de realização dos elementos constitutivos da democracia, sendo essencial a análise dos arranjos Institucionais em que se assentam, para serem governados.

Estes critérios são explicitados em sua obra (DAHL, 2001, p. 200): a) o critério de funcionários eleitos é atribuição constitucional de competência para as opções políticas da coletividade, por meio de eleição pelos cidadãos; b) no item eleições livres, justas e freqüentes, os representantes eleitos devem ser escolhidos em eleições periódicas, justas, em que a coerção é relativamente incomum; c) liberdade de expressão, em que todos os cidadãos têm o direito de se expressar, sem o risco de punições; d) fontes de informações diversificadas, portanto os cidadãos têm o direito de buscar outras fontes de informações, independente dos órgãos de poder e dos demais cidadãos, por meio de variadas fontes; e) a autonomia para as associações é o requisito essencial para aprimoramento das Instituições e da própria democracia, para que haja liberdade ao cidadão de associação, partido político ou até mesmo grupos de interesse; f) por fim, a

cidadania inclusiva significa que a nenhum adulto, com residência permanente no país e sujeito a suas leis, podem ser negados os direitos disponíveis para os outros e necessários às cinco instituições políticas anteriormente listadas.

Os elementos constitutivos de uma democracia, passando por alguns arranjos, seriam, em suas considerações, os acima expostos, demonstrando claramente que as instituições desenvolvem um papel preponderante, como também os sistemas de controles, por via de instrumentos de comunicação e acesso às informações. Pode-se dizer que cada país promoverá os arranjos democráticos que forem convenientes, utilizando os elementos que constituem a democracia, no dizer de Dahl (2001), e de acordo com essas escolhas estar-se-á diante de um determinado modelo. A pergunta que decorre dessa afirmativa é: qual é o nosso modelo?

Para nos aproximarmos de uma resposta, a pesquisa de Arend Lijphart (2003) pode nos auxiliar. Essas escolhas foram analisadas empiricamente, em trinta e seis democracias, e do resultado de sua análise podem-se extrair importantes fundamentos, especialmente quanto aos modelos, quais sejam o modelo majoritário *Westminster* e o consensual.

O de *Westminster* (nome do palácio sede do Parlamento Inglês) configura-se por ser o modelo puro de democracia, ou seja, o que reforça a deliberação da maioria, sendo portanto um modelo de democracia majoritária e caracterizado pelos seguintes arranjos democráticos: 1) Concentração do Poder Executivo em gabinetes unipartidários e de maioria mínima; 2) Gabinete dominante em relação à legislatura; 3) Sistema bipartidário; 4) Sistema de eleições majoritário e desproporcional; 5) Pluralismo de grupos de interesse; 6) Governo unitário e centralizado; 7) Concentração do Poder Legislativo em uma legislatura unicameral; 8) Flexibilidade

constitucional; 9) Ausência de revisão judicial e 10) Banco Central controlado pelo Poder Executivo (LIJPHART, 2003, p. 25-38).

Já o modelo consensual se configura pelas seguintes variantes para os arranjos democráticos: 1) Partilha do Poder Executivo por meio de gabinetes de ampla coalizão; 2) Equilíbrio de poder entre o Executivo e o Legislativo; 3) Sistema multipartidário; 4) Representação proporcional; 5) Corporativismo dos grupos de interesse; 6) Governo federal e descentralizado; 7). Forte bicameralismo; 8) Rigidez constitucional; 9) Revisão judicial e 10) Independência do banco central (LIJPHART, 2003, p. 50-65).

Da comparação de ambos, pode-se afirmar que o modelo adotado no sistema brasileiro é o consensual, com ênfase no norte-americano, que promove a revisão judicial, com exceção, ainda, da independência do Banco Central, o que nos levará a um modelo que promove o controle jurisdicional para a realização das promessas contidas na Lei Fundamental.

Como ponto de observação, é interessante a advertência de Dahl (2001, p. 157), no que diz respeito ao modelo norte-americano, e em especial à adoção da revisão judicial:

Os norte-americanos desenvolveram uma cultura, uma habilidade e uma prática política durante dois séculos que permitem um funcionamento satisfatório de seu sistema presidencial-congressista com eleições do tipo FPTP, federalismo e forte revisão judicial. Contudo, o sistema norte-americano é complicadíssimo e provavelmente não funcionaria tão bem em qualquer outro país. De qualquer maneira, não foi lá muito copiado. **Talvez não devesse mesmo ser copiado.** (Grifo nosso)

De sorte que tanto os elementos constitutivos como as Instituições dependeram necessariamente dos arranjos políticos estabelecidos. O modelo de democracia consensual decorre de textos escritos, como uma carta de Direitos

Fundamentais, com a incidência da rigidez e, como no nosso caso, de núcleo intangível (artigo 60 § 4º da CF), além do controle de constitucionalidade.

A movimentação das Instituições nesses arranjos são pontos de bastante controvérsia na doutrina e mesmo na prática, o que necessariamente implicará a análise do papel da Constituição de 1988 e dos Direitos Fundamentais nela previstos, como se verá, nos tópicos seguintes.

2. 2 OS ARRANJOS DEMOCRÁTICOS E O CONSTITUCIONALISMO

A idéia de Constituição é um dos elementos que, nos dias atuais, tomam conta da doutrina, com espaço privilegiado de discussão. Mas não se trata de uma preocupação somente moderna, pois encontrar-se-á referência também nos antigos pensadores. Não é sem razão que já com Aristóteles (1995, p. 87) encontramos a idéia de que as leis são feitas para a Constituição e não esta para as leis, ou seja, as leis decorrem da Constituição, na idéia moderna.

Na busca da origem da idéia de democracia, inexoravelmente estaremos diante de saber qual é a “melhor Constituição”, isto é, quando buscarmos a identificação de um determinado regime político, estaremos atrelados a sua estruturação.

Goyard-Fabre (2003, p. 40) relata muito bem esta relação entre constituição e democracia, que vale a pena transcrever :

As idéias de Constituição (política, de lei (nomos) e jurisdição (dike) ganharam, com Drácon em 621 a.C., e depois sobretudo com Sólon em 593 a.C., um vigor que supera aquele que caracterizou as tentativas de ordenamento jurídico da Cidade-Estado feitas anteriormente por Zaleuco em Locros em 663 a.C., ou por Carondas em Catânia em 630 a.C.... A partir daí, para o legislador e para o

filósofo coloca-se inevitavelmente a questão, fundamental e decisiva para a existência política, da melhor Constituição.

O processo democrático reside em duas tendências, na modernidade, para enfrentamento da democracia: uma, um retorno aos antigos, outra, a entrada na época “pós-moderna” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 41): O retorno aos antigos, sem uma revisão de seus princípios, se torna impraticável, pois não correspondem aos princípios de liberdade e igualdade de hoje. A idéia de época “pós-moderna”, com a superação dos paradigmas até aqui construídos por outros, levar-nos-ia ao desconhecido, como também não atende às exigências de nosso tempo.

A postura que se apresenta mais aceitável será a de promover a revisitação dos princípios estruturantes de democracia, dos antigos e dos modernos, para fixar a atuação das Funções do Estado.

A Teoria da Constituição, fundamentalmente, vincula democracia e Constituição, sendo que democracia é o princípio legitimador da Constituição e ao mesmo tempo é princípio jurídico integrante da Constituição, o que demonstra duas ordens distintas, porém contextualizadas nos instrumentos positivados, ou seja, é conceito de filosofia política e é jurídico.

Nesse contexto, surgem novas indagações, tais como se as democracias, pelos seus instrumentos atuais, representam ou não o povo e se a representação possui a necessária legitimação. Tais posicionamentos são discutidos por várias correntes doutrinárias, Goyard-Fabre (2003, p. 279) aponta que a preocupação com o Poder é da aurora política, em um primeiro momento, a idéia de legitimidade do Poder enraizava-se no modelo teológico e, em um segundo momento, com o pensamento moderno, com fundamento num critério laico racional.

É de se lembrar que nas Lições de Seyés (2001), fundador da teoria da legitimação representativa, considerava-se a nação como sendo o detentor do Poder, que o delega à representação e não o povo, como hoje reconhecemos.

Goyard-Fabre (2003, p. 280) conclui, “que desde o século XVIII, a vida política fortemente intelectualizada deu caráter jurídico à própria idéia de democracia”. Fundamenta-se em Max Weber em sua trilogia: legitimidade carismática, legitimidade tradicional e legitimidade racional.

É este o ponto que interessa no presente estudo, para uma abordagem estrutural do poder político, ou seja, o seu caráter jurídico, que irá se exteriorizar, por meio do Poder Constituinte Originário, em uma Constituição promulgada para garantia da própria vontade da maioria, mesmo quando se apresenta com regras de limitação à vontade da maioria, por ser um modelo consensual.

A legitimidade racional, aqui, será exercida por meio de instrumentos legais, que exteriorizarão a vontade pública, por suas Instituições e controle. A criação deste sistema se estratifica por meio de instrumentos jurídicos, tais como a divisão de poderes, a proteção judicial dos direitos fundamentais, entre outros, com o objetivo de salvaguardar as liberdades.

Esta estrutura jurídica, como organizadora da democracia, acaba por buscar seus fundamentos no ideário do liberalismo, onde se tem como pressupostos o assentimento que o povo dá ao poder a igual liberdade de todos os cidadãos e a garantia da legalidade pela organização Constitucional dos Poderes. (GOYHARD-FABRE, 2003, p. 278).

Note-se que em nosso tempo a legalidade se tornou o padrão de legitimidade, ou seja, necessariamente, buscar-se-á no sistema quem desempenhará o Poder, em nome do povo. Alvitre-se que longe está de consenso e

eficácia desta estrutura. Pelo contrário, na análise factual, não é nem um pouco clara e unívoca.

Não é sem razão que Goyhard-Fabre (2003, p. 281) sustenta que “a equivocidade dessa relação é a fonte das crises de legitimação que, em nossa época, a quase totalidade das democracias vive de maneira endêmica”. Leia-se crise de participação política e exercício do controle pelos outorgantes do Poder, o povo.

A partir do momento em que a sociedade adota o critério da legalidade para a estruturação do Poder, pode parecer, a princípio, que basta a inscrição de determinada competência no seio do instrumento legal – Constituição - para se ter legitimidade. Este é o cerne da disputa entre teóricos da democracia e constitucionalista, se a atribuição de execução de parcela do Poder do Estado pode ou não ser a Função não representativa do princípio democrático.

Portanto, a divisão de Função do Poder soberano do povo se realizará por meio da Constituição e os princípios que estruturam as Instituições decorrem da própria legalidade contida na Lei Fundamental.

A Função Jurisdicional deverá estar limitada à vontade soberana do Povo, por meio da Constituição, que nos dias atuais exerce força normativa por meio das regras e princípios, dos quais cabem revisões da compatibilidade vertical pelo Judiciário, quer no caso concreto ou abstrato.

O sistema constitucional está estruturado de forma que as normas infraconstitucionais estejam amparadas pela presunção da constitucionalidade, que é princípio básico decorrente da Supremacia da Constituição.

Assim, encontram-se os chamados controles de constitucionalidade, que promovem preventivamente a eficácia do princípio da presunção de constitucionalidade, por meio da Função Legislativa e da Função Executiva.

Preponderantemente, o Legislativo, por conta da Comissão de Constituição e Justiça, que promove a análise da adequação vertical das normas em face da Constituição, quer formal, quer material; o Executivo, por conta do veto jurídico, que se manifesta pela inconstitucionalidade havida no processo legislativo.

Verifica-se que os processos de escolhas políticas dependem de um mover procedimental que as Instituições devem obedecer, no exercício das competências atribuídas a cada uma das funções, legitimando suas atividades com a conseqüente presunção de constitucionalidade que decorre da própria supremacia da Constituição.

O processo legislativo possui a presunção de constitucionalidade, que poderá ser contestada e exigido o teste de validade no controle de constitucionalidade, quer na ação quer na omissão, ou seja, por todas as variantes de iniciativas.

A atribuição de competência para traduzir o sentimento constitucional, para realizar as opções políticas e essencialmente nas escolhas das políticas públicas, regra geral, é da Função Legislativa e Executiva, que receberam mandatos para representar a vontade geral do povo, e, por conseqüência, são responsáveis politicamente.

A Constituição encerra vários princípios estruturantes, dentre os quais as atribuições de competências para cada Função Institucionalizada, e sendo certo que delegou à Função Legislativa a iniciativa de ponderar sobre os princípios e traduzi-los em normas infra-constitucionais, observando a supremacia da Constituição, como limite à sua função legiferante.

É inegável que, também, às demais Funções foram atribuídas competências para legislar, mas de forma excepcional e específica para as disposições ditadas pela própria Constituição, como função atípica.

Em síntese, é da função legislativa a preponderância de legislar ordinariamente, e mesmo nas demais atribuições às outras Funções, também a ela é atribuída participação no processo, inclusive pela análise da compatibilidade vertical, em face da Constituição.

A conclusão a que se chega é de que a Constituição de 1988 estabelece os procedimentos e atribuí competências a cada uma das Funções e que as escolhas cabem preponderantemente ao Legislador e ao Executivo, que se submetem a um processo preordenado de discussão e deliberação, do qual cabe a revisão judicial, com o fito de verificar a compatibilidade vertical de sua atividade legiferante.

2.3 CONSTITUIÇÃO E A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO

Seja qual for a leitura que se faça das doutrinas contemporâneas, não se pode deduzir que a legislação perdeu sua eficácia, ou mesmo que possa ser substituída por outros meios, ou seja, a legitimidade do sistema normativo decorre de sua elaboração procedimental pelo Estado. O viés pluralista apresenta a legitimidade por outros órgãos que não o Estado, mas mesmo assim, estar-se-á falando em positivarem-se condutas, das quais espera-se sejam gerais e abstratas, para promover a igualdade de tratamento.

O fato de existir um maior controle jurisdicional, por via de atribuição constitucional, não nos permite dizer que a legislação perdeu sua dignidade. Pelo

contrário, o que se está fazendo é a conferência da compatibilidade vertical do texto infra-constitucional, a partir de um texto positivado, que é a Constituição.

A doutrina de Waldron (2003, p. 04), conhecido defensor da democracia e crítico da revisão judicial⁵, se apresenta como defensora da dignidade da legislação, sem que se tenha a possibilidade do controle jurisdicional, e portanto, dentro do contexto do programa democrático majoritário, sustentando que muitos desconfiam dos legisladores e, assim da democracia, propondo o estabelecimento de controles para o exercício do poder pelas maiorias. Sua doutrina se apresenta claramente:

Não direi muito à guisa de introdução a este volume ou de explicação do título. Acredito que a legislação e as legislaturas têm má fama na filosofia jurídica e política, uma fama suficiente má para lançar dúvidas quanto a suas credenciais como fontes de direito respeitáveis.

Extraí-se, ainda, na obra de Waldron (2003) uma forte resistência à possibilidade da revisão judicial substantiva, por entender não ser o judiciário democraticamente eleito para tomar decisões políticas ou mesmo revisar aquelas tomadas pela maioria.

Ao levantar suas hipóteses de trabalho, promove uma aproximação entre o pensamento dos clássicos, que defendem a dignidade da legislação e, por conseguinte, a opção por políticas públicas em mãos, única e exclusivamente, do legislativo, sem quaisquer interferências ou revisão dos comandos contidos em suas escolhas.

A doutrina de Waldron (2003) revigora e restaura a dignidade da legislação, em prol de uma deliberação da maioria, representada em um processo democrático participativo, cuja produção legislativa seja o mote social.

⁵ O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões

Tal constatação não é diferente daquela apontada por Lijphart (2003), ao analisar 36 padrões de governos democráticos, onde aponta que, embora tenha a Grã-Bretanha uma constituição não escrita, possui uma tradição que remonta à Magna Carta de 1215 e aos Atos do Parlamento, de 1911 e 1949, que informam os princípios da lei comum, costumes e convenções, promovendo a linha de decisão para o Parlamento e, como consequência, a impossibilidade de revisão judicial em um modelo de democracia majoritária.

Essa posição, contudo, mostra-se já em abertura a precedentes, junto à Comunidade Européia, quando, em 1973, aceitou as leis e as instituições da Comunidade como tendo autoridade maior que a do Parlamento, em relação a diversos setores da política. Arremata, dizendo que do mesmo modo a Grã Bretanha, desde 1951, é membro da Corte Européia de Direitos Humanos, o que assegura o direito de rever e de invalidar qualquer ação estatal, inclusive legislação, que ela julgue violar os direitos estabelecidos na convenção (LIJPHART, 2003, p. 36-37).

Vale lembrar que a Constituição Européia já se encontra em fase adiantada e, portanto, há uma revisão do sistema, positivando-se Instituições e Direitos.

Tal situação fática foi bem observada por Pozzoli (2003, p. 77), ao afirmar que se deu um passo importante para que se tenha na Carta da União Européia já um *status* constitucional, são suas as palavras: “Um passo importante para a Carta com *status* constitucional, da qual muito se falou e, por isso, se tornou uma realidade, não só no campo dos chamados “euro entusiatas”.

Demonstra-se com estas análises que o Direito, ao contrário do que se poderia pensar, cada vez mais se estrutura, por via de um ordenamento

hierarquizado, até mesmo nos redutos mais tradicionais da história da humanidade, por exemplo, a Inglaterra.

Não há nada que escape da força normativa da Constituição, por estar no ápice do ordenamento. Tanto o é, que só podemos falar em Direitos Fundamentais, a partir de sua afirmação positiva na Constituição.

Ir contra essa tendência da atual fase do conhecimento da humanidade parece utopia; aceitar passivamente a inversão da instância da deliberação democrática, um perigo. Analisar a possível adequação entre democracia e constitucionalismo parece ser o caminho.

Como uma das opções para compatibilizar a democracia com o constitucionalismo, tem-se a inserção nos textos constitucionais dos Direitos Fundamentais, que funcionam como limites materiais à deliberação da maioria. Esses princípios juntamente com a delimitação e a estruturação dos Poderes constituídos, bem como com os procedimentos para suas garantias, permitem extrair da Constituição sua supremacia, face a todos os atos normativos e leis infraconstitucionais.

É tão fundamental esta concepção, que vivemos a democratização universal, ou pelo menos no mundo ocidental, por meio da constitucionalização de seus princípios, como se pode vislumbrar na Constituição Européia. (CANOTILHO, 2003).⁶

A constatação não se distancia do pensamento Goyard-Fabre (2002, p. 239) que sentencia: “é impossível deixar de reconhecer, no universo jurídico, o lugar da legislação: ela é *uma das mais evidentes fontes do direito*, é até mesmo considerada

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A cidadania como Argumento na Constituição Européia. Seminário de Verão de 15 de julho de 2004, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Material didático entregue aos participantes.

sua *instância paradigmática*. Neste contexto, a Constituição é a exteriorização da dignidade da legislação como instância legitimadora do sistema normativo.

Ao Judiciário caberia aplicar o Direito, de acordo com a ponderação que já foi realizada pelo órgão político, quando promulga uma Constituição, e nas sucessivas intervenções legiferantes, ou seja, diz qual será o rol de direitos, pelos quais se assentam determinada sociedade.

No sistema constitucional brasileiro, diferentemente do dos norte-americanos, oriundos da *common law*; a dignidade da legislação nos afigura mais próxima do que assenta Waldron (2003), por já termos em nossa cultura jurídica o culto ao regramento positivado. Por certo, também a nossa tradição de “importar modelos” é a razão de não se ter um modelo próprio, o que promove inúmeros desencontros doutrinários e de aplicação prática.

Não é por outro fundamento que entre nós é incomum discutir-se a questão de ser ou não o poder Judiciário um poder contra-majoritário. Um dos primeiros a apontar para essa questão foi Vieira (1999). Contudo, a discussão começa a ganhar maior espaço, haja vista que, desde a década de 90 do século passado, há uma maior preocupação da doutrina pátria com a aplicação do Direito, via normas constitucionais – princípios e regras- que tem levado à inserção das pautas morais.

O caminho é procurar uma via própria, que possa compatibilizar a democracia e o constitucionalismo, onde a deliberação da maioria possa ser respeitada, sem contudo deixar de observar, também, os limites substanciais impostos pelos Direitos Fundamentais e a liberação dos canais democráticos, por competência atribuída ao Poder Judiciário.

As conquistas positivadas são políticas, que por certo demandaram lutas e opções das gerações passadas, que devem ser aprimoradas pelas presentes e

entregue às futuras, com um maior grau de efetividade, mas jamais desprezadas ou mesmo ignoradas.

A posição mais plausível quer parecer aquela que não negue tal situação fática, mas promova a limitação no campo de competência que se atribui, justamente pela vontade geral, manifestada por via escrita, que é a Carta Magna de cada povo. Controlando-se eventuais falhas e devolvendo-se ao poder competente a adequação, cuja validade a Constituição exige, sem se atribuir ao Judiciário a substituição nas deliberações de políticas públicas, mas sim a sua revisão, quando contrariar a Constituição.

2.4 O CONSTITUCIONALISMO COMO PROCEDIMENTO DE LIMITES SUBSTANTIVOS, POR MEIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais representam uma limitação à vontade da maioria que se impõe no âmbito do Constitucionalismo, apresentando-se com duas premissas específicas para a estrutura do Ordenamento: o postulado da Supremacia da Constituição, que inclui um rol básico de Direitos Fundamentais, que na Constituição brasileira é cláusula pétrea, e a existência de mecanismos de controle jurisdicional, como salvaguarda da opção política positivada materialmente, por meio de instrumentos de garantias individuais e coletivas, contra o arbítrio do próprio poder constituído.

A limitação material por via dos Direitos Fundamentais leva a pelo menos duas objeções dos defensores da doutrina democrática majoritária, que são, resumidamente: a tomada de decisões pela maioria, que a Constituição limitaria por

meio desses Direitos; a segunda, por atribuir-se ao Judiciário o controle jurisdicional, ou seja, a última palavra, sem que esses fossem eleitos para tanto, sendo irresponsáveis politicamente.

Poder-se-á, em algumas palavras, apresentar as razões que se sustentam para a limitação à regra da maioria, como base democrática, pela ótica do constitucionalismo: se a regra da maioria opera como procedimento de decisão, por meio dela será possível adotar decisões com qualquer conteúdo. É esta possibilidade, precisamente, que é perigosa, posto que obviamente a maioria possa decidir oprimir a minoria.

Sob este ponto de vista, parece natural conceber o constitucionalismo como o remédio necessário para solucionar esse perigo, posto que estabelece não apenas procedimentos, mas, também, limites substantivos, por meio, especialmente dos Direitos Fundamentais e do exercício da vontade representativa.

Nesta linha de pensamento, pode-se socorrer da doutrina apresentada por Konrad Hesse (1998, p. 277):

A Constituição só conhece a estabilidade constituída. O Estado, por ela constituído, em nenhuma parte tem, como um privado, o direito para a discricionariedade. É importante para a Constituição, nos direitos fundamentais, não só as formas, mas também a configuração material da atividade estatal. Por isso, está excluída a aceitação de uma reserva a atividade estatal, a qual, por que se efetua em formas do direito privado, não está subordinada à pretensão de validez da Constituição. Isso não significa que a Constituição, no quadro de sua pretensão de validez, não deixe espaço à liberdade conformadora maior ou menor dos órgãos estatais, porém, sim, que todos os poderes estatais sempre estão vinculados à Constituição.

Os Direitos Fundamentais, por estarem inseridos no texto Constitucional, funcionam como limites substanciais à deliberação da maioria, mas não para deliberação de políticas públicas, por parte de juízes, diante da limitação imposta,

igualmente pela Constituição, na atribuição de competência, por via da separação de poderes, sendo ambos o núcleo do constitucionalismo.

Quando não se tratar de opções políticas já realizadas no próprio texto, ou seja, a positivação de uma carta de princípios que garantam ou desobstruam o processo democrático (ELY, 1999), estaremos diante das limitações que se afiguram à Função Jurisdicional. Qual então é a contribuição da doutrina do princípio da separação de poderes, no contexto Constitucional? Tal indagação, sua evolução e atual estágio, será objeto de abordagem do próximo capítulo.

CAPÍTULO III

SEPARAÇÃO DE PODERES E A FUNÇÃO JURISDICIONAL

Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; e se anjos governassem os homens, não haveria necessidade de meio algum externo ou interno para regular a marcha do governo. (HAMILTON, MADISON, JAY, 1973, p. 137)

Neste capítulo, pretende-se demonstrar que os sistemas políticos desenvolvidos principalmente após a Revolução Francesa e Americana direcionaram-se para impedir o Poder Político do Povo de concentrar-se em mãos de um só. Esta contenção é exercida de várias formas, mas especialmente pela divisão de competência entre os diversos órgãos de governo.

Independentemente do modelo adotado, o que se buscará é a efetividade deste controle, que, por certo, não se fará privilegiando ou concentrando em mais de uma das Funções, porque as pessoas detentoras do Poder podem querer exorbitar dessa atribuição e, havendo independência e harmonia, haverá, em tese, equilíbrio. Neste sentido, é de suma importância a revisitação da doutrina da Separação de Poderes, que se faz essencial para o resgate de sua essência e para que se possam reencontrar seus fundamentos para a construção do marco teórico atual das Funções e, em especial, da Judicial.

Discutir o sistema de governo em democracias representativas, necessariamente, nos levará a buscar esses referenciais teóricos, pelos quais se fundaram as Instituições escolhidas para realização do plano político.

Compreender a evolução do princípio da separação de poderes e seu atual estágio de desenvolvimento é possivelmente o caminho que se desenha para soluções das crises ou mesmo para evitar sua ocorrência, como já se pode observar quanto ao déficit democrático.

3.1 DOS ARRANJOS DEMOCRÁTICOS: A ORIGEM E FUNDAMENTOS DA “DIVISÃO DOS PODERES”

Pelo estudo da origem da divisão dos poderes, pode-se afirmar que a representação dos poderes, enquanto exercício do poder político, sempre existiu ao longo da História. Verifica-se tal relação já em Aristóteles, que diferenciava a assembléia geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário. Esta estrutura encontra já no século XVIII o marco histórico, identificado no pensamento de Locke, da divisão do mundo divino e do mundo natural, tendo, contudo, na passagem do século XVIII para XIX, com Montesquieu, a sistematização do conceito de divisão dos poderes na estrutura dos Estados de Direito (BOBBIO, 1997).

Observa-se ainda, na lição de Bobbio (1997, p. 235), que o mérito da divisão dos poderes, por vezes, é atribuído por alguns doutrinadores contemporâneos a Locke e não a Montesquieu.

Bobbio (1997, p. 236)⁷ apresenta com clareza de fundamentos a distinção entre as duas doutrinas: a de Locke e a de Montesquieu. Atribui ao segundo a criação do sistema da divisão dos poderes, em sua forma tripartida. Afirma que:

⁷ BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*, 1997, p. 236 (“A solução que visa a coordenação dos poderes é a que foi elaborada teoricamente por Montesquieu e será acolhida pela Constituição dos Estados Unidos da América: sua idéia inspiradora é que, só quando os poderes máximos do Estado se colocam em um mesmo plano, podem ser controlados. Conseqüentemente, só desse controle

[...] a teoria de Locke não é uma teoria da separação e do equilíbrio dos poderes, mas sim da sua separação e subordinação. Em última instância, é uma teoria da supremacia do Legislativo – a doutrina constitucional que se encontra na base dos modernos Estados parlamentaristas.

Na mesma linha de abordagem, encontra-se com Madison (HAMILTON, MADISON, JAY, 1973, p. 130) a leitura de que, se não foi Montesquieu o seu autor, foi quem melhor traduziu e apresentou o preceito da separação, a saber:

[...] se ele não é o autor do inestimável preceito de que falamos, pelo menos foi ele quem melhor o desenvolveu e quem o recomendou de uma maneira mais efetiva à atenção do gênero humano.

A par de todas as discussões que se travam em torno das formas, dos modelos e a respeito da origem do Estado, nota-se que inevitavelmente a soberania é o elemento do Estado que identifica o poder político, quer externa ou internamente, independente do modelo, seja ele totalitário, democrático, federal ou central, ou outro qualquer.

Todos os modelos jurídicos de Estado, de uma forma ou outra, utilizam-se da divisão de poderes, assim denominada por alguns, por outros, de separação de poderes e, por outros ainda, de divisão das funções. Em verdade, não se trata de divisão do poder, mas sim de suas funções, com objetivo de melhor realizar o fim do Estado, por intermédio de seus Órgãos ou Instituições.

recíproco, que leva a uma situação de equilíbrio dos poderes, deriva o maior obstáculo ao despotismo e, portanto, a maior garantia da liberdade aos cidadãos. A solução de Locke nada tem a ver com a teoria do equilíbrio dos poderes, porque sustenta a separação entre Legislativo e Executivo, no sentido preciso de que fazer as leis e aplicá-las são funções que devem ser atribuídas a órgãos distintos, o Parlamento e o Rei, mas não atinge a sua coordenação. Locke sustenta que, uma vez separados, o dois poderes devem ficar subordinados um ao outro; precisamente, o poder executivo deve estar subordinado ao legislativo.”)

Em um primeiro momento, destaque-se a discordância entre os doutrinadores, quanto à divisão de funções, frente ao conceito de soberania, que, segundo entendem, não poderia ser dividido.

Entre eles, Jellinek (1981, p. 374-375), um dos pensadores políticos e jurídicos e o primeiro a conceber a idéia de Teoria Geral do Estado:

Montesquieu transforma esta concepción oficial inglesa en su doctrina de tres poderes independientes, iguales entre sí, que se equilibran mutuamente y que mantienen, no obstante, puntos de contacto entre sí ...Él no fundamenta su teoría, ni aclara, en general, la cuestión acerca de la unidad del Estado y de la relación de los poderes con esta unidad. La doctrina de la división de los poderes, concebida en esta forma, há conducido a una completa división teórica del Estado en tres personas.

Verifica-se que o tratadista do Estado não concordou com a teoria desenvolvida por Montesquieu, por entender que propunha a divisão do Poder Soberano do Estado em três, e por certo, a soberania não comportava e não comporta divisão.

À época, Jellinek (1981, p. 373) interpretou o princípio da *divisão dos poderes* como divisão da soberania do Estado. Entretanto, como já se afirmou, trata-se de divisão de funções e não do Poder do Estado, sendo aquelas atribuições dos Órgãos do Estado e, portanto, uma contestação que não perdurou na doutrina e na prática. Vejam-se, contudo, suas razões:

El fundamento de la concepción jurídica del Estado está constituido por el reconocimiento de éste como una unidad; de donde se sigue, como consecuencia necesaria, la doctrina de la indivisibilidad del poder del Estado. Un poder dividido, supone el desmenuzamiento del Estado en una variedad de formaciones políticas. Lo que se dice respecto del poder del Estado, vale también, como es natural, para cuanto se refiere al poder soberano del mismo. La soberanía es una propiedad que no es susceptible ni de aumento ni de disminución...

A posição adotada por Jellinek (1981) merece, sem qualquer dúvida, ser respeitada, porque o conceito de soberania persiste até nossos dias. Mas,

efetivamente, a soberania não designa o poder e, sim, uma qualidade do poder estatal, o grau supremo desse poder. Soberano é o Estado como um todo, como entidade titular do grau máximo do poder político. Saliente-se que esta concepção não é acolhida na República Federativa do Brasil, na qual o grau máximo do poder político é atribuído ao povo⁸. Portanto, não são soberanas as funções, embora exerçam suas atribuições como componentes do Estado e o façam em seu nome.

A crítica levada a efeito por Jellinek (1981) não vislumbrava o desdobramento do princípio sistematizado por Montesquieu nos dias atuais, que, como já salientado, é um dos que mais influência exerce sobre o moderno Estado Democrático de Direito.

É na obra “O Federalista” (HAMILTON, MADISON, JAY, 1973), que encontraremos, com maior ênfase, a aplicação da teoria de Montesquieu, de uma forma revigorada para a sua época e, por que não dizer, até os nossos dias, apresentando não uma divisão estanque de funções, mas pela primeira vez se fala em equilíbrio entre os *poderes*.

Madison já ressaltava que a doutrina de Montesquieu, por se espelhar no modelo da Constituição inglesa, não pretendia que fossem eles distintos e separados, sustentando que:

[...] o que quis dizer, segundo se colige das suas expressões, e ainda melhor dos exemplos que lhe serviram de regra, foi que, quando dois poderes, em toda a sua plenitude, se acham concentrados numa só mão, todos os princípios de um governo livre ficam subvertidos. (Hamilton, Madison, Jay, 1973, p. 131).

A doutrina dos Federalistas (HAMILTON, MADISON, JAY, 1973) aparece como uma evolução do pensamento de Montesquieu, uma vez que não apresenta

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, artigo 1º: ...Parágrafo único “ Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

nenhuma restrição à participação de uma das funções na outra, exigindo-se que exista, sim, um sistema em que pudessem controlar-se mutuamente.

A separação dos poderes passa a ter como ênfase não a divisão estanque, mas, sim, como um problema de ocupação e de quem exerce o poder e quais são as garantias para quem exerce esse mesmo poder. Outro elemento de suas razões diz respeito à preocupação dos detentores do poder que deve ser o povo, que é o marco regulador de sua atividade (HAMILTON, MADISON, JAY, 1973, p. 137).

Com Madison (HAMILTON, MADISON, JAY, 1973, p. 136) ainda se observa que a separação de poderes, por ser um princípio que se convencionou ser necessário à manutenção da liberdade, necessita para sua realização da observância de alguns requisitos nos arranjos políticos estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário, dentre os quais cabe ressaltar: a) a organização de cada poder deverá obedecer à menor interferência possível dos demais entes de poderes; b) que as nomeações para as supremas magistraturas legislativas, executiva e judiciária saiam do povo, por meio de canais que não tenham comunicação entre si; c) que haja independência financeira entre os poderes; d) que os detentores dos poderes recebam emolumentos e que não possam ser retirados ou reduzidos pelos detentores.

Um aspecto interessante na doutrina diz respeito aos problemas aparentes que surgiram com a legitimidade da ocupação dos poderes que, a princípio, está vinculado ao seu único titular, o povo. Quando se tratar de um órgão que necessite de conhecimentos particulares (técnicos), devem ser proporcionados os meios necessários para escolha dos que possuem os requisitos essenciais e que, por fim, os desvios eventuais sejam sepultados com a desvinculação do nomeante, ante o

requisito da vitaliciedade, que reputa essencial ao exercício do Poder Judiciário (HAMILTON, MADISON, JAY, 1973, p. 136).

O desenho Institucional que se adota na doutrina proposta nos *Federalistas* (HAMILTON, MADISON, JAY, 1973, p. 133-166) comporta ainda a divisão de funções e a participação recíproca nas escolhas políticas desenvolvidas pelo Legislativo e Executivo, apresentando os seguintes requisitos: a) o Senado poderia designar ministros em conjunto com o Executivo (O executivo escolhe e o Senado aprova); b) exclusividade da Câmara de Representantes sobre propostas de lei que concedam fundos ao governo; c) a Câmara de Representantes instituirá os processos de “impeachment”; d) a Câmara de Representantes será árbitra em todas as eleições para Presidente que não alcancem sufrágios da maioria absoluta dos eleitores; e) o Legislativo será responsável pelo recrutamento e regulamentação de frotas e exércitos; f) o Presidente deve ter poder de forçar o Legislativo a reexaminar as propostas de lei por ele aprovadas (veto, mas não absoluto); g) será comandante-em-chefe das Forças Armadas; h) pode comutar penas e dar perdão a crimes contra os EUA, exceto em caso de “impeachment”; i) pode solicitar reunião extraordinária do Congresso, e em caso de desacordo quanto à ocasião, determinar o momento; j) pode nomear servidores; l) é autorizado a receber embaixadores e diplomatas; m) com orientação e aprovação do Senado, pode designar embaixadores, diplomatas e juízes da Suprema Corte.

No capítulo LXXVIII, Hamilton (HAMILTON, MADISON, JAY, 1973) promove o desenho desejado para a organização do Poder Judiciário, que deverá observar as questões relativas: a) nomeação dos juízes; b) a maneira pela qual devem ter os seus empregos; c) a distribuição do Poder Judiciário entre os diferentes tribunais e as suas recíprocas relações.

Uma abordagem que ainda se faz necessária é a análise de Kal Loewenstein (1986, p. 62), de que a clássica separação dos poderes estaria ultrapassada, diante da realidade imposta pelo Estado Social. De acordo com sua abordagem, teríamos uma nova divisão tripartida: *a decisão política conformadora fundamental (policy determination)*; *a execução da decisão política (policy execution)* e *o controle político (policy control)*.

Teríamos, assim, a decisão política fundamental, que é a escolha entre as inúmeras variantes em que se encontra a comunidade estatal, e que estariam atribuídas aos órgãos do governo e do parlamento.

A execução da decisão política se compreende por levar em prática a decisão política fundamental, a cargo de todos os Órgãos do Estado. Quanto ao poder dos juízes, salienta Loewenstein (1986, p. 63-72): “a função judicial é fundamentalmente execução da decisão política fundamental tomada anteriormente e que se apresenta de forma legal”. O controle político, que considera o núcleo de sua proposta, tem por função moderar e limitar o poder político, que como corolário de sua doutrina, levará aos arranjos constitucionais que atribuam responsabilidade política aos detentores do poder.

Observando-se a evolução do pensamento jurídico político, pode-se inferir que sempre houve a necessidade de se encontrarem meios para que o poder fosse contido e não depositado em mãos de um só. Nessa distribuição em funções divididas, nota-se que o Poder Judiciário sempre esteve restrito ao campo de dizer o Direito, sem que o exercício de suas funções envolvesse questões políticas.

Antes, porém, de se delimitarem os contornos que existem para o exercício de cada um dos Poderes, em especial do Judicial, há que se delimitar a questão de

se estar frente a uma divisão de Poderes ou de Funções, que se fará no próximo item.

3.1.1 DISTINÇÃO ENTRE SEPARAÇÃO DE PODERES E FUNÇÕES

Depara-se com uma clara indagação: está se analisando a separação dos poderes, a divisão dos poderes ou as funções do Estado?

Em primeiro lugar, vale lembrar que Montesquieu, ao elaborar sua clássica tripartição, em momento algum se referiu a qualquer destas nomenclaturas, que, salienta-se, surgiram na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo artigo 16 declara que a sociedade que não assegurasse a separação dos poderes não teria constituição.

O brilhantismo da teoria de Montesquieu (1799) reside no princípio que estruturou um sistema de divisão de poderes entre os papéis da sociedade da época⁹. Enfatiza que o poder político não deveria se assentar em mãos de uma única classe social.

Em momento algum Montesquieu (1799) se atribui a criação destas concepções. Pelo contrário, refere-se à existência da distribuição de Poder na Inglaterra (onde, em sua opinião, melhor se expressava a liberdade política) e na Roma antiga.

⁹ HAURIU, A.. *Derecho constitucional e instituciones politicas*, 1971, p. 235-237. “a) Se percibe claramente la necesidad de un control del poder, es decir, en la época, del rey y sus ministros. Bien entendido que la expresión moderna de “censores de los gobernantes” no se encuentra en los escritos de Montesquieu. Esta expresión parece haber sido utilizada por primera vez por Raymond Aron, en sus Lecciones sobre la sociedad industrial. Pero, al hablar de la necesidad de frenar el poder, el autor del Espíritu de las leyes lo está diciendo sin emplear la palabra.

A sustentação para a distribuição dos poderes vem no *Livro Décimo Primeiro* (MONTESQUIEU, 1979, p. 149), no capítulo VI, onde escreve sobre a liberdade política, na constituição da Inglaterra:

Quando na mesma pessoa ou mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou mesmo o senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seriam arbitrários, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor...

Os dados históricos mostram que Montesquieu não criou ou inventou algo inédito, mas apenas fez uma sistematização coerente e executável a partir de uma lógica, na qual se atribuem funções políticas a distintas *pessoas*. Como consequência, aparecem limitações de poder entre si, que se distribuem entre órgãos de um todo (o Estado).

A idéia de separação de poderes, em sua acepção, pode levar à compreensão de vários poderes separados. Mas, como se trata de um único poder, não há como compreender estes diferentes poderes, a não ser em sua unidade, nunca na separação.

Não é incorreto dizer que para Montesquieu o importante é que o poder não se concentre em uma única classe social e que sua distribuição tenha a capacidade de barrar a outra, de modo a forçar o consenso, evitando-se o abuso de poder por parte de algum dos corpos, chegando à liberdade política.

Esta concepção atualizada no pensamento de Madison (HAMILTON, MADISON, JAY, 1973), para inserir as Instituições como realizadoras da função do Estado, implica subdivisões, como as que se verificam, por exemplo, no Poder Legislativo: Senado e Câmara dos Deputados (ambos dentro de um mesmo Órgão).

Não há como interpretar que haja uma divisão de poderes do Estado, mas uma distribuição (divisão) de funções entre os Órgãos que executam as tarefas decorrentes do exercício do poder do Estado soberano.

É da evolução da doutrina o entendimento de que não há que se falar em *divisão de poderes*, mas sim em funções do Estado, posto que efetivamente não se vislumbram três Estados, mas sim Órgãos de execução do poder político, que emanam do próprio Estado.

Conclui-se, portanto, que o poder político se manifesta pelos Órgãos do Estado, onde as funções são atribuídas pela Constituição com suas respectivas competências, onde há divisão de funções e não de separação ou divisão de um único poder.

3.1.2 SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL

No Reino Unido, não há uma divisão de funções como acenava a doutrina de Montesquieu (1799) e de toda a literatura produzida no século XVIII, pois na Inglaterra vigorava um sistema de pesos e contrapesos, sendo este seu grande mérito, sob a égide formal da Coroa.

Uma das críticas mais acirradas que se faz à obra *O espírito das Leis* (MONTESQUIEU, 1799) é de ter apoiado sua estrutura na forma de governo da Inglaterra, quando, na verdade, não era este o referencial formal para tanto. A realidade do sistema Inglês não permite que se diga que há uma divisão de funções, mas sim uma prevalência, por vezes, de uma função sobre as demais, regulada pelo sistema de freios e contrapesos.

A Constituição norte-americana, de 1787, e suas emendas podem ser apresentadas como exemplo clássico da divisão de funções. Não se encontra nenhum princípio consagrado especialmente a tal divisão, mas ela é bem patente em vários artigos, enquanto estabelecem:

Que todos os poderes legislativos... estarão confiados a um Congresso” (artigo I, Seção 1); que o poder executivo será confiado a um Presidente (Artigo II, Seção 1), e que o Poder judicial dos Estados Unidos residirá em um Tribunal Supremo (Artigo III, Seção 1).

Saliente-se que, junto ao princípio da divisão de funções, opera-se o sistema de freios e contrapesos: o Executivo participa do Legislativo (mediante o veto e pela mensagem), e no Judicial (mediante o direito de perdão). Por sua parte, o direito do Executivo, no preenchimento de cargos públicos e na ratificação de tratados precisa do consentimento do Legislativo (que também desempenha função judicial, nos casos de juízo político), ao mesmo tempo em que, dentro dos limites constitucionais, compete-lhe a organização do poder judicial. Finalmente, os Tribunais têm a faculdade de estabelecer suas próprias regras de procedimento.

É neste sistema de divisão de funções, como também no modelo constitucional, que a maioria das democracias latino-americanas, inclusive o Brasil, se espelhou.

Historicamente no Brasil, a divisão de funções já vem assentada desde a Constituição do Império, de 1824, que continha, além das três funções admitidas pela clássica divisão do século XVIII, a função moderadora, atribuída ao Imperador, na época chamada de Poder Neutro.

Já a primeira Constituição da República, de 1891, em seu artigo 15, expressou a divisão das funções harmônicas e independentes entre si.

Na Constituição de 1934, adotou-se o princípio da divisão das funções. Todavia, a Carta Política de 1937 trouxe em seu texto a forma de concentração de poder na pessoa do Presidente da República, que se transformou em ditador de 1937 a 1945.

A Constituição de 1946, em seu artigo 36, assim se expressou:

São poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. § 1.º. O Cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição. § 2.º. É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições..

Por sua vez, a Constituição de 1967, em seu artigo 6.º, versou:

São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Parágrafo único – Salvo disposições previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outros.

Manteve-se, também, na Constituição de 1988 o princípio da divisão de funções, conforme a redação do artigo 2º: *São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

Constata-se, assim, que desde a época do Império no Brasil já se encontrava a clássica divisão de funções sistematizadas por Madison ((HAMILTON, MADISON, JAY, 1973), oriunda da influência do sistema norte-americano sobre nossos legisladores.

A divisão das funções diz respeito à execução das atividades políticas do poder uno, que emana do Estado. Vale dizer, a divisão de funções se faz necessária, ante a restrição de concentração de poder em mãos de uma só pessoa. Aliás, o mérito da doutrina de Montesquieu atualizada por Madison (HAMILTON,

MADISON, JAY, 1973), reside na exata distinção de que o poder não deve estar afeto a um único executor, sob pena de tudo se perder.¹⁰

A origem e a evolução do princípio da separação de poderes, que distribuem-se nas Funções do Estado, existem desde os primórdios de nossa história, enquanto Estado de Direito, sendo de se considerar, assim, como um dos fundamentos do constitucionalismo, juntamente com os Direitos Fundamentais.

Podemos, com estas considerações, promover a abordagem quanto aos arranjos estruturais adotados por nossa Lei Fundamental.

3.2 DOS ARRANJOS CONSTITUCIONAIS QUANTO ÀS FUNÇÕES

Tendo o poder uma única fonte - a soberania do povo - não há dúvida de que sua natureza jurídica é fundamentada na própria Constituição.

A divisão das funções, que na época de sua sistematização denominou-se separação dos poderes, foi de tal importância, que se tornou dogma constitucional na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, por se compreender como instrumento necessário para a garantia dos Direitos do Homem. É certo que, desde então, apareça na maioria das Constituições dos Estados de Direito.

Em nosso ordenamento, o princípio da divisão de funções está inscrito na Constituição Federal, em seu artigo 2º: *que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*, sendo, portanto, o princípio fundamental da Ordem Constitucional.

¹⁰ MONTESQUIEU, C. L. de S. *Dos espírito das leis*, 1979, p. 151. “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.”

Esse arranjo apresenta a necessidade de desenhos institucionais que possam promover o consenso e evitar a paralisia política, que seria um mal maior, e neste contexto, analisaremos a evolução e a distribuição de cada uma das funções.

Modernamente, o Poder Legislativo, em regra, é o que aparece em primeiro lugar na estrutura da divisão de funções da maioria das Constituições, não como Poder que exerce a supremacia sobre os demais, mas por ser o Poder cuja função é a de fazer, emendar, alterar e revogar leis, que vinculam a todos. Este é o motivo pelo qual se atribui à sua função a ação primária do Poder Soberano do Estado.

A estrutura de execução de suas funções é exercida por meio de Órgãos, que podem ser o Congresso ou o Parlamento, dependendo do regime de governo que cada Estado adota (bicameral ou unicameral).

No nosso regime sempre foi adotado o sistema bicameral, com o Senado e a Câmara dos Deputados, inicialmente na Constituição do Império de 1824 (artigo 13), chamada de Assembléia Geral, e, desde a Constituição de 1891 (artigo 16), com a denominação de Congresso Nacional, para a identificação da união das duas Câmaras, exceto com a carta de 1937, quando se denominou de Parlamento.

Na Constituição de 1988, encontramos no artigo 44: *O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal*, mantendo assim, o sistema bicameral.

A Câmara Federal é composta por representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada território e no Distrito Federal (art. 45 da CF). O Senado Federal é composto de representantes dos Estados e do Distrito Federal (art. 46 da CF).

O Poder Executivo, é historicamente, a primeira função a ter existência, representado pelos monarcas que exerciam, também, as funções da justiça e da legislação.

Posteriormente, a complexidade da vida social exige uma descentralização de poderes. Nos dias atuais, a forma como se exerce o Poder Executivo em suas relações com a Legislatura deu origem a duas espécies básicas de regime: o governo parlamentar e o governo presidencial. Esta última espécie de regime se popularizou na América Latina, inclusive no Brasil.

A divisão de Função para o Executivo no Brasil se deu pelo modelo presidencialista, em sua maior parte de existência, que pode ser definido, de acordo com Pinto Ferreira (1970, p. 295-296):

[...] como o regime em que o Presidente participa na direção da política do Estado, sendo o primeiro motor e a figura principal. O Governo Presidencial pode ser conceituado como aquele que o Presidente da República, que é o Chefe de Estado e o Chefe de Governo, é eleito direta ou indiretamente pelo povo, nomeando os seus próprios Ministros.

No Brasil, o Poder Executivo passou por várias fases, inauguradas pelo regime constitucional do Império. O texto do artigo 102 da Constituição de 1824 atribuía ao Imperador o Poder Moderador, além da representação do Poder Executivo, que era exercitada por seus ministros de Estado..

Com a Constituição de 1891, inaugura-se o regime presidencial; de acordo com o artigo 41: *Exerce o Poder Executivo o presidente dos Estados Unidos do Brasil, como chefe eleito da nação.* Tem-se a figura do presidente como autoridade máxima do Poder Executivo.

A Constituição de 1934 manteve norma semelhante. Lê-se no artigo 51: *O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República.*

Em 1937, no regime estabelecido pela ditadura, no artigo 73, tem-se:

O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a administração do País.

Note-se que houve uma desproporcional atribuição de poderes ao Presidente. Não há divisão de funções.

Já em 1946, com o novo regime constitucional, diz o artigo 78: *O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República*. Restaura-se, então, a democracia, com atribuições a cada função.

Em 1961, com a renúncia do Presidente Jânio Quadros, foi votado um Ato Adicional, que fez parte da Emenda Constitucional nº 4. O artigo 1º da referida Emenda afirma:

O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República e pelo Conselho de Ministros, cabendo a este a direção e a responsabilidade da política do governo assim como a administração federal.

Nota-se que fora inaugurado o regime parlamentarista, através de Ato Adicional, revogado em 1963, pela Emenda Constitucional nº 6, retornando-se ao sistema presidencialista.

Em 1964, com a deposição de João Goulart, surgiram vários Atos Institucionais, que fortaleceram as funções do presidente, que já se encontrava em mãos do Governo Militar.

Em 1967, manteve-se o regime presidencialista por meio do artigo 74, que define: *O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado*.

Em nossa Carta Magna de 1988, denominada Constituição Cidadã, , manteve-se o regime presidencialista, no artigo 76: *O Poder Executivo é exercido*

pele Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado. Saliente-se que, após a realização de plebiscito, por maioria esmagadora, foi mantido o presidencialismo.

Analisada a evolução da Função Executiva, resta-nos analisar a Função Judicial, que modernamente é um dos três Poderes clássicos previstos pela doutrina de Madison (HAMILTON, MADISON, JAY, 1973), consagrando-se como uma Função independente e autônoma, em sua atividade jurisdicional.

A Função Judiciária concorre para a harmonia e o equilíbrio da sociedade. Seu objetivo é traduzir a realidade efetiva do Direito, aplicando a justiça nas relações humanas, além de ser a guardiã dos Direitos previstos constitucionalmente.

No Brasil, desde o Império, a Função Judicial era um dos quatro poderes do Estado. Seus membros gozavam de independência (artigo 151), mas relativa. Os Juízes de Direito eram perpétuos (artigo 153, primeira parte), mas podiam ser removidos e suspensos pelo Imperador (artigo 153, última parte). Ao lado destes juízes de Direito existiam os juízes de Paz, eleitos com os vereadores municipais, aos quais se atribuía uma função conciliatória das partes, como preliminar para o ingresso no contencioso.

Na República, com a Constituição de 1891, em seu artigo 55, lê-se:

O Poder Judiciário terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República, e tantos juízes e tribunais federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.

Inaugurou-se um sistema com duas Justiças, a federal e a estadual, com dois processos diferentes. A última instância era a do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1934, no artigo 63, afirma que:

São órgãos do Poder Judiciário: a) a Corte Suprema; b) os juízes e tribunais federais; c) os juízes e tribunais militares; d) os juízes e tribunais eleitorais". Verifica-se que fora estruturado o Poder Judiciário da União, sem qualquer menção relativa à estrutura do

Poder Judiciário dos Estados, deixando somente a ressalva no artigo 70:” a justiça da União e a dos Estados não podem reciprocamente intervir em questões submetidas aos tribunais e juízes respectivos, nem lhes anular, alterar ou suspender as decisões, ou ordens, salvo os casos expressos na Constituição.

Já na Carta outorgada de 1937, em seu artigo 90 :

São órgãos do Poder Judiciário: a) o Supremo Tribunal Federal; b) os juízes e tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; c) os juízes e tribunais militares.

Verifica-se que a Função Judiciária abrange, em sua distribuição de competência, todas as instâncias, tanto a federal como a estadual.

A Constituição de 1946, em seu artigo art. 94:

O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: I - Supremo Tribunal Federal; II - Tribunal Federal de Recursos; III - Juízes e tribunais militares; IV - Juízes e tribunais eleitorais; V - Juízes e tribunais do trabalho.

Já ao artigo 124 e seguintes reservou-se a estruturação da Justiça dos Estados. Nota-se que à Função Judiciária fora atribuída, no âmbito constitucional, toda a estrutura de seus órgãos, acrescida ainda dos juízes e Tribunais do Trabalho.

Com a Carta outorgada de 1967, repetiu-se a sistemática adotada na de 1946, em seu artigo 107, disciplinou a Função Judiciária Federal e no 136 e seguintes, a Justiça dos Estados.

Na emenda à Carta outorgada de 1969, verifica-se a enumeração dos órgãos do Poder Judiciário em um mesmo artigo (112):

O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: I – Supremo Tribunal Federal; II – Tribunais Federais de Recursos e juízes federais; III – Tribunais e juízes militares; IV – Tribunais e juízes eleitorais; V – Tribunais e juízes do trabalho; VI – Tribunais e juízes estaduais.

A Constituição de 1988 diz, em seu artigo 92:

São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; II - o Superior Tribunal de Justiça; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho; V – os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI – os Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Algumas alterações foram implementadas. Por exemplo, a extinção dos Tribunais Federais de Recurso e a criação dos Tribunais Regionais Federais, sistematizando todos os órgãos em um mesmo artigo, sem contudo se distanciar da idéia central da divisão de Funções.

Verifica-se que a divisão de Funções como decorrência do princípio da separação dos poderes sempre esteve presente no pensamento político e jurídico do Brasil. Nota-se claramente o respeito ao cerne central do constitucionalismo, que é de não se concentrar o Poder do Povo em mãos de um só, e, portanto, garantir que seja controlado por meios de instrumentos de freios e contrapesos, cujas atribuições e limitações serão analisadas a seguir.

3.3 DOS ARRANJOS QUANTO À ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ÀS FUNÇÕES

A competência atribuída a cada Função do Estado se divide em: legislativa, executiva e judicial. Trata-se de uma classificação tradicional (vinculada ao clássico princípio da divisão de poderes), de origem constitucional ou infraconstitucional, posto que em determinados casos (como, por exemplo, a Organização do Função Judiciária) a Função se organiza por Lei Complementar.

Diante disto, a competência constitucional de cada Função, quanto à forma, se revela em: competências exclusivas, concorrentes e competências-quadro¹¹ ou complementares. A competência exclusiva é atribuída a um só órgão, é capacidade jurídica de exercer unicamente certas atribuições em um determinado campo. Já a competência concorrente é atribuída, a título igual, a vários órgãos, ou seja, a capacidade jurídica de exercer determinadas atribuições, juntamente com outras entidades, em certa atividade. A competência-quadro ou complementar é atribuída, quanto à definição, a um órgão e, quanto à execução, a outro.

O poder soberano do Estado está atribuído constitucionalmente às suas Funções. No dizer de García-Pelayo (1984, p. 103):

La legislación establece las normas jurídicas generales o individualizadas. La jurisdicción determina el derecho aplicable al caso, y, de modo más general, mantiene y actualiza las normas jurídicas. La función ejecutiva encierra en sí a la gubernamental y a la administrativa...

Todavia, no exercício de suas atribuições, cada Função não está limitada ou estanque à sua competência exclusiva. Exercendo, por vezes, as funções de outro Poder, qual seja, a competência concorrente. É que, como exemplo, à Função Judiciária compete, além da jurisdição, a administração de seu pessoal e seu orçamento. À Função Executiva compete, além da função governamental e administrativa, a função de julgar administrativamente. À Função Legislativa compete, além de sua função específica, a administrativa de seu pessoal e orçamentária, além da função de julgar, em determinados casos. Verifica-se uma espécie de “entrelaçamento” de competências que, embora preserve a autonomia e independência de cada função, ao mesmo tempo acaba por estabelecer uma interdependência entre as diferentes Funções.

¹¹ Expressão utilizada por CANOTILHO, J. J. G. in: *Direito Constitucional*, 1999, p.523. “Competências

Nota-se que não há que se falar unicamente em atribuições típicas a cada Função do Estado, mas, também, naquelas inerentes a outras funções, chamadas atípicas, que lhes são facultadas, no interesse do desempenho de suas funções e na preservação da independência e harmonia dos poderes.

Por certo, cada atribuição de competência depende e é obra e arte do poder soberano, da vontade do Povo, por meio da Constituição, na qual cada Função encontra sua origem e limitação, enquanto poder político.

A limitação da Função Estatal diz respeito ao poder específico de cada Função. A cada uma se atribuiu competência para realização de seu fim específico, ressalvadas as exceções previstas na Constituição. Não é permitido a qualquer Função usurpar a competência da outra. Portanto, a competência exclusiva não poderá ser delegada ou usurpada, sob pena de ferir a independência e a harmonia previstas no artigo 2º da Constituição.

Observe-se que o poder soberano é único, mas a divisão de funções tem a finalidade de manter o Estado de Direito. Não como Funções estanques, sem qualquer interdependência, posto que não se vislumbram três poderes soberanos, mas sim Órgãos que possibilitem ao poder controlar o poder.

Na sistematização da Constituição, consta no Título IV e nos Capítulos I, II e III, a Organização dos Poderes. A Função Legislativa está no artigo 44:

O poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”. No Art. 76: “O poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estados.”. O Poder Judiciário, no artigo 92 : ”São órgãos do Poder Judiciário: I- o Supremo Tribunal Federal; II- o Superior Tribunal de Justiça; III- os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho; V- os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI- os Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Nota-se que há a designação dos Órgãos que representam as funções do poder. Falta identificar a competência de cada uma.

3.3.1 ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA À FUNÇÃO LEGISLATIVA

O Congresso Nacional é órgão legislativo da União. Possui competência para elaborar leis, em sentido amplo. Mas não é a única competência que a Constituição Federal lhe atribui. Esta competência distribui-se em cinco grupos: atribuições legislativas, atribuições meramente deliberativas, atribuições de fiscalização e controle, atribuições de julgamento de crimes de responsabilidade e atribuições constituintes.

A atribuição de competências aparece na Constituição Federal, em seus artigos 48 a 83. No artigo 48, encontramos a atribuição para elaborar as leis relativas a todas as matérias de competência da União, devendo ser elaboradas de acordo com o processo contido nos artigos 61 a 69.

No sistema vigente, pelo artigo 48 da Constituição, será necessária a sanção do Presidente da República, que poderá vetar os projetos de leis das matérias enumeradas em seus incisos. Como o processo legislativo é de competência do Congresso Nacional, tal interferência da Função Executiva se justifica pelo sistema de freios e contra pesos, que visa ao controle do poder. Todavia, o veto poderá ser rejeitado pela maioria absoluta dos Deputados e Senadores, nos termos do artigo 66 e seus parágrafos. Note-se que a existência do sistema de freios e contra pesos, essencial para o equilíbrio entre as Funções

legislativa, executiva e judiciária é, ao mesmo tempo, o mecanismo que cria a interdependência entre estas mesmas.

A competência atribuída pelo artigo 49 diz respeito àquelas funções que não demandam sanção por parte da Função Executiva, estando incluídas dentro das atribuições meramente deliberativas, mas exclusivas do Congresso Nacional.

A competência de fiscalização e controle externo dos demais poderes está estabelecida pelo artigo 50, § 21 (segundo o qual pode requerer informações aos Ministros ou a quaisquer titulares de Órgãos diretamente subordinados à Presidência da República), pelo artigo 58, § 3º (para constituir Comissão Parlamentar de Inquérito), pelo artigo 66, § 1º (tem poderes, pelo Tribunal de Contas da União, para fiscalizar a execução contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União) e outros disciplinados no Capítulo I, Seções I a IX, do Título IV da Constituição Federal.

A Função atribuída ao Judiciário, a da jurisdição, é atribuída ao Congresso Nacional, excepcionalmente, dada a natureza da matéria que envolve, de acordo com o contido nos artigos 51, I, 52, I, e 86, que possibilitam à Câmara dos Deputados autorizar a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado, e ao Senado, processar e julgá-los nos crimes de responsabilidades, bem como processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União.

O Congresso Nacional, se constituir como a representação soberana do povo, possui ainda atribuições para promover as emendas constitucionais, devendo observar o processo próprio e a imutabilidade das *cláusulas pétreas*, nos termos do artigo 60 e seus parágrafos.

Posto isto, concluímos por delimitadas as atribuições de competência da Função Legislativa de modo amplo, com o objetivo de possibilitar o confronto com as competências das outras Funções.

3.3.2 ATRIBUIÇÕES DE COMPETÊNCIA À FUNÇÃO EXECUTIVA

A Função Executiva, em nosso regime de governo, por intermédio do Presidente da República, exerce a chefia do Estado e a chefia do Governo. Esta última inclui o comando e fiscalização da Administração Pública e a elaboração de Políticas que serão por ela executadas.

Como Chefe de Estado, representa a União Federal, internamente, enquanto poder constituinte de outros poderes de Estado, como consta do artigo 84, XIV, pelo qual nomeia os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República. Externamente, o artigo 84, inciso VII e VIII, lhe atribui competência, tanto para manter relações com Estados estrangeiros e acreditar em seus representantes, como para celebrar tratados, convenções e atos internacionais.

Enquanto Chefe de Governo, incumbe-lhe a orientação e liderança na política nacional, realizando a política global e a chefia da administração; sendo o guardião da segurança nacional e defensor do interesse público, de acordo com o artigo 84, incisos I, II, III, IV, V, IX, X, XI, XII, XIX e XXC, da Constituição Federal.

Desta forma, a Função Executiva tem como competência constitucional a chefia de Estado e de Governo. Desempenha, na prática, a exteriorização do Poder Estatal, externa e internamente.

3.3.3. ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA À FUNÇÃO JUDICIAL

A atribuição de competência da Função Judiciária também emana da própria Constituição. Tal Função, com seus Órgãos, compõe uma das funções tripartidas do poder soberano do Estado, com a finalidade de promover a justiça, pela aplicação da lei e da guarda dos princípios constitucionais, mediante os instrumentos constitucionais de controles difusos ou concentrados.

Sob este prisma, a Constituição atribuiu a competência, sem se deter na esfera de competência de cada um de seus Órgãos. Ao Supremo Tribunal Federal cabe a guarda da Constituição, processando e julgando originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, a). É, portanto, a Função que decidirá em primeira e última instância sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, em tese de lei ou ato normativo federal.

Desde seu início, como forma de organização política, o Estado avocou para si a realização da justiça. Quem aplica é a Função Judiciária. É vedado a qualquer pessoa fazer justiça pelas próprias mãos. Cabe à Função jurisdicional o dever de julgar os conflitos, mediante provocação das partes legítimas.

Assim, a Função Judiciária é o guardião supremo da vontade do povo, ao passo que lhe compete a guarda da Constituição, das liberdades e Direitos, e em especial dos Direitos Fundamentais, a serem observados inclusive pelo próprio Estado uma vez que seu limite é a Constituição.

3.4 DOS ARRANJOS QUANTO À LIMITAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS DAS FUNÇÕES

A par de todas as discussões sobre chamadas crises Institucionais, há algumas sobre a estruturação da Função Judiciária, que visam a um controle externo. Outras buscam a extinção ou modificação da Justiça do Trabalho. Outras, de há muito, objetivam uma maior representatividade da Função Legislativa, em que o voto distrital seria um dos caminhos. Outras ainda há em relação à atribuição legislativa a Função Executiva, por meio das Medidas Provisórias. É necessário, aqui, analisar a visão da limitação das funções, diante do ordenamento hoje existente, que é a razão de ser, para que não se tenha concentração de poderes em mãos de um só.

Não se pode perder de vista que as Funções, por disposição constitucional, são harmônicas e independentes. Vale dizer que são funções de um mesmo Poder, que é o Estado, que, por sua vez, no sistema brasileiro, tem existência pelo Poder maior e primário, que é o Povo, seu destinatário final.

Salienta-se, antes, que modificações que são imputadas como necessárias demandam reformas constitucionais e que, por sua vez, somente terão efeitos jurídicos após sua integração no ordenamento. Enquanto não se promovem as reformas, a sociedade não pára: precisa ser administrada, precisa do exercício legiferante, precisa da jurisdição.

A fase atual de desenvolvimento do Estado não comporta mais a discussão em torno da divisão dos poderes, como instrumento estanque das Funções, mas sim o princípio de que todas as Funções não devem estar entregues em mãos de um só. Esta preocupação em se dividirem as Funções por compartimento estanque

tinha sua razão de ser, antes dos Estados de Direito, posto que a ausência da consagração de um princípio (como a tricotomia das Funções hoje arraigada na maioria dos Estados) tinha como aliada sempre a usurpação das funções por um só indivíduo.

Portanto, as Funções devem estar uma em relação as outras como colaboradoras, até porque em cada uma delas existe a execução de funções análogas às outras. Aliás, como já salientado, é princípio constitucional, no qual se tem a harmonia e a independência como fundamentos. Harmonia, como sinônimo de colaboração, cordialidade necessária ao relacionamento entre as Funções. Independência, no sentido de não ser necessária a cada Função a permissão da outra, para exercício de suas competências.

Na prática, a análise do exercício das competências no ordenamento existente evidencia uma total usurpação de Funções, no exercício de atribuições. Algumas, em caráter subsidiário, ante a inércia daquele que deveria exercê-la. Outras, por desconhecimento técnico necessário, ou por utilização política de matéria estritamente técnica. Outras, por utilização exorbitante de competência específica, como veremos adiante.

A limitação de competência da Função Legislativa, conforme Pinto Ferreira (1970, p. 362), é chamada de Função primária, porque dela emanam as regras que determinam a ação prática das outras Funções, ou seja, a Função Executiva executa os seus fins, de acordo com as normas aprovadas pela Legislativa, como também a Função Judiciária, diz o Direito, conforme o ordenamento jurídico.

A competência legislativa é ampla. No que diz respeito às Emendas Constitucionais, as cláusulas pétreas são limites formais e materiais ao poder reformador. No exercício legiferante, devem-se observar todos os princípios e

procedimentos previstos na Constituição, quanto à sua elaboração e modificação. Vale dizer, a competência está limitada quanto à matéria na própria Constituição.

Não se quer dizer com isto que há uma primazia da Função Legislativa, mas sim, um poder político muito acentuado, uma vez que pode legislar sobre qualquer tema de interesse da União. A própria Constituição prevê, em seu artigo 61, que as leis que devem ser de iniciativa do Presidente da República, evitando assim um poder ilimitado, no âmbito da condução da administração e execução dos planos de governo. E não é só: as matérias de competência da Função Legislativa deverão ser sancionadas pelo Presidente da República, nos termos do artigo 66 da Constituição.

Portanto, a primeira limitação estaria em editar normas de acordo com os princípios Constitucionais, observando os requisitos de iniciativa e veto por parte da Função Executiva. A Função Legiferante é por demais exacerbada, posto que todos os passos do próprio Estado e do cidadão são regulamentados,, chegando-se ao ponto de não se saber qual regra ainda está em vigência. Todavia é da própria Constituição que emana tal poder.

Depois de promovido o processo legislativo, compete à Função Legislativa a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, por meio do Tribunal de Contas da União, que é o chamado controle externo sobre a execução orçamentária e patrimonial da União. Não lhe compete fiscalizar as demais Funções no exercício de suas competências exclusivas.

A competência concorrente, que lhe é atribuída pelo § 3º do artigo 58, para criar comissões parlamentares de inquérito, com poderes próprios das autoridades judiciais, está limitada à apuração de fato determinado e por prazo certo.

A limitação, como foi colocada, é por demais simplista, para os dias atuais. Tenta-se buscar fundamentos para uma e outra posição sobre as comissões parlamentares de inquérito. Ora ampliam os poderes, ora os restringem, notadamente sobre a possibilidade ou não de quebra de sigilo bancário e telefônico sem autorização judicial, ou mesmo sobre a natureza do depoimento prestado pelos inquiridos. Também discutem sobre a possibilidade de se determinar ou não a prisão de envolvidos ou ainda sobre a possibilidade de arrestar bens.

Parece-nos que as discussões sobre as limitações ou não dos poderes conferidos às Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) assentam-se muito mais no poder político de quem dev ficar em evidência, mais ou menos com objetivos eleitorais, do que no aspecto legal. Sem dúvida, os poderes de investigação são os mais amplos possíveis, mas não querem prescindir da função competente para promover os atos judiciais.

O importante, na questão relativa à limitação, é que a competência das comissões parlamentares de inquérito é ampla, para promover a investigação, mas não prescinde da função competente para fazer justiça, que é a Judiciária, da qual não se tomará nenhuma medida que vise a tolher direitos. Aliás, é Função da qual todos se socorrem, incluindo os detentores dos demais poderes, quando vêm seus direitos e garantias individuais em perigo ou ameaça de usurpação de suas competências.

Fica, assim, demonstrado que há limitações para a atribuição de competência à Função Legiferante e que esses limites decorrem do próprio texto constitucional. Da mesma forma, há que se analisar esses limites para a Função Executiva.

A limitação de competência na Função Executiva, que é órgão de representação da soberania do Estado, dotado de atribuições para, além de exercitar a força material, representá-lo externamente. Também é na função Executiva que se desenham e se desenvolvem os projetos de governos. Portanto, onde se desempenha a representação de Chefe de Governo e de Estado.

Para tanto, é dotada de atribuições constitucionais que, pelo sistema de freios e contra pesos, possui limitações no desempenho destas competências, como forma de equilíbrio e harmonia das Funções do Estado.

O primeiro ponto a assinalar é a legítima atribuição para utilização de Medida Provisória com força de Lei, nos termos do artigo 62 da Constituição Federal. Em casos de relevância e urgência, poderá o Executivo lançar mão deste instrumento, posto à sua disposição pela Lei Magna. Deve, entretanto, submetê-la de imediato ao Congresso Nacional, que deverá apreciá-la no prazo de 30 dias, prorrogáveis por mais trinta dias. Expirado o tempo previsto, a Medida Provisória perde a eficácia, desde sua edição, devendo o Congresso disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

Verificamos que a utilização do instrumento constitucional da Medida Provisória sofre limitação, no sentido de ser verificada a relevância e a urgência da matéria que se pretenda regulamentar. Tal limitação é de difícil aferição, uma vez que a relevância e urgência estão atribuídas justamente ao poder discricionário do Chefe de Governo.

Por outro lado, é possível determinar que o controle constitucional é claro, no momento em que determina que, no prazo de 60 dias, prorrogável uma única vez, deverá o Congresso Nacional apreciar a Medida Provisória, sob pena de, não o fazendo, perder sua eficácia desde a sua edição. Ora, o que se tem efetivamente é a

obrigação da Função Legislativa ou de apreciar ou de disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. Quando a Função Legislativa deixa de expedir o Decreto Legislativo, regulamentando as situações jurídicas decorrentes da Medida Provisória rejeitada ou tida por prejudicada, abre mão do poder que lhe é conferido e permite outras relações não previstas pela norma constitucional, de cunho meramente político, qual seja, de usurpação pelo Executivo da sua Função típica.

Na condução da administração pública, relativa à organização dos órgãos, com suas estruturas orgânica e pessoal, compete exclusivamente ao Chefe de Governo a decisão e a regulamentação, observando-se tão-somente os princípios constitucionais, como, por exemplo, o do direito adquirido.

A abordagem aqui proposta é no sentido de demonstrar que há no sistema constitucional limitações de atribuições de competência, cujo respeito recíproco levará ao exercício pleno da democracia e sua usurpação em destruição do sistema de freios e contra pesos, em que se fundamenta a divisão de Funções.

Desta forma, há ainda que se analisar a limitação de competência da Função Judicial, para que possa se encerrar a presente síntese.

Para uma melhor interpretação do exercício dessa Função, podemos distingui-la em dois aspectos: as atividades judiciárias, como gênero, englobando todas as atividades, quais sejam específicas ou sem perquirir de sua natureza, e a atividade jurisdicional, que é a espécie que abrange os chamados atos jurisdicionais, que se dividem em atos de jurisdição contenciosa e atos de jurisdição voluntária (ou graciosa, ou não contenciosa).

É de se observar o monopólio da aplicação da Justiça, que se encontra na mão do Estado, de acordo com HESSE (1998, p. 41):

Jurisdição é, antes, caracterizada em sua psicologia dos tipos fundamentais pela tarefa de decisão autoritária e, com isso,

obrigatória, independentizada, em casos de direito contestado ou violado, em um procedimento especial, ela serve exclusivamente à conservação e , com essa, à concretização e aperfeiçoamento do direito.

Salienta ainda HESSE (1988, p. 41):

Enquanto legislação e execução freqüentemente são enlaçadas uma na outra e uma com outra, a terceira função básica, a jurisdição, é, fundamentalmente, separada das funções estatais restantes.

Desta forma, deduzimos que a jurisdição é uma, atribuída a uma das Funções do Estado - a Judiciária - que institucionalmente realiza a Justiça, em casos de Direito contestado ou violado, ou age no âmbito de sua competência, como guardiã da Constituição, sobre lei, em tese, nas ações do controle concentrado.

No exercício de suas funções, a Função Judiciária não possui a faculdade de escolher o que deva decidir, ou muito menos promover a instauração de qualquer processo, devendo, pois, ser provocada pelas partes que possuam competência para tal mister. Em outras palavras, não possui a faculdade de dizer o Direito *ex officio*, dependendo, sempre, de provocação pelas partes interessadas.

Note-se, portanto, que não há manifestação por parte da Função jurisdicional, sem provocação.

No controle de Constitucionalidade temos, como exemplo, que a legitimação processual (para propositura da Ação Direta de Constitucionalidade e a Declaratória de Constitucionalidade) não é de todos, mas conferida a algumas pessoas, conforme podemos constatar no artigo 103 da Constituição Federal e seus parágrafos, excluindo-se do rol a iniciativa da própria Função Judiciária.

Assim, constata-se uma primeira limitação à competência da Função jurisdicional, a de que efetivamente poderá exercê-la somente quando provocada pelas partes interessadas.

Uma segunda limitação de competência por parte da Função jurisdicional diz respeito à matéria que lhe possa ser posta à apreciação, que são os casos concretos, e eventual discussão sobre inconstitucionalidade e constitucionalidade de norma em abstrato.

Em nosso sistema constitucional, nenhuma norma de Direito poderá ser conflitante com a Constituição. Vale dizer que todo o sistema jurídico foi incorporado pela nova Lei Maior, sendo revogada a que for incompatível.

Toda decisão, portanto, deverá observar, em sua fundamentação, os princípios constitucionais, bem como o Direito material vigente, sob pena de ser nula a sentença. Assim, como requisitos essenciais, a sentença deverá conter: relatórios (em que conste o nome das partes), a suma do pedido e da resposta do réu (bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo), os fundamentos que orientem o juiz, para analisar as questões de fato e de direito, e o dispositivo em que o juiz se baseia para resolver as questões que as partes suscitarem.

Portanto, podemos dizer que a competência da Função jurisdicional se encontra na aplicação do Direito, de acordo com o sistema normativo, do qual a Constituição é o parâmetro, com sua supremacia .

A limitação de competência da Função Judiciária está em dizer o Direito de acordo com as Normas Constitucionais e infraconstitucionais, mediante provocação das partes legítimas e interessadas, em casos concretos ou sobre lei em abstrato, quando o for à qualidade de guardião da Constituição.

Poder-se-á dizer que não há poder político em uma função que não pode se manifestar sobre questões que não as de Direito. Note-se que não se está falando

em política judiciária, mas em poder político, no sentido de iniciativa da direção e condução do bem público.

O esforço até aqui desenvolvido é para demonstrar que há, sim, participação de cada uma das Funções nas atribuições típicas, mas de forma reservada, unicamente com objetivo de promover a independência e harmonia, sob forma do sistema de freios e contrapesos, sem que tal se torne em usurpação da função típica, ou mesmo leve à substituição ou ao monopólio, por parte de quaisquer funções estabelecidas nos arranjos constitucionais, dos quais todas recebem a competência e a limitação para o seu exercício, em nome do poder soberano do povo.

Figueiredo (2001, p. 22) nos apresenta uma síntese bem apropriada para a questão do princípio da separação de poderes, prevendo que não há como pensar no modelo instrumentalizado pelo Barão de La Brede, sem as devidas atualizações no tempo, e quais devem ser, no sentido de aperfeiçoar o controle do poder. São essas suas palavras:

Se compreendermos a essência de Montesquieu, não podemos simplesmente julgá-lo ultrapassado, na medida em que nenhum órgão de fato deve possuir a totalidade do poder do outro. Considerando a impossibilidade de evitar alguma interferência recíproca (falando negativamente, e não a harmonia desejável), será praticamente impossível evitar a interpenetração de funções.

Pode-se concluir, então, que os arranjos democráticos inseridos em um texto Constitucional, os quais se estruturam por princípios, possuem sua origem e fundamento em momentos históricos, que representam muito mais do que mera formalidade, mas sim verdadeiros fundamentos de quaisquer sistemas que se queiram dizer democráticos e garantidores dos Direitos Fundamentais, pois decorrem de opções previamente estabelecidas. Devendo, por certo, serem

respeitados e obedecidos sob pena de, novamente, estarmos diante de governos despóticos, quer o da força, quer o da aristocracia.

Dessa forma, atribuição e limitação de competência à Função Jurisdicional se afigura importante no contexto do controle, posto que preserva a Instituição Judiciária, no envolvimento com as questões relativas à opções políticas, para mantê-la na seara do controle, mesmo quando se falar em controle do conteúdo do ato ou norma jurídica.

Resta-nos apresentar no próximo capítulo a análise da decisão judicial no exercício das competências atribuídas à Função Jurisdicional.

CAPÍTULO IV

O PAPEL DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

A justificação da democracia, ou seja, a principal razão que nos permite defender a democracia como a melhor forma de governo ou a menos ruim, está precisamente no pressuposto de que o indivíduo singular, o indivíduo como pessoa moral e racional, é o melhor juiz do seu próprio interesse. (BOBBIO, 2000, p. 424).

4.1 O PAPEL DA FUNÇÃO JURISDICIONAL: DECISÃO JUDICIAL

Enquanto instituição política, a principal competência da Função Jurisdicional é controlar a constitucionalidade das leis e demais atos normativos produzidos pelo Legislativo ou pelo Executivo. Como guardião da Constituição espera-se que controle o exercício do poder pelas demais instâncias do Estado, de forma a assegurar a vontade do Poder Constituinte. Como realizar sua missão, sem que o Judiciário se torne o único detentor do Poder?

A autonomia judicial não pode ser excessiva, posto que poderá vir a exteriorizar apenas a vontade individual do julgador. Da mesma maneira que nunca poderá ser excessiva a adesão aos princípios constitucionais, em sua aplicação, haja vista que derogariam todas as regras do sistema que promovem a autonomia, necessária ao cumprimento do controle da vontade política substancial, consolidada no ordenamento, via Constituição. A autonomia judicial, assim, ao se limitar aos conteúdos normativos, regras e princípios, evita que haja arbitrariedade.

Paulo Bonavides (2003, p. 484) nos adverte dos riscos que enfrentamos ao nos distanciarmos da normatividade constitucional, realizando opções políticas, confira-se:

Acontece porém que a moderna metodologia de interpretação da Constituição ampliou demasiadamente a importância do fator político ao ocupar-se da matéria social, empobrecendo assim a consistência jurídica da Constituição normativa ou conduzindo-a a um estado de crise e carência que se avizinha da desintegração.

Afigura-nos que a única forma de evitar que haja efetivamente um desvio na decisão judicial para o campo da política e, em especial o das políticas públicas, é a observância do ordenamento, por via das regras e princípios. Tal conduta evita a tentativa de decisões subjetivas, de caráter unicamente pessoais, ou em substituição às escolhas atribuídas as demais Funções. A obediência aos comandos normativos da Constituição evitam o comportamento autoritário dos poderes governantes, que comodamente se distanciam da rigidez de seus cânones. (BONAVIDES, 2003, p. 484).

Por mais contemporâneas que sejam as teorias, entre elas a do pós-positivismo (DWORKIN, 2002), seus fundamentos partem de dogmas já consolidados na doutrina, como, por exemplo, os postulados da unidade, da coerência e, se não nestes, em outros, para formularem suas críticas ou adesão a determinada linha de argumentação.

Alexy¹² (1992, p. 33-40), com a sua formulação dos princípios como mandados de otimização, propõe a conexão entre Direito e razão e, para tanto, promove o apontamento dos elementos que definiriam Direito: 1) a legalidade em conformidade com o ordenamento; 2) a eficácia social; e 3) a correção quanto ao conteúdo. Demonstra claramente que o campo de incidência de sua teoria é o

¹² Robert Alexy em entrevista a Manuel Atienza, Cuadernos de Filosofía Del Derecho, Doxa n 24, pág. 33

ordenamento estruturado a partir de um modelo de Estado, qual seja: o Estado Constitucional Democrático.

Assim, a tensão existente entre constitucionalismo e democracia se insere na contradição entre vontade da maioria e limites substanciais ao poder político, controlado pela Função Jurisdicional, como regra constitucional.

A leitura da teoria apresentada por Alexy (1997) supõe a aceitação da existência de um sistema normativo que veicule princípios e regras do ordenamento que, no seu próprio dizer, seria a Constituição.

A definição do que seja sistema interno de regras e princípios se afigura importante, posto que, a partir desta compreensão, poder-se-á falar em limitação da Função Jurisdicional ao sistema normativo. Nesse sentido Canotilho (1999, p. 1099):

A articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferentes grau de concretização (diferente densidade semântica)... Estes princípios ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que densificam os princípios estruturante, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno (a uma união perfeita alude Larens).

A probabilidade de uma decisão judicial ser correta será sempre maior, quando observado o ponto de vista interno do ordenamento, por meio da Constituição e, por consequência, o próprio ordenamento por ela estabelecido. Não há garantias de que haja uma decisão correta, no sentido de ser aquela esperada ou almejada pela parte, mas no sentido de que houve a observância de princípios (de justiça) estabelecidos previamente e não *pós facto*, que certamente levaria ao questionamento de índole subjetiva.

Padilha (2004, p. 94) em sua tese de doutorado, abordou o tema da resposta correta, concluindo que não há uma única resposta correta, mas decisões justificadas pelos princípios, que pode-se dizer decorrem do ordenamento:

Dessa forma, a regulamentação do direito ao meio ambiente, na sua atual concepção, é acontecimento relativamente recente, conseqüência das novas e complexas circunstâncias que envolvem os feixes de interesses de uma sociedade de massa, bem como a sua recepção no ordenamento tem exigido uma crescente adequação e adaptação de institutos de direito material e processual, o que torna os casos de confronto que envolva direitos com ele colidentes, casos a tal ponto difíceis, que, mesmo um *sistema jurídico moderno, desenvolvido e complexo*, dificilmente conseguiria regular previamente, em toda a sua extensão e complexidade; e para os quais dificilmente poderia ser fornecida uma única resposta correta.

Já o ordenamento, como sistema axiológico, e, portanto, valorativo, foi laboriosamente apresentado por Canaris (1996, p. 66-67) ao propor que:

Sendo o ordenamento, de acordo com a sua derivação a partir da regra da justiça, de natureza valorativa, assim também o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação axiológica ou teleológica – na qual, aqui, teleológico não é utilizado no sentido estrito da pura conexão de meios aos fins, mas sim no sentido mais lato de cada realização de escopos e de valores...

Para Canaris (1996, p. 75-76), a regra da justiça é a condição da possibilidade de qualquer pensamento jurídico, que por ser racionalmente orientado e demonstrável, traduz o princípio da justiça de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida de sua diferença. Garante, assim, a adequação formal, em consonância com a sua justificação, a partir do princípio formal da igualdade e não da justeza material.

O ponto de vista interno do ordenamento é, portanto, distinto do ponto de vista externo, posto que não se vincula em razões de custo-benefício, que é a justeza material, assinalada por Canaris (1996). Devem, sim, serem observadas as razões de direito e moral valorados por meio de uma interpretação do ordenamento.

A adoção do ponto de vista interno do ordenamento permitirá não a vontade subjetiva do julgador, mas uma autonomia pessoal, a nível normativo, que delimitará o campo de atuação do Judiciário.

Partindo do sistema normativo, pelo ponto de vista interno, verifica-se que os juízes devam promover uma firme adesão ao conteúdo das normas básicas do ordenamento e que se mantenham imparciais, em relação aos conflitos de interesses que têm que resolver e distantes das questões externas ao ordenamento.

A questão, portanto, refere-se ao contexto do que se pretende que seja autonomia judicial, se esta abrange somente questões de Direitos ou se poderá manifestar-se sobre questões de política.

A doutrina chamada de judicialização da política¹³ (LOEWENSTEIN, 1986, p. 305), diferentemente do que se possa atribuir-lhe, propõe que as questões políticas se afastem da decisão judicial, em seu contexto de escolha, ficando restrito ao controle do exercício da política, por meio do ordenamento.

A autonomia judicial deve ser entendida como aquela que possui independência do político, sendo, nesse sentido, âmbito da política aquele que demanda por negociação e o compromisso, que a decisão judicial não pode promover, por lhe faltar legitimidade democrática.

Assim, se entender que à autonomia judicial se atribuem requisitos da política, estar-se-á lesionando a própria competência, que é a de controle e não de escolha da vontade das majorias e, por consequência, adotando-se o ponto de vista externo do sistema normativo.

¹³ A definição será apresentada no item abaixo, sobre judicialização.

Nesta linha de discussão, retornamos ao curso inicial, que é a falta de legitimidade democrática dos juízes em realizar escolhas políticas, em suas decisões, quando exercem o controle jurisdicional.

O que se propõe é justamente a inversão dos velhos conceitos, o que recai sobre os fundamentos já estabelecidos da separação de poderes. E que ao se atribuírem escolhas de políticas públicas à Função Judicial, se provocará um distanciamento de sua verdadeira função, que é de colocar limites às possíveis arbitrariedades nas escolhas dos representantes eleitos para manifestar a vontade geral.

Esta opção de controlador e não de executor de opções políticas exige alguns requisitos, para que não se incorra no que se tem denominado genericamente judicialização da política. O Judiciário, e especialmente o Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional, ao interpretar as questões, deve pautar-se pelos princípios e regras constitucionais, previamente escolhidos e positivados, e se afastar das questões inerentes às escolhas políticas.

A estabilidade consiste na manutenção da identidade do sistema e são justamente os juízes os encarregados de mantê-la e, por conseguinte, de impedir o descumprimento das disposições constitucionais. O juiz é o responsável por avaliar e controlar juridicamente a conduta governamental e legislativa, de acordo com as pautas constitucionais.

Assim, por definição constitucional, é que teremos nas mãos do Judiciário a última palavra, e neste contexto é que se insere a maior crítica da doutrina (Waldron, Dahl e outros) sobre não ser o Judiciário legitimado democraticamente para fazê-lo.

A adoção do ponto de vista interno do sistema na decisão judicial parece que irá reforçar a democracia e fatalmente perderá sua força, uma vez que não se

está usurpando a opção política dos que foram eleitos e que são, portanto, politicamente responsáveis.

Esta afirmação só é possível, se a autonomia judicial se afastar das deliberações políticas e se assentar estritamente no ordenamento, limitando sua atividade à decisão de cunho eminentemente jurídico. Tal procedimento, se assim observado, gerará por parte da comunidade dos intérpretes da Constituição, na opinião de Peter Häberle (2002), a aceitação e legitimação do poderes constituídos, ou seja, do Judiciário. A confiança na correção, portanto, depende da adesão incondicional à Constituição democrática, que é a que possibilita o respaldo da decisão judicial, sem que tal procedimento interfira nas competências relativas às escolhas, mas somente em sua adequação ou não com o sistema normativo.

Ao promover uma interpretação de acordo com os fundamentos constitucionais, promove-se a adequação da conduta de cada interlocutor, de acordo com essa vontade geral preordenada e não em manifestações atribuídas ao parlamento, pois, segundo a Constituição, o Tribunal não está promovendo escolhas, mas exigindo seu cumprimento.

É o respeito à Constituição, com seus princípios e regras, que levará a confiança pelos eleitores e governantes da decisão judicial e, por consequência, à própria aceitação de que um Tribunal, formado por alguns poucos não eleitos democraticamente, possa confirmar ou mesmo alterar as decisões dos representantes eleitos democraticamente, por meio dos limites substantivos.

Michel Troper (2003, p. 72), ao discorrer sobre o Poder Judiciário, após analisar várias correntes doutrinárias, apresenta a seguinte conclusão, para a reformulação do pensamento americano ao tema da democracia:

Com efeito, para admitir que a corte garanta o respeito à vontade do povo estabelecida na constituição é necessário pressupor que esta

se limita a aplicar a constituição, sem exercer o poder discricionário, porque a interpretação não é mais que uma função do conhecimento do que o povo está realmente em situação de corrigir as interpretações dadas a sua vontade.

Se por outro lado, a decisão judicial, com sua autonomia, decidir por deliberações políticas e não se assentar estritamente no ordenamento, resultará no rompimento do princípio da igualdade. Nesta linha de argumentação a decisão judicial, quando recai sobre questões de políticas públicas, não pode se afastar da ponderação do princípio da igualdade. De certo, há que se ter em mente que a igualdade substancial é muito mais do que um jogo semântico, a que possa se atribuir o sentido que bem se deseja.

A lição de Bobbio (2000, p. 298) mostra que seriam possíveis quatro perguntas, para se aproximar de uma resposta sobre o que é igualdade: “1) igualdade de alguns em alguma coisa; 2) igualdade de alguns em tudo; 3) igualdade de todos em alguma coisa; 4) igualdade de todos em tudo”.

A proposição que de início representaria a aplicação do princípio da igualdade estaria vinculada à igualdade de todos em tudo, uma vez que a maioria das desigualdades são desigualdades sociais e, portanto, superáveis, do ponto de vista de Bobbio (2000, p. 305).

Vieira (2006, p. 80), partindo da análise da proposta de Bobbio, apresenta a igualdade distributiva, para uma análise da distribuição de direitos ou recursos, adotada pela Constituição de 1988, que busca encontrar um critério justo para distribuir recursos escassos entre os membros de uma sociedade.

Entre os critérios apresentados por Vieira (2006) para distribuição de recursos e direitos, interessa para a presente pesquisa o que diz respeito ao critério da universalização de alguns recursos públicos, como educação básica e saúde, caracterizando que todos têm acesso universal, independentemente de mérito ou

necessidade, representado pela proposição: “todos têm direito a iguais parcelas de X”. Estando tipificados nos artigos 206 de nossa Constituição: “A educação é direito de todos e dever do Estado...” e no artigo 208 que a: “saúde é direito de todos e dever do Estado...”, por meio de “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” de acordo com o artigo 196 da Constituição. (VIEIRA, 2006, p. 81)

Na abordagem, tanto de Bobbio (2000) como de Vieira (2006), percebe-se que as opções políticas deveriam estar respaldadas pelo princípio da igualdade, quer pela visão tradicional de tratar os iguais igualmente, como aos desiguais desigualmente, como pela proposição contemporânea de ampliar os critérios e estes, podendo ser os da universalidade, da necessidade e da diferença.

Delimitando-se que o princípio da igualdade deve abranger as políticas públicas a partir de atribuição de mesma parcela a todos, no sentido da universalidade, pode-se promover a comparação das decisões apresentadas no início do trabalho. Tais decisões determinaram, como referido no item 1.4.1-3, a recuperação de determinado trecho de rodovia federal, a concessão de remédios não constantes nas políticas públicas implementadas pelo Legislativo ou Executivo, de sorte que cabe perguntar se o princípio da igualdade foi observado pelas respectivas decisões judiciais, nas ponderações e aplicação do Direito.

A resposta, por certo, é negativa, uma vez que decisões judiciais que concedem liminares para implementação de políticas públicas, que não foram discutidas e aprovadas na seara competente, ocasionam a preterição de outras, que por sua vez foram discutidas e aprovadas e, mais do que isso, realizam atribuição de direitos subjetivos a determinados indivíduos, em prejuízo de outros, na mesma situação, de fato e de direito.

Demonstrando, assim, que ao decidir sobre questões de políticas públicas, distribuindo direitos sociais individualmente, a decisão judicial rompe com o princípio da igualdade.

Por isso, há que se privilegiar também a decisão política, nos termos de políticas públicas, para que não se rompa com o princípio da igualdade, uma vez que a decisão judicial, no caso concreto, sempre atribuirá direitos a indivíduos ou grupos de indivíduos, em prejuízo de outros, que estão resguardados pela política da universalização dos Direitos Sociais.

Bobbio (2000, p. 501) apresenta uma síntese sobre o tema direitos sociais que:

[...] em oposição aos direitos individuais, por direitos sociais” entende-se o conjunto das pretensões ou exigências das quais derivam expectativas legítimas que os cidadãos têm, não como indivíduos isolados, uns independentes dos outros, mas como indivíduos sociais que vivem e, não podem deixar de viver, em sociedade com outros indivíduos.

Entre nós, Piovesan (2003, p. 333), após discorrer sobre as características do Estado Social, que é aquele que “aceita o desafio da sociedade, arrogando-se uma função distributiva e promocional” assenta:

A igualdade converte-se, assim, em valor essencial do sistema constitucional, tornando-se critério imperativo para a interpretação constitucional em matéria de direitos sociais. Eleva-se o direito à igualdade a direito-guardião do Estado Social...

...A igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efetiva-se; não é um princípio, mas uma consequência... O conteúdo do direito à igualdade consiste sempre num compromisso positivo, num *facere*, num *dare*..

Assim os direitos sociais, para que possam expressar a vida em sociedade, jamais poderão perder o caráter da igualdade, sob pena de se cometer, no caso

concreto, injustiça e a distribuição desigual de recursos públicos, tal qual promovido nas decisões aqui apresentadas como exemplo no item 1.4.1-3.

As seguintes conclusões podem ser sintetizadas: a) uma função essencial dos juízes é serem os garantidores da qualidade democrática das decisões políticas, a adoção de um paradigma material para a interpretação dos princípios constitucionais, especialmente aqueles vinculados com a igualdade, evitando a discriminação; b) O controle de qualidade democrática há de limitar-se às questões vinculadas, como os princípios básicos do sistema, não devendo intervir naquelas que constitucionalmente estão baseadas na negociação e o compromisso dos partidos políticos que integram o parlamento. Uma coisa é a aplicação de um paradigma material de igualdade e outra é a intervenção em assuntos decididos de acordo com o princípio da maioria. Portanto, controle de qualidade democrática não significa judicialização da política.

4.2 DECISÃO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Observa-se que o resultado da Função Judiciária, qual seja, a decisão judicial, sempre atribui obrigações às partes, aos terceiros ou mesmo ao Estado.

Ao promover a análise do caso concreto, estará o juiz diante da abordagem de uma situação real que, perante o Direito, comporta pelo menos duas decisões diferentes, ou seja, de procedência, de acordo com os fundamentos jurídicos do pedido, ou de improcedência.

Neste contexto, nada de novo há para discutir, pois, ao promover a participação procedimental, que deve ser exigida, estarão sendo propiciadas às

partes oportunidades iguais, desejadas e garantidas no princípio do devido processo legal, com todas suas implicações. No caso concreto, sempre estaremos diante do procedimento e garantias propiciadas pelos Direitos Fundamentais.

Garapon (2001, p. 74) discorda sobre o tema e aponta um caminho contrário, em que diz textualmente, por conta da ineficácia da Função Legislativa e do Governo, que devem sim os juízes, enquanto guardiões das promessas, promoverem a eficácia das normas constitucionais. Eis suas palavras:

O Juiz torna-se o novo anjo da guarda da democracia e reclama um status privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em posição de domínio, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção quanto ao político. A justiça completará, assim, o processo de despolitização da democracia...

Eis a promessa ambígua da justiça moderna: os *petits juges* nos livram dos políticos venais, e os grandes juízes, da própria política. A justiça participa dessa repulsa ao político tanto pelo desvio aristocrático como pela tentação populista. Mas, poderia o ativismo judiciário ser concebido sem o elemento novo que nossa democracia não consegue incorporar: a mídia?

Cappelletti (1999, p. 44) assinala, entre outros fundamentos para uma maior participação do Judiciário na implementação das políticas públicas, o fato de que as demais funções estariam desacreditadas e que: “Os valores e prioridades desses políticos são, por isso, muito amiúde valores e prioridades locais, corporativos ou de grupo.”

Várias seriam as razões para não existirem as discussões que hoje se transvertem de fundamentos para atuação do Judiciário, mas o que se afigura é que não há como pretender ser executor das promessas democráticas, como sugere Garapon (2001), por lhe faltar o essencial, ou seja, as condições materiais para a sua realização e a sua total falta de responsabilidade política. Ou seriam eles o

governo dos sábios, do qual dizia Aristóteles (1995, p. 124): “... o melhor governo é forçosamente aquele que é administrado pelos melhores chefes...” .

Loewenstein (1986, p. 325) nos apresenta bem os perigos de uma doutrina que permita toda sorte de intervenção nas políticas públicas, com objetivos de substituí-las, a saber:

Se a outorga de direito aos tribunais frustrarem uma decisão política do governo ou parlamento, armazena um perigo de que, bem a decisão do tribunal não seja respeitada – com prejuízo para o Estado de Direito-, ou bem a decisão política do governo seja substituída por um ato judicial, ainda que revestido jurídico-constitucionalmente, não é, no fundo, senão um ato político de pessoas que não têm nenhum mandato democrático para levar a cabo esta função.

Nessa direção, o autor divide a atuação judicial em três classes distintas: 1) o dever dos tribunais de supervisionar e comprovar a concordância das ações do poder executivo com sua legalidade; 2) a competência judicial para o controle da constitucionalidade das leis emitidas pelo governo e pelo parlamento; 3) em algumas ordens jurídicas, a decisão arbitral sobre conflitos, que se pode produzir no exercício das funções atribuídas aos outros detentores do poder. Sendo esta última, em sua análise, a que se designa freqüentemente como “judicialização, ou jurisdicalização da política (LOEWENSTEIN, 1986, p. 305).

A denominação de judicialização da política e das relações, entendida como sendo a delegação do soberano a um corpo especializado de peritos, não será propícia à formação de homens livres e nem para construção de uma democracia de cidadão ativos. (VIANA, 1999, p. 43)

Viana (1999, p. 47) justifica a denominação de “judicialização”, pelo fato de a comunidade dos intérpretes ter adotado o modelo de controle abstrato de constitucionalidade, de acordo com o artigo 103 da Constituição Federal, por via de

um processo Institucional a cargo do Supremo Tribunal Federal, e não na condução das escolhas de políticas públicas.

A proposta de trabalho de Viana (1999) analisou as 1935 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs) ajuizadas até o ano de 1998, promovendo levantamento de todos os dados constantes em cada uma, como: legitimado, objeto, distribuição, dispositivos legais questionados, fundamentação constitucional, o julgamento quanto ao pedido de liminares e ao mérito da ação. Alguns dados relevantes para esta argumentação serão extraídos deste trabalho.

Tendo em vista o objeto da norma, todas as ações analisadas por Viana (1999, p. 63-64) podem ser resumidas em sete categorias:

- (a) **administração pública** – reuniu-se a legislação que versa sobre carreiras, remunerações e organização do serviço público, no âmbito dos três poderes; também foram incluídas nessa categoria os casos relativos à divisão de unidades políticos-administrativas, como a criação de municípios e regiões administrativas, e conflitos de atribuições entre os Poderes quando referentes a procedimentos de administração públicas;
- (b) **política social** – incluiu as normas que tratam dos sistemas de seguridade social não afetos ao funcionalismo público, bem como a legislação reguladora do acesso a diferentes benefícios sociais;
- (c) **regulação econômica** – reuniu as normas de regulamentação da economia afetas à política cambial, monetária, salarial e de preços, com exceção das medidas de natureza tributária, tendo sido incluídas nesta categoria as normas concernentes aos programas de privatização, reforma agrária e direito de greve;
- (d) **política tributária** – reuniu as normas que tratam da definição da base de arrecadação e da alíquota dos impostos, também tendo sido classificadas nessa categoria;
- (e) **regulação da sociedade civil** – incluiu as normas que ordenam as relações entre particulares, a exemplo da regulamentação da cobrança de mensalidades escolares, as relativas às corporações profissionais, tendo sido também classificada nessa categoria a produção legislativa referente ao meio ambiente e às populações indígenas;
- (f) **competição política** – reuniu as normas relativas às eleições e aos partidos políticos;
- (g) **relações de trabalho** – incluiu as normas que regulam o mundo do trabalho, tais como os direitos do trabalhador e organização sindical, com exceção das relativas às políticas salariais e das afetas ao exercício do direito de greve.

A primeira observação, a partir da análise do resultado da pesquisa, é de que a atividade foi promovida pelos legitimados, considerados por Viana (1999) de comunidade aberta dos intérpretes, partindo da positivação de normas, ou seja, sempre precedeu a manifestação política, por parte dos órgãos Legiferantes e de Governo, sendo portanto, controle abstrato de normas.

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal, no exercício da atribuição de competências, que lhe assegura a Constituição, em todas as ações, exerceu o controle abstrato de normas positivadas.

A diferença parece ser insignificante, mas não é. Ao se analisarem as decisões, objeto do primeiro capítulo, constata-se que o juiz monocrático se arvora na Função de Legislador e de Governo, exercendo a opção política, sem que esta tenha sido objeto de quaisquer deliberações anteriores e, portanto, não se trata de controle e sim de exercício de competência alheia.

As opções para realização das políticas públicas devem estar de acordo com o sistema representado pela Constituição, entregue em mãos do Legislativo, para autorizar; e do Executivo, para torná-las efetivas. Sua constitucionalidade ou não poderá e deverá ser controlada pelo Judiciário, por força dos arranjos promovidos na seara democrática.

Ressalte-se, ainda, que mesmo o controle exercido em abstrato se faz em garantia dos Direitos Fundamentais e das Minorias, em respeito ao princípio da Supremacia da Constituição. Segundo Viana (1999, p. 97):

Vale registrar que o recurso ao Judiciário como sistema de defesa de minoria vem se manifestando por meio de Adins que reproduzem, em sua postulação, as coalizões estabelecidas nas lutas parlamentares...

Note-se que a decisão judicial no controle abstrato de constitucionalidade determina a suspensão da norma impugnada, com efeito, *erga omnes e ex tunc*, com clara atribuição única e exclusivamente de legislador negativo.

Do resultado desse controle abstrato é que se devolvem as instâncias próprias, ou seja, Legislativo e Executivo têm a possibilidade de rever suas falhas e promover nova discussão e novo regramento, de acordo com os limites definidos na decisão Judicial.

No controle concreto, somente a Resolução do Senado poderá suspender os efeitos da norma impugnada e declarada inconstitucional, após todo trâmite processual, uma vez que os efeitos serão *inter pars e ex tunc*, sem quaisquer efeitos de suspensão *erga omnes*.

No caso concreto, a decisão judicial, quando promove a entrega de direito assegurado, parte de uma regra ou princípio, que é o Direito, mas jamais de uma lei posterior da própria Função Judiciária. Aliás, esta preocupação é apresentada por Dworkin (2002), quando aponta que, na inexistência de uma regra para o caso concreto, esta não poderá ser criada pelo juiz, que estará legislando *ex post facto*.

O contraponto seria a alegação de que os Direitos Sociais também estão na Constituição, como princípios e, portanto, precisam ser aplicados na omissão. Esta argumentação será discutida logo abaixo.

A segunda análise do resultado da pesquisa sobre a judicialização enfoca os instrumentos postos à disposição da comunidade aberta dos intérpretes, para questionar justamente a omissão. Neste contexto, Viana (1999) promoveu o levantamento empírico das chamadas ADINs por omissão.

Extraí-se de sua narrativa que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem sua origem no modelo da Constituição Portuguesa, na segunda onda

de Cartas democráticas do pós-guerra, visando dar efetividade às chamadas normas programáticas, incorporadas pela maiorias das Constituições, inclusive a nossa de 1946, mas que permaneceram com disposições simbólicas (VIANA, 1999, p.139).

Aponta a grande dificuldade na implementação desse instrumento:

Como prática ordinária logo demonstrou o limite para a inovação constitucional estava na relação entre os Poderes republicanos: a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucionalidade, a partir desse reconhecimento, dispusesse normativamente “ sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida, significaria a invasão dos outros Poderes pelo Judiciário,**a Constituição se realizando na relação direta entre a comunidade dos intérpretes e a Suprema Corte.** (VIANA, 1999, p. 139 – Grifo nosso)

Tal é a gravidade, na impossibilidade de esse instrumento ser implementado, sem que se fira o princípio da **separação de poderes**, que a comissão mista, formada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que discutiu a reforma do Judiciário, pretendia incluir um parágrafo com o seguinte teor: *“Enquanto não suprida a omissão reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, o preceito constitucional será aplicado concretamente nos termos determinados pela decisão, que valerá como norma geral”*. Demonstrando claramente que, da forma como contido na Constituição, o instrumento é inexecutável, mesmo que por tempo limitado, pois dependeria de o Poder Judiciário assumir papéis legislativos (VIANA, 1999, p. 140).

O levantamento empírico das ações ajuizadas demonstram claramente esta tendência do próprio Supremo Tribunal Federal. Ressalte-se que, das 38 ADINs por omissão, apenas uma foi julgada, a de nº 889, cujo objeto era a obrigatoriedade contida no artigo 23 do ADCT, de que, uma vez regulamentada a competência da União, no tocante à classificação de diversões públicas e de propagandas de rádio e televisão, os antigos ocupantes do cargo de censor federal fossem aproveitados em funções compatíveis no Departamento de Polícia Federal. (VIANA, 1999, p. 140).

Na abordagem de Viana (1999, p. 140), destaca-se que das demais ADINs, apenas 13 ainda aguardam julgamento, sendo que 24 ou não foram recebidas ou foram consideradas prejudicadas. Salientando que, a seu ver, as ADINs que foram julgadas prejudicadas o foram, porque os instrumentos legais foram editados e, portanto, geraram efeitos práticos.

Na ADIN 1458, o Supremo Tribunal Federal, embora possa ter demonstrado que há omissão inconstitucional do Legislador e do Executivo, que trata da questão do salário mínimo, na parte dispositiva do acórdão, deixou assentado que não caberia liminar e que, diante da reserva da lei, o efeito da decisão é de meramente cientificar o legislador, não tendo o Tribunal “prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.” (VIEIRA, 1994, p. 204).

Destarte, o que se pode compreender, com a denominada judicialização da política é efetivamente a possibilidade de controle repressivo das leis e atos normativos, que afronte a Constituição, e jamais em questões que envolvam diretamente a comunidade dos intérpretes e a Corte Suprema, com supressão da instância política própria.

Garcia de Enterría (2001, p. 184), ao apresentar resposta às objeções aos Tribunais Constitucionais, deixou assentado que jamais os Tribunais poderão realizar decisões meramente políticas, e, sim, deverão buscar a fundamentação no Direito de nível superior. Concluindo que:

Um Tribunal Constitucional não pode recusar a validez de uma lei somente pelas conseqüências políticas implicadas com ela... Em caso de conflito entre o Direito e a política o juiz está somente vinculado ao Direito...

Demonstrando claramente que a competência da Jurisdição Constitucional é a realização do Direito, não meramente a vontade do Legislador positivada, mas nos

fundamentos superiores da Lei Fundamental, e, jamais, nas questões que impliquem opções políticas.

Como, então, promover a eficácia dos direitos sociais que necessitam de opções por políticas públicas a cargo dos responsáveis democraticamente? Afigura-se que a via a seguir é a democraticamente escolhida na Constituição, garantido a desobstrução de seus caminhos e assegurando os Direitos Fundamentais da Liberdade e Igualdade.

4.3 DECISÃO JUDICIAL: GARANTIA DAS MINORIAS E DESOBSTRUÇÃO DOS CANAIS DEMOCRÁTICOS

A abordagem que se afigura de fundamental importância para uma revisão e adequação da prática jurídica atual, que ainda não encontrou o seu caminho, é a apresentada em “*Democracy and Distrust*” por Jonh Hart Ely (1980, p. 45), que foi brilhantemente explorada por Vieira (1999, p. 212), onde apresenta como principal problema do controle de constitucionalidade o fato de que: “um corpo que não é eleito ou mesmo responsável politicamente de nenhuma forma significativa está a dizer aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como querem”

Diante de tal constatação, o autor propõe alternativas para conciliar a revisão judicial com os princípios democráticos. Sua teoria procura demonstrar que o Judiciário poderá promover o reforço da democracia, adotando postura procedimental, e assim evitar que se fundamente a decisão em quaisquer princípios jurídicos de origem moral ou ética.

A posição de Ely (1980) é de ceticismo, em relação aos Tribunais Constitucionais, rejeitando a possibilidade de depositar em suas mãos as escolhas substantivas, como recurso a valores superiores, porque esses valores serão, em última instância, os valores dos próprios magistrados.

Visando evitar que os valores de reconhecimento dos princípios sejam os dos próprios magistrados, Ely (1980) sustenta que a atuação do Poder Judiciário seja uma concepção procedimental, segundo a qual deverá manter a igualdade de proteção e a justiça do procedimento, preservando a integridade do processo democrático.

A doutrina apresentada demanda a compreensão de que seja promovido a uma auto-restrição judicial, no sentido de que os Tribunais Constitucionais se mantenham imparciais, resistindo à tentação de preencher a margem de interpretação com juízo de valores de ordem moral, que no mais das vezes levam a subjetividades.

Na leitura de Ely (1980, p. 214), nas democracias representativas, as decisões morais devem ser tomadas pelos representantes do povo, e não por juízes, que não possuem responsabilidades políticas, a partir de teorias filosóficas que sequer os filósofos reconhecem consensualmente como verdadeiras.

A teoria de Ely (1980) apresenta uma justificativa, para que se concedam aos juízes poderes que não se encontram explicitados na Constituição e que não guardam relação com o processo democrático ou com a proteção de minorias contra os efeitos do preconceito. Como tal justificativa, não se pode partir da afirmação de que os juízes tenham um discernimento superior, o autor conclui não haver fundamento para a revisão judicial de cláusulas constitucionais ambíguas, que não estejam de alguma forma ligadas com os princípios democráticos.

Portanto, não sendo os juízes portadores de verdades superiores, devem se limitar a preservar o sistema político contra aquelas decisões que sejam fruto de uma vontade distorcida, pela não-realização do sistema democrático, aquelas decisões que ponham em risco a continuidade da democracia.

Segundo Ely (1980, p. 103):

[...] o mau funcionamento ocorre quando o processo não merece confiança, quando: (1) os de dentro bloqueiam os canais de mudança para assegurar que os de fora irão permanecer fora, ou (2) ainda, que a ninguém seja negada voz e voto; os representantes em débito com uma maioria efetiva estão sistematicamente desprivilegiando alguma minoria por simples hostilidade ou uma recusa preconceituosa de reconhecer os interesses comuns e, assim, negar a essa minoria a proteção assegurada a outros grupos pelo sistema representativo.

De acordo com Vieira (1999, p. 216), a perspectiva que retira dos tribunais o poder de fazer escolhas substantivas, suprimindo opções tomadas anteriormente pelo eleitorado, tem sido bem recebida e com interesse por teóricos da democracia, como Robert Dahl (2001), ou mesmo por filósofos, como Habermas (1997), para quem o fundamental é buscar a construção de procedimentos éticos de deliberação, e não valores éticos a priori.

Desobstruídos os canais democráticos, para que ocorram as mudanças desejadas pela maioria, a ação do Judiciário deixa de ser uma prática meramente negativa, de defesa das minorias contra a democracia, passando a ser instrumento de defesa da maioria contra os obstáculos decorrentes da adoção de mecanismo de representação.

Conclui Oscar Vilhena, quanto à primeira abordagem da obra de Ely (1980), que:

[...] o controle da constitucionalidade deve preocupar-se precipuamente com a preservação das liberdades que envolvam a participação política – como liberdade de expressão, consciência, associação política, voto universal e igualitário - pois esses são os

pressupostos para a realização de um regime em que prevalece a livre manifestação dos representantes. Quanto mais livres estiverem os canais de participação, mais correta deverá ser a representação. (1999, pág. 217).

Outro ponto relevante sobre a abordagem de Ely (1980) diz respeito à representação das minorias, em que os juízes podem desempenhar um papel essencial, sem pretender substituir as decisões dos representantes. Neste contexto, buscarão equalizar os diversos grupos existentes na sociedade, de forma que a maioria não possa se autobeneficiar, em detrimento das minorias. Os Tribunais deverão verificar o processo democrático e, se ele estiver promovendo alguma discriminação quanto às minorias, os tribunais estariam autorizados a intervir.

Esta abordagem é importante para a resposta que se aponta na presente pesquisa: a que diz respeito à afirmação levada a efeito por Vieira (1999), de que a teoria procedimental do controle de constitucionalidade montada por Ely (1980) é, certamente, uma das operações mais engenhosas voltadas a compatibilizar o poder dos Tribunais com as exigências do regime democrático. “Hoje, não é mais possível pensar o exercício desse poder pelos Tribunais, sem fazê-lo, a partir da re colocação do problema feita por Ely (1980). Afinal qual a função dos tribunais? Até onde podem ir?...” (VIEIRA, 1999, p. 217).

Desta forma, podemos concluir que o pensamento de Ely (1980) diz respeito à não substituição da decisão política (substantiva) dos representantes pelas dos juízes e que estas devem ter por fundamento a preocupação em desbloquear as disfunções do processo democrático e garantir que as minorias não sejam retiradas do processo de representação, por força das maiorias detentoras do poder.

Em respeito ao abordado por Vieira (1999, P. 221), é forçoso dizer que ele apresenta críticas à formulação de Ely, como se vê no trecho abaixo:

É necessário, no entanto, ir além da formalidade da teoria constitucional democrática de Ely, para que as cláusulas super constitucionais não fiquem reduzidas à defesa de um sistema representativo formal, autorizando, por outro lado, que diversas decisões que colocariam em risco a autonomia dos cidadãos, ou as condições necessárias ao seu exercício, fossem violadas por emendas à Constituição.

Portanto, para superar a formalidade da teoria constitucional democrática proposta por Vieira, propõe-se o modelo de democracia consensual, onde há possibilidade da revisão das opções realizadas, por via das normas constitucionais. Ressalvando-se que em hipótese alguma pode haver a substituição, nas escolhas das políticas públicas, pela Função Jurisdicional.

4.4 DECISÃO POLÍTICA OU DECISÃO JURÍDICA: DA SÍNTESE DOS CASOS APRESENTADOS

Inicialmente, não se pode admitir, quando do mau funcionamento da regras democráticas, em decorrência das escolhas a que nos submetemos ao eleger nossos representantes, que as mesmas, para se realizarem, sejam subsumidas ao Judiciário.

A questão que se apresenta de maior gravidade é a relativização das opções políticas e sua subsunção à vontade de outros atores, que não os democraticamente escolhidos para tanto, impondo-se ao Estado e, por sua vez, à sociedade, uma escolha não discutida e concedida via liminar.

As várias decisões proferidas em Ações Civis Públicas, promovidas pelo Ministério Público, são exemplos claros desta distorção, como no caso paradigma apresentado no primeiro capítulo, em que se postula a realização de obras públicas

não previstas em Lei orçamentária e não escolhidas pela Administração como prioritárias. Ao se deferir uma liminar, substitui-se a instância política de deliberação pela opção do Ministério Público e referendada pelo Judiciário. Da mesma forma, nas ações individuais referidas no capítulo I, no item 1.4.2 dessa pesquisa, situa-se a questão relativa à entrega de remédios ou mesmo de intervenções cirúrgicas, não constantes nas políticas públicas governamentais como como prioritárias.

O aspecto relevante, na intensificação de Ações Cíveis públicas e ações individuais desse teor, perante o Judiciário, diz respeito aos efeitos práticos da decisão judicial, que no mais das vezes, quando concedidas Liminares, ficam no vazio, posto que nem o Ministério Público, nem o Judiciário, possuem os recursos e os meios para a sua realização.

Pelo contrário, estão nas mãos da mesma Função, que se diz omissa na realização da obra, na entrega do remédio e na realização da cirurgia, ou seja, de nenhuma efetividade ou quando efetiva, em prejuízo de outras políticas já estabelecidas e decididas pelas vias democráticas.

O que dizer? É injusta a pretensão requerida em tais ações? Com certeza, não é. Tais pretensões permitem a intervenção judicial para que sejam realizadas, à discriminação de quem não foi eleito para tanto? Certamente, também, não. Fica a questão: não pode o Judiciário fazer nada? Absolutamente, pode e deve utilizar os caminhos autorizados pelo jogo democrático, não pela força política, mas pela utilização de instrumentos que possam preservar o Direito.

Note-se que as decisões incidem não sobre inconstitucionalidade ou não, mas sim nas opções políticas adotadas pelo Executivo, que escolhe uma entre as variantes que possui para realizar, em detrimento de outras tantas, que, pela escassez de recurso, não pode fazê-lo.

As escolhas não cabem ao Judiciário, ou melhor, ao Ministério Público, ou a qualquer outro ator da comunidade dos intérpretes, que não os escolhidos democraticamente. O que compete à comunidade dos intérpretes é promover o controle das escolhas realizadas e constatar se seus fins estão de acordo com a vontade política inicial, qual seja a Constituição.

Daí que a intromissão em escolhas, mesmo que equivocadas, mas constitucionais, não é passível de controle pelo Judiciário. É o custo da democracia. Resta-nos aguardar o próximo mandato e trocar de política (políticos).

Na verdade, há um déficit de participação dos detentores do Poder (povo) no processo político e a conseqüente falta de interesse gera a não realização da cidadania. Por outro lado, há uma superação de instância, presumindo-se que aqueles que deveriam fazer – mas não o fazem - abrem espaço para que outras Funções venham a reivindicar a legitimidade para tanto.

O caminho proposto é que possamos controlar as opções políticas das demais Funções, com ênfase nos princípios e regras contidas na Constituição, retirando efeitos daquilo que a contrarie e exigindo que se cumpra, em sua omissão, pelas vias políticas e com participação democrática.

Sempre haverá que se respeitar a vontade política, quando não houver quaisquer contrariedades à Constituição, como, também, nas nulidades deverão ser devolvidas às instâncias próprias de deliberação, para que, nas questões de políticas públicas, as opções possam ser debatidas democraticamente.

Enquanto guardião da Constituição, o que se espera da Função Jurisdicional é o resguardo das minorias, bem como no nosso caso, é a garantia da preservação das cláusulas pétreas, em especial os Direitos Fundamentais, impedindo-lhe o desrespeito e promovendo a devolução das demais, para que possam promover a

adequação Constitucional de suas opções, em respeito ao princípio da separação de poderes, sob pena de continuarem a ser declaradas inconstitucionais.

O questionamento que se espera não é o de se legitimar em substituição à vontade da maioria, mas de devolver à maioria a legitimidade que necessita para realizar o fim, para o qual se organizou pelos arranjos democráticos e, neste sentido, o caminho para chegar ao fim colimado na Constituição está sendo desvirtuado, por motivos justos até, ao se estabelecerem as deliberações à vontade dos juízes, em um perigoso jogo de concentração de poderes em mãos sem a responsabilidade democrática.

Então, quais as possibilidades de controle, que legitimamente seriam aceitáveis nos moldes constitucionais e pelos atores do processo democrático? Seria interessante ver respondidas pelo Judiciário algumas proposições diferentes das que se manuseiam nas Ações Cíveis Públicas, nas ações coletivas e até mesmo nas individuais, como por exemplo: em vez de postular a substituição das opções políticas na área dos Direitos Sociais (saúde, educação etc.), promover um rígido controle da destinação e aplicação dos recursos destinados.

Neste sentido, pode-se dizer que minha proposta não se limita apenas à desobstrução dos canais democráticos e às garantias das minorias, propostas por Ely, mas, sim, defende a possibilidade do controle dos atos das demais Funções, desde que hauridos em regras e princípios constitucionais, sem que seja usurpada a deliberação política primária pela Função Legislativa e Executiva.

Melhor apresentando essas variantes, a saber: para o mesmo fundamento, qual seja, para ver realizadas as obras públicas, ao invés de querer substituir o administrador, fizéssemos a exigência Constitucional de aplicação dos Recursos vinculados a determinada política pública? Ao invés de questionar o porquê da

política escolhida, que se questione para onde foi o recurso estabelecido por lei para essa mesma área.

Ora, todos sabem que a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) dos combustíveis foi criada, com a finalidade de manter as rodovias. Mas, onde estão os recursos, e como foram aplicados os poucos destinados, por se tratar de receita vinculada?! Veja-se que o eixo deixa de ser político, não se questiona a opção, mas sim onde está o recurso e como foi aplicado, de acordo com a vontade da maioria, representado na opção política anteriormente realizada.

Pode-se dizer o mesmo em relação à saúde: em vez de questionar quais e tais tratamentos estão ou não cobertos pela opção da política pública, questionar-se-á onde estão os recursos empenhados pelo Serviço Unificado de Saúde (SUS) e sua efetiva aplicação. Da mesma forma, o que acontece na área da educação. Ao invés de questionar a má qualidade do ensino, por que não questionar onde estão o recursos destinados constitucionalmente para os Programa já criados e como estão sendo gastos?

É diferente determinar a realização de direitos assegurados constitucionalmente e, portanto, já realizada a escolha política, bastando apenas sua implementação e aquela em que há necessidade de escolha, justamente por ser preciso contingenciar os recursos necessários à sua realização, como também a sua própria escolha como prioritária.

Não é possível depositar em mãos da Função Judicial a realização das promessas, superando as instâncias políticas próprias, ante a falta de legitimidade e por ter as competências distribuídas pela divisão de poderes – funções - para somente exercer o controle jurídico, diante da limitação Constitucional.

Há que se ponderar, ainda, que quando estamos diante de caso concreto, é necessário situar o processo no tempo, que, no mais das vezes, é demorado em promover resposta pelo Judiciário e, no dizer Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 227-228),

[...] a inércia toma a forma do retardamento, da longa demora na solução dos processos judiciais” ...

... Em regra, quando há prazos para as decisões judiciais, não há sanções efetivas no seu descumprimento; por outro lado, não há, também, prazo predeterminado para duração dos feitos judiciais. As normas processuais e procedimentos disciplinam prazos para os atos do processo, para recursos, etc.; não o fazem, todavia, via de regra, no tocante à duração dos feitos...

A inatividade ou retardamento na solução dos feitos, particularmente nas mais altas Cortes Constitucionais, afetam, direta ou indiretamente, a plena aplicação de normas constitucionais.

Demonstrando, claramente, se houver ainda mais essa atribuição, ou seja, de realizar escolhas políticas, tornar-se-á ainda mais ineficaz a Função Jurisdicional, por total incapacidade técnica e de estrutura ou mesmo da impossibilidade de igual distribuição dos recursos públicos.

Em síntese, ao substituir a função de guardião pela de executor, o Judiciário deixará o seu papel típico e passará a ser mais um dos atores políticos que não realizam seu fim, quer por não possuir a administração dos recursos públicos, quer por não possuir o poder de coerção de suas decisões que não sejam cumpridas pelo próprio Estado.

4.5 A DECISÃO JUDICIAL E O DÉFICIT DEMOCRÁTICO

Não se trata de dizer que tudo estaria delimitado no texto Constitucional e bastaria apenas apenas efetivá-lo na instância legiferante infraconstitucional, mas sim garantir que as opções políticas sigam as diretrizes estabelecidas pelos princípios. Princípios que servem de instrumentos do controle da constitucionalidade de todos os atos, quer administrativos, quer legislativos, observados em sua finalidade.

Não se quer com isso afirmar que o Judiciário é a “boca da lei” somente, de forma alguma. Na verdade, a sua Função é muito nobre e essencial na atualidade, em que promove a aplicação do Direito estabelecido pelas normas constitucionais. Mas se quer afirmar que sua função está em promover o controle da constitucionalidade, enquanto guardião da jurisdição constitucional e jamais em substituir o governo e o legislador.

A questão que se impõe em nossos dias é, antes de tudo, delimitar quais as razões estruturantes de nossas Instituições e por quais fins militam suas competências. Afigura-nos que há por parte da doutrina uma vagueza de compreensão. Ao desconfiar da democracia e propor que seja garantida por instrumentos e Instituições, estamos diante de uma opção de controle dos fins e não de escolha dos fins, pelo Poder Judiciário. Pode-se dizer que há, sim, uma limitação Institucional, quanto à opção política a ser realizada na interpretação e aplicação do Direito.

A substituição, que se afigura distante do que se verifica nos juízos de primeiro grau, diz respeito a decisões que substituem a opção política do

administrador por uma decisão judicial, impondo ao Estado a realização de determinada obra ou programa social, não contemplados na legislação (lei orçamentária) e muitas vezes não pretendidos para aquele momento, por parte dos representantes eleitos para realizar as opções políticas em nome da sociedade.

Ao adotar um modelo misto de controle de constitucionalidade, ou seja, o difuso e o concentrado, deixou-se uma área nebulosa, em que se pretende ver solucionadas as mazelas do déficit democrático e que se verifica em países de baixa participação política, como no Brasil, deixando a realização do Estado Social delegada a um vazio, que permite a pecha de substituição nas escolhas, por quem não foi eleito para tanto.

No debate que se apresenta entre aqueles que sustentam a democracia formal e a substancial, nos afigura que há entre nós uma conjunção de sistemas que se pretende adotar *in totum*. Qual seja, a doutrina da constituição aberta, apresentada por Peter Häberle (2002) e, entre nós, com brilhantismo, inserida por Paulo Bonavides, entre tantos outros, que exige para sua realização um cenário de participação cidadã de todos os atores do processo de decisão. Doutrina essa, no sentido de participação, que não se distancia daquilo que propõe Jonh Hart Ely (1980) e mesmo Habermas (1997).

Há um grande abismo entre a crítica ao legalismo e aquilo que pretende ser o pós-positivismo, com as doutrinas que sustentam a argumentação racional, como fundamento da decisão e convencimento de todos os atores.

O caminho deve ser o de não se adotarem os modelos desenvolvidos em outros países, que nem sempre denotam compatibilidade com a nossa realidade social, para que se possa alcançar a participação democrática e ter-se a justiça social tão pleiteada e aparentemente tão distante de ser implementada.

Não se quer dizer que todas as reproduções são ruins e que não representem a expressão da vontade geral da sociedade, mas que existem situações particularizadas, que poderiam ser abordadas. Como, por exemplo, a necessária participação do povo para realização da plena cidadania que a democracia exige.

Por certo, o caminho que se vislumbra será aquele em que as Instituições estejam ocupadas verdadeiramente com suas missões e haja maior cobrança pelo detentores do Poder, por via dos canais democráticos.

Neste contexto, estaríamos diante de um verdadeiro tutor da democracia e não diante de substituições de Funções, atuando onde não estão legitimadas a atuar, ou seja, nas decisões que impliquem escolhas de políticas públicas.

Ao se estabelecer a revisão das opções políticas, por via da Constituição, em mãos das Instituições, durante a fase de construção e transição para a participação democrática, não haveria quaisquer rompimentos dos arranjos democráticos, posto que estão estabelecidos pela vontade da maioria, para a realização do fim do Estado, que em nossos dias é o social. Resultando assim em um papel pró-ativo ou positivo do que se exige dos detentores do poder, no controle do fins democráticos.

Por outro lado, não podemos nos esquecer de que a estrutura que assenta o Poder Judiciário padece de um mal crônico, qual seja a morosidade, que, se for entendido como última instância de deliberação, resultará, sem dúvida, na última utopia não realizada.

As decisões políticas devem estabelecer as metas para as áreas prioritárias de políticas públicas, entre inúmeras que poderiam ser tomadas e que vinculam toda sociedade. Em uma sociedade pluralista, encontrar-se-ão várias opções, para

a adequação de cada uma das áreas, competindo a representação do povo à deliberação, ou se preferir à ponderação, que exige a análise e escolha de uma das variantes.

Desta forma, aquilo que for deliberado pelo processo democrático assume o caráter de coletivo, por opção da maioria, que se trata, no dizer de Bobbio (2000, p. 221), “de uma simples presunção fundada sobre uma útil convenção mais do que sobre argumentos racionais”:

O fundamento de uma sociedade democrática é o pacto de não-agressão de cada um contra todos os outros e o dever de obediência às decisões coletivas tomadas com base nas regras do jogo de comum acordo preestabelecida, sendo a principal aquela que permite solucionar os conflitos em cada situação sem recorrer à violência recíproca. Mas tanto o pacto negativo de não-agressão, quanto o pacto positivo de obediência, para serem além de válidos, também eficazes, devem ser garantidos por um poder comum. Com o pacto de não-agressão recíproca, os indivíduos saem do estado de natureza; com o pacto de obediência à regras estabelecidas em comum acordo constituem uma sociedade civil. Mas somente instituindo um poder comum dão via a um Estado (que não é necessariamente democrático). (BOBBIO, 2000, p. 384)

A justificação da democracia, ou seja, a principal razão que nos permite defender a democracia como a melhor forma de governo ou a menos ruim, está precisamente no pressuposto de que o indivíduo singular, como pessoa moral e racional, é o melhor juiz do seu próprio interesse (BOBBIO, 2000, p. 424).

O grande dilema, nos dias atuais, é determinar a qual ou quais fundamentos justificariam a maior participação da Função Jurisdicional, na definição política, por meios de suas decisões.

A questão primordial que se procurou demonstrar foi quanto à delimitação de qual ou quais participações políticas são passíveis de se submeterem à atuação da decisão judicial, para que não se fomente ainda mais a insegurança jurídica nos dias atuais. Por mais que se queira mudar o eixo das decisões políticas, este não se

dará no depósito em mãos Judiciais. Este contorno somente será possível, se compreendermos a real inserção da Função Jurisdicional no contexto dos Poderes do Estado.

Podem-se invocar quaisquer fundamentos modernos para derrubar tais afirmativas, mas o certo é que, da forma como estruturada no constitucionalismo, a atribuição de competência não permite a decisão estanque por quaisquer das Funções, ou seja, o exercício das Funções dependem essencialmente da harmonia e independência, do sistema dos freios e contrapesos, possibilitando que cada uma os exerça dentro de suas competências, sabendo que haverá o controle.

Não é sem razão que Montesquieu (1779) sustentava que o poder em mãos de um só tende a se corromper. Assim, no modelo individualista do Estado Liberal, encontramos ressonância deste pensamento, que serviu para colocar obstáculos à pretensão até então vigente do poder central do Monarca.

A premissa da separação de poderes tem seu marco com a Revolução Francesa, que insere pela primeira vez a expressão no artigo 16 da Declaração, para não mais sair dos contornos dos Estados modernos, apenas reformulada a sua maior ou menor atribuição em mãos de uma ou outra Função, tal qual podemos notar na evolução histórica, de acordo com os objetivos de cada Estado.

Este começo ou retorno aos fundamentos de velhas/novas discussões trazem consigo novas preocupações e novos instrumentos, necessários à implementação dos valores sempre desejados e almejados pelo homem, enquanto sujeito de dignidade, veja-se, não somente de direitos e obrigações.

Os fundamentos de todo o pensamento pós-positivista, quer nos parecer, não abdicaram das conquistas doutrinárias e realizadas pelo seu antecessor, ou

seja, pelo positivismo, uma vez que todos os que pretendem formular novas teorias partem da norma, que compreende, desta feita, os princípios e regras.

Por outro lado, as formulações metodológicas da hermenêutica constitucional sustentam-se nos postulados da máxima efetividade, da supremacia da Constituição, da harmonia (BASTOS, 2002). Há uma clara exigência de um sistema que os fundamente e os garanta.

É claro que temos a evolução do pensamento jurídico, principalmente após a segunda metade do século passado, mais precisamente, no pós-guerra, onde o positivismo demonstrou não ser suficiente para conter ou resolver todas as controvérsias sociais, em valores democraticamente aceitos pelo povo. Neste cenário amparado, ressurgiu a valoração dos princípios, notadamente os de Direitos Humanos, que difundem e inspiram toda a doutrina doravante e, conseqüentemente, sua positivação nos textos constitucionais. Entre nós, durante quase toda esta transição, nada houve de significativa efetivação, dado o regime de exceção em que vivemos durante os períodos não democráticos, mas não passou despercebida, como se pode observar, entre tantos, com o já saudoso, Miguel Reale (2002).

O sistema de controle de freios e contrapesos visa a contenção do arbítrio e mesmo o desempenho das competências que foram atribuídas pelo Poder Constituinte Originário, que notadamente não vislumbrou vários poderes, mas, sim, o seu exercício pelas Funções em harmonia e independência.

Os sistemas políticos que foram desenvolvidos, principalmente, após a Revolução Francesa, o foram, no sentido de evitar o Poder Político do Povo em mãos de um só. Esta contenção é exercida de várias formas, mas especialmente pela atribuição de competências que, se forem descumpridas, por certo haverá a concentração em mãos de um só, leia-se Função.

Independentemente do modelo que se seguir, o que se buscará é a efetividade deste controle, que por certo não se fará privilegiando ou concentrando em mais de uma das Funções. Crise política, crise democrática, crise de todos os tipos sobrevieram em todos os tempos. Não se justifica, por isto, destituir um sistema, com base em seus próprios fundamentos e tentar solucionar a falha que há. É que, ao se deslocar a Função Jurisdicional à decisão essencialmente política e não jurídica, estaremos rompendo com todos os fundamentos do sistema de controle.

Não há como negar que a Função jurisdicional é política, em sua origem, mas isso não lhe atribui a decisão política e sim o controle das ações políticas das demais funções, em conformação com as normas constitucionais, às quais todos estão imbuídos de cumprir, no Estado Democrático de Direito. Por outro lado, também, não se está afirmando que os juízes sejam a boca da lei, muito pelo contrário, os juízes são os que detêm a competência para dizer se a lei está ou não de acordo com a vontade do povo, expressa em sua Lei Fundamental bem como os princípios que norteiam a sociedade.

Talvez, este seja o ponto mais importante de todo o sistema de controle, ou seja, a garantia de que todas as Funções devam cumprir o pacto estabelecido pela vontade geral, por uma constituição legitimamente promulgada, e este controle é essencialmente jurídico, posto que vinculado aos termos da Constituição. Não se está aqui afirmando que o sistema do qual ora se faz a defesa é perfeito, posto que sabemos da existência das várias críticas endereçadas à legitimação, vontade geral e até mesmo aos elementos que fundamentam a democracia.

Habermas (1997) apresenta a democracia deliberativa como sendo um meio de procedimentos e dos pressupostos comunicativos da formação democrática

da vontade e da opinião, que funcionam, por sua vez, como caminho ideal para a deliberação e tomada de decisão que avançaria, por parte do governo e sociedade, em superação à democracia representativa, que se exaure praticamente com o voto.

Não existem paladinos da justiça, existe a exigência democrática da participação popular, para efetividade das promessas da democracia, que, enquanto não se efetivam, precisam promover sua missão, quer com a garantia das minorias, quer pela afirmação dos Direitos Fundamentais, mas jamais pela substituição do processo democrático pela decisão técnica.

A resistência da sociedade está, então, não na vontade política dos agentes de plantão, mas nos fundamentos de vontade expressos no todo Constitucional, que serão invocados pelos instrumentos de garantias individuais, coletivos e controle de constitucionalidade. Note-se que estamos buscando fundamento na positivação constitucional dos valores maiores da sociedade, não na vontade dos parlamentares, juízes e mesmo do Presidente, posto que estão subordinados e vinculados à Constituição.

Não será democrático, na decisão de políticas públicas, suplantar o processo de deliberação pela análise técnica de uma minoria especializada, ou seja, a deliberação da Função Legislativa está respaldada pela vontade geral e a Função Jurisdicional exercita sua função técnica, sem a escolha política da maioria.

A questão essencial na atribuição de competência pelo sistema constitucional possui a mesma origem, qual seja, a positivação pelo Poder Político do povo, o Poder Constituinte Original, que a fez com vistas à própria preservação da ordem jurídica.

Não há como querer mudar o eixo de tensão de efetividade das normas constitucionais, para depositá-las em mãos do Judiciário, que dispõe de competência para a preservação da ordem jurídica constitucional - sua primazia.

Deslocar a esfera da decisão política dos legitimamente responsáveis democraticamente, para depositá-la em mão da Função Jurisdicional, não promoverá a efetividade, pelo contrário, trará falsa expectativa de efetividade e por resultado a destruição da última utopia, que seria o governo dos juízes.

CONCLUSÃO

No estudo empreendido no primeiro capítulo da presente pesquisa, consignou-se a evolução do pensamento jurídico da fase do positivismo e a chamada fase pós-positivista, onde se reinsere a discussão moral na interpretação e aplicação do Direito.

Tal abordagem demonstrou que não há, na fase atual da doutrina, como deixar de pautar por valores a compreensão e aplicação do Direito, uma vez que os princípios, além de possuírem contexto aberto, também se promovem por meio de seu peso, ou seja, de sua densidade, face ao caso concreto.

Ficou assentado que não há fundamento *a priori*, para que se tenham justificativas que fundamentem o exercício de escolhas políticas, mas somente o controle de tais escolhas políticas.

Delimitou-se a pesquisa, no campo das escolhas das políticas públicas e de quais Instituições estão habilitadas para realizá-las.

Constatou-se, nos casos escolhidos como paradigmas, que as decisões judiciais promoveram escolhas políticas e não jurídicas como fundamento, denotando-se um desvio em tais decisões judiciais de primeira instância, que comprovam um distanciamento de sua função originária, que é de controle das opções políticas e não de escolhas.

Como fundamento das atribuições e limitações das funções, promoveu-se, ainda, o estudo da doutrina que trata da democracia, com o objetivo de identificar qual modelo de democracia se adotou e quais seus efeitos em nossa Constituição de 1988, para o tema objeto da pesquisa, que é a decisão judicial.

Ficou claro que estamos diante de uma democracia consensual, onde há deliberação do poder Constituinte em limitar o poder da maioria por meio das Instituições, e a divisão horizontal e vertical do poder, quer pela separação de poderes, quer pelo pacto federativo.

Nossa Constituição formal, portanto, veiculou esses valores e os institucionalizou em arranjos, cujo objetivo é o de realizar o fim do Estado, que é a vontade soberana do povo. Constatou-se que há certa tensão entre a doutrina democrática e o constitucionalismo, no que concerne à limitação da maioria, por meio dos controles e especial em mãos da Função Judicial.

A tensão, no que pertine à limitação, diz respeito aos Direitos Fundamentais e à própria garantia das Instituições democráticas, que estão limitadas, “contidas”, para que não possam exorbitar em suas funções.

A democracia consensual, pode, por meio dos arranjos constitucionais, promover o ajuste das tensões, visando a compatibilidade de ambas as doutrinas, por meio das atribuições de competência e sua conseqüente limitação.

A dignidade da legislação é restaurativa, no sentido de que há que se respeitar a decisão política fundamental, mas que a legislação ordinária, igualmente, desenvolve papel essencial, posto que, em um contexto democrático, regulará a vontade da sociedade, por via de instrumentos gerais e abstratos.

Demonstrou-se o ponto que certamente nos leva à reflexão, que é a crescente desvalorização da Função Legislativa, por uma série de imputações, algumas justas, outras nem tanto, que nos distanciam do projeto democrático pactuado por nossa sociedade.

Nessa desvalorização da produção Legislativa, ou seja, na falta de confiança, é que se promove o controle de constitucionalidade em mãos da Função Jurisdicional.

E, ao promover o controle repressivo em mãos do Judiciário, não se está devolvendo o critério da ponderação dos princípios e regras constitucionais, que devem ou não ser efetivadas e de que maneira o serão. Em outras palavras, a ponderação é critério primeiro da Função Legislativa. E apenas e tão somente a análise da compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais em face da Constituição, é que está reservada à Função Jurisdicional.

Ao exercer sua competência, a Função Legislativa está obrigada formal e materialmente a seguir os limites impostos pela Constituição e, neste procedimento, várias foram as fases analisadas na presente pesquisa, e, especialmente, dos trâmites e requisitos formais e, em um segundo momento, do conteúdo material, veiculado na espécie normativa em proposta. Neste contexto, temos o chamado controle político preventivo de constitucionalidade.

Da mesma forma que se insere a releitura moral do sistema, pode-se constatar que os Direitos Fundamentais são veiculadores de limites substanciais à decisão da maioria, em uma democracia consensual e plenamente compatível, desde que se respeitem as limitações impostas a cada uma das Funções. Por outro lado, esses limites substanciais são fundamentos do controle jurídico das opções políticas, que por ventura venham a desrespeitar seus princípios.

Procurou-se demonstrar que, em momento algum, cabe à decisão judicial a escolha pela implementação dos Direitos Fundamentais, mas sim sua garantia contra o eventual arbítrio do Poder.

Dos arranjos institucionais promovidos no texto Constitucional, afigurou-se e demonstrou-se que a separação de poderes, divisão de Funções, por uma leitura renovada de seus fundamentos, ainda promove seu objetivo primeiro, que foi o de não conter o poder nas mãos de um só.

Da abordagem detalhada da doutrina e a sua atualização para os nossos dias, comprovou-se que nosso sistema constitucional promoveu sim a opção fundamental de manter a divisão de funções, tanto que dos arranjos constitucionais constatou-se a divisão, tanto horizontal como vertical, para que se possam conter as forças políticas, por via procedimental. A atribuição e limitação do poder somente são possíveis, por via desses arranjos democráticos, que permitem a contenção de sua concentração

No cenário democrático demonstrado e com as instituições desenhadas na Constituição, o papel dos juízes é exercer o Direito e não promover escolhas políticas. Nessa perspectiva, tem-se o Direito como princípios e regras contidos em um sistema, cuja fonte é a Constituição.

A decisão judicial, por via da Função Jurisdicional, desenvolve-se no cenário democrático, contido pelos arranjos constitucionais, nos quais busca fundamentações para suas decisões, mas, acima de tudo, também é contido pela sua força, não podendo dela se afastar, sob pena de usurpar as atribuições alheias e concentrar poderes.

Na ponderação de valores ou bens, mesmo face às decisões políticas sobre direitos sociais, há que se respeitar o princípio da igualdade, que em casos difíceis afigurou-se incompatível, uma vez que tais pretensões, se deferidas individualmente, implicarão prejuízo de outras, que envolvem a mesma situação fática. Além de

implicar prejuízo de outras políticas escolhidas e implementadas pelo processo democrático estabelecido na Constituição.

A atribuição de competência ao Legislativo, por sua vez, não nos permite retirar a possibilidade de exercício de um juízo de valor manifesto pela ponderação, ao elaborar as normas. A discussão entre inconstitucionalidade ou não deve, obrigatoriamente, buscar os valores utilizados pelo legislador e, somente na hipótese de contrariar a Constituição, será retirada sua eficácia, mas nunca substituída por um outro juízo de valor, qual seja, o do Juiz ou Tribunal.

Estamos diante de processos democráticos de decisão política, que instituem quais as competências que cada Função deverá desempenhar, com o objetivo claro da realização do fim almejado pela Constituição, de uma sociedade justa e igualitária que promova a dignidade da pessoa humana.

Quando se atribuiu a denominação “judicialização da política”, pretendeu-se afirmar, pela análise apresentada na presente pesquisa, a abrangência dos controles materiais das políticas públicas, positivadas nas escolhas das autoridades eleitas democraticamente, o que é diferente de atribuir a escolha dessas políticas às mãos do judiciário.

Constata-se que o controle desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal diz respeito às opções realizadas e trazidas a lume por lei ou ato normativo, dos quais os efeitos foram de suprimir o ato inconstitucional que, de resto, traz conseqüências às escolhas públicas, mas não é na sua opção pelo caminho, que deva ser efetivada. Quando muito, pode o legislador e o Executivo retomarem, do ponto declarado inconstitucional, e realizá-lo, de acordo com a Constituição.

A Constituição reserva à Função Jurisdicional o controle da constitucionalidade, no campo formal e processual, com vistas à preservação da

ordem jurídica constitucional, por meio de procedimentos específicos, cuja iniciativa é reservada às partes, ou seja, controle difuso. Assim como reserva aos legitimados o controle concentrado, com fases específicas e rigor procedimental.

Por outro lado, verificou-se a existência, também constitucional, de controles da omissão, quer por via concentrada, quer no caso concreto, pela Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e pelo mandado de injunção, que nos levaram a indagar quais seriam as finalidades de referidos instrumentos, se a Função Jurisdicional não é a de um legislador positivo.

Ficou demonstrado, cabalmente, que o próprio Supremo Tribunal Federal, no controle da omissão, se incumbiu de determinar quais os limites de sua atuação, ou seja, de não ser legislador positivo, pelo contrário, deixou assentado que tal função cabe ao Legislador.

O controle jurisdicional, por via da decisão judicial, visa essencialmente que a Constituição seja respeitada por todos, Instituições e sociedade e, nesse mister, os Direitos Fundamentais e a conseqüente proteção das minorias são essenciais. Outra fundamental atribuição é a garantia dos arranjos democráticos esculpidos no texto constitucional, como fator preponderante da desobstrução que as maiorias podem promover no processo, sendo estas atribuições fundamentais e necessárias à democracia.

Pode-se demonstrar que os casos analisados, entre outros tantos, decididos em primeira instância, estão rompendo com os princípios democráticos, especialmente, a vontade da maioria, e que, na garantia dos Direitos Fundamentais, não se asseguram escolhas políticas em mãos do Judiciário.

O Poder Judiciário não possui a estrutura e nem detém os recursos necessários à implementação das políticas públicas, razão pela qual, mesmo que fosse possível tal delegação, esta seria inexecutável.

Demonstrou-se, ainda, que a possibilidade de intervenção judicial, ou seja, a procedência ou não da ação, será sempre precedida de algumas premissas, que asseguram a própria manutenção dos princípios constitucionais.

Dentre estes, ficou ressaltado o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou seja, de uma resposta judicial, para todos aqueles que a busquem. Observou-se que não é um princípio meramente processual, é material, ou seja, uma opção clara do constituinte de não excluir nenhuma possibilidade de apreciação perante o Judiciário, mas não autoriza jamais substituir a decisão jurídica pela política.

O controle jurisdicional exercido pelas decisões judiciais em caso difíceis diz respeito às condições necessárias à desobstrução dos canais democráticos e às garantias individuais, como forma de assegurar a liberdade e a igualdade.

As decisões judiciais difíceis, envolvendo direitos sociais que geralmente implicam implementação de políticas públicas, não podem ser concretizadas pela via judicial, sob pena de se romper com o princípio da igualdade, que é fundamental, uma vez que, ao se atribuírem a um único indivíduo direitos sociais, que os demais não gozarão, o princípio da universalidade estará comprometido.

Por fim, o que se procura na presente pesquisa é que a falta ou o inadequado exercício das atribuições constitucionais não possui o condão de delegar a outra Função as escolhas políticas, bem como o mau funcionamento da democracia não permite tutores de plantão, que se arvorem em únicos e suficientes para solução das questões políticas.

A mudança do centro de decisão política não resolverá, de fato, a questão de implementação da igualdade material, ou mesmo a implementação dos direitos sociais.

O déficit democrático possivelmente seja o problema que se apresenta na implementação de políticas públicas, onde o mau funcionamento das Instituições, com o não exercício pleno da cidadania, nos leva a um abismo, que se afigura intransponível, sem o agir comunicativo e procedimental da sociedade, ou se preferirem, com a participação da sociedade aberta dos intérpretes da sociedade.

Desta forma, não se apresenta como solução para o déficit democrático a transferência das decisões sobre políticas públicas à Função Jurisdicional que, além de romper com o princípio da separação de poderes, deixará de tornar efetivo o princípio da igualdade.

Finalmente, repetindo convicta afirmação anterior: deslocar a esfera da decisão política dos legitimamente responsáveis democraticamente, para depositá-la em mão da Função Jurisdicional, não promoverá a efetividade, pelo contrário, trará falsa expectativa de efetividade e por resultado a destruição da última utopia, que seria o governo dos juízes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoria de los Principios**. Colômbia: Universidade Externado de Colômbia, 2003

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997

APPIO, Eduardo. **Discrecionalidade Política do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006

ARON, Raymond. **Estúdios Políticos**. México: Fundo de Cultura Econômica, 1997

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves, Supervisão editorial Jair Lot Vieira. Bauru: Edipro, 1995

ATIENZA, Manoel. **Entrevista a Robert Alexy**. Doxa, n. 24, 1992 Disponível em : <www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/cuadernos.shtml> Acesso em 13 de janeiro de 2005

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editores, 2002.

BENEVIDES, Maria Victoria; Fábio Kerche; Paulo Vannuchi. **Reforma Política**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992

_____. **Locke e o direito natural**. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UNB, 1997

_____. **Teoria do Ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999

_____. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos.**
Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta: Temas Políticos e Constitucionais da atualidade com ênfase do Federalismo das Regiões.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 7. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004

_____. **Do País Constitucional ao País Neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional).** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição, 1824. Constituição do Império. In: ALENCAR, A . V. A . N de. **Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.** Brasília: Senado federal. 1986. 2v.

BRASIL. Constituição, 1891. Constituição da República Federativa do Brasil. ALENCAR, A . V. A . N. de. **Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.** Brasília: Senado federal. 1986. 2v.

BRASIL. Constituição, 1934. Constituição da República Federativa do Brasil. In: ALENCAR, A . V. A . N. de. **Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.** Brasília: Senado federal. 1986. 2v

BRASIL. Constituição, 1946. Constituição da República Federativa do Brasil. In: ALENCAR, A . V. A . N. de. **Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.** Brasília: Senado federal. 1986. 2v.

BRASIL. Constituição, 1967. Constituição da República Federativa do Brasil. In: ALENCAR, A . V. A . N. de. **Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.** Brasília: Senado federal. 1986. 2v.

BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. 38ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 273 p.

BURDEAU, Georges. **Derecho constitucional e instituciones políticas.** Madrid

-Espanha: Nacional, 1981

CALSAMIGLIA, Albert. **Apresentação à obra de Ronad Dworkin in: DWORKIN, Ronald. Derechos em Sério.** Barcelona: Editora Ariel, 1984

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1999

_____. **Juízes Legisladores?.** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito e Poder: Ensaio de epistemologia jurídica.** 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005

COMPARATRO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos direitos humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia.** Trad. Beatriz Sidou. Título original: "On democracy. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes.** São Paulo: Saraiva, 1996

DEDIEU, J. **As idéias políticas e morais de Montesquieu.** Trad. José Augusto

Guilhon Albuquerque. Título do original: “Les idées politique et morales de Montesquieu”. In: SOUZA, M. S. R. de, QUIRINO, C. G. O pensamento político clássico. São Paulo: LAO, 1980

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999

_____. **Uma Questão de Princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001

ELY, John Hart. **Democracia and distrust: a theory of judicial review**. 11 imp. Cambridge: Harvard University Press, 1999

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Constituição 1787. **Constituição do Estados Unidos da América**. In: MIRANDA, J. Constituições de diversos países. Lisboa: Imprensa Nacional, 1979

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre Poderes: O Poder Legislativo de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Processo Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

FIGUEIREDO, Marcelo Fausto . **Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001

FRANÇA, Constituição 1958. **Constituição da França de 5 de outubro de 1950**. In: MIRANDA, J. Constituições de diversos países. Lisboa: Imprensa Nacional, 1979. v.1, p. 307-329.

GARAPON, Antonie. **O Juiz e a Democracia: O Guardião das promessas**. Tradução Maria Luiz Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3. ed. 4ª reimpressão. Madrid: Civitas, 2001

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid Espanha: Alianza Editoria, 1984

GOYAR-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. **O que é Democracia?**. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Política do Direito: uma introdução política do direito**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. I: tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. II: tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). **FEDERALISTAS**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (OS PENSADORES, v.29). p.91-184.

HAURIUO, Andre. **Derecho constitucional e instituciones políticas**. Trad. José Antonio Gonzáles Casanova. Barcelona, Espanha: Ariel, 1971

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998

JELLINEK, George. **Teoria general del estado**. Trad. Fernando de Los Rios. Buenos Aires, Argentina: Albatros, 1981

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003

_____. **O Problema da Justiça**. Tradução Maria Cecília Vanucchi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

_____. **Teoria Geral do Direito e Do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 5ª. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003

LARENZ, Kal. **Metodologia da ciência do Direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gullbenkian, 1991

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Tradução Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001

LIJPHART, Arend. **Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Tradução de Roberto franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003

LOEWNSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitución**. 4ª impressão. Espanha: Ariel Derecho, 1986

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1994

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

MONTESQUIEU, C. L. de S. **Do Espírito das Leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979

MULLER, Friedrich. **Direito Linguagem Violência: Elementos de uma teoria constitucional**. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995

_____. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

_____. **Quem é o Povo?: A questão fundamental da democracia**. Tradução Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1994

PADILHA, Norma Sueli. **O meio ambiente e sua decidibilidade judicial no confronto com os direitos colidentes**. Tese (doutorado em direito)- Puc-SP: São Paulo, 2004

PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitucion**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003

PINTO FERREIRA, Luiz. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Recife, PE: Companhia de Pernambuco, 1970

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra as Omissões Legislativas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2003

POZZOLI, Lafayette. **Direito Comunitário Europeu**. São Paulo: Editora Método, 2003

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

_____. **O Direito como Experiência: Introdução à epistemologia jurídica**. 2. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002

_____. **Questões de Direito Público**. São Paulo: Saraiva, 1997

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. **O papel do ensino jurídico na reprodução do paradigma dogmático da ciência do direito**. Tese (doutorado em direito)- Puc-SP: São Paulo, 2003

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. Tradução Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996

TOCQUEVILLE, Aléxis de. **La democracia em América**. 8ª impres. México: Fondo de Cultura Econômica, 1996

TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

TROPER, Michel. **El Poder Judicial Y La Demcracia**. Isonomía, n. 18, 2003
Disponível em : <www.cervantesvirtual.com/porta/isonomia/cuadernos.shtml>
Acesso em 13 de janeiro de 2005.

VERDÚ, Lucas Pablo. **O Sentimento Constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política**. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004

VERNIÈRE, Paul. **Dois planos e duas leituras**. Trad. Danielle Michelle Labeau Figueiredo. Título do original: Deux plans et deux lectures. In: SOUZA, M. S. R de, QUIRINO, C. G. **O pensamento político clássico**. São Paulo: LAO, 1980

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999

_____. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: no prelo, 2006

_____. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

VON MONZAMBANO, S. (Pseudônimo de Puffendorf). **Über die vefassung des deutschen Reiches**. Trad. H. Breslow. Berlin. 1922.

WADE, E. C. S., PHILIPS, G. C. **Constitutional law**. Londres. 1946. p. 50. Apud. GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid - Espanha: Alianza Editoria, 1984

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003

WESTIN, Ricardo. **Estado paga xampu, esmalte, viagra**. In: Jornal o Estado de São Paulo, seção A, p.17, São Paulo, 2006

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2003

_____. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001