

O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO



José Edvaldo Girão Junior



EDITORA CONHECIMENTO LIVRE

JOSÉ EDVALDO GIRÃO JUNIOR

O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A LEGITIMIDADE DO PODER
JUDICIÁRIO

1ª ed.

Piracanjuba-GO
Editora Conhecimento Livre
Piracanjuba-GO

1ª ed.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

JUNIOR, JOSÉ EDVALDO GIRÃO
J82O O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A LEGITIMIDADE
DO PODER JUDICIÁRIO

/ JOSÉ EDVALDO GIRÃO JUNIOR. – Piracanjuba-GO

Editora Conhecimento Livre, 2022

101 f.: il

DOI: 10.37423/2022.edcl611

ISBN: 978-65-5367-193-5

Modo de acesso: World Wide Web

Incluir Bibliografia

1. jurisdição-constitucional 2. separação-de-poderes 3. sistema-de-freios-e-contrapesos I. JUNIOR,
JOSÉ EDVALDO GIRÃO II. Título

CDU: 340

<https://doi.org/10.37423/2022.edcl611>

O conteúdo dos artigos e sua correção ortográfica são de responsabilidade exclusiva dos seus respectivos autores.

EDITORA CONHECIMENTO LIVRE

Corpo Editorial

Dr. João Luís Ribeiro Ulhôa

Dra. Eyde Cristianne Saraiva-Bonatto

MSc. Frederico Celestino Barbosa

MSc. Carlos Eduardo de Oliveira Gontijo

MSc. Plínio Ferreira Pires

Editora Conhecimento Livre

Piracanjuba-GO

2022



10.37423/2022.edcl611



AGRADECIMENTOS

A Deus, o que seria de mim sem a fé que eu tenho nele.

Aos meus pais, pelo estímulo e apoio incondicional desde a primeira hora; pela paciência e grande amizade com que sempre me ouviram, e sensatez com que sempre me ajudaram.

Ao professor e orientador Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato, por seu apoio e inspiração no amadurecimento dos meus conhecimentos e conceitos, desde os primórdios da seara acadêmica, os quais me levaram a execução e conclusão desta monografia, sempre disponível para colaborar, esclarecer e sugerir, quando necessário.

Às professoras Ivanilda Sousa da Silva e Simone Trindade da Cunha, pelo apoio e incentivo na metodologia apresentada.

Aos Professores Francisco Lisboa Rodrigues e Preciliana Barreto de Moraes que gentilmente aceitaram compor a Banca Examinadora.

Aos amigos Izabelle Almeida e Mário Cavalcante, pelo incentivo, força, amizade, carinho que partilhamos durante nosso caminhar, sempre me respondendo prontamente, contribuindo com elementos de interesse e manifestando entusiasmo pelas tarefas que eu desenvolvia.

Aos amigos de graduação pela excelente relação pessoal que criamos e que espero não se perca. Em especial, a Heloísa Helena, Geraldo Magela, Clínio Alves, Mayara Travassos, Sybelle Stevan, Jessie Coutinho, Flávia Sobreira e Sara Sombra, pelo seu profissionalismo exemplar, pelo apoio nos momentos bons e menos bons, e pela sua amizade.

Aos meus antigos e novos amigos que permaneceram comigo mesmo com toda a distância provocada por este curso, ainda que virtualmente. Em especial, a Adriano Filgueira e Bruno Rocha. O contato é pouco, mas o carinho é imenso.

Se os fracos não têm a força das armas, que se armem com a força do seu direito, com a afirmação do seu direito, entregando-se por ele a todos os sacrifícios necessários para que o mundo não lhe desconheça o caráter de entidades dignas de existência na comunhão internacional.

Rui Barbosa

Resumo: O controle jurisdicional das políticas públicas e a legitimidade do poder judiciário: um embate entre o limite da *reserva do possível* e a garantia do *mínimo existencial*. Objetiva-se, assim, compreender o fenômeno da judicialização das políticas públicas e das relações sociais, de modo a assegurar a garantia do mínimo existencial, mesmo diante da limitação da reserva do possível, explanando-se, para tanto, a forma e os limites de como se daria a produção da ciência jurídica por obra dos magistrados. Nesse diapasão, pretendeu-se conferir aceitabilidade e legitimidade aos julgados fundamentados com base em tal arrazoado. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, de natureza exploratória, por meio da análise da literatura já publicada em forma de livros, mormente autores como Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet, Mauro Cappelletti, Paulo Bonavides, Robert Alexy, Neal Tate e Torbjörn Vallinder. O presente estudo fez um resgate histórico da teoria da separação dos poderes, notadamente o papel desempenhado por cada um destes em determinado período, desde a era clássica até o pós-modernismo, bem como ofertou uma releitura do sistema de freios e contrapesos. Destacou-se, outrossim, o surgimento do Estado de Bem Estar-Social e suas consequências. Adiante, questionou-se a legitimidade do poder judiciário para o controle das políticas públicas, traçando-se argumentos que iam de encontro à alegação de caráter antidemocrático da temática em questão, bem como trouxe à baila a possibilidade do câmbio do sujeito originariamente competente, porém omissos. Por fim, explorou quais os requisitos e limites que dariam ensejo a possibilidade do ativismo judicial. Encerra-se o estudo com a dignidade da pessoa humana, ressaltando-se inicialmente sua origem, algumas distinções terminológicas e, posteriormente, traça-se conceito-chave de conteúdo mais abrangente possível a atingir a maior quantidade de indivíduos possível. Indagou-se acerca da natureza da mencionada norma, se regra ou princípio, e enfatizou-se sua dupla acepção para com o Estado, um como limite e outra como tarefa à atual dos órgãos estatais. Conclui-se ser de bom alvitre a operacionalização da judicialização das políticas públicas, em razão das exigências do *welfare state* e da jurisdição constitucional das liberdades, valores estes tidos como paradigmas no campo da comunidade jurídica mundial contemporânea.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Separação de Poderes. Sistema de Freios e Contrapesos. Judicialização da Política.

Sumário

INTRODUÇÃO	7
1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	10
1.1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES NA ANTIGUIDADE	11
1.2 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO MEDIEVO	12
1.3 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA IDADE MODERNA:.....	15
1.3.1 NO ILUMINISMO INGLÊS	15
1.3.2 NA FRANÇA	19
1.3.3 NOS EE.UU	25
1.4 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA PÓS-MODERNIDADE:	28
1.4.1 A FORMAÇÃO DO ESTADO DE BEM ESTAR-SOCIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	28
1.4.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A RELEITURA DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS	32
2 A LEGITIMIDADE (OU LEGITIMAÇÃO) DO PODER JUDICIÁRIO PARA O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	39
2.1 UMA ANÁLISE SOBRE A LEGITIMIDADE: CATEGORIA MERAMENTE POLÍTICA?	40
2.2 FORMAS DE LEGITIMAÇÃO E A TROCA DO SUJEITO CONSTITUCIONAL OMISSO.....	43
2.3 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: REQUISITOS E LIMITES	51
3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DETERMINAÇÃO DO LIMITE AO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	59
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	60
3.2 O SUBSTRATO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	63
3.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORMA-REGRA E COMO NORMA-PRINCÍPIO	66
3.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITE E COMO TAREFA DO ESTADO: A DELIMITAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	70
CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
REFERÊNCIAS	76
APÊNDICE	79
NOTA.....	93

INTRODUÇÃO

É cediço por todos os indivíduos, independentemente da situação econômica, política ou social à qual esteja submetido, o fato de o Estado ser um ente incapaz de prover as necessidades da totalidade de indivíduos de forma indistinta e igualitária, abstendo-se de privilegiar determinados grupos sociais e efetivando direitos fundamentais básicos, notadamente os direitos sociais, para que a vida dos cidadãos seja exercida de forma digna. Tal fenômeno ocorre não só nos países tidos por subdesenvolvidos ou emergentes, mas em todas as nações, desde os primórdios do surgimento da figura estatal até os dias hodiernos.

Nessa senda, diante da ineficiência de fomento às políticas públicas, atribuição esta típica dos Poderes Executivo e Legislativo, recorre os cidadãos ao Poder Judiciário como forma de remediar os seus anseios, fenômeno ao qual se tem chamado de *judicialização das relações políticas e sociais*, a fim de se alcançar a respectiva tutela jurisdicional apta a ampará-los.

A abordagem inicial dessa investigação científica presta-se a indagar se esse fenômeno é recente ou prolonga-se ao curso da história. O fato é que a literatura jurídica passou a abordar precisamente a expressão *judicialização da política* por meio da obra *The Global Expansion of Judicial Power* (1995), organizada por Torbjörn Vallinder e Chester Neal Tate. Porém, essa problemática não é tida por contemporânea, sendo abordada desde o período da antiguidade, notadamente com relação à Teoria do Governo Misto de Aristóteles, surgindo, posteriormente, por meio de um esboço da distinção de funções proposta por Locke até perfazer-se na clássica Teoria da Separação dos Poderes, oriunda do Barão de Montesquieu.

Nesse diapasão, é imperiosa a análise da legitimação do Poder Judiciário em imiscuir-se no campo de atuação das políticas públicas, na medida em que se decidiria acerca da alocação de recursos públicos, ponderando, assim, uma possível antinomia entre o limite da reserva do possível - sem prejuízo de eventual violação à mencionada Teoria da Separação dos Poderes – e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (Art. 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Esse ponto é debatido no capítulo segundo dessa análise teórica.

Com efeito, consubstanciando-se nos ensinamentos de Andreas Krell (2002), reza o limite da reserva do possível que o direito à prestação de serviços públicos pelo Estado está condicionado à disponibilidade dos respectivos recursos financeiros, restando à análise acerca dessa disponibilidade

ao exercício do poder discricionário, arrogado ao governo e ao parlamento por meio da composição dos orçamentos públicos.

Entretanto, é de relevo frisar que tal ativismo judicial, no campo dos direitos sociais, não é pautado na total arbitrariedade do magistrado, havendo, para tanto, requisitos e limites a serem destacados ao longo deste trabalho científico. Ademais, há de se ressaltar que a questão da reserva do possível não deve ser um meio de subterfúgio para o Estado eximir-se de responsabilidade da tutela de direitos elevados à seara constitucional, sob pena de torná-los completamente inócuos. Lembre-se, outrossim, que, correlato ao princípio da separação dos poderes, exsurge a teoria dos *checks and balances*, ou seja, o sistema de freios e contrapesos que os poderes exercem uns sobre os outros, oriunda do sistema constitucional americano.

Questão ainda pertinente, considerada sobremaneira no último capítulo deste trabalho acadêmico, é a interrelação da dignidade da pessoa humana e a imposição aos órgãos estatais do dever de limitação - no sentido de proteção e preservação do princípio em tela - bem como no de prestação, efetivação de certas medidas capazes de dotar o ser humano do que fora preceituado pelo constituinte originário, o qual positivou expressamente a dignidade da pessoa humana quando das disposições acerca dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Ao abrigo dessas considerações, mostram-se razoável ponderar - diante do gigantismo estatal - a garantia da efetivação dos direitos fundamentais, notadamente aqueles ligados ao mínimo existencial, sob pena de inobservância da efetivação das cláusulas pétreas constitucionais.

Diante dessas notas introdutórias, buscou-se, pois, desenvolver ao longo dessa monografia uma estrutura lógica de raciocínio que responda aos seguintes questionamentos: a) a questão da judicialização das políticas públicas é um fenômeno recente? b) qual a legitimidade do Poder Judiciário para imiscuir-se em deliberações tipicamente atribuídas aos órgãos representativos das maiorias políticas, notadamente os Poderes Executivo e Legislativo? Quais os fundamentos, requisitos e limites para a judicialização da política? e c) Qual a relação entre o conteúdo da dignidade da pessoa humana e a imposição de limites e tarefas à atuação estatal?

O revelo dado à problemática a ser discutida ao longo deste trabalho acadêmico ocorre porque a análise do trato da judicialização das políticas públicas e das relações sociais revela-se de grande pertinência na sociedade contemporânea, tendo em vista que desponta como matéria recorrente no

seio do Poder Judiciário, defrontando-se os magistrados de forma cada vez mais contundente com tal questão.

Isso porque, após o processo de redemocratização pós-regime ditatorial, momento em que os Poderes Legislativo e Judiciário desfrutavam de questionável influxo, e o advento da Constituição Cidadã de 1988, a sociedade brasileira reconquistou antigos direitos até então suprimidos, bem como edificou novos, tais como, a guisa de ilustração, pode-se citar os direitos difusos e coletivos, desencadeando, por via de consequência, em um processo de mudanças de cunho econômico, político e social. Assim, sobressaem clarividentes as benesses advindas das inovações atinentes ao arcabouço jurídico brasileiro com a promulgação da atual Carta Magna. Deve-se destacar, contudo, que a prodigalização na positivação de direitos - notadamente aqueles de cunho prestacional mais intenso – sem a devida consideração de suas fontes de custeio conduziu à ineficiência de vários direitos fundamentais sociais.

Concorre também para agravar a lacuna e a omissão estatais, no tocante à presteza na elaboração das políticas públicas, o fato do crescimento demográfico da população avultar-se de forma incomensurável, restando o Estado, já deficiente de recursos, cada vez menos capaz para assistir às necessidades da comunidade carente, valendo-se esta da Justiça brasileira, como instituição apta a amparar seus anseios. Revela-se, portanto, inquestionável a necessidade do ativismo judicial, notadamente ligado aos direitos tidos por fundamentais, frente às insuficiências estatais.

Daí emerge o desiderato da presente investigação científica, a qual se esforçará por verificar a ocorrência da geração do direito por obra dos juízes ao longo dos tempos, com foco na origem e aplicação desse instituto nas sociedades remotas, para, de posse de tal estudo, podem-se traçar determinados limites e o modo de atuação do exercício do poder de interpretação e criação do direito pelos diversos órgãos jurisdicionais, no sentido de se conferir legitimidade às decisões fundamentadas, tendo por base o objeto de análise abordado ao logo deste estudo.

É certo que carece o Poder Judiciário de atribuição para imiscuir-se em questões de orçamento e receitas públicas, bem como em condições de natureza macroeconômica, entretanto, exsurge patente tomar-se em consideração a indispensável tarefa do julgador, quando do trato de situações concretas ou mesmo diretamente atinentes à ponderação de valores constitucionais. Salienta-se, igualmente, haver direitos de certa forma tão relevantes que resta inviável submetê-los ao arrimo da reserva do possível.

Contudo, impõe-se que o exercício desse poder, oriundo de construções consuetudinárias, estudos doutrinários e quiçá jurisprudenciais, conferido aos magistrados, conduza-se de maneira limitada, cautelosa, amparando-se com base na utilização da proporcionalidade, tendo em vista ser o Poder Judiciário incapaz de solver por inteiro os problemas atinentes às mazelas sociais.

Para tanto, utilizou-se como metodologia no respectivo trabalho monográfico um estudo analítico a ser desenvolvido com a aplicação de pesquisa bibliográfica, procurando explicar o problema por meio da análise da literatura já publicada em forma de livros, mormente autores como Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet, Marcelo Novelino, Mauro Cappelletti, Paulo Bonavides, Luiz Werneck Vianna, bem como autores clássicos, tais como, Marsílio de Pádua, John Locke, Montesquieu, Jean-Jacques Rousseau, Robert Alexy, entre outros. Utilizou-se ainda de pesquisa documental por meio de leis, normas, resoluções, projetos, pesquisas *on line*, entre outros que abordaram, direta ou indiretamente, o tema em foco. Quanto ao objetivo, a pesquisa é exploratória, tendo por finalidade precípua esclarecer o tema da judicialização das políticas públicas.

Visa-se, assim, ofertar uma contribuição ao meio acadêmico e profissional, facilitando a aplicação prática da judicialização dos problemas aos operadores do direito, de modo a se preterir os juízos de conveniência e oportunidade inerentes ao Estado, ante os direitos prestacionais, elevados à seara constitucional, com previsão de imediata aplicação, nos termos do art. 5º, §1º, da atual Carta Magna.

E para concluir, traz-se à tona um sucinto panorama do que será abordado ao longo dessa monografia. No primeiro capítulo, primar-se-á pela evolução da teoria da separação dos poderes - desde a modernidade até o período atual - e os contornos que a mesma adquiriu ao longo do tempo. No capítulo subsequente, restou imperiosa a análise da legitimidade do Poder Judiciário para imiscuir-se na esfera de competência dos demais poderes e alterar o rumo tomado pelas políticas públicas, bem como a forma e os requisitos para que se ocorresse essa modificação. E, por fim, ao último capítulo, competiu a tarefa de se traçar o desenvolvimento da concepção de dignidade da pessoa humana no curso da história, adotando-se um viés de limite e tarefa, decorrentes do próprio princípio, a ser observado pelo Estado quanto à presteza na consecução das políticas públicas.

1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O objeto de análise do presente capítulo inicial é sobre o princípio da separação dos poderes, trazendo-se à baila a sua origem, desde Aristóteles até o período pós Segunda Grande Guerra,

momento a partir do qual as Constituições passaram a assumir um caráter garantista, ensejando, por conseguinte, o fortalecimento do Tribunal Constitucional e a necessidade de intervenção deste junto àquelas, com vistas a se efetivar os direitos e garantias fundamentais elencados pelo constituinte originário como de aplicabilidade imediata.

1.1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES NA ANTIGUIDADE

Partindo-se da premissa de que o escopo do presente capítulo dessa investigação científica é a análise da separação ou distinção de funções ao longo do tempo, é de relevo remeter-se ao período da Grécia Antiga e estear-se, inicialmente, nas lições de Aristóteles, cuja maior contribuição ao tema materializou-se por meio de sua obra *Política* (2009).

Entrementes, antes de um exame da obra, impede destacar que a Teoria do Governo Misto, nos moldes em que elencadas pelo referido filósofo grego (384-322 a.C.), antecede a própria Teoria da Separação dos Poderes, e em nada se confunde com esta, a qual exsurgirá de forma mais notável durante o Período Medieval.

Com efeito, defende a Teoria do Governo Misto tão somente a repartição do Poder Político e a distribuição das funções estatais entre as diversas classes sociais ou, pelo menos, por entre aqueles abrangidos pelo caractere de cidadão, excluindo-se, para tanto, os escravos, estrangeiros, mulheres e crianças, com vistas a coibir a concentração do poder de decidir nas mãos de uma figura única ou de determinado grupo de pessoas, evitando-se, por conseguinte, a tirania. Por cidadão, portanto, leia-se:

Os cidadãos que estamos buscando definir é um cidadão no sentido estrito, a respeito do qual não se possa apresentar nenhuma exceção, e sua qualidade característica é ter o direito de administrar justiça e de exercer as magistraturas. (ARISTÓTELES, 2009, p. 114).

Aristóteles (2009, p. 122), ao divagar sobre as formas de Constituição, diz que “uma constituição é a disposição das magistraturas em uma Cidade, especialmente a mais alta delas. O governo é em toda parte soberano, e a constituição é na verdade o governo”, e, posteriormente, partindo dessa premissa, discorre sobre as formas de governo, para, ao fim, eleger o que define como governo ideal, no caso, a união da oligarquia com a democracia. Segundo o filósofo grego:

Das formas de governo em que um só governa, chamamos a que visa ao bem comum de monarquia; das que governa uns poucos, os melhores homens, visando ao bem comum, chamamos aristocracia; e quando uma grande parte dos cidadãos administra a Cidade, tendo em mira o bem comum, o governo é chamado por um nome genérico, „constituição“, que é um nome comum a todas as outras. [...] Das formas de constituição acima mencionadas, os desvios

são: da monarquia, a tirania; da aristocracia, a oligarquia; do governo constitucional, a democracia. [...] A seguir, consideraremos o modo como surge, ao lado da oligarquia e da democracia, o assim chamado governo constitucional, e como deve ser organizado. Sua natureza será mais bem compreendida a partir de uma comparação entre oligarquia e democracia, da qual poderemos averiguar as diferentes características destas e, então, combiná-las, tomando parte de cada uma delas como as partes de um *symbolon*. (ARISTÓTELES, 2009, p. 124, 125 e 161, grifo original).

Dessa forma, com vistas a evitar-se a tirania, ou seja, o exercício do Poder Político de forma despótica e ao arbítrio dos príncipes ou até mesmo com condutas que visassem tão somente determinadas aspirações pessoais, ao alvedrio do interesse dos súditos, entedia o pensador grego que as atribuições políticas deveriam ser repartidas pelos diversos grupos sociais. Assim, pode-se concluir que:

Mesmo entre os homens livres e iguais, este é um princípio que tem de ser mantido, porque, visto que não podem todos governar ao mesmo tempo, devem, pelo menos, exercê-lo por algum tempo, revezando-se ao final do ano ou por outro período qualquer, segundo um sistema dado, contando que todos, sem exceção, passem pelo poder. [...] Do precedente, infere-se a existência dessas diferentes espécies de democracias e oligarquias, pois é evidente que todas as classes que mencionamos devam necessariamente participar do governo, ou que algumas atuem e outras não. (ARISTÓTELES, 2009, p. 79, 80 e 157).

Portanto, pelo que se foi dito, deduz-se que a Teoria do Governo Misto não se confunde com a Teoria da Separação dos Poderes, na medida em que o pensador grego preocupou-se tão somente em garantir que as classes sociais pudessem, de certa forma, ingerir nos diversos setores essenciais do governo. Visava-se, assim, evitar a tirania, ou seja, a concentração do poder em mãos únicas, que, por sua vez, seria de fundamental importância para o desenvolvimento *a posteriori* da Teoria da Separação dos Poderes. Todavia, percebe-se, ao longo da obra, que o autor não deu um enfoque especial à questão da organização das funções estatais e do seu respectivo controle.

1.2 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO MEDIEVO

Mais adiante, por volta de 1324, Marsílio de Pádua, pensador medieval, buscando inspiração em Aristóteles, na medida em que trata, entre outros assuntos, da origem do poder, dos regimes políticos, do legislador, da lei, do governo civil e dos abusos do papado, publica *O Defensor da Paz*, obra esta confeccionada com o fito de coibir a ideologia teocentrista propagada pelo Papa João XXII.

As ideias de Marsílio de Pádua em muito se aproximam com as do discípulo de Platão, como antes mencionado. Aquele, ao discorrer sobre as espécies de governo ou de principados, elencava-os em dois tipos: um temperado e outro corrompido, que por sua vez subdividiam-se: o temperado em

monarquia real, aristocracia e república; já o corrompido, em monarquia tirânica, oligarquia e democracia, para, logo em seguida, eleger o tipo ideal na sua concepção de governo misto, qual seja, a monarquia real, desde que eletiva.

Infere-se da obra de Pádua que o mesmo denota uma atenção especial às categorias básicas, e, com tais espécies de governo, não poderia ser diferente. Explicita o pensador medieval:

Assim, a monarquia real é um governo temperado, no qual o governante é um só e governa para o bem comum de acordo com a vontade ou o consenso dos súditos. Ao contrário, a tirania é um governo corrompido, cujo governante é um só, mas exerce o poder em seu próprio benefício, não levando em conta a vontade dos súditos. A aristocracia é um governo temperado no qual governam somente os notáveis, no entanto, para o bem comum, de acordo com a vontade dos súditos e o consenso dos mesmos. A oligarquia, seu oposto, é um governo corrompido, na qual governam alguns ricos ou poderosos, tendo em conta apenas o seu próprio interesse e em desacordo com a vontade dos súditos. A república, embora designe algo de comum a todo gênero ou espécie de governo ou regime, conforme um dos significados desse termo significa, noutra acepção dessa palavra, uma espécie de governo temperado, na qual todo cidadão pode participar de algum modo das atividades governamentais ou do conselho, conforme sua posição, capacidade ou condição. Visa o bem comum ou o consenso dos cidadãos. A democracia, seu oposto, é um governo no qual o vulgo ou a multidão dos pobres determina o regime e governa sozinha, não respeitando a vontade, ou não tendo o consenso dos outros cidadãos, e desconsideram o bem comum, na devida proporção. (PÁDUA, 1997, p. 105).

Mais a frente, passa o pensador medievo a destacar sobremaneira a importância do Poder Legislativo, tendo por legislador ideal aquele competente e apto a prover as melhores leis e, como representante da comunidade, também o único a impor a aplicação das mesmas, sempre tendo em vista o bem comum dos demais cidadãos, bem como:

Afirmamos, pois, de acordo com a verdade e a opinião de Aristóteles manifesta no livro III da *Política*, capítulo 3º, que o legislador ou a causa eficiente primeira e específica da lei é o povo ou o conjunto dos cidadãos ou sua parte preponderante, por meio de sua escolha ou vontade externada verbalmente no seio de sua assembléia geral, prescrevendo ou determinando que algo deve ser feito ou não, quanto aos atos civis, sob pena de castigo ou punição temporal. (PÁDUA, 1997, p. 130, grifo original).

Isso porque, para Marsílio (1997, p. 119), premente se era a necessidade de legislar, seja porque o escopo original da lei é concorrer para o bem comum, seja pelo fato de se proporcionar uma estabilidade e segurança governamentais, coibindo-se os abusos decorrentes do arbítrio dos príncipes quando da sucessão hereditária, sem esquecer-se de se cogitar da observância da legislação na seara dos julgamentos civis, afastando-se as vicissitudes dos atos humanos. Nesse sentido, para o paduano:

Ora, se a lei é um olho constituído por inúmeros olhos, quer dizer, através da compreensão submetida ao exame de vários observadores, com vista a se evitar erros ao serem proferidos os julgamentos civis, e de modo a realizá-los corretamente, é muito mais seguro que eles se efetivem de conformidade com a lei do que segundo o arbítrio do juiz

Prossegue ainda destacando o valor do governo das leis sobre o governo dos homens, na medida em que deveria os governantes exercer seus cargos nos limites impostos pela lei, notadamente para os monarcas que transmitem hereditariamente seus respectivos cargos para os herdeiros:

Todavia, alguém poderá objetar que uma pessoa melhor não é ignorante nem possui maus sentimentos. Responderemos dizendo que isso é uma raridade, e ainda que pudesse acontecer, tal pessoa não saberia agir de acordo com a lei, conforme provamos anteriormente, apoiando-nos no Filósofo (Aristóteles), na razão e na experiência, porque toda pessoa ao menos ocasionalmente é suscetível de se deixar levar pelos maus sentimentos. [...] Por isso, é oportuno que os governantes, ao proferirem julgamentos civis, estejam mais circunscritos àquilo que está determinado pela lei do que atuem segundo o próprio arbítrio, pois, agindo de acordo com a mesma, estarão coibidos de fazer coisas más e repreensíveis, de modo que seu governo tornar-se-á estável e duradouro (PÁDUA, 1997, p. 126-127).

Com efeito, conforme salientado (PÁDUA, 1997, p. 130, 131 e 132), o legislador - ou a causa eficiente, primeira e específica da lei - seria o povo ou o conjunto de cidadãos ou sua parte preponderante, pelo qual, a partir de sua escolha ou vontade externada verbalmente no seio de uma assembleia geral, prescreveria algo a ser feito ou não em termos de atos civil, sob pena de, em caso de violação, arcar-se com as consequências advindas desse ato. Ademais, seria, ainda, por essa mesma autoridade – tida como a competente a prover as melhores leis - que o conteúdo das leis seria acrescido, suprimidas ou até mesmo modificadas completamente, competindo também ao legislador promulgá-las e proclamá-las após sua elaboração, com vistas a se dar visibilidade e conhecimento da legislação a todos indistintamente. Nesses termos, a lei seria mais bem cumprida, posto que houvesse sido uma imposição do próprio cidadão para consigo mesmo.

Marsílio de Pádua (1997, p. 86), incutido nas lições de Aristóteles, classifica os grupos ou funções exercidas pelas pessoas na sociedade em seis: a agricultura, o artesanato, o exército, a financista, o sacerdócio e a judicial ou consiliativa.

Cumpra-se destacar aqui o papel do Poder Judiciário, que, no caso, era exercido pela nobreza, do mesmo modo que o exército e o sacerdócio, enquanto as demais seriam exercidos pela massa populacional. Inobstante o judiciário não possuir um papel de destaque nos ensinamentos do pensador medievo, este fez menção a sua importância na sociedade medieval, tendo por escopo punir

os infratores, os fomentadores de tumulto e coibir eventuais interferências externas em desfavor da comunidade:

Todavia, entre os homens assim reunidos ocorreram rixas e contendas que, se por acaso não estivessem reguladas por uma norma de justiça, teriam sido a causa de guerra e da separação dos seres humanos e finalmente ocorreria então a própria destruição da cidade. Assim, foi necessário estabelecer uma norma que determinasse o que é justo e se instituir um guardião ou executor da justiça no intuito de facilitar a convivência social. (PÁDUA, 1997, p. 84).

Já o Poder Executivo deveria estar sempre sujeito ao controle do Legislativo, posto que, como era o legislador humano que detinha a capacidade de instituir o príncipe ou imperador, competia a ele também, legislador, julgá-lo e aplicar-lhe qualquer medida punitiva. (PÁDUA, 1997, p. 145-151).

1.3 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA IDADE MODERNA:

1.3.1 NO ILUMINISMO INGLÊS

James Harrington publicou, em 1656, a obra *The Commonwealth of Oceana*, traduzida para o espanhol como *La República de Oceana*, na qual se aborda a organização de um estado ideal, tomando por base o modelo inglês. Para ele:

República equitativa por lo que se ha dicho es un gobierno establecido sobre una ley agraria equitativa, que se levanta a la superestructura o tres ordenes, el senado que discute y propone, el pueblo que resuelve y la magistratura que ejecuta, por medio de una rotación equitativa, mediante los sufragios del pueblo, emitidos en votación¹.

Em que pese Harrington entender que o direito ao voto pertencia à aristocracia, ele simulou um esboço de modelo democrático, na medida em que traçou a relação entre o voto e a rotação dos cargos públicos, bem como os eleitores que, por meio do exercício do sufrágio, ratificariam ou afastariam os membros ocupantes de tais cargos. Tal rotação consistia:

Rotación equitativa es alternativa igual en el gobierno, o sucesión en la magistratura, que se confiere por términos convenientes, goza de iguales vacaciones y corresponde a todo el cuerpo por partes, que se van sucediendo, por libre elección o por sufragio del pueblo. Contrario a lo cual es la prolongación de la magistratura que atracando la rueda del sistema destruye la vida o el movimiento natural de una república².

É de alvitre ressaltar que não bastava tão somente o voto, mas também a alternância dos ocupantes dos cargos. Daí a importância da obra de Harrington ao estabelecer a interligação do modelo republicano ao democrático.

Ainda no texto de Harrington, é possível perceber-se a exaltação do Poder Legislativo frente aos demais. A razão para tanto seria:

En cuanto a la primera, „cierto es – dice Maquiavelo – que una república rara vez o nunca queda bien asentada o constituida, salvo cuando ha sido obra de un hombre; y por esta causa, un legislador sabio, o uno de entendimiento firme, no en su interés privado sino en el público, no pensando en su posteridad, sino en su país, puede con justicia recabar para si el poder soberano; ni puede hombre alguno en su cabal juicio vituperar tan extraordinarios medios, que en este caso serían de necesidad, porque solo tenderían a la constitución de una república bien ordenada. [...] El centro o base de todo gobierno no está sino en las leyes fundamentales del mismo. Leyes fundamentales son las que establecen qué es lo que un hombre puede llamar suyo, es decir, la propiedad; y cuáles son los medios para que un hombre pueda gozar de lo suyo, es decir, la protección. La primera se llama también dominio y la segunda imperio, o poder soberano, por lo que este (según se hizo ver) es producto natural de la primera; pues tal será la balanza de dominio en una nación, cual sea la naturaleza de su imperio³.

O judiciário, entretanto, não gozava do mesmo prestígio incutido ao Poder Legislativo, tendo em vista que a ideologia dominante à época preceituava a submissão do juiz à lei, como preservação do *governo das leis* frente ao *governo dos homens*, postulado do iluminismo britânico. Veja-se, pois:

Y para terminar esta parte con una palabra *de judiciis* o de la *constitución o procedimiento de los tribunales*: es un razonamiento incapaz de ser bien planteado como no sea por medio de ejemplos particulares, por ser la constitución y procedimientos de los tribunales diversos según los diferentes gobiernos, pero mejores sin comparación en Venecia, en donde no se contempla tanto el arbitrario poder de los tribunales como su constitución; por lo cual, siendo aquel poder arbitrario incapaz de retardar o entorpecer los negocios, produce y ha de producir el más pronto despacho y los más rectos dictados de justicia que se dan tal vez en la naturaleza humana⁴.

Locke, no início de sua obra, intitulada de *Segundo Tratado sobre o Governo Civil* (2009), traça uma nítida dicotomia entre o que nomeia de estado de natureza e de governo. Segundo o jusfilósofo:

Os que estão unidos em um corpo, com lei comum estabelecida e magistratura para quem possa apelar – com autoridade para decidir controvérsias e punir ofensores, podemos dizer que estão em sociedade civil entre si; mas os que não têm em comum a quem apelar no mundo, ainda se encontram no estado de natureza, sendo cada um, por falta do outro, juiz e executor para si mesmo, o que constitui, conforme já vimos, o estado perfeito da natureza. [...] Sempre que, pois, certo número de indivíduos se reúne em sociedade, de tal modo que cada um abra mão do próprio poder de executar a lei de natureza, transferindo-o à comunidade, nesse caso, e somente nele, haverá uma sociedade civil ou política. (LOCKE, 2009, p. 61-62).

Tecida essa consideração, logo em seguida, expõe o pensador as razões para as inconveniências do estado de natureza:

A resposta óbvia é que, embora o estado de natureza lhe dê tais direitos, sua fruição é muito incerta e constantemente sujeita a invasões porque, sendo os outros tão reis quanto ele, todos iguais a ele, e na sua maioria pouco observadores da equidade e da justiça, o desfrute da propriedade que possui nessa condição é muito insegura e arriscada. Tais circunstâncias forçam o homem abandonar uma condição que, embora livre, atemoriza e é cheia de perigos constantes. Não é, pois, sem razão que busca, de boa vontade, juntar-se com outros que estão unidos, ou pretendem unir-se, para a conservação recíproca da vida, da liberdade e dos bens a que chamo de „propriedade“. (LOCKE, 2009, p.84).

Dessa forma, ante a preferência da sociedade pelo estado civilizado, originam-se, arraigados a este, os Poderes Legislativo e Executivo, os quais detinham a incumbência de julgar, por intermédio de normas pré-existentes, ofensas a bens jurídicos cometidas na circunscrição da comunidade e de determinar qual o limite de danos provocados pelas demais nações a serem suportados pela comunidade.

Logo, caberia ao Poder Legislativo a tarefa de preservar a sociedade e os seus membros desde que observados a compatibilidade com o bem público, assim como de promulgar leis equânimes à totalidade de indivíduos. Entretanto, salienta Locke, como as leis haveriam de vigor por um prazo indeterminado e deveriam ser permanentemente praticadas, desnecessário seria o exercício de tal poder de forma incessante. Todavia, no que tange a imposição do cumprimento das leis já em vigor, nesse caso necessário seria a atuação permanente de um poder, ao qual se denominou de executivo. Destarte, aponto-o:

É desnecessário e inconveniente que o poder legislativo esteja sempre reunido; mas é absolutamente necessário que o poder executivo seja permanente, pois nem sempre se faz preciso elaborar novas leis, mas a necessidade de executar as já existentes é constante. Embora o legislativo confie a execução das leis a outras mãos, guarda para si o poder de retomá-la, se houver motivo, e de punir uma má administração das leis. (LOCKE, 2009, p. 103).

É de relevo trazer à baila a preocupação do pensador em evitar a concentração de ambos os poderes em mãos únicas:

Poderia ser tentação excessiva para a fraqueza humana a possibilidade de tomar conta do poder, de modo que os mesmos que têm a missão de elaborar as leis também tenham nas mãos o poder de executá-las, isentando-se de obediência às leis que fazem, e com a possibilidade de amoldar a lei, não só na sua elaboração como na sua execução, a favor de si mesmos, tornando-se uma classe com interesse distinto dos demais, divergente da finalidade da sociedade e do governo; nas comunidades bem organizadas, nas quais o bem de todos é levado na devida conta, o poder legislativo é posto nas mãos várias pessoas que, reunidas, têm o poder de elaborar as leis; feito isso e novamente separadas, ficam também sujeitas às leis que fizeram, o que representa uma obrigação

nova e imediata para que as leis tenham em vista o bem geral. (LOCKE, 2009, p. 98).

A distinção das funções estatais, contudo, na concepção do filósofo inglês (LOCKE, 2009, p. 99), não se limitaria a duas, havendo atribuições a serem exercidas pelo que se nomeou de Poder Federativo, competente para “[...] fazer ou desfazer alianças, e todas as transações com as pessoas e comunidades estranhas à sociedade”.

Dessa forma, a diferença entre os poderes executivo e federativo residia basicamente no simples fato daquele cuidar da observância dos diplomas legais dentro da circunscrição da sociedade civil, enquanto a este caberia a gerência de assuntos de interesse da comunidade em âmbito externo. Porém, acrescentou que:

Ambos exigem a força da sociedade para seu exercício, e é quase impraticável colocar-se a força do Estado em mãos distintas e não subordinadas, ou seja, os poderes executivo e federativo em pessoas que poderiam divergir, levando com isso a força da sociedade a ficar sob comandos diferentes, o que, em muitos casos, poderia ocasionar desordens e desastres. (LOCKE, 2009, p. 99-100).

Uma questão bastante destacada ainda na obra em exame é o fato do Poder Legislativo possuir um papel de destaque, em detrimento dos demais, ainda que fosse de caráter sazonal e que sua convocação dependesse da vontade do Poder Executivo, o qual possuía atuação permanente. Segundo Locke (2009, p. 102):

Em qualquer caso, enquanto vigora um governo, o legislativo é o poder supremo; o que deve fazer leis para os demais deve necessariamente ser-lhe superior; e uma vez que o legislativo é superior apenas pelo trabalho de fazer leis válidas para todos os membros da sociedade, prescrevendo regras às suas ações, e acionando o poder executivo quando as transgridem, o legislativo necessariamente terá de ser supremo, e de todos os outros poderes vigentes na sociedade, dele derivados ou a ele subordinados.

Entretanto, é imperioso salientar que, em que pese o Poder Legislativo gozar de supremacia ante os demais, devia o mesmo sempre ter em vista o bem público, posto que:

Por isso, a comunidade sempre conserva o poder supremo de se salvar contra os maus propósitos e atentados de quem quer que seja, até dos legisladores, quando se mostrarem levianos ou maldosos para tramar contra a liberdade e propriedade dos cidadãos. [...] Podemos, pois, afirmar que a comunidade, nesse aspecto, é ela mesma o poder supremo, mas não considerada sob qualquer forma de governo, uma vez que este poder do povo só se manifesta quando se dissolve o governo. (LOCKE, 2009, p. 101).

Observa-se, pois, do exposto acima, que o Judiciário não fora elevado à categoria de Poder, sendo este parte integrante do Poder Executivo, o qual, conforme já se expôs, detinha o encargo de fazer valer a norma, bem como atuar nos fatos da vida ainda não regulados pelo Direito.

Assim, conclui-se que Locke, inobstante a evidente contribuição para a Doutrina da Separação dos Poderes, a qual seria aprimorada pelo Barão de Montesquieu, em face da inovação do sistema de freios e contrapesos, preocupou-se, tão somente, em separar, de forma tênue, as funções dos entes estatais, sempre exaltando a figura do Poder Legislativo sobre os demais, não traçando formas e limites de como um poder limitaria o outro.

1.3.2 NA FRANÇA

Charles-Louis de Secondat, Barão de Brède e de Montesquieu, por sua vez, através de sua obra *O Espírito das Leis*, publicada no ano de 1748, cuja inspiração deu-se no contexto britânico - e na obra de Locke é evidente, sem contudo, confundir-se com as idéias do mesmo – contribuiu decisivamente para o tema da separação dos poderes, órgãos, funções e pessoas, posto que precisasse, de forma mais clara, a distinção de atribuições e os meios de controle de cada um dos poderes sobre os demais.

Inicialmente, na aludida obra, antes de classificar as formas de governo, o referido pensador considerou duas dimensões, a se destacar: a) a natureza (quem detém o poder) e b) o princípio de governo (a paixão que move). Segundo o autor (MONTESQUIEU, 1999, p. 96), “entre a natureza do Governo e o seu princípio existe esta diferença: sua natureza é aquilo que o faz ser tal; e seu princípio, aquilo que o faz agir”.

Dessa forma, as espécies de governo, quanto à sua natureza, são divididas em três: governo republicano, ou seja, aquele onde o povo no seu todo (democracia) ou somente uma parte privilegiada (aristocracia) detém o poder soberano; governo monárquico, no qual somente um detém o poder soberano, mas pauta-se em leis fixas e preestabelecidas para governar e, por fim, o governo despótico, em que um só governa, sem, todavia, observar as leis e as regras, agindo tão somente conforme os seus caprichos e aspirações pessoais. Diz Montesquieu (1999, p. 86-96):

Quando, na República, o Povo no seu todo tem o poder soberano, é uma Democracia. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do Povo, chama-se Aristocracia. [...] Os poderes intermediários, subordinados e dependentes constituem a natureza do Governo Monárquico, quer dizer, aquele onde um sozinho governa por meio de leis fundamentais. Eu disse: poderes intermediários, subordinados e independentes. Com efeito, na Monarquia, é o Príncipe a fonte de todo poder político e civil. Essas leis fundamentais supõem necessariamente canais intermédios por onde circula o poder. [...] Resulta da natureza mesma do poder Despótico que o único homem que o exerce faça-o igualmente exercer por um único. Um homem a quem os cinco sentidos dizem sem cessar que ele é tudo, e que os outros não são nada, é naturalmente preguiçoso, ignorante, voluptuoso. Ele abandona, pois os negócios.

Isto posto, analisam-se os princípios correspondentes a cada governo. O princípio da república seria, na democracia, o patriotismo e, na aristocracia, a moderação; o princípio que moveria a monarquia, por seu turno, haveria de ser a honra, e, por fim, o princípio a orientar o governo despótico seria o medo, temor. Segundo o autor:

Não precisa muita probidade para que um Governo Monárquico ou Governo Despótico se mantenha ou sustenha. [...] Mas, em um Estado Popular, precisa de uma mola a mais que é o *Patriotismo*. [...] Porque é claro que numa Monarquia, onde aquele que faz executar as leis se julga acima das leis, precisa-se de menos Patriotismo do que num Governo Popular, onde aquele que faz executar as leis sente que está sujeito a elas e que arcará com o seu peso. [...] Assim como precisa o Patriotismo no Governo Popular também precisa na Aristocracia. É verdade que não exigido, aqui, de modo tão absoluto. [...] Ora, um tal corpo de nobres não pode reprimir-se a si mesmo a não ser de duas maneiras: ou por um grande Patriotismo, que faça os nobres se acharem de algum modo iguais ao seu Povo, o que poderá formar uma grande República; ou por um Patriotismo menor, que é uma certa Moderação, a qual torna os nobres pelo menos iguais entre si, o que valerá a sua conservação. A moderação é, portanto, a alma desses Governos. [...] O Governo Monárquico pressupõe, como dissemos, preeminências, categorias, e mesmo uma nobreza de origem. É da natureza da Honra requerer preferências e distinções; por isso, pela coisa mesma, ela situa-se nesse Governo. [...] Assim como precisa o Patriotismo numa República e a Honra numa Monarquia, assim precisa o Temor num Governo Despótico. O Patriotismo aí seria absolutamente desnecessário; e a Honra, perigosa. O imenso poder do Príncipe, aí, passa todo inteiro àqueles a quem ele confia. E pessoas que se estimassem muito a si próprias estariam em condições, aí, de fazer revoluções. Por isso precisa o Temor abater aí todas as coragens e extinguir até a menor veleidade de ambição. (MONTESQUIEU, 1999, p. 98, 102, 103, 105 e 106, grifo original).

Feita disposição das formas de governo nos moldes preceituados por Montesquieu, observa-se que o autor (1999, p. 133) possui predileção pela Monarquia, cuja vantagem, ao que parece, com relação à República, seria que caso a administração fosse conduzida por somente uma pessoa, eventualmente ocorreria uma maior presteza na execução das atividades; por outro lado, confrontando-se a Monarquia com o Despotismo, naquela o Estado haveria de ser mais estável, a Constituição mais intangível e, conseqüentemente, a pessoa do governante seria mais garantida.

Montesquieu (1999, p. 165), ainda, atenta sobremaneira para a questão da liberdade, afirmando que “[...] numa sociedade onde há leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer, e em não ser obrigado a fazer o que não se deve querer”. E vai além, pois sustenta que tal liberdade não existe sempre nos governos moderados, ela somente existe neles quando não se abusa do poder, e, para que isso ocorresse, far-se-ia necessário impor limites a própria virtude, de modo que o poder freasse o poder.

Destarte, seguindo nessa linha de raciocínio, Montesquieu parte para a distinção dos poderes, classificando-os em três espécies: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes, e o Executivo das que dependem do Direito Civil, bem como não esquece o filósofo de estabelecer formas de controle recíproco, notadamente entre os Poderes Legislativo e Executivo. Segundo ele:

Pelo primeiro (Legislativo), o Príncipe ou o Magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo (Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes), ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro (Executivo das que dependem do Direito Civil), pune os crimes, ou julga as demandas dos particulares. A este último chamar-se-á Poder de Julgar; e ao anterior, simplesmente Poder Executivo do Estado. [...] Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haveria liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares (MONTESQUIEU, 1999, p. 167-168).

A função legislativa seria dividida entre dois órgãos: a Câmara Baixa, composta por representantes escolhidos pelo Povo, e a Câmara Alta, cuja composição adviria de um corpo de nobres:

Assim, o Poder Legislativo estará confiado não só ao corpo de nobres, mas também ao corpo escolhido para representar o Povo. Os dois corpos terão cada qual as suas assembléias e suas deliberações à parte, e pontos de vista e interesse distintos. (MONTESQUIEU, 1999, p. 173).

A razão de ser dessa repartição se dá porque, no pensamento de Montesquieu, em cada Estado há pessoas eminentes pela família, hereditariedade e fortuna. Logo, haveria a possibilidade de uma câmara ser objeto de controle por parte da outra, ou seja, o povo poderia frear o direito dos nobres e vice-versa, por meio da seguinte forma:

Chamo *‘faculdade de estatuir’* ao direito de ordenar por si, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Chamo *‘faculdade de impedir’* ao direito de tornar nula a resolução tomada por outrem, como era o poder dos Tribunos em Roma. Embora aquele, que tem a *‘faculdade de impedir’*, possa ter também o direito de aprovar, em tal hipótese a aprovação não será senão uma declaração de que ele deixa de fazer uso da *‘faculdade de impedir’* e deriva desta faculdade. (MONTESQUIEU, 1999, p. 174, grifo original).

Montesquieu atenta, ainda, em sua Teoria da Separação dos Poderes, para a questão do Sistema de Freios e Contrapesos, incluindo nela o controle recíproco a ser exercido entre os Poderes Executivo e Legislativo, sem incluir, entretanto, o Poder Judiciário, o qual será objeto de análise mais adiante.

Como já foram expostos, entre as câmaras do Poder Legislativo, quais sejam, a Câmara do Povo e a Câmara da nobreza, haveria internamente uma forma de controle que uma exerceria sobre a outra, intitulada de *faculdade de impedir*. Todavia, com relação ao Poder Executivo, o controle deste por parte do Legislativo restou de difícil aplicação, posto que as decisões tomadas pelo Monarca eram instantâneas, a execução das atribuições era imediata, de modo que seria impossível uma prévia análise dos atos antes de efetivá-los. Coube então ao Legislativo tão somente a tarefa de investigar o modo de como as leis criadas por ele estariam sendo aplicadas pelo Monarca.

Já para o Executivo, este interferiria no Poder Legislativo pelo fato de possuir a faculdade de vetar a legislação, bem como pelo direito que tinha de regular o período de funcionamento das reuniões atinentes ao exercício da legislatura. Montesquieu expõe sua teoria com clareza e precisão, ao apontar:

O corpo legislativo não deve convocar a si mesmo. Porque esse corpo só se reputa ter vontade quando está reunido. Se não se reunisse em sua totalidade, não se poderia dizer qual a parte que seria verdadeiramente o corpo legislativo: a que estava reunida, ou a que não estava. Se o corpo legislativo tivesse o direito de prorrogar a si mesmo, poderia ocorrer de não prorrogar-se ele nunca; o que seria perigoso, caso quisesse atentar contra o Poder Executivo. Além disso, existem épocas mais convenientes do que outras para a reunião do corpo legislativo. Por tudo isso, é preciso seja o Poder Executivo que regule a época e a duração das legislaturas, de acordo com as circunstâncias dele conhecidas. Se o Poder Executivo não tiver direito de frear as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico. Porque, podendo atribuir-se todo poder imaginável, aniquilará os demais poderes. Mas não é preciso tenha o Poder Legislativo, reciprocamente, a faculdade de frear o Poder Executivo. Porque, tendo limites à execução por sua natureza, é inútil restringi-la. Além do que o Poder Executivo se exerce sempre sobre coisas de momento. [...] Entretanto, se, num Estado livre, o Poder Legislativo não deve ter o direito de parar o Executivo, terá o direito, e deverá ter a faculdade, de examinar de que maneira foram executadas as leis que fé. (MONTESQUIEU, 1999, p. 176).

Já o Judiciário, conforme mencionado anteriormente, não foi incluído no sistema de controle recíproco, de modo que não interferiria nos demais poderes e vice-versa, sendo considerado por Montesquieu um poder nulo, posto que competiria a ele simplesmente pronunciar a letra da lei, a qual deveria ser precisa e aplicável a todas as situações, consagrando-se o ideal iluminista do direito natural de viés racionalista, pelo qual a lei seria a perfeita materialização deste, em razão de sua produção pela *recta ratio*, que imperava na época do século XVIII. Para tanto, o Judiciário deveria ser composto por pessoas tiradas do seio do povo, que, por sua vez, comporiam as cortes ordinárias, não

necessariamente dotadas de conhecimento jurídico, e tão somente em determinadas épocas do ano, da maneira estipulada em Lei, cuja composição não deveria perdurar além do que exigisse a necessidade.

O Judiciário, igualmente, não era uma função absoluta e plena no Estado, sendo repartida, em parte, com o Poder Legislativo nas seguintes situações:

a) Os grandes estão sempre sujeitos à inveja. Se fossem julgados pelo Povo, poderiam estar em perigo, e não gozariam do privilégio que tem o menor dos cidadãos, num Estado livre, de ser julgado por seus pares. Precisa pois sejam citados os nobres não perante os tribunais ordinários da Nação, mas perante essa parte do corpo legislativo composta de nobres. b) Pode suceder que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, seja em certos casos rigorosa demais. Mas os Juízes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar a força, nem o rigor. [...] c) Pode acontecer outrossim que algum cidadão, nos negócios públicos, viole os direitos do Povo, e cometa crimes que os Magistrados instituídos não possam ou não queiram punir. (MONTESQUIEU, 1999, p. 180).

Jean-Jaques Rousseau, de certo modo, também compartilha das mesmas ideias de Montesquieu, na medida em que sustenta em sua obra *O Contrato Social* ou *Princípios de Direito Político*, publicada em 1762, o ideal iluminista de supremacia do Poder Legislativo e submissão do judiciário às leis.

Pela detida análise do texto da obra, infere-se do pensamento daquele que, antes dos homens associarem-se entre si, existia um estado primitivo, denominado de estado de natureza, o qual, posteriormente, seria preterido em razão de um estado civil, a ser regulado pelo um pacto ou contrato social que estabeleceria entre os cidadãos a igualdade, bem como regeria a relação de soberania e o exercício regular do poder político. Para Rousseau (2006, p. 26), “o que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto deseja e pode alcançar; o que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que o que possui”. E continua:

Imediatamente, em vez da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantos são os votos da assembléia, o qual recebe, por esse mesmo ato, sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública, assim formada pela união de todas as demais, tomava outrora o nome de *Cidade*, e hoje o de *República* ou de *corpo político*, o qual é chamado por seus membros de *Estado* quando passivo *soberano* quando ativo e *Potência* quando comparado aos seus semelhantes. Quanto aos associados, eles recebem o nome de *povo* e se chamam, em particular, *cidadãos*, enquanto participantes da autoridade soberana, e *súditos*, enquanto submetidos às leis do Estado. (ROUSSEAU, 2006, p.22, grifo original).

Feitas essas colocações, passa o filósofo à distinção das diversas espécies ou formas de governo, cujo critério de classificação em democracia, aristocracia e monarquia ou governo real leva em conta, dentre outros aspectos, o número de membros que as compõem, para, logo em seguida, elencar qual seria a forma ideal:

O soberano pode, em primeiro lugar, confiar o governo a todo o povo ou à maior parte do povo, de modo que haja mais cidadãos magistrados que simples cidadãos particulares. Essa forma de governo denomina-se *Democracia*. Ou então pode confiar o governo nas mãos de um pequeno número, de sorte que haja mais simples cidadãos que magistrados, e essa forma de governo recebe o nome de *Aristocracia*. Pode, enfim, concentrar todo o governo nas mãos de um magistrado único, de quem os demais recebem o seu poder. Essa terceira forma é a mais comum e denomina-se *Monarquia* ou governo real. [...] Se, nos diferentes Estados, o número dos magistrados supremos deve estar na razão inversa do número dos cidadãos, segue-se que, em geral, o governo democrático convém aos pequenos Estados, o aristocrático aos médios e o monárquico aos grandes. (ROUSSEAU, 2006, p. 81-82, grifo original).

Com relação à distinção das funções fundamentais do poder político, salta aos olhos a predileção do autor pelo Poder Legislativo, na medida em que:

O legislador é, sob todos os pontos de vista, um homem extraordinário no Estado. Se o é por ser gênio, não o é menos por seu cargo. Não se trata de magistratura, nem de soberania. Esse cargo, que constitui a República, não entra em sua constituição. [...] O princípio da vida política repousa na autoridade soberana. O poder legislativo é o coração do Estado; o poder executivo, o cérebro, que dá movimentos a todas as partes. O cérebro pode paralisar-se e o indivíduo continuar a viver. Um indivíduo torna-se imbecil e vive, mas, tão logo o coração deixa de funcionar, o animal morre. (ROUSSEAU, 2006, p. 50-107).

Para Rousseau (2006, p. 72), se ao legislador caberia a confecção das regras de conduta, ao príncipe restava, então, o exercício legítimo do Poder Executivo, no caso, o governo, “um corpo intermediário estabelecido entre os súditos e o soberano, para permitir sua mútua correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil como política”.

Entretanto, novamente, o Judiciário ficou à margem dos demais poderes, tendo por função a simplória atividade de conservar as leis e o poder legislativo, protegendo o soberano contra o governo, sustentar o governo contra o povo e manter o equilíbrio em ambos os lados.

Preocupava-se o filósofo, ainda, com a ingerência do Poder Judiciário no âmbito de Poder Legislativo e com o controle deste por parte daquele, afirmando que:

A melhor forma de prevenir usurpações de um corpo tão temível, forma essa que nenhum governo atentou até aqui, seria não tornar esse corpo permanente, regulamentando os intervalos durante os quais ficaria suprimido.

Tais intervalos, que não devem ser suficientemente grandes para não dar aos abusos tempo para afirmar-se, podem ser fixados pela lei, de modo que seja fácil abreviá-los, quando necessário, por comissões extraordinárias. (ROUSSEAU, 2006, p. 148).

Assim, conclui-se que as ideias de forte conteúdo racionalista e liberal de Rousseau assemelham-se, em parte, com as de Montesquieu, posto que objetivassem obstacularizar a interferência da classe dos magistrados no âmbito do Poder Legislativo, bem como tencionavam submeter os juízes a exata previsão da Lei.

1.3.3 NOS EE.UU

Com o fito de debater a promulgação da primeira e única Constituição dos Estados Unidos da América, datada do ano de 1787, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, ferrenhos combatentes para a ratificação da mesma junto aos demais Estados, escreverem 85 artigos que descreviam de modo racional a construção de uma forma de governo republicana pautada na teoria dos três poderes (ou, em outras palavras, separação dos poderes) publicados, à época, em alguns jornais e, posteriormente, condensados em forma de livro, representando-se, assim, um marco no constitucionalismo americano.

Madison (1984, 393-394), de pronto, ao indagar sobre a rígida separação dos poderes, questiona o fato desta não ser indispensável, tampouco exequível, bastando, para tanto, que nenhum ramo exerça todo o poder de outrem e que haja segurança do exercício deste mesmo poder contra a usurpação dos demais. Em suma, os poderes deveriam estar bem repartidos e equilibrados entre si para que nenhum deles pudesse transpor seus limites legais sem ser impedido e controlado pelos demais.

Destarte, partindo-se para a análise de cada um dos poderes, é assaz pertinente a preocupação de Madison em dividir o Poder Legislativo, tendo em vista que, enquanto nas monarquias, o Executivo seria uma ameaça às liberdades, já nas repúblicas o Legislativo, necessariamente predomina, podendo tornar-se um governo despótico. Dessa forma, umas das soluções alcançadas foi a instituição de um Legislativo bicameral, composto por duas casas, a Câmara e o Senado, de modo que medidas apressadamente aprovadas por umas das casas poderia receber uma tratamento mais cauteloso por parte da outra, assegurando-se dois tipos de análise sobre a norma. Para Madison (1984, p. 419):

No governo republicano predomina necessariamente a autoridade legislativa. A solução para este inconveniente está em repartir essa autoridade entre diferentes ramos e torná-los, utilizando maneiras diferenciadas de eleição e distintos princípios de ação, tão poucos interligados quanto for permitido por suas funções comuns e dependência da mesma comunidade.

O Senado, para Madison (1984, p. 479-484), assumia um papel de destaque, posto que funcionasse como um elemento estabilizador, apto a proteger o Executivo de deliberações temerárias tomadas pela Câmara e, outrossim, protegeria a minoria contra as opressões da maioria. Acrescente-se a isso o fato de possuírem os senadores, em tese, mais maturidade quanto à idade e à vivência política.

Destaca Alexander Hamilton (1984, p. 499, grifo original) que, além das funções típicas conferidas ao Senado, notadamente a iniciativa para propor projetos de lei sobre determinada matéria, a Constituição Americana igualmente conferiu a participação do mesmo ao lado do Executivo em determinadas nomeações, bem como a sua atuação judicial como corte para julgar os casos de *impeachments* (processo de cassação de mandato de autoridades), tendo em vista que:

Os assuntos de sua jurisdição são aquelas ofensas resultantes de conduta irregular de homens públicos ou, em outras palavras, do abuso ou violação de confiança neles depositada. Tais ofensas são de uma natureza que, como peculiar propriedade, poderia ser qualificada como *política*, eis que elas se referem principalmente a transgressões praticadas diretamente contra a própria sociedade.

A Câmara, por sua vez, além de possuir a competência para propor determinados projetos de lei, alguns ainda de maior relevância do que os do próprio Senado, como o caso daqueles que envolve receitas patrimoniais, era o órgão responsável para apurar as eventuais denúncias, formando uma espécie de inquérito, para, em seguida, enviá-lo ao Senado para julgamento, de modo que a mesma autoridade que acusasse não fosse a mesma a ter o poder de decisão nas mãos. (HAMILTON, MADISON e JAY, 1984, p. 507).

Cabia ainda ao Senado, sustenta Hamilton (1984, p. 499-503), aprovar os candidatos indicados pelo Presidente para ocupar os cargos públicos. É importante que se frise: não competia ao Senado interferir nas escolhas do Executivo, mas tão somente, por meio de parecer, aprovar ou não a designação de determinado indivíduo. O motivo do veto, então, teria por escopo evitar favoritismo por parte do Presidente e ou impedir nomeações de candidatos incapazes, despreparados, temerários ao interesse públicos e com interesses em aspirações pessoais ou propósitos demagógicos.

Assim, competia ao Executivo indicar, para que, depois, com parecer e aprovação do Senado, pudesse nomear embaixadores, outros representantes diplomáticos, cônsules, juízes da Suprema Corte e demais funcionários públicos dos Estados Unidos, cuja forma de nomeação diversa não fosse prevista na Constituição.

Conforme observado, da análise dos artigos de Madison, pouco se percebe uma ênfase na questão do sistema de controles recíprocos realizado pelos poderes Executivo e Judiciário em desfavor do Legislativo.

Hamilton (1984, p. 529, 530 e 548), ao discorrer sobre o Poder Executivo, destaca seu papel, bem como alude à prerrogativa de que pode lançar mão seu chefe, qual seja, o veto qualificado contra atos e resoluções das duas casas do Poder Legislativo:

A energia no Executivo constitui uma característica marcante na definição de um bom governo. Ela é essencial para a proteção da comunidade contra ataques estrangeiros; não é menos essencial a um firme cumprimento das leis, à defesa da propriedade contra aqueles artifícios irregulares e arbitrários que tantas vezes interrompem o curso da justiça; à garantia da liberdade contra as manobras da ambição, das facções e da anarquia. [...] Os ingredientes que asseguram a eficiência no Executivo são: unidade, uma devida dependência do povo e uma exata noção de responsabilidade. [...] O primeiro ponto que desperta nossa atenção é o veto qualificado do Presidente aos atos ou resoluções das duas casas do Legislativo; em outras palavras, seu poder de restituir qualquer projeto, apresentando objeções que impedem sua transformação em lei, a menos que, posteriormente, seja ratificado por dois terços dos integrantes de cada casa do Legislativo.

A finalidade do veto é a de, além de servir como uma barreira para o Executivo, impedir a aprovação de leis inconvenientes, criando um controle sobre o Poder Legislativo, de modo a resguardar os cidadãos contra decisões precipitadas e prejudiciais ao interesse público, mesmo que advenham da decisão da maioria presente nas casas legislativas. Isso porque:

Quanto mais for analisada uma medida e quanto maior a diversidade das situações dos que a analisaram, tanto menor será o perigo de ocorrerem os erros próprios da falta de cauteloso estudo ou resultantes de algum sentimento exacerbado ou de inconfessáveis interesses, que tenham dominado a maioria. (HAMILTON, MADISON e JAY, 1984, p. 549).

No que cinge ao Poder Judiciário, Hamilton o considera como o mais fraco e inofensivo de todos os demais poderes e, por conta disso, deve tomar certas precauções possíveis para defender-se de eventuais ataques dos outros. Assim, devem ser garantidas ao Judiciário determinadas condições para assegurar sua firmeza, no caso, a vitaliciedade, a irredutibilidade dos vencimentos e a independência. A razão para tanto existe por conta que:

O Executivo dispõe não apenas das honrarias, mas também da espada. O Legislativo, além de manter os cordões da bolsa, prescreve normas pelas quais cada cidadão deve regular seus direitos e deveres. O Judiciário, porém, não tem a menor influência sobre a espada nem sobre a bolsa; não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem „força“ nem „poderio“, limitando-se

simplesmente a julgar, dependendo até do auxílio do ramo executivo para a eficácia dos seus julgamentos. (HAMILTON, MADISON e JAY, 1984, p. 576).

Com relação ao *judicial review*, ou seja, a competência das cortes para declarar nulos determinados do Legislativo, porque contrários a legislação, errôneo é o pensamento de que, *de per si*, acarretaria uma suposta superioridade do Poder Judiciário para com o Poder Legislativo, isso porque, para Hamilton (1984, p. 577) “não há posição que se apóie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade”. Assim, não se configuraria uma superioridade, mas, outrossim, uma interferência, própria do sistema de freios e contrapesos.

Dessa forma, a Constituição seria, de fato, a lei fundamental e, por isso, deve ser considerado como tal pelos magistrados, cabendo a estes interpretá-la, bem como qualquer resolução do legislativo, com vistas a analisar se há consonância entre as disposições de ambas. Nesse sentido:

Todavia, esta conclusão não deve significar uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Somente supõe que o poder do povo é superior a ambos; e que, sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias. (HAMILTON, MADISON e JAY, 1984, p. 578).

Assim, denota-se que os federalistas, além de usarem a Teoria da Separação dos Poderes preceituada por Montesquieu, realizaram a importante tarefa de aprimorá-la, posto que notassem que a simples repartição de função não seria bastante para frear os impulsos dos legisladores, sendo necessário, para tanto, um mecanismo de controle recíproco, intitulado por *checks and balances*.

1.4 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA PÓS-MODERNIDADE:

A Separação dos Poderes trouxe assaz contribuição para o período em que se esteve sob a égide do Estado Liberal, sendo base, inclusive, para a estruturação do Estado Social. Entretanto, com o advento desde, notadamente após o período pós-guerra, em que as transformações no mundo social, bem como na política e na economia foram evidentes e inquestionáveis, restou pertinente uma releitura do princípio em questão, conforme adiante será demonstrado.

1.4.1 A FORMAÇÃO DO ESTADO DE BEM ESTAR-SOCIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Preambularmente, antes de se iniciar o trato da formação do *Welfare State* ou Estado de Bem-Estar Social, é de relevo contemplar a questão histórica, evitando-se, de pronto, incursões passadas

supérfluas, cujo marco inicial coincide com o Estado Liberal e o término seria o Estado Democrático de Direito.

Assim, inicia-se com a análise do Estado de Direito, aquele surgido com a passagem da Monarquia Absoluta para a Monarquia Constitucional, sendo este um Estado tipicamente liberal, constitucional e também conhecido por Estado do *Laissez Faire*. Por uma análise perfunctória da expressão, Estado de Direito é aquele subordinado ao Direito, sujeito a normas jurídicas preexistentes aptas a regularem seus atos, ou seja, um Estado vinculado à Lei, que, para possuir validade, deve ser confeccionada por autoridade diversa da que a aplica, restando ainda necessária outra autoridade diversa de ambas as anteriores com a incumbência de julgar eventuais irregularidades cometidas em desfavor do texto legal. E arrebatada Carlos Ari Sundfeld (1999, p. 39):

Assim, definimos Estado de Direito como o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.

Dessa forma, observa-se que as características fundamentais do Estado de Direito seriam: I - a supremacia da Constituição, de modo que esta define a competência legislativa, qual a forma de produção do direito e quais os limites a serem observados pela lei; II - a separação do Poderes, sendo a divisão do exercício do poder político em três funções uma forma dos Poderes controlarem-se mutuamente; III - a Superioridade da Lei, com vistas a condicionar os atos normativos do Executivo e às sentenças do Judiciário ao seu comando normativo; e, por fim, IV - a garantia de direitos individuais, dando-se ensejo à expressão *direito público subjetivo*, ou seja, o direito que o indivíduo titulariza em desfavor do Estado.

Entretanto, o Estado absenteísta oriundo do liberalismo, ou seja, aquele baseado na não interferência estatal nos negócios privados, restringindo-se a questões de ordem, paz e

segurança, não foi capaz de suprir as necessidades dos cidadãos, sendo recorrente a presença de diversas carências sociais e a necessidades destes em constituírem demais direitos, tais como melhores condições de saúde, trabalho, educação, lazer, notadamente após o período da Revolução Industrial na Inglaterra (e, posteriormente, na Europa Continental), logo na segunda metade do século XVIII, marcando-se, para tanto, a passagem do Estado de Direito para o Estado Social, ou Estado de Bem-Estar Social ou ainda *Welfare State*. Segundo Bonavides (1996, p. 186):

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.

Dessa forma, seguindo-se uma tendência europeia de Estado protetor e garantista, especialmente a partir da promulgação da Lei dos Pobres, de 1601; da Revolução Inglesa (1640-1688) e da própria Revolução Americana de 1776 - a qual trouxe ideias ligadas à cidadania - sem se esquecer da Constituição Alemã de 1919 (Weimar) - que apresentou extraordinário avanço no tocante aos direitos sociais, ao elevá-los a categoria de normas constitucionais - o capitalismo americano, nos últimos anos do século XIX, foi alvo dos primeiros movimentos obreiros - em decorrência do aumento da imigração, e após a crise econômica gerada pelo primeiro pós-guerra no século XX – sendo o Estado pressionado pela sociedade e levado a tomar uma postura ativa como agente fomentador da economia, de modo a incentivar a indústria e agir como intermediário entre a força do poder econômico e a hipossuficiência da classe operária. Continua Sundfeld (1998, p. 54-55, grifo original):

O estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o *desenvolvimento* (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização de *justiça social* (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico). Em primeiro plano, aparecem os chamados *direitos sociais*, ligados, sobretudo à condição dos trabalhadores: garante-se o direito salário mínimo, restringe-se – em nome da proteção do economicamente fraco – a liberdade contratual de empregadores e empregados. De outro lado, o indivíduo adquire o *direito de exigir certas prestações positivas do Estado*: o direito à educação, à previdência social, à saúde, ao seguro-desemprego e outros mais.

A diferença básica entre o Estado de Direito e Estado Social reside no fato de que enquanto aquele impunha tão somente barreiras ao Estado, sem, contudo, obrigá-lo a prestações positivas, já neste, ambas as hipóteses ocorrem. Nessa senda, o segundo mantém-se sob a base do primeiro, agregando, para tanto, certo valores a serem observados. O jurista espanhol, Pablo Lucas Verdú (2007, p. 90-91, grifo original), com a propriedade que lhe é pertinente, bem resumiu a questão:

O Estado de Direito foi se enriquecendo de conteúdo. Nascido frente ao *Fürstenstaat* e o *Polizeistaat*, resgatou os indivíduos da ameaça das *lettres de cachet* (ordens de prisão ou de auxílio emitidas pelo monarca ou pelos

secretários de Estado) e do capricho dos governantes. O Estado de Direito serviu de apoio para os direitos subjetivos públicos, convertendo os súditos em cidadãos livres. Os movimentos sociais do século XIX revelaram a insuficiência das liberdades burguesas, permitindo que se formasse uma consciência da necessidade da justiça social. Mas o Estado de Direito, que já não podia se justificar como liberal, precisou abandonar a sua neutralidade para afrontar a maré social, além de integrar a sociedade sem renunciar ao primado do Direito.

Assim, o Estado o Bem-Estar Social, ou também conhecido por *Estado Providência* ou *Estado Interventor*, passaria, conseqüentemente, a assumir uma nova postura, com vistas a: I - ordenar a sociedade enquanto pluralidade; II - minimizar as desigualdades sociais, de modo a diminuir os efeitos causados pelas crises nas classes menos privilegiadas; III - desenvolver políticas públicas voltadas para a massa populacional; IV - incentivar a sindicalização, investir na indústria de base (a que produz matéria prima para outra empresa) e na indústria de transformação - que faz a matéria em algum tipo de produto comercial já a ponto de ser consumido ou usado; e V - obter uma ampla cobertura no âmbito da seguridade social.

Entretanto, o fato do Estado Social de Direito possuir uma plataforma ligada à realização de bem-estar social não ensejaria necessariamente um Estado Social e Democrático de Direito. Por este, entenda-se:

Iniciando nossa construção do conceito de Estado Democrático – ao qual iremos agregando, pouco a pouco, todas as notas que definam as condições suficientes de um Estado do gênero -, podemos defini-lo como aquele onde o povo, sendo o destinatário do poder político, participa, de modo a regular e baseado em sua livre convicção, do exercício desse poder. O mero Estado de Direito decerto controla o poder, e com isso protege os direitos individuais, mas não garante a participação dos destinatários no seu exercício. (SUNDFELD, 1998, p. 49).

Denota-se, então, para a caracterização dessa forma de Estado um elemento fundamental, qual seja a democracia, ou seja, a legitimidade do exercício do poder político é obtida junto ao povo. À guisa de ilustração, convém que se cite o exemplo dos regimes nazi-fascistas, ambos Estados Sociais, porém, de legitimidade do exercício do poder político questionável atualmente.

Assim, na segunda metade do século XX, ocorreu a democratização dos direitos sociais, dando origem ao Estado Social e Democrático de Direito.

Carlos Ari Sundfeld (1998, p. 51), quando se refere a este, explicita que os direitos garantidos pela Constituição, à época do Estado de Direito, limitavam-se à proteção de manifestações individuais em desfavor do Poder Político, tais como o exercício de uma profissão, a existência do devido processo legal, o direito à propriedade, ampliando-se em outros com o advento do Estado Democrático de

Direito, tais como o asseguramento jurídico de participação popular nas eleições, o direito de votar, ser votado, de fundar e se filiar a partidos políticos, bem como em outros de maior magnitude, como aqueles referentes à liberdade de expressão do pensamento, de imprensa, de reunião, de informação, dentre outros.

Por fim, o autor (SUNDFELD, 1998, p. 53), da análise da ideia de Estado Democrático de Direito, retira determinados elementos que o compõem, qual sejam: I - criado e regulado por uma Constituição; II - os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; III - o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estaduais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; IV - a lei produzida pelo Legislativo deve ser necessariamente observada pelos demais Poderes; V - os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado.

1.4.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A RELEITURA DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

A Judicialização das Políticas Públicas ou a Expansão do Poder Judicial é um fenômeno cuja origem nos remonta aos Estados Unidos da América, sendo o mesmo considerado, a “casa” da judicialização da política, a qual se materializou no mundo jurídico por intermédio da obra *The Global Expansion of Judicial Power*, organizada por Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder, obra esta que aborda, dentre outros assuntos, a definição de *judicialização*, proposta por Vallinder, bem como elenca as condições institucionais e comportamentais aptas a ensejar a ocorrência da mesma, com base nos estudos e pesquisas de Tate e, por fim, versam ainda, por meio de Martin Shapiro, especificamente, sobre a origem, a força e experiência americana no tocante ao controle jurisdicional das políticas públicas. Por judicialização, leia-se:

Thus the judicialization of politics should normally mean either (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process⁵.

Os autores expõem ainda com clareza e precisão as duas formas de manifestação da judicialização, vejamos-se, pois:

The phenomenon we have just described represents the most dramatic instance of the global expansion of judicial Power, which, for brevity, we shall frequently refer to as „the judicialization of politics“. Another, less dramatic instance of the expansion of judicial power, or judicialization, is the the

domination of non judicial negotiating or decision-making arenas by quasi-judicial (legalistic) procedures. This instance also appears to be on the rise⁶.

Desde meados do século XX até o início do presente século XXI, notadamente no decorrer do período subsequente a Segunda Grande Guerra, o mundo passou a se preocupar com a tutela do Estado Democrático de Direito, por intermédio de uma Corte Constitucional ativa e a presença de direito e garantias fundamentais necessárias não só proteger os cidadãos contra os abusos do Estado, mas também para assegurar a existência de garantias vitais e sociais mínimas, devendo-se ressaltar que tais direitos, na maioria dos países de cunho democrático, deslocaram-se da Lei para a Constituição, conferindo-se, portanto, aos tribunais a prerrogativa de ser o guardião supremo desta, participando, para tanto, ativamente das decisões políticas, as quais antes se cingiam ao Legislativo e ao Executivo. Estava inaugurada a era do *Welfare State*, ou seja, a era do Estado de Bem-Estar Social.

Um caso emblemático, e que merece destaque, ocorrido nos E.E.U.U., a exemplificar o que fora exposto, foi o *Brown v. Board of Education of Topeka*. Linda Brown, uma estudante negra de oito anos, residente no Estado do Kansas, era obrigada a caminhar cerca de um quilômetro e meio por dia para chegar a sua escola exclusiva para afro-americanos, enquanto que há sete quarteirões da sua casa havia outra escola pública, entretanto, destinada somente para alunos brancos. Irresignada, sua família ajuizou uma ação judicial contra o Distrito Escolar da cidade de Topeka com o fito de reverter essa situação de desigualdade. É certo que à época imperava o período da segregação racial entre os americanos, porém, a Suprema Corte americana, em 1954, tomou uma posição de referência, decidindo que, em que pese imperar a doutrina de „separados, mas iguais“, a qual permitia a segregação social nas escolas, exigia-se que as instalações e facilidades destinadas aos brancos fossem as mesmas para os afro-americanos. Ao todo, cento e um membros da Câmara dos Representantes e dezenove senadores assinaram o Manifesto Sulista, condenando a decisão da Suprema Corte. Assim:

Brown becomes a model for a long series of major policy changes initiated by the Warren and Burger Courts at the behest of groups conducting conscious litigation campaigns. Through case-by-case lawmaking the Warren Court introduced a nationally uniform and reformed set of police procedures for dealing with accused, a new national law of obscenity, profound reform of the system of electing state and federal legislators, and a new libel law more protective of criticism of public officials⁷.

Tate e Vallinder (1995, p. 2-3) apontam alguns fatores de cunho internacional que contribuíram para expansão e consolidação da judicialização da política, dentre eles: I - o colapso do regime totalitário comunista na Europa Oriental e o desaparecimento da União Soviética, deixando os E.E.U.U., como a única superpotência; II - a tendência de democratização na América Latina, que, dada às circunstâncias

que as novas democracias foram construídas, a inclusão de um sistema judicial forte soaria quase como inevitável; III - a influência da jurisprudência e da ciência política americanas; IV - a ratificação, por parte dos países, de acordos e convenções internacionais que versavam sobre direito humanos; e V - a desconfiança nos ministros e deputados ser mais acentuada do que a desconfiança nos juízes.

Em seguida, Chester Neal Tate (1995, p. 28-34) passa a enumerar as condições que facilitam a expansão do Poder Judiciário, quais sejam: a democracia, a separação dos poderes, a política de direitos, o uso das cortes por grupos de interesses, o uso da corte pela oposição, a ineficácia das instituições majoritárias, a percepção das instâncias formadoras de opinião das limitações das instituições de produção de políticas públicas perante o judiciário sobre as instituições políticas e a delegação (voluntária ou involuntária) das instituições majoritárias.

Analisa-se, doravante, pormenorizadamente, cada uma das condições apresentadas.

A democracia surge como uma necessidade, em que pese não ser uma condição suficiente para a ocorrência da judicialização, isso porque:

It is hard to imagine a dictator, regardless of his or her uniform or ideological stripe, (1) inviting or allowing even nominally independent judges to increase their participation in the making of major public policies, or (2) tolerating decision-making processes the place adherence to legalistic procedural rules and rights above the rapid achievement of desire substantive outcomes. The presence of democratic government thus appears to be a necessary, though certainly not a sufficient, condition for the judicialization of politics⁸.

A Teoria dos Três Poderes surge para corroborar essa ideia, na medida em que coloca o Poder Judiciário como autônomo no tocante à formulação de políticas públicas, bem como estaria o mesmo em condições de concorrer ou até mesmo se opor ao Legislativo e ao Executivo. Entretanto, atenta Tate para uma questão importante, qual seja: “on the other hand, one should remember that in separation-of-powers systems the formal duty assigned to judges is always to interpret, and not to make, the laws”⁹.

Outro fator que se destaca sobremaneira, segundo o autor (TATE, 1995, p. 30), é a existência de uma política de direitos ou a presença de uma carta constitucional de direitos, todavia, adverte ele ser uma condição facilitadora, mas não suficiente:

Regardless of whether there is a formal bill of rights, an acceptance of the principle that individuals or minorities have rights that can be enforced against the will of putative majorities seems very likely to increase the policy

significance of those - the judges - whose institutional location usually makes it easier for them to make rules that favor minorities over majorities¹⁰.

Já a situação do uso das cortes por grupos de interesses ocorre quando determinados grupos sociais, tais como o dos homossexuais, negros, deficientes físicos e ou mentais, vão em busca de efetivação de direitos fundamentais, os quais restariam inviabilizados caso se restringissem ao palco político propriamente dito em decorrência da ausência ou da pouca representatividade política no âmbito do Legislativo.

Se é certo que o Judiciário é cenário para implementação de garantias constitucionais básicas por parte da minoria, é também certo que as oposições parlamentares fazem uso dos tribunais, notadamente quando saem prejudicadas pela baixa representatividade no parlamento ou então não alcançam seus interesses internamente por intermédio do processo legislativo. À guisa de ilustração, utilizando a jurisdição pátria, em consulta ao sítio¹¹ do Supremo Tribunal Federal, é possível constatar-se que o número de Ações Direitas de Inconstitucionalidade – ADI"s – propostas pelos partidos políticos, no período de 1988 a 28 de fevereiro de 2010, alcançam a cifra de 770 (17,6%) de um total de 4.366.

A ineficácia das instituições majoritárias também contribui para o fenômeno do controle jurisdicional das políticas públicas e pode ocorrer de duas formas, vejamos, pois, segundo Tate e Vallinder (1995, p. 31):

If the opposition can redefine a „legislative“ dispute as one that involves a „right“, it can shift it from a forum in which the majority"s right to rule is accepted, into one in which minorities are acknowledged to have rights that can be asserted against majorities by nonmajoritarian institutions like courts. A second condition may be the weakness of political parties and governing coalitions (see the chapters by Holmström and Edelman). When executives are unable to govern through disciplined parties with effective legislative majorities, they will find it difficult to develop effective policies with the political and public support that can sustain them through opposition challenges directed to the judiciary¹².

Outra circunstância que fomenta o uso da judicialização é a má percepção por parte dos cidadãos com relação aos membros das instituições majoritárias. Não é por menos que, conforme Tate (1995, p. 31), quando os líderes governamentais são vistos como imobilizados ou até mesmo corruptos, não é de se surpreender a concessão da decisão política ao Judiciário, o qual tem uma reputação de competência e retidão.

Pode ocorrer ainda a delegação (voluntária ou involuntária) da realização das políticas públicas pelas próprias instituições majoritárias ao Judiciário. Ou seja, a transferência do poder de decidir se dá em razão das instâncias políticas não desejarem se onerar com tomadas de decisão que, em pesem serem

justas ou legais, vão de encontro à ideologia política segmentada no governo ou parlamento, tendo em vista que os custos políticos da decisão seriam por demais avassaladores.

Por fim, conclui Tate (1995, p. 33) que inobstante haja uma constelação de condições favoráveis ao tema, o desenvolvimento real da judicialização da política exige que os julgadores tenham atitudes pessoais e preferências políticas ou de valores, sobretudo como relação aos valores dos demais tomadores de decisão. Em suma:

Under otherwise favorable conditions, judicialization develops only because judges decide that they should (1) participate in policy-making that could be left to the wise or foolish discretion of other institutions, and, at least on occasion, (2) substitute policy solutions they derive for those derived by other solutions. To clarify, I must note that I accept the aphorism „not to decide is to decide”¹³.

Vallinder, por sua vez, (1995, p. 14) aponta as diferenças entre a política tomada pelos tribunais e a efetuada pelo Legislativo, afirmando que enquanto naqueles têm-se duas partes e um terceiro imparcial na qualidade de juiz, o qual sopesará os argumentos trazidos ao foro para então observar as normas gerais referentes a orçamento para então chegar à solução correta, neste o que se vê é a presença de várias partes, cujo princípio apto a prevalecer é o da maioria no tocante à tomada de decisões com o fito de se alcançar uma solução politicamente viável. Para isso, continua:

In this connection it is the task of the courts to shelter the fundamental rights of citizens, what we, following Isaiah Berlin, call „negative' freedom. The legislature, on the other hand, has to take care of the rights and obligations of the (legislative) majority. The judicialization of politics may roughly be said to signify upgrading the first principle at the expense of the second¹⁴.

Prosseguindo na mesma esteira de raciocínio, faz-se mister a análise do artigo de Martin Shapiro, intitulado por *The United States* e condensado ainda na obra *The Global Expansion of Judicial Power* (1995). Shapiro (1995, p. 43) faz uma abordagem acerca da judicialização das políticas públicas diretamente relacionada ao modelo americano, afirmando, preliminarmente, em seu texto serem os Estados Unidos o berço da expansão do Poder Judiciário, por uma série de peculiaridades, dentre elas, pelo fato das colônias serem organizadas sob cartas reais, as quais eram vistas por contratos juridicamente vinculantes.

O distinto modo de seleção dos juízes americanos observa Shapiro (1995, p. 44-45), pode ser a causa da solidez da judicialização nos Estados americanos. Isso porque, por exemplo, no caso do sistema judicial britânico, os juízes são selecionados por uma elite de advogados relativamente fechada e indiferente ao governo e seus opositores. Todavia, no sistema judicial americano, os juízes são selecionados entre pessoas de meia-idade, diretamente envolvidos em empresas privadas, com pouca

ou nenhuma experiência no governo. Os juízes americanos ingressam no Poder Judiciário, assim, após uma vida de envolvimento profundo e direto no setor privado e de representação de clientes privados contra o governo, trazendo, dessa forma, um vasto conhecimento de todos os assuntos do setor privado, diferentemente do que ocorrem com os demais, bem como trazem perspectiva de governar melhor do que a dos próprios governantes. Adiante, prossegue o referido autor (1995, p. 59-61) com algumas justificativas para a expansão do Poder Judiciário e para a necessidade da legitimação da *judicial review* no Estado Democrático de Direito.

Inicia sustentando que a mais ampla justificativa para a expansão do Poder Judiciário se dá pela necessidade de afirmação da Constituição e de direitos humanos universais, sendo o *judicial review* o mecanismo para defender esses direitos mesmo que seja contra a vontade das maiorias.

Outra justificativa reside no fato de que, inobstante serem o Congresso e o Presidente responsáveis pelo cumprimento da Constituição, os tribunais são aptos para focarem a longo-prazo na consecução dos valores constitucionais, tendo em vista que aqueles são pressionados para enfrentarem problemas de imediato com soluções imediatas. Além disso, o processo judicial seria aquele em que a isonomia obriga a mesma atenção a ambas as partes, não importando as disparidades sociais ou recursos políticos.

Por fim, concluir o pensador com um argumento de cunho lógico e de notável destaque, no que tange a expansão global do Poder Judiciário, senão vejamos:

Perhaps the best argument for judicialization is grounded in the virtues of redundancy. It is not really true that governing power can be divided among three great branches, one of which legislates and legislates only, one of which administers and administers only and one of which judges and judges only [...] If the legislative analysis has been done already, why should judges do it again? Perhaps because three heads are better than two¹⁵.

Prosseguindo na mesma linha de entendimento, é de relevo destacar-se a obra *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil* (1999), de autoria conjunta de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, fruto de uma pesquisa iniciada em 1998 sobre as relações desenvolvidas entre o Terceiro Poder e a política e a sociabilidade do país.

Vianna e outros (1999, p. 9) atentam, de pronto, no início da obra, para o novo papel a ser desempenhado pelo Judiciário, antes tido por um poder periférico que restava inacessível aos leigos e era incapaz de compreender os anseios e necessidades da sociedade, passando a ser visto como um

agente detentor de atividade política com vistas a interferir em questões de natureza social. Para tanto, lecionam os autores:

A primazia do Executivo em face do Legislativo seria constitutiva da operação do Estado Social, ao tempo em que faz do direito um dos seus principais recursos de comunicação, pondo sob ameaça a repartição democrática entre os Poderes. O Estado social, ao selecionar o tipo de política pública que vai constar da sua agenda, como também ao dar publicidade às suas decisões, vinculando as expectativas e os comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduz, continuamente, em normas jurídicas as suas decisões políticas. A linguagem e os procedimentos do direito, porque são dominantes nessa forma de Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia. (VIANNA e outros, 1999, p. 20).

Assim, ainda nessa senda, com o *crack* oriundo da quebra das bolsas de valores de Nova York em 1919, dando ensejo ao período conhecido com de *Grande Depressão*, e, posteriormente, com o fim dos estados totalitários da Europa Ocidental e a hegemonia dos governos ligados à social-democracia, estava inaugurada uma nova forma de organização político-social, ou seja, a era do *Welfare State* ou Estado do Bem-Estar Social, cuja ideologia pugnava pela existência de direitos sociais arraigados diretamente à existência de qualquer cidadão. Com muita propriedade, Vianna e outros (1999, p. 22) retratam o que foi exposto:

Assim, a democratização social, tal como se apresenta no *Welfare State*, e a nova institucionalidade da democracia política que se afirmou primeiro, após a derrota do nazi-fascismo e depois, nos anos 70, como o desmonte dos regimes autoritário-corporativos do mundo ibérico (europeu e americano), trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política. O *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa da legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, lhe confiou a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica.

Dessa forma, o Judiciário passaria a ser tido, hodiernamente, como uma instituição essencial e estratégica nos países democráticos, não se limitando a ser mero declarador do direito pré-existente, mas também possuindo aptidão para interpretá-lo, indo os autores acima mencionados mais além, ao afirmarem que:

A indeterminação do direito, por sua vez, repercutiria sobre as relações entre os Poderes, dado que a lei, por sua natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da „certeza jurídica“.

Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de „legislador implícito“. (VIANNA e outros, 1995, p. 21).

Com relação à eventual violação à democracia representativa, típica do Poder Legislativo, no sentido de prevalência da vontade da maioria, cuja decisão, em tese, obrigaria a todos, inclusive, as minorias excluídas de representatividade no parlamento, independentemente se boa ou má, justa ou injusta, Vianna e outros (1999, p. 34-35), parafraseando Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, expõem o problema de forma deveras

objetiva, afirmando que: I - nem sempre há de se imperar o interesse da vontade popular, tendo em vista que, devido à *complexa estrutura política*, constantemente a vontade da maioria vai de encontro ao compromisso firmando entre grupos com interesses distintos; II - o Poder Judiciário tem o condão de garantir aos *grupos marginais*, incapacitados de alcançarem suas necessidades através *poderes políticos*, uma oportunidade de atingirem a tutela desejada por meio do processo judicial; e III - a criação jurisprudencial encontraria seu fundamento na própria constituição, notadamente na declaração dos direitos e liberdades fundamentais que se impõem a qualquer vontade majoritária. E concluem:

Sob uma solução de compromisso entre as forças que disputavam hegemonia na elaboração do texto constitucional, deixava-se para o futuro a concretização dos valores e princípios positivados na Carta, na dependência do novo arranjo de forças subsequente ao processo democrático que a própria Constituição deveria inaugurar. Para uns, a expectativa de que as inovações constitucionais, como o papel da comunidade dos intérpretes no controle abstrato das normas, o mandado de injunção e a nova conceituação do Ministério Público, seriam capazes de, mais tarde, garantir as mudanças; para outros, a de que, tal como em 1946, a declaração dos direitos se limitaria a cumprir funções simbólicas. (VIANNA e outros, 1995, p. 41).

Dessa forma, nota-se que a Teoria dos Três Poderes, da forma como originariamente pensada, não é tida contemporaneamente como o principal mecanismo de controles dos poderes, no tocante à prevenção contra eventuais abusos a serem cometidos, fazendo-se prevalecer o sistema estatudinense dos *checks and balances*, pelo qual o Judiciário, por meio de sua Corte Suprema, interfere analisando a inconstitucionalidade das normas.

2 A LEGITIMIDADE (OU LEGITIMAÇÃO) DO PODER JUDICIÁRIO PARA O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Sempre se debateu muito na seara acadêmica sobre a legitimidade do Poder Judiciário quando da inferência nos rumos das questões políticas e das políticas públicas, seja declarando a inconstitucionalidade das leis, seja lançando mão de decisões judiciais com vistas a garantir a

efetivação dos direitos fundamentais. Seria o Poder Judiciário uma instituição de caráter contramajoritário e antidemocrático? Quais as questões passíveis de controle e quais os mecanismos existentes na Constituição e nas leis ordinárias que dariam a possibilidade do Poder Judiciário exercer esse mister? No presente capítulo, além de se debater as indagações ora postas, analisam-se as formas de legitimação do Poder Judicante no âmbito da efetivação dos comandos constitucionais, sem olvidar-se, entretanto, dos requisitos e limites a serem observados.

2.1 UMA ANÁLISE SOBRE A LEGITIMIDADE: CATEGORIA MERAMENTE POLÍTICA?

Com o evoluir das sociedades contemporâneas, as Constituições tomaram uma postura garantista, no sentido de estabelecer instrumentos jurídicos aos jurisdicionados para a defesa e efetivação dos direitos de segunda e terceira gerações, ainda que conflitantes com os interesses da maioria ou do próprio Estado. Para tanto, as hodiernas Cartas Magnas, dentro de um contexto de social-democracia, na qual os direitos sociais são tratados como direitos fundamentais, designaram os Tribunais Constitucionais para o exercício dessa necessidade, de modo a resguardar as normas contra eventuais abusos advindos do Executivo ou Legislativo.

Jorge Neto, em sua obra *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – Conscientizando a Democracia e os Direitos Sociais Fundamentais* (2009), com uma precisão ímpar, define o considera por políticas públicas, bem como faz uma diferenciação entre estas e as questões meramente políticas.

Para o autor Jorge Neto (2009, p. 101), as políticas públicas seriam todas as ações estatais que visassem à concretização dos direitos fundamentais de segunda - positivados nos artigos 6º. ao 11, no título VII e no título VIII, da CRFB/1988 - e terceira – direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade, cuja titularidade é transindividual¹⁶ - dimensões, sendo um conceito ao qual se agrega ainda três elementos, dois obrigatórios e um accidental, quais sejam: (a) um fazer estatal direcionado para a consecução de um (b) fim, no caso, a própria efetivação dos direitos fundamentais, ligado ou não – daí a natureza accidental desse requisito – a um (c) programa ou planejamento previamente estabelecido.

As questões meramente políticas, também chamadas pela doutrina de simples, exclusivas ou puramente políticas, por sua vez, caracterizar-se-iam como questões que estão fora do âmbito de sindicabilidade pelo Poder Judiciário, posto que estivessem protegidas pelo manto da discricionariedade estabelecida pela própria Constituição para os Poderes Executivo e Legislativo, decorrente do princípio da separação dos poderes e da natureza das funções exercidas por cada um

destes. Conforme explica Francisco Gérson Marques de Lima (2001 apud JORGE NETO, 2009, p. 94), questões meramente políticas seriam aquelas solucionadas a depender de uma faculdade política, por intermédio de poderes unicamente políticos, sendo-se preservada a discricionariedade da autoridade, inderrogável a outro Poder. Todavia, reserva-se o direito de se debater amiúde essa questão da discricionariedade dos meios no último tópico a ser abordado nesse capítulo, quando se tratará dos limites a serem observados pelo Poder Judiciário quando do exercício do ativismo judicial.

Nessa linha, refere-se o entendimento de William Brennan Jr. (apud JORGE NETO, 2009, p. 90, tradução livre), *Justice* – o equivalente a ministro - da Suprema Corte dos Estados Unidos, para o qual a questão política particularizar-se-ia por: I - possuir o órgão do Estado competência constitucional textualmente demonstrável; II - existir uma carência de *standards*¹⁷ judicialmente verificáveis e manejáveis para resolver o caso; III - restar impossível se decidir sem uma determinação política prévia; IV - inviabilizar uma decisão judicial independente da Corte, no sentido de não se desprestigiar os demais poderes de Estado; V - ser necessário, para a consecução da almejada medida, aderir-se a decisões políticas já previamente tomadas; VI - haver a possibilidade de contradições e constrangimentos em face de pronunciamentos diversos de diferentes órgãos sobre uma mesma questão.

Seguindo-se esse raciocínio, leva-se a concluir que questões relacionadas ao mérito administrativo e a regras de boa-administração são impassíveis de controle, posto que não haja critérios objetivos positivados na lei que permitam o controle das condutas dos gestores por parte dos magistrados. Jorge Neto (2009, p. 102) exemplifica uma questão impossível de controle pelo julgador, tida como essencialmente política:

A Constituição da República estabelece, em seu art. 3º, inc. III, por exemplo, que a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Dizer se esse objetivo será alcançado mediante uma política econômica de juros altos, de modo a atrair o capital internacional, ou mediante a decretação da moratória da dívida externa, para que sobre dinheiro no orçamento para investir em programas sociais, cabe exclusivamente ao Poder Executivo, com o aval do Poder Legislativo, dentro do jogo político-democrático, mas está fora do âmbito de sindicabilidade do Poder Judiciário.

Assim, da análise dos conceitos, permite-se concluir que há uma diferenciação entre as políticas públicas e as questões políticas, em que pese ser tênue, de modo que as políticas públicas não se apresentam como questões meramente políticas, posto que aquelas não se enquadrem numa total e plena discricionariedade do legislador. Isso porque o constituinte originário investiu os direitos fundamentais – categoria que inclui tantos direitos individuais, coletivos, difusos, de primeira, segunda

ou terceira dimensões - como auto-aplicáveis, consistindo, portanto, em mandamentos de otimização a serem observados.

Em suma, no que cinge à possibilidade do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, afastando-se, de pronto, a interferência nas questões exclusivamente políticas, uma parcela discricionariada ao Poderes Executivo e Legislativo deve ser respeitada, posto que compete a ambos a autorização, planejamento e a execução das políticas públicas, restando ao Judiciário a incumbência de garantir a efetivação desses direitos e de mitigar a discricionariada político-administrativa com base em juízos de simples conveniência ou de mera oportunidade. Na mesma esteira de raciocínio, pondera Jorge Neto (2009, p. 71):

O Judiciário é o garante do cumprimento das escolhas assumidas pelo poder constituinte originário, não de modo absoluto, voltamos a insistir, não de modo a suprir a instância política. Mesmo porque as escolhas políticas do poder constituinte originário, embora excluam certos caminhos, deixem ao legislador uma margem de escolha para o cumprimento dos objetivos constitucionais ainda infinitas. De toda sorte, como corolário do princípio democrático, a sociedade tem o direito de syndicar tais escolhas; senão substituí-las, vê-las efetivadas e, quando tais escolhas deixem de ser feitas, quando as políticas públicas simplesmente não são adotadas, é direito de a sociedade exigir que, em um prazo razoável de tempo, tais escolhas sejam feitas e as ações sejam efetivadas.

Ante o exposto, conclui-se o debate destacando-se os comentários da Ministra Carmen Lúcia quando do julgamento da ADI 3833 MC/DF (BRASIL, 2006, *on line*), do Supremo Tribunal Federal, com base na obra de Pedro Lessa (1915, p. 54), o qual citando Ruy Barbosa vai além, entendendo que a jurisdição constitucional de forma alguma se mostra incompatível com o sistema democrático, bem como defende que, para se inviabilizar o controle a ser exercido pelo Judiciário para com os demais poderes, não basta que a questão ofereça tão somente aspectos políticos, ou seja, suscetível de efeitos políticos, mas também é necessário que a decisão seja simplesmente, puramente política:

Acabemos, pois, de uma vez com o equívoco, definindo (que)... uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política, fora dos domínios da justiça, e, contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demande, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado. [...] Noutras palavras: a violação de garantias constitucionais, perpetrada à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais. A estes compete sempre verificar se a atribuição política, invocada pelo excepcionante, abrange nos seus limites a faculdade exercida. Em substância, exercendo atribuições políticas e tomando resoluções políticas, move-se o poder legislativo num vasto domínio, que tem como limites um círculo de extenso diâmetro, que é a Constituição Federal. Enquanto não transpõe essa periferia, o Congresso elabora medidas e normas que escapam à

competência do Poder Judiciário. Desde que ultrapasse a circunferência, os seus atos estão sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, que, declarando-os inaplicáveis por ofensivos a direitos, lhes tira toda a eficácia jurídica.

Assim, conclui-se ser inerente ao poder judicante a função política, na medida em que a própria Constituição autoriza o Judiciário a pronunciar-se sobre questões políticas, salvo as eminentemente políticas, respeitando-se, para tanto, determinados limites a ser explorados adiante. Essa questão decorre como consequência do próprio Estado Democrático de Direito, que enseja o controle e a fiscalização do Estado com base nos comandos constitucionais, bem como a acessibilidade dos cidadãos na seleção das políticas públicas com base em mecanismos outros – no caso, o contencioso judicial - que a simples representação indireta.

2.2 FORMAS DE LEGITIMAÇÃO E A TROCA DO SUJEITO CONSTITUCIONAL OMISSO

No que tange ao tema do exercício de uma competência legislativa pelo Judiciário, calha destacar a obra de Walter Claudius Rothenburg, intitulada *Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito – A Perda de Competência como Sanção à Inconstitucionalidade por Omissão* (2005), a qual, com a maestria que lhe é pertinente, traça uma interconexão entre a separação dos poderes e as funções sociais básicas a serem exercidas pelo Poder Público.

De início, em uma breve análise perfunctória, a obra questiona a substituição do titular constitucionalmente eleito pelo poder constituinte originário como apto a implementar as omissões inconstitucionais, por exemplo, aqueles direitos pendentes de regulamentação legal para seu efetivo exercício - direitos bem típicos das constituições garantistas e programáticas, como a nossa atual carta magna, notadamente os direitos sociais - por outro sujeito *encontrável* dentro da própria Constituição, indagando-se, por conseguinte, acerca da possibilidade e da legitimidade de tal câmbio, rompendo-se, assim, a barreira constitucional que impede a efetividade dos comandos da Constituição.

Para tanto, com vistas a garantir a plena aplicabilidade das normas constitucionais, preocupou-se o constituinte originário em traçar mecanismos os quais pudessem forçar os sujeitos constitucionalmente competentes a cumprir o mister para os quais foram designados, seja através da figura do mandado de injunção ou até mesmo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em que pese, no Brasil, não gozarem do devido prestígio junto aos tribunais superiores.

Ao decorrer do respectivo tópico, portanto, pretender-se-á sustentar a possibilidade da troca do sujeito constitucional originariamente competente para realizar determinado comando constitucional - dotado de auto-aplicabilidade ou não e desde que prazo razoável para regulamentação da norma

tenha sido decorrido *in albis* - como sanção à omissão inconstitucional, bem como demonstrar as várias formas de legitimação do respectivo sujeito apto a realizar as previsões constitucionais.

Luigi Ferrajoli (1999 apud ROTHENBURG 2005, p. 23), com a elegância que lhe é própria, destaca a crise pela qual vem sofrendo o Estado Social - no qual o surgimento de complexas demandas, em especial, a efetivação dos direitos sociais, é dever propício – e a dificuldade de efetivação dos direitos prestacionais tutelados pela Lei Maior de 1988. Afirma aquele que: I - ao contrário dos direitos tidos por negativos, ou seja, aqueles que traduzem uma proibição ao Estado, como, por exemplo, os direitos relacionados à liberdade, os direitos sociais nem sempre são predetermináveis de maneira geral e abstrata; II - a competência para implantação e o modo de efetivação destes direitos são eminentemente discricionários, ligados à conveniência e à oportunidade do Poder Público, fugindo à alçada da legalidade e da certeza.

Daí surgiria um grande paradoxo a ser superado: em que pese a Lei Fundamental brasileira ser vanguardista e visionária no tocante a direitos sociais a serem efetuados, a mesma não ofereceria procedimentos precisos para exigir-se tal efetivação por parte dos sujeitos originariamente incumbidos e tampouco a jurisprudência constitucionalista encararia o câmbio ou troca do sujeito como um possível meio de coerção ao Estado para implemento dos comandos constitucionais.

É certo que uma dose de cautela deve prevalecer quando se endossa a tese de que a ausência de presteza no exercício das funções, seja por total falta de desempenho ou, até mesmo, por desempenho insatisfatório, seria suficiente para a destituição do sujeito elegido pelo constituinte originário para desempenhar tal exigência tendo em vista, como já mencionado, ser arraigada à ideia de direito prestacional o caráter discricionário, ou seja, a oportunidade e a conveniência, para concretização das disposições constitucionais, evitando-se assim atribuir competência para outrem tão passível de falha ou até mais que o sujeito inicialmente elegido.

Ademais, conforme explanado no tópico antecedente, é imperioso que, da mesma forma, atente-se para saber qual área da Constituição permite-se uma abertura no sentido anuir que outros sujeitos, diversos daqueles originariamente escolhidos, pudessem exercer o papel de efetivar as metas constitucionais e os valores fundantes propostos em seu bojo, sobre os quais não se tenha dado a atenção necessária. Isso porque não se pode deixar de reconhecer nas Cartas Magnas uma zona cujo conteúdo deve garantir segurança e estabilidade, tornando-se uma área exclusiva, essencialmente política, sem qualquer discussão em sentido contrário, tal como é com relação à titularidade do povo

no tocante a escolha dos seus representantes. Como bem pondera Walter Claudius Rothenburg (2005, p. 26-27):

A definição constitucional de competências pode, sim, consistir num momento de abertura do sistema constitucional, desde que: (i) através da abertura se encontre modo de realização dos valores constitucionais fundamentais; (ii) o próprio sistema forneça alternativa razoavelmente justificável, sem recurso a fundamentações „transcendentes“ e/ou arbitrárias. [...] Acima de tudo, esse novo ator deve seguir um *script* constitucionalmente definido: muda o ator, não muda seu papel, pois foi justamente em razão de um desempenho insatisfatório que o titular original foi demitido.

A guisa de ilustração de tudo ora exposto, destaca a autor em referência o seguinte caso: nos termos em que positivados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, garante-se ao servidor público uma remuneração ou subsídio com reajustes periódicos que lhes preservem o poder aquisitivo¹⁸, que, por sua vez, somente podem ser fixados ou alterados por lei específica de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo¹⁹.

Daí surge à indagação: qual a medida adequada a ser tomada em caso de negativa do encaminhamento do projeto de lei sobre a revisão da remuneração dos servidores públicos pelo Chefe do Poder Executivo, sem qualquer justificação razoável?

A resolução viável da questão seria, nos casos de omissão de competência reservada, destaca Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986 apud ROTHENBURG, 2005, p. 39), fixar-se uma prazo razoável, na própria Constituição, para o exercício desse mister - por exemplo, uma sessão legislativa - que, se transcorresse *in albis*, reverter-se-ia a competência da iniciativa em favor de outro poder, no caso, o Legislativo, com a anuência do Judiciário. Para que o mesmo descaso não fosse novamente praticado pelo legislador, a solução possível seria também se fixar um prazo para discussão e deliberação nas casas legislativas do projeto de lei de reajuste da remuneração ou subsídio dos servidores públicos federais, que, transcorrido sem manifestação, ensejaria a inclusão na ordem do dia, de modo que nenhum outro projeto restasse votado sem que sobre aquele houvesse qualquer deliberação anterior, salvo as demais prioridades.

Situação semelhante ocorre com os demais direitos fundamentais, os quais, por força do art. 5º, parágrafo 1º, da CRFB/1988, tem aplicação imediata, deixando de estar à disposição do legislador ou de outros titulares, tais como as regulamentações dos diplomas legais por parte do Executivo, para serem implementados, encontrando no próprio corpo da Lei Fundamental instrumentos para sua concretização, no caso, o mandado de injunção²⁰ e ação direta de inconstitucionalidade por omissão²¹. Em diminuta análise, esclarece Walter Claudius Rothenburg (2005, p. 78):

Na figura poética do amor platônico, em que o sujeito sabe da existência do ser amado e sabe ser correspondido em seus sentimentos mas, por mais que estenda os braços, não consegue tocá-lo e realizar esse amor – onde existe um direito constitucional que não consegue ser desfrutado por carência de norma regulamentadora - o mandado de injunção traria o corretivo tópico: permitiria ao juiz que construísse em concreto a ponte entre o direito constitucional carente de auto-aplicabilidade e sua efetividade (o elo que permitisse aos amantes se relacionarem).

Com relação à Ação de Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, em que pese o texto constitucional preceituar que declarada a omissão inconstitucional para tornar efetiva norma constitucional, será dada a ciência ao Poder competente para adoção de medidas necessárias e, em sendo órgão administrativo, para que as faça em trinta dias²², a jurisprudência sempre aderiu à corrente que a sanção não poderia ir além da censura e da estipulação de prazo, isso para o administrador omisso regulamentar, o que, por si, não se revela suficiente e intimidador para sanar a omissão inconstitucional.

Nessa senda, urge que se destaque a tese de mudança do sujeito constitucional competente como sanção contra a ineficácia na execução dos comandos constitucionais. Isso porque, não obstante a presunção de legitimidade de competência para determinado sujeito ser advinda da vontade do poder constituinte originário, não é menos verdadeiro que essa mesma legitimidade pode ser subtraída em favor de outrem, com vistas a atender com mais precisão as demandas sociais. Como bem destaca Walter Claudius Rothenburg (2005, p. 91), o câmbio do sujeito “apresenta-se, assim, como um momento da evolução dos vínculos constitucionais e como uma satisfação à exigência de implementação dos comandos constitucionais (particularmente os vazados em termos programáticos)”.

Todavia, antes de se perquirir qual o sujeito adquirirá a legitimidade superveniente para realizar tal incumbência, é importante analisar-se o conceito e as diversas modalidades de legitimidade. Nesse sentido:

Enfim, a legitimidade, em relação ao Direito, é uma qualidade positiva (virtude) – e, do ponto de vista ideológico de que parte este estudo, um atributo necessário -, que implica em que ele corresponda à expectativa que dele têm seus sujeitos, os que formam a sociedade e adotam o ordenamento jurídico. É importante frisar que o conceito de legitimidade não deve oferecer uma noção passiva, de subalternidade, sujeição ou mera concordância – dizendo-se que os indivíduos simplesmente concordam com ou são forçados a observar as normas jurídicas que os comandam -, mas sim uma *noção ativa de participação e identificação*. Ademais, trata-se de conceito que pressupõe não apenas condições formais (modo de definição de valores), senão que também

condições materiais (definição do conteúdo dos valores). (ROTHENBURG, 2005, p. 96, grifo original).

Nesse diapasão, ressaí clarividente que o povo legitima o sistema democrático tanto no pólo ativo, posto que o poder estatal emane do povo e em seu nome será exercido, quanto no pólo passivo, como destinatário das prescrições e direitos impostos ao Estado. Para tanto, necessário se é que o Terceiro Poder exerça o controle jurisdicional das políticas públicas de modo a legitimar-se no Estado Democrático de Direito. É a legitimidade de fins (resultado) ou legitimidade prospectiva – aquela que toma os valores básicos da sociedade e os lança como critério de realizabilidade para o futuro, típica das constituições dirigentes. Para Rothenburg (2005, p. 170), além de uma investidura legítima do Poder Judiciário e de um exercício conforme os parâmetros delimitados pelo constituinte originário, requerer-se-ia também uma adequação aos fins propostos, qual seja, a realização de metas de desenvolvimento – melhores condições de vida da comunidade.

Fala-se, outrossim, na legitimidade pela isonomia, no sentido de ser o modo de seleção dos magistrados acessível a todos pela via do certame público, com o preenchimento prévio de determinados requisitos exigidos a todos sem exceção. Ainda que se argumente sobre a impossibilidade que todos disputem em igualdade de condições uma vaga para a classe judicante, tendo em vista que a imensa massa da população não tem acesso a uma qualidade de educação necessária para permitir uma competição de igual para igual – em que pese possuir a plenitude do direito de ação para exigir a efetivação dos direitos sociais - relevante seria também se questionar a legitimidade dos representantes eleitos que despendiam cifras extraordinárias com campanhas eleitorais, sobrepondo-se assim àqueles que possuem como único meio de difusão de ideias para o desenvolvimento nacional o discurso.

A legitimidade, portanto, seria uma *conditio sine qua non* para a alteração do sujeito constitucionalmente competente, investindo-se outros órgãos do Poder Público de competência para efetuar os comandos constitucionais ora preteridos. Para tanto, faz-se necessário que essa legitimidade derive de um acordo consensual e participativo da comunidade, o que nos leva a idéia de democracia, a qual não representa tão somente a manifestação da vontade popular pela maioria, mas também:

Todavia, uma compreensão mais profunda da democracia revela certa complexidade, seja quanto ao modo de obtenção do consenso – que não se pode resumir à mera aceitação, mas há de revelar efetiva e lúcida participação popular individual e de grupos interessados -, seja quanto à extensão do consenso – a permitir a participação das minorias e garantir espaço à crítica e eventual alteração - seja principalmente quanto ao conteúdo dos valores em

que se alicerça a democracia – caracterizado, em termos constitucionais, pelo reconhecimento dos direitos fundamentais. (ROTHENBURG, 2005, p. 103).

Os direitos fundamentais, assim, devem gozar de total proteção contra qualquer forma de violação, ainda que contrários à maioria ordinária, a qual não pode ser tida por absoluta, sob pena dessa vontade política dominante, movida por paixão, paranóia e intolerância, sufocar a vontade da anterior maioria constituinte inerente à Constituição Cidadã de 1988. Ademais, o princípio democrático, conforme exposto acima, não se confunde com o princípio majoritário, pelo contrário, vai além, de modo que os direitos fundamentais, igualmente conferidos a todos, não sejam submetidos às oscilações das decisões políticas. Na mesma linha de raciocínio, Olavo de Carvalho (1997 apud ROTHENBURG, 2005, p. 130-131), acrescenta que:

Em primeiro lugar, não existe nada de democrático no puro e direto governo da maioria. A democracia exige o respeito pelas minorias. Este respeito, por sua vez, nada tem de democrático se consiste apenas deixá-las em paz no seu canto, intactas, porém marginalizadas. A democracia começa no momento em que se concede à minoria o direito de tentar persuadir a maioria e tornar-se assim ela mesma maioria. [...] Se o único argumento válido em favor de uma ideia é que ela expressa o desejo da maioria, os argumentos da minoria ficam invalidados *a priori* e para sempre, a não ser no caso de uma mudança fortuita dos sentimentos da maioria.

Para tanto, o modo de se proteger esse núcleo material seria por meio do controle de constitucionalidade feito pelo Tribunal Constitucional, que agiria como uma forma de representação de um determinado grupo de interesses relevantes, porém, sem representatividade na esfera política. Nesse diapasão, possível seria, então, a hipótese de se destituir a sujeito inicialmente competente previsto na constituição, ainda que legitimado democraticamente pelo princípio majoritário, e realizar-se o câmbio pelo órgão judiciário previsto nos quadros constitucionais.

Aqui convém se destacar um argumento por diversas vezes mencionando contra o ativismo judicial, qual seja, o argumento da democracia, expressão utilizada por Ronald Dworkin em sua obra *Uma Questão de Princípio* (2005). Em suma, reza o referido argumento que as decisões políticas deveriam ser tomadas pelos representantes eleitos e substituídos periodicamente pelo povo, ou seja, não poderia a Lei Maior ser interpretada por sujeitos outros que não aqueles sufragados pela maioria popular.

É certo que a Corte Constitucional, ao exercer seu papel de guardião dos comandos constitucionais, é deveras questionada pelo fato de não ser uma manifestação direta da vontade popular, tendo em vista que os ministros não são escolhidos pelo povo, sendo considerada por alguns estudiosos como

uma instituição contramajoritária, antidemocrática e autocrática. Entretanto, diversos argumentos vêm a enfraquecer o pensamento acima defendido.

É bem verdade que a vontade popular e o exercício do sufrágio estão diretamente relacionados à escolha dos gestores e dos legisladores pelas eleições periódicas, o que não ocorre com os membros do Poder Judiciário, que ingressam na magistratura por carreira, através da prévia aprovação em certame público, ou pela regra do quinto constitucional, ou, no caso do órgão de cúpula do Poder Judiciário – o Supremo Tribunal Federal –, os ministros são nomeados diretamente pelo presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Porém, em diminuta análise, salienta Walter Claudius Rothenburg (2005, p. 112):

Com efeito, a jurisdição constitucional não deve orientar-se necessariamente pelo princípio da maioria (pelo menos não com a evidência que se manifesta nos domínios legislativo e executivo); pelo contrário, pode ela representar uma infirmação de decisões obtidas majoritariamente. De certo modo, a jurisdição constitucional, numa democracia, deve sim nascer do consenso majoritariamente firmado, mas de um consenso mais estável e superior: o consenso do constituinte. Portanto, o controle de constitucionalidade não resta alheio à legitimidade democrática expressa de modo direito e por maioria; o que importa é remeter essa legitimidade para o momento adequado, que é o originário.

Ademais, seria até desarrazoado submeter a escolha dos membros da magistratura ao crivo direto da vontade popular, sob pena de comprometer a capacidade técnica e a imparcialidade dos integrantes dessa seara, virtudes necessárias ao exercício do mister do julgador, as quais seriam comprometidas pela contaminação político-partidária aos quais estariam os juízes vinculados. Assim, inobstante não haja escrutínio para a escolha da magistratura, é bem melhor acolher-se essa opção do que submeter o Poder Judiciário a campanhas eletivas, sujeita a conchavos políticos e compromissos com determinado setor após o término na campanha. Em que pese não ser a justiça um exemplo da ideia clássica e simplista de democracia, ela é incontestemente o órgão de maior participação individual do administrado.

É de alvitre salutar que as modernas democracias caminham no sentido de tornar o Judiciário o garante dos princípios constitucionais, de modo a permitir que o cidadão tenha a oportunidade de fomentar a interpretação e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, bem como permitir que o Terceiro Poder limite os poderes conferidos aos representantes do povo – limitação esta realizada pelo Judiciário, mas provocada pelo cidadão no papel de jurisdicionado, em consonância com o princípio da inércia - com vistas a impedir uma eventual ditadura do parlamento com objetivos diametralmente opostos dos interesses do representados.

Além disso, é imperioso não se olvidar que as decisões judiciais são dotadas de ampla fundamentação jurídica, sob pena de se tornarem absolutamente nulas, bem como são públicas, salvo àquelas protegidas sob o manto do segredo de justiça, o que vem a ser uma exceção, demonstrando-se aí o caráter transparente da justiça, bem mais que nos demais poderes, sujeitando as razões de decidir ao crivo perspicaz e observador da opinião pública - juristas, operadores do direito, políticos, jornalistas e etc. Sobre o tema:

Em segundo lugar, devemos abordar a fundamental diferença entre a linguagem política e a linguagem jurídica. A primeira é incerta e fundada em interesses de grupos. Essa nota característica faz com que os comandos normativos natural e inescapavelmente ou atentem contra o princípio da igualdade ou precisem ser preenchidos. Tais defectividades são restauradas pelo próprio povo, por intermédio das decisões judiciais. A linguagem jurídica, ao invés, opera com base em critérios racionais, ou quais, por se fundarem na razão, são mais facilmente aceitos por todos os grupos em disputa; além de, pelo mesmo motivo, poderem ser mais facilmente controlados por todos os segmentos da sociedade. [...] O que se dá é que, embora formalmente os representantes eleitos devessem representar os interesses gerais da nação, na verdade, representem os interesses de alguns grupos que têm superior capacidade de organização, normalmente grupos que possuem invejável força econômica, deixando em segundo plano, até mesmo, os programas dos partidos políticos a que são filiados. (JORGE NETO, 2009, p. 82-87).

A propósito, é vital destacar que, no que se refere à confiança e à credibilidade entre as três esferas de Poder no presente momento, o Judiciário desponta como aquele que goza de maior prestígio junto à população, talvez porque, dentre diversos fatores que convém não ser mencionados, os juízes, os desembargadores e os ministros, caso desempenhem seus respectivos ofícios com responsabilidade e presteza, permanecem ao longo do tempo em seus cargos, o que os legitima ao longo do tempo, além de contribuir para um aprimoramento e uma continuidade das técnicas de interpretação, enquanto dos demais membros de cúpula das funções estatais é outorgada certa rotatividade nos cargos.

Em que pese a tradicional Teoria dos Três Poderes serem afetada, mesmo que no limite da tolerância permitida pelo constitucionalismo brasileiro, a nova visão do Estado como intervencionista, aliado a presença de uma Constituição garantista, analítica e dirigente, torna mais tênue a questão da divisão de competências, ensejando a formação de áreas comuns de atuação. Destarte, o controle de constitucionalidade, exercido pelo Tribunal Constitucional, concorreria para efetivação dos direitos prestacionais e frearia os empecilhos e omissões na concretização dos comandos constitucionais.

2.3 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: REQUISITOS E LIMITES

Quando se refere a *Direito Judicial, criatividade jurisprudencial, controle jurisdicional das políticas públicas, interpretação criativa dos juízes, law-making processes*²³, expressões muito próximas do termo *judicialização das políticas públicas*, senão sinônimas, exsurge patente a clássica obra do doutrinador italiano Mauro Cappelletti, *Juízes Legisladores* (1993), na qual o autor preocupar-se-á, sobremaneira, em indagar se, de fato, os magistrados são meros aplicadores da norma ou se o exercício do mister dos mesmos enseja determinada dose de interpretação e criatividade quando do enquadramento da situação aos dispositivos constitucionais.

Para o jurista, não existir uma nítida separação em entre a interpretação e a criação do direito, pelo contrário, é comum que toda interpretação judicial seja criativa, isso porque “é, na verdade, o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa.” (CAPPELLETTI, 1993, p. 22).

Corroborando a assertiva acima o fato de que a classe julgadora contemporânea, com muita propriedade, e de forma lenta e gradual, abandonou a visão montesquiniense que vislumbrava a magistratura como mera e passiva „boca que pronuncia as palavras da lei“, passando, portanto, a declarar o direito com certa dose de valoração pessoal, mesmo porque seria raro que uma demanda posta em juízo possuía no mínimo, duas prováveis alternativas a serem tomadas, uma postulada pelo autor da lide, outra pelo réu, cabendo ao julgador deliberar, com auxílio da experiência adquirida e visão histórica, econômica, política, ética e psico-sociológica, pela solução que achar mais conveniente e justa. Nesse sentido, prossegue Cappelletti (1993, p. 21):

O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e, pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só a interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc. Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, „aplicá-los“ e „realizá-los“ em novo e diverso contexto, de tempo e lugar.

Nesse contexto, superada a suposta oposição entre os conceitos de interpretação e criação do direito, a questão agora é perquirir como se dará o grau de criatividade, os modos e limites – divididos em

formais, ou processuais, e substanciais, ou materiais - da criação do direito pelos Tribunais Constitucionais.

Para tanto, destaca Cappelletti (1993, p. 76) que os *limites processuais* ou *virtudes passivas* confundem-se com as características típicas do processo jurisdicional, que o diferencia sobremaneira do processo político, senão vejamos: I - os magistrados agem como superpartes, leia-se, além das partes, na figura de terceiro imparcial, sem qualquer relação com os sujeitos processuais, isento de aspirações pessoais e livres de quaisquer influências que eventualmente possa beneficiar um dos litigantes; II - umas das características indispensáveis do processo judicial é a presença do princípio do contraditório, no sentido de oportunizar-se o direito de se defender e de se auscultar a todos os integrantes da lide, pessoalmente ou por meio de seus representantes; III - por fim, uma característica que decorre das anteriores é a traduzida pela máxima *nemo iudex sine actore*²⁴, ou seja, o processo judicial não pode ser instaurado de ofício pelo magistrado, o qual possui uma atitude passiva, aguardado a provocação do autor da contenda para exercer em concreto o poder jurisdicional. Mauro Cappelletti (1993, p. 70, grifo original) conclui com precisão ímpar esse dispositivo:

As características em tela – as „virtudes passivas“ do processo jurisdicional – exibem, certamente, natureza *formal* ou *procedimental-estrutural*. Determinam, assim, não os conteúdos ou a substância, em relação aos quais não se pode certamente falar de „passividade“ do juiz, mas o *modo* como se deve desenvolver a função jurisdicional – ou se se preferir, os contornos essenciais, a estrutura do modo.

em tempos e de sociedade para sociedade, podendo incluir, esporadicamente, precedentes judiciais, opinião de juristas, códigos, etc. Para Cappelletti (1993, p. 26-29, grifo original):

Mais uma vez reiterado tal esclarecimento, entendo necessário reafirmar, igualmente, que os limites substanciais, diversamente dos formais ou processuais, dos quais nos ocuparemos adiante, não têm a virtude de caracterizar a „natureza“ do processo jurisdicional. Em particular, não podem representar o elemento distintivo da jurisdição em face da legislação ou da administração. De um lado, a atividade administrativa pode ser, e normalmente é, vinculada aos mesmos limites substanciais que se impõem ao juiz. De outro lado, quando o juiz é livre para basear as próprias decisões em preceitos vagos e não escritos de equidade, sua atividade não pode ser diferenciada da do legislador, no que concerne aos seus limites substanciais. E até a atividade do juiz vinculado à lei, aos precedentes, ou a ambos dificilmente pode ser diferenciada do ponto de vista de seus limites substanciais, da do legislador, cujo poder de criação do direito esteja sujeito aos vínculos ditados por uma constituição escrita e pelas decisões da justiça constitucional. Deste ponto de vista, a única diferença possível entre jurisdição e legislação não é, portanto, de natureza, mas, sobretudo de frequência ou quantidade, ou seja, *de grau*, consistindo na maior quantidade e no caráter usualmente mais detalhado e específico das leis ordinárias e dos processos judiciais ordinários, em relação

às normas constitucionais – usualmente contidas em textos sucintos e formuladas em termos mais vagos – como da mesma forma relativamente às decisões da justiça constitucional. Daí decorre que o legislador se depara com limites substanciais usualmente *menos freqüentes e menos precisos* que aqueles com os quais, em regra, se depara o juiz: do ponto de vista substancial, ora em exame, a criatividade do legislador pode ser, em suma, quantitativamente, mas não qualitativamente diversa da do juiz.

De outra banda, ainda com relação aos limites impostos ao exercício do ativismo judicial, é salutar que se traga novamente à tona a obra *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas* (2009), de autoria do professor e membro da magistratura federal Nagibe de Melo Jorge Neto, cuja leitura em muito contribuiu para o aperfeiçoamento desse trabalho.

De forma semelhante à de Cappelletti, divide o autor Jorge Neto (2009, p. 143) os limites em dois: os formais – as possibilidades de discurso e de debate no desenvolver do processo, limitações decorrentes dos instrumentos processuais disponíveis – e os materiais – as possibilidades materiais dos poderes públicos em implementar a medida.

Seguindo uma ordem lógica de raciocínio, têm-se como principais instrumentos processuais disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro para se exercer o controle jurisdicional das políticas públicas a ação direta de inconstitucionalidade, o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública. Algumas breves considerações hão de ser feitas com relação a ações *retro* mencionadas, em que pese não ser o objetivo central desse trabalho.

No tocante à Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn -, visa-se à preservação da integridade do conjunto normativo brasileiro, tendo sempre em vista o princípio da supremacia da Constituição; verificação se existe compatibilidade das normas de hierarquia inferior com as normas superiores; bem como verificar se o princípio da igualdade; e não só o princípio da liberdade, que consiste em um não-fazer; está a ser observado. Tendo em vista que, como antes se explanou o ideal democrático não se confunde com o princípio majoritário, pelo contrário, ele se foca na efetivação dos direitos fundamentais e preservação dos direitos das minorias, muitas vezes excluídas das tomadas de decisões do órgão eminentemente políticos. Dessa forma, caberia aos Tribunais Constitucionais submeterem os legisladores às prioridades prévias elencadas pelo constituinte originário quando da promulgação da Constituição Cidadã de 1988.

Nesse instrumento processual, além da ampla discussão probatória, inclusive com a intervenção de terceiros estranhos à relação jurídica processual - como, por exemplo, o *amicus curiae* ou amigo da corte, uma espécie de perito especialista no conteúdo *sub judice* apto a fornecer subsídio às decisões

dos magistrados - seria necessária a participação de diversos órgãos e entidades quando do controle das normas. Destaca Walter Claudius Rothenburg (2005, p. 163-164):

No controle judicial de constitucionalidade, em razão do maior interesse público em questão, os interessados podem não se resumir aos litigantes, abrindo-se a possibilidade de „manifestação de outros órgãos ou entidades“ (em relação à fiscalização concentrada e abstrata), bem como do Ministério Público, das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado e dos legitimados para suscitar o controle abstrato (em relação à fiscalização incidental e concreta), conforme dispõem os artigos 7.º, § 2.º, e 29 (este acrescentando parágrafos ao artigo 482 do Código de Processo Civil) da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1.999, sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Todavia, o controle das políticas públicas não pode ficar adstrito ao âmbito do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, sob pena de se inviabilizar a participação de diversos setores, grupos organizados e instituições modelo, no tocante a luta pela preservação dos direitos difusos e coletivos perante a sociedade, posto que a legitimidade para propositura de tal, nos termos do art. 103, da CRFB/1988 (BRASIL, 1988, *on line*), ação constitucional mostra-se por demais restrito²⁵.

Por sua vez, o mandado de injunção, previsto constitucionalmente no artigo 5.º, LXXI, da CRFB/1988²⁶ (BRASIL, 1988, *on line*), outorga competência ao Judiciário para regulamentar uma questão em âmbito concreto, face à omissão do legislador, alijando-se, portanto, os obstáculos a inviabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais. Entretanto, tal mecanismo não goza da atenção necessária junto a nossa Corte Constitucional, o Supremo Tribunal Federal, ficando aquém das expectativas desenvolvidas.

Já no que diz respeito ao mandado de segurança coletivo, tal possibilidade até que seria possível nos casos em que faltasse regulamentação a uma lei já vigente, posto ser perfeitamente cabível mandado de segurança contra indevida omissão legislativa. Porém, restaria difícil configurar-se a presença de *direito líquido e certo*, tendo em vista que, como já referido, a exigência de amplo aparato probatório é premente. Em diminuta análise, expõe Jorge Neto (2009, p. 157):

O Mandado de Segurança coletivo e o Mandado de Injunção são também importantes garantias constitucionais para o exercício e a concretização dos direitos fundamentais. Contudo, aquele somente pode ser manejado em se tratando de violação a direito líquido e certo e este quando é a ausência de uma norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos fundamentais. Como ficou evidenciado, o controle das políticas públicas exige uma instrução probatória às vezes tormentosa, que afasta parcialmente a utilidade do Mandado de Segurança coletivo.

A ação popular, instituída pela Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, mostra-se também como instrumento hábil no controle das políticas públicas pelo Judiciário, posto que fosse o único meio processual em que se permitiria a um sujeito individual a defesa de um direito difuso, no caso, a devida aplicação dos recursos públicos financeiros estatais, senão vejamos:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. (BRASIL, 1965, *on line*).

Entretanto, destaca com muita propriedade o professor Jorge Neto (2009, p. 158) que a ação popular limita-se a fazer cessar uma política inconstitucional ou que cause prejuízos ao erário sem, contudo, ter o condão de ensejar uma obrigação de fazer ou não fazer. Em outras palavras, não haveria a possibilidade de se obrigar o poder público a adotar determinada política pública ou alterar outra já existente.

Por fim, sobressai a ação civil pública como medida mais adequada e eficaz quando se fala em providenciar uma resposta à falta de consenso no debate político, sendo necessário o Judiciário pronunciar-se sobre uma questão política. Introduzida no direito brasileiro por intermédio da promulgação da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, e elevado em nível constitucional com o advento da Constituição Cidadã de 1988²⁷, diferencia-se a mesma da ação popular pelo fato de que na ação civil pública há a possibilidade do Judiciário impor ao poder público a adoção, conformação ou alteração de políticas públicas, bem como se distingue dos demais mecanismos processuais pelo fato da legitimidade para propositura da demanda ser de elevada abrangência. Veja-se, pois:

Art. 5º: Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. § 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3º Em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público assumirá a titularidade ativa. § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. § 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. § 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (BRASIL, 1965, *on line*).

Dessa forma, encerra-se o debate acerca dos limites formais para com o ativismo judicial apenas se salientando o que já fora muito mencionado, no sentido de que o controle das políticas públicas e das relações sociais é pautado na democracia e na decisão judicial como resultado de um discurso racional a ser desenvolvido com a maioria dos segmentos sociais possível; seja pelas audiências públicas ou quaisquer outros meios de contato com a sociedade, os quais guardem pertinência com a questão posta à apreciação, tendo por mediador o Poder Judiciário. A razão para tanto se dá porque ao julgador, conforme destaca Jorge Neto (2009, p. 166):

Cumpre-lhe oxigenar a democracia, potencializar a representatividade democrática mediante o debate constante, a diuturna prestação de contas e funcionando como canal que aproxima o povo dos poderes que o representam. [...] A decisão judicial não mais se concebe como fruto da vontade do julgador, resultado do livre convencimento motivado, mas como resultado de um discurso racional democrático onde atuam, diretamente, no caso específico do controle das políticas públicas, os poderes públicos e os representantes da sociedade e, indiretamente, toda a sociedade por meio do diálogo que se estabelece entre toda a coletividade por intermédio das decisões judiciais dos mais diversos órgãos jurisdicionais, juízos, Tribunais de segundo grau e Cortes Superiores.

No entanto, os fatores de limitação ao poder de ingerência do Poder Judiciário na questão das políticas públicas não se resumem tão somente aos formais, conforme já se adiantou por hora, mas também aos substanciais, que se subdividem numa ordem lógica de enfrentamento: I - haver, de fato, afronta a direitos fundamentais com a implementação, ou ausência, de determinada política pública; II - há de se atentar, ainda, para a questão da *reserva do possível*; III - é importante que o Judiciário observe a discricionariedade de meios, no sentido de, em que pese poder determinar a cessação da ofensa aos direitos fundamentais, não pode o mesmo ditar o modo de execução da medida; IV - ser necessário uma atenção especial para a garantia do *mínimo existencial*. Como pondera Jorge Neto (2009, p. 145):

Em um panorama geral, podemos dizer que o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário passa por duas etapas, em primeiro lugar, dever-se-á analisar se há uma efetiva violação dos direitos fundamentais, de modo mais

preciso, se essa violação pode ser constatada. Em casos em que o mínimo existencial está violado, essa constatação é mais fácil. Em segundo momento, o Poder Judiciário deverá apreciar se existem reais condições materiais de suprimento da ofensa (reserva do possível) e deverá deixar sempre ao Poder Público uma margem de atuação para suprir a ofensa (discricionariedade dos meios).

Nessa linha, prossegue o investigador e jurista a esmiuçar detidamente cada um dos requisitos ora postos, interrelacionando-os com a *reserva de consistência*, a *reserva do possível*, o *princípio da proporcionalidade* e a limitação da *discricionariedade político-administrativa*, conforme se disporá adiante.

É cediço que o objetivo crucial do controle das políticas públicas é o de determinar a execução de uma ação estatal, com vistas a tutelar e a garantir a efetivação dos direitos fundamentais. Entretanto, na medida em que o julgador exerce seu mister de controlador dos atos dos legisladores e administradores, exsurge necessário que o mesmo, no mesmo ato, demonstre cabalmente, com vasta argumentação, que o ato impugnado é incompatível com a Constituição e que sua interpretação está de acordo com os dispositivos constitucionais. Em suma, pondera Jorge Neto (2009, p. 146), que atestar que tal política pública é incompatível com as normas consignadas na Constituição é necessariamente provar que os objetivos traçados por ela (política pública) não se coadunam com os direitos fundamentais. Essa exigência passou a ser chamada pela doutrina de *reserva de consistência*.

Inobstante alguns doutrinadores encararem a *reserva de consistência* de forma limitada, reduzindo-a simplesmente à necessidade de fundamentação das decisões judiciais, sua exegese vai além dessa visão restrita. Nesse sentido, calha referir o pensamento de Häberle (1997, p. 42, grifo original):

Colocado no tempo, o processo de interpretação é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*Zwischenträger*). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência (*Vorbehalt der Bewährung*), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais.

Em suma, para o exercício do controle das políticas públicas deve o Judiciário, além de motivar sua decisão, buscar auxílio em outros setores de conhecimento, abrindo o *decisum* ao debate da sociedade, conforme já se expôs outrora. Entretanto, além da preocupação da magistratura em se preocupar com o pleno acerto na decisão tomada, no que diz respeito à implementação da medida que se pretende alcançar, deve ainda ter como fator de limite a *reserva do possível*.

A referida expressão é oriunda de uma decisão prolatada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, datada de 18 de julho de 1972, na qual a Corte Constitucional Germânica, em poucas palavras, negou o direito a uma vaga no ensino público superior, postulada por um aluno, sob o argumento de que o

Estado não teria a obrigação de oferecer tantas vagas quanto bastassem para atender à totalidade dos candidatos que aspirassem a uma vaga na graduação.

Por *reserva do possível*, leiam-se as enunciações expostas por Ana Paula de Barcellos (2002, p. 261):

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

Bem acrescenta Sergio Servulo da Cunha (2006, p. 257), para o qual a expressão está intimamente relacionada ao aforismo *ad impossibilia nemo tenetur*²⁸, que se liga à teoria consequencialista, segundo a qual na aplicação da lei deve-se ter em vista as suas consequências.

É imperioso esclarecer-se que a simples alegação de escassez orçamentária para implementação das políticas públicas impostas pelo Terceiro Poder não se mostra como um argumento convincente para, por si, caracterizar a plena impossibilidade material ou jurídica do Poder Executivo quando do cumprimento do *decisum*, posto que, nessas situações, competir-se-ia ao magistrado, após um juízo de ponderação, facultar ao administrador, com vistas a facilitar o cumprimento do instrumento decisório, a transferência de recursos outros destinados a outro setor, sempre tendo em tela à discricionariedade dos meios, conforme se analisará adiante.

Relacionado ao limite da *reserva do possível*, Jorge Neto (2009, p. 149) traça uma interrelação entre este e o princípio da proporcionalidade, no sentido de que o referido princípio seria o norte a ser tomado pelo julgador quando estivesse diante de uma ponderação de princípios constitucionais em conflito. Dessa forma, a intervenção judicial no ramo das políticas públicas deveria ser, além de materialmente possível, adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Com vistas a esclarecer, mesmo que de forma perfunctória, visto que uma detida análise do tema desviaria o objetivo desse trabalho, destacam-se os comentários de Jorge Neto (2009, p. 149-150) acerca de uma breve, porém esclarecedora, explanação sobre o princípio da proporcionalidade:

O princípio da proporcionalidade, desenvolvido a partir da jurisprudência da Corte Constitucional alemã, estabelece critérios para que o julgador chegue a uma relação ótima entre meios e fins na resolução do conflito entre princípios constitucionais. O meio escolhido para a resolução do conflito deve ser adequado (sub-princípio da adequação), deve causar o menor prejuízo possível aos demais princípios constitucionais (sub-princípio da necessidade) e deve ser tal que resulte em maiores benefícios que prejuízos para o conjunto da sociedade (sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito).

Prosseguindo na mesma esteira de raciocínio, se em se tratando de direito fundamental, urge que medidas sejam analisadas, debatidas, ponderadas e, possivelmente, tomadas pelo Poder Público, quando falamos em *mínimo existencial*, ligado diretamente ao princípio da dignidade humana - o de maior relevo no panorama constitucional hodierno e que será objeto de análise profunda no capítulo posterior – aí é que a questão exige uma atuação judicial mais contundente.

É evidente que, nessa situação, o conflito entre a garantia da preservação do *mínimo existencial* e o óbice provocado pela *reserva do possível* torna-se deveres tormentoso. Entretanto, destaca-se mais uma vez o papel do princípio da proporcionalidade como harmonizador do conflito.

Se é certo que o Judiciário, no cumprimento do seu mister de *guardião* da Constituição, garantidor do respeito às minorias, protetor dos direitos difusos e coletivos e controlador da constitucionalidade das leis, age, portanto, como um fiscalizador dos demais poderes no sistema democrático de freios e contrapesos e ultrapassa o mero papel de dar solução aos conflitos de natureza privada, tendo, portanto, a possibilidade de constituir, ratificar ou modificar o rumo das políticas públicas, o mesmo não ocorre com a determinação do modo de execução, o *como fazer*, das medidas, posto que foge à seara de conhecimento do Judiciário a disponibilidade e a alocação dos recursos públicos. O ideal seria que, nas palavras de Jorge Neto (2009, p. 156):

Constatada que uma determinada política pública ou a inexistência dela ofende os direitos fundamentais, o julgador não poderá impor a solução ao administrador público responsável pela implementação das medidas; deverá, ao contrário, impor a ele que apresente um plano de ação para sanar a ofensa e negociar com ele a solução mais adequada e a que menos prejuízos cause às demais políticas e programas em curso.

Nessa sentido, conclui-se ser perfeitamente possível a análise dos rumos tomados pelos demais poderes no tocante às políticas públicas pelo Judiciário, bem como que este interfira em casos de violação a direitos fundamentais, sempre no sentido de determinar a implantação ou cessação da medida, sem, contudo, interferir-se no modo execução, atentando ainda para os demais limites formais e materiais expostos anteriormente.

3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DETERMINAÇÃO DO LIMITE AO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O enfoque do presente tópico restringe-se a uma análise da dignidade da pessoa humana como mais uma medida que justifique o pronunciamento do Poder Judiciário sobre uma questão política, sempre que não seja possível alcança-lá por meio de um grau de consenso satisfatório, devido à falta de

concordância no debate político. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é tomada desde a sua origem até o período atual, no qual goza de uma importância inquestionável, sendo, para tanto, conceituada, diferenciada de outros valores e dividida em duas frentes, isso como forma de sistematizar a atuação do Estado quando da sua aplicação.

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Antes de se abordar preambularmente a temática do princípio da dignidade da pessoa humana, é imperioso que se retroaja à origem do mesmo, com vistas a inseri-lo no contexto em que foi criado para, logo após, analisá-lo à luz do direito positivo vigente.

No que tange ao regresso histórico do surgimento do princípio em tela, uma certa margem de incerteza permeia seu nascedouro, notadamente para céticos, haja vista exigir-se um retorno ao pensamento clássico e cristão.

Inicialmente, no contexto filosófico e político da antiguidade clássica, a qualidade de dignidade era conferida a depender da condição social ocupada por determinado cidadão e o quão respeitável ele era considerado perante sociedade, havendo, portanto, uma graduação entre pessoas mais dignas e menos dignas.

Entretanto, já no pensamento estóico, escola fundada por Zenão de Cítio (335-270 a.C.), doutrina sistematizada por Crisipo (séc. III A.C.), cujos principais discípulos em Roma foram Cícero, Sêneca, Marco Aurélio e Epíteto, considerava-se o homem como cidadão do mundo, valorizando-se, assim, a ideia de reino universal, no qual todos eram igualados pela dignidade e pela razão. A dignidade fazia a separação entre seres humanos e as demais criaturas, de modo que todos aqueles era dotados da mesma parcela de dignidade, rompendo-se, assim, a ligação existente entre o cargo e prestígio ocupados e o grau de dignidade a ser considerado.

Já nos primórdios do cristianismo, não se teve uma conceito específico para o que seria a dignidade da pessoa humana, tampouco o mesmo é encontrado na Bíblia. Porém, é possível destacar-se o conceito de ser humano, qual seja, aquele criado à imagem e semelhança de Deus e, conseqüentemente, merecedor de um valor próprio e resguardado da concepção de mero objeto. Como bem destaca Sarlet (2009, p. 33):

Na primeira fase cristianismo, quando este havia assumido a condição de religião oficial do Império, destaca-se o pensamento do Papa São Leão Magno, sustentando que os seres humanos possuem dignidade pelo fato de que Deus os criou à sua imagem e semelhança, e que, ao tornar-se homem, dignificou a

natureza humana, além de vigorar a relação entre o Homem e Deus mediante a voluntária crucificação de Jesus Cristo.

No medievo, sobressai o pensamento de São Tomás de Aquino, o qual, de certo modo, além de corroborar a doutrina estoicista de que o fundamento para a existência da dignidade do ser humano seria o fato deste ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, acrescenta que o homem possui arraigada a sua natureza a capacidade de autodeterminação por decorrência lógica da sua dignidade, que o faz existir em função da sua vontade.

Já no período renascentista, quase Idade Moderna, Giovanni Pico della Mirandola, através da sua clássica oração *De Dignitate hominis*²⁹, escrita em 1486, foi outro grande filósofo que destacava a possibilidade do homem interferir de modo positivo nas coisas do mundo, bem possuir o direito de modificá-las, isso porque os homens seriam escultores de si mesmos, não estando condicionados a qualquer limitação, diferentemente das outras espécies, que seriam submetidas às leis dos homens. Em suma, preceituava o autor a superioridade humana em relação aos demais seres, posto que, sendo o homem criatura de Deus, possuía a natureza indefinida para que agisse segundo seu próprio arbítrio.

Adiante, prosseguindo na evolução dos tempos, nos séculos XVII e XVIII, era jusnaturalista, sobressai o pensamento do imortal Immanuel Kant, a partir de sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1986), cuja grande contribuição para a ciência filosófico-jurídica foi em defender a igualdade na atribuição da dignidade para todos. Assim com os clássicos citados anteriormente, para Kant (1986, p. 95-103), o homem era tido como um ser racional e autoconsciente, de modo agir conforme a própria vontade. Para ele, cada ser humano considerado individualmente teria dignidade e seria insubstituível - diferentemente das coisas, que teriam um preço - bem como seria um fim em si mesmo, não podendo ser usado como instrumento para se alcançar algum objetivo. A razão para os seres humanos se revestirem de dignidade dar-se-ia pelo fato dos mesmos gozarem exatamente dessa autonomia de se realizarem na sociedade por si só, independentemente de qualquer reconhecimento social.

Nesse ponto, calha referir a observação feita por Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 38-39), com vistas a sanar eventual controvérsia entre atribuir-se ou não dignidade aos animais e demais seres vivos, haja vista ser evidente a tendência contemporânea do direito constitucional à proteção da fauna e da flora, em que pese não ser o objetivo dessa pesquisa discorrer-se sobre o tema em questão. Leia-se, pois:

Da mesma forma, considerando que nem todas as medidas de proteção da natureza não humana têm por objeto assegurar aos seres humanos sua vida com dignidade (por conta de um ambiente saudável e equilibrado) mas já dizem com a preservação – por si só – da vida em geral e do patrimônio ambiental, resulta evidente que se está a reconhecer à natureza um valor em si, isto é,

intrínseco. Se com isso se está a admitir uma dignidade da vida para além da humana, tal reconhecimento não necessariamente conflita (nem mesmo por um prisma teleológico) com a noção de dignidade própria e diferenciada – não necessariamente superior e muito menos excludente de outras dignidades – da pessoa humana, que, à evidência, somente e necessariamente é da pessoa humana.

Visão contrária, no entanto, é a de Hegel (apud SARLET, 2009, p. 40), para o qual a dignidade seria adquirida ao longo do tempo. Seria, pois, uma qualidade a ser alcançada ao longo do tempo, tendo em vista que o ser humano não nasceria digno, mas assumiria essa qualidade tão somente a partir do momento que se tornasse cidadão.

Em que pese a concepção hegeliana em sentido contrário, com o advento do século XX, as principais Constituições do mundo ocidental, com fundamento nos ideais humanista e de liberdade do cidadão em contraposição ao arbítrio do Estado, tomaram a iniciativa de incluírem expressamente em seu corpo a presença dos direitos individuais e a garantia da separação dos poderes. Com o término da Primeira Grande Guerra, a preocupação passaria ser com os chamados direitos sociais.

Entretanto, deparou-se o constitucionalismo com um retrocesso, qual seja, a perseguição do III Reich para com um número considerável de pessoas de todas as nacionalidades européias, quais sejam, milhares de judeus, homossexuais, negros e comunistas, considerados doentes incuráveis pelos regimes nazi-fascistas e conseqüentemente, necessário se era que fossem barbaramente executados. Os efeitos posteriores dessa terrível calamidade, nas palavras de Ana Paula de Barcellos (2008, p. 126, grifo original), foram:

A reação à barbárie do nazismo e dos fascismos em geral levou, no pós-guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais. Diversos países cuidaram de introduzir em suas Constituições a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado que se criava ou recriava (Alemanha, Portugal e Espanha, *e.g.*, em suas novas Cartas; a Bélgica tratou o tema através de emenda à Constituição), juridicizando, *com estatura constitucional*, o tema. Também a Constituição Brasileira de 1988 introduziu o princípio, pela primeira vez, em seu artigo 1º, III, desenvolvendo-o analiticamente ao longo de seu texto, como se verá.

O fato é que somente após a Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU, *on line*) de 1948³⁰, é que a dignidade da pessoa humana confirmou-se como valor jurídico universal, sendo referida em diversos dispositivos do mencionado diploma legal, tais como, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da humanidade em igualdade de direitos e de forma inalienável; a dignidade tomada como forma de progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade

mais abrangente; o reconhecimento da segurança social e dos direitos econômicos, sociais e culturais através do esforço nacional e da cooperação internacional, posto serem esses direitos indispensáveis a dignidade e ao desenvolvimento da livre personalidade do ser humano.

Nesse sentido, influenciado pelo rumo tomando pelo Constitucionalismo das principais potências européias, *e.g.*, Portugal (1976), Espanha (1978), de expressamente preverem o princípio da dignidade humana em suas Cartas Magnas, com vistas a se inibir a intolerância, a discriminação, a violência e a incapacidade de ser aceitar o diferente, o Brasil, embora já previsse desde a Constituição de 1934 (BRASIL, 1934, *on line*) que a ordem econômica deveria assegurar a todos uma *existência digna*³¹, somente a partir da Constituição de 1988, logo em seu título I – dos princípios fundamentais, art. 1º, inciso III, positivou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e substrato orientador dos demais direitos e garantias individuais e coletivas, isso também como reação à ditadura militar e às frequentes violações de direitos humanos.

Concluído o aparato histórico no qual esteve envolvida a dignidade da pessoa humana, bem como sua evolução ao longo do tempo, convém agora nesse momento, tentar aproximar-se um pouco do conteúdo desta, isso porque, como já outrora exposto, a mera prescrição no corpo normativo constitucional, por si, não possui a capacidade de garantir a devida tutela e proteção à almejada dignidade.

3.2 O SUBSTRATO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No ordenamento brasileiro vigente, a dignidade da pessoa humana está positivada no art. 1º, inciso III, da CRFB/1988, sendo tida por um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, oriunda, conforme divagações históricas anteriores, em especial, das teses filosóficas de São Tomás de Aquino e Immanuel Kant. Aliás, a conteúdo do princípio em análise está disperso ao longo do texto constitucional, em diversos dispositivos, tais como proteção à vida, à saúde, à isonomia, à liberdade, à segurança, à infância, à família, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros.

Da análise de todos os renomados autores que versam sobre essa matéria, observa-se que a dignidade da pessoa humana possui um conceito cujo conteúdo é mais fácil de visualizar no caso concreto do que ser definido teoricamente, na medida em que detém a natureza de um conceito jurídico-normativo, ou seja, de contornos vagos, imprecisos, delimitado pela jurisprudência constitucional e construído ao longo do tempo. Ademais, caso se fixasse um conceito objetivo e preciso para algo inerente a toda e qualquer condição de ser humano, correr-se-ia um risco de não se alcançar uma

definição satisfatória para a referida norma jurídica constitucional, levando-se em consideração todo o pluralismo e a diversidade de valores das sociedades hodiernas.

Em resumo, a dignidade da pessoa humana é mais fácil de ser apontada, nos casos de violação, do que mesmo ser definida, cabendo, pois, ao Judiciário, ao longo do tempo, através da jurisprudência, a análise das especificidades dos reiterados casos concretos apresentados à sua apreciação e a eleição de um rol de medidas cuja inobservância ensejaria a ofensa da dignidade da pessoa humana. Todavia, não obstante a dificuldade de se traçar um conceito preciso de dignidade da pessoa humana, é de alvitre que, ao menos, tente-se alcançar uma definição minimamente objetiva, mesmo que aberta ao acréscimo de valores outros no decorrer da evolução da sociedade, com vistas a garantir certo grau de segurança e estabilidade jurídicas às decisões judiciais.

Com efeito, muita contribuição há por parte da doutrina quando se refere ao tema da dignidade da pessoa humana, sempre se enfatizando ser esta uma qualidade irrenunciável, inalienável e inerente a todos, indistintamente, mesmo aqueles que cometem atos indignos e infames, acompanhando a todos durante toda a vida, desde o nascedouro até a morte, podendo, inclusive, em casos específicos, preceder ou ultrapassar a própria vida. Sobre o tema, bem esclarece Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 47):

Esta (a dignidade), portanto, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Nesse diapasão de tentativa de aproximação de um conteúdo e significado para a dignidade da pessoa humana, é deveras salutar mencionar-se a visão de alguns grandes doutrinadores, dentre muitos existentes na comunidade jurídica, cuja leitura em muito contribuiu para o aperfeiçoamento desse trabalho. Nesse diapasão, Franck Moderne (1997 apud SARLET, 2009, p. 59), em diminuta análise, conclui:

Para além de uma concepção ontológica da dignidade – como qualidade inerente ao ser humano (que, de resto, não se encontra imune a críticas) – importa considerar uma visão de caráter mais „instrumental“, traduzida pela noção de uma igual dignidade de todas as pessoas, fundada na participação ativa de todos na „magistratura moral“ coletiva, não restrita, portanto, à ideia de autonomia individual, mas que – pelo contrário – parte do pressuposto da necessidade de promoção das condições de uma contribuição ativa para o reconhecimento e proteção do conjunto de direitos e liberdades indispensáveis ao nosso tempo.

O imortal pensador Immanuel Kant, em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1986), conforme outrora referido, considerava a dignidade como tudo aquilo impagável, sendo, portanto, um valor inestimável e indisponível, senão vejamos:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. O direito à vida, à honra, à integridade física, à integridade psíquica, à privacidade, dentre outros, são essencialmente tais, pois, sem eles, não se concretiza a dignidade humana. A cada pessoa não é conferido o poder de dispô-los, sob pena de reduzir sua condição humana; todas as demais pessoas devem abster-se de violá-los. (KANT, 1986, p. 77).

O oráculo por diversas vezes consultado, J. J. Gomes Canotilho (1999, p. 221), aprecia a questão da dignidade da pessoa humana como núcleo dos direitos fundamentais e superior a estes com singular propriedade e ímpar precisão:

Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios.

Ainda com relação ao respeito à dignidade da pessoa humana de todo cidadão, ou seja, aquele conteúdo mínimo indispensável e insuprível que dever ser garantido, calha referir as características daquela traçadas pelo constitucionalista Jorge Miranda (1991, p. 169), quais sejam:

- a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) o primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; d) a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição de direitos; e) a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.

É de alvitre salientar os quatros postulados nos quais se pode desdobrar o substrato material da dignidade da pessoa humana, mencionados, com muita propriedade, por Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 119), quais sejam: I - o sujeito moral (ético) reconhecer a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; II - que, por sua vez, seriam merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; III - ser dotado de vontade livre, de autodeterminação; e, por fim, IV - ser parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

Encerra-se, enfim, com as pertinentes palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 67, grifo original), o qual, buscando ao máximo atingir a plenitude de situações possíveis e abranger uma concepção multidimensional, traça um conceito por demais abrangente, sintetizando todo o rol de garantias constitucionais estabelecido por esse princípio:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degenerativo e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integrem a rede da vida.

Antes, porém, sobressai interessante destacar-se a diferenciação terminológica entre a dignidade da pessoa humana e a dignidade humana. Bem destaca Sarlet (2009, p. 58) que a dignidade da pessoa humana seria real, no cotidiano, e não de um ser abstrato. Noutras palavras, a dignidade constituiria uma característica da pessoa individualmente considerada, e não de um ser ideal, razão pela qual não se pode confundi-la com a dignidade humana quando esta se referir à humanidade como um todo.

Isso porque as categorias de direitos fundamentais existentes na Lei Maior brasileira não se resumem ao rol do art. 5º, quais sejam, vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, da CRFB/1988, havendo previsões outras ao longo do texto constitucional pertencentes a categorias diversas, tais como os direitos sócio-econômicos que, por sua vez, têm por objetivo plenificar o conteúdo mínimo da dignidade. Em suma, teriam os direitos fundamentais a finalidade de resguardar a vivência do indivíduo de forma digna.

3.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORMA-REGRA E COMO NORMA-PRINCÍPIO

É de notório saber que a Constituição configura-se como um sistema jurídico que agrega em seu bojo um conteúdo normativo a se dividir em princípios e regras - inferiores aos primeiros, mas dotadas do mesmo *status* quando da sua aplicabilidade – os quais deve se integrar entre si de modo a garantir a harmonia entre os mesmos. Nesse sentido, cabe a seguinte indagação: seria a dignidade da pessoa humana uma norma-regra ou uma norma-princípio? Antes, porém, pertinente se é fazer uma diferenciação entre as referidas espécies do gênero *norma*.

Para tanto, é de bom alvitre as bem escolhidas palavras de Robert Alexy, que traça em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2008) diversos critérios aptos a distinguir as espécies regras e princípios.

Entretanto, um critério merece especial destaque, no caso, o da *generalidade*, posto que, para o autor, os princípios são dotados de alto grau de generalidade, enquanto as regras possuem um grau diminuto de abrangência.

Acrescenta Alexy (2008, p. 92-94) outro fator que torna clara a diferença existente entre regras e princípios: na ocorrência de um conflito de regras, a única solução viável se

é buscar uma cláusula de exceção em uma das regras capaz de remover o conflito, ou então declarar-se como nula uma das destas; enquanto que diante de uma colisão de princípios, atitude diversa deve ser tomada, no sentido de fazer com que um dos princípios recue em detrimento do outro, sem, contudo, significar que o preterido tenha sido declarado nulo ou então que haja cláusula de exceção em seu conteúdo, isso porque têm os princípios pesos diferentes a depender do caso concreto. E arrebatada o eminente jusfilósofo:

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios apresentam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante das possibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve. (ALEXY, 2008, p. 103-104, grifo original).

Os princípios seriam, portanto, normas que ditam um fim a ser almejado, um norte para atuação governamental - com vistas a se tutelar as garantias básicas para a existência de uma vida digna, bem como se prestariam como inspiração para a confecção das regras do direito positivo, possuindo ainda três dimensões, quais sejam: I - servir de fundamento para a ordem jurídica; II - orientar quando do exercício da hermenêutica constitucional; e III - agir como fonte nos casos de insuficiência da lei e dos costumes. Paulo Bonavides (2006, p. 257-258), citando Riccardo Guastini jurista italiano o qual, como base na jurisprudência italiana e em diversos juristas, traçou com devida propriedade seis distintos conceitos de *princípios*, expõe:

Em primeiro lugar, o vocábulo „princípio“, diz textualmente aquele jurista, se refere a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade. Em segundo lugar, prossegue Guastini, os juristas usam o vocábulo „princípio“ para referir-se a normas (ou a disposições

que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos. Em terceiro lugar, afirma ainda o mesmo autor, os juristas empregam a palavra „princípio“ para referir-se a normas (ou disposições que exprimem normas) de caráter „programático“. Em quarto lugar, continua aquele pensador, o uso que os juristas às vezes fazem do termo „princípio“ é para referir-se a normas (ou a dispositivos que exprimem normas) cuja posição hierárquica das fontes de Direito é muito elevada. Em quinto lugar – novamente Guastini – „os juristas usam o vocábulo princípio para designar normas ou (disposições normativas) que desempenham uma função importante e fundamental no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações). Em sexto lugar, finalmente, elucida Guastini, os juristas se valem da expressão „princípio“ para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de explicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.

Por outro lado, as regras possuem uma natureza diversa dos princípios, de modo que incidem sobre as condutas humanas de forma direta e automática, ou seja, quando se fala em regras, ou é „tudo ou nada“, frase certamente pouco elegante, mas assaz expressiva, somente deixando de ser aplicada quando perder a vigência, for declarada nula ou houver outra mais específica.

Com efeito, J.J. Gomes Canotilho (1999, p. 1177), influenciado pela doutrina constitucionalista alemã, corrobora a idéia de divisão do gênero norma em regras e princípios. Aquelas seriam normas que exigiriam, proibiriam ou permitiriam algo em termos peremptórios, sem ressalvas (*direito definitivo*), enquanto que estes exigiriam a consecução de algo maior e da melhor forma possível. Nessa senda, os últimos não proibiriam, permitiriam ou exigiriam algo de forma ríspida, mas sim consistiriam em mandados de otimização de um direito ou bem jurídico, observando-se, para tanto, a reserva do possível.

Soma-se a isso, assevera o autor, o fato de que a convivência dos princípios seria conflitual, a das regras, antinômica; os princípios consistiriam em mandados de otimização, consentindo no balanceamento de valores e interesses, enquanto que as regras não deixam margem alguma de ponderação, posto que devem as mesmas ser cumpridas na medida das suas prescrições, tendo em vista que o conteúdo destas contém fixações normativas definitivas. Ademais, os princípios, além do elevado grau de abstração, carecem de mediações concretas tanto do julgador quanto do legislador, posto que possuem um conceito vago, diferente das regras, de aplicação direta, bem como possuem um papel de referência no arcabouço legal devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes e sua função norteadora e estruturante dentro do sistema jurídico.

Tecidas essas breves considerações acerca da distinção entre as espécies do gênero norma, pertinente é a indagação: seria a dignidade da pessoa humana – uma das disposições mais fundamentais em todo sistema jurídico democrático contemporâneo - uma norma-regra ou uma norma-princípio?

É fato que o neo-constitucionalismo brasileiro, através da Constituição Cidadã de 1988³², elencou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e um dos preceitos do Estado Democrático de Direito, deixando de incluí-la, portanto, no rol dos direitos e garantias constitucionais. Nesse sentido, é comum falar-se em *princípio* da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, opinião diversa possui Robert Alexy, jusfilósofo alemão, para o qual a dignidade da pessoa humana possui uma dupla acepção, sendo, em certos momentos, tratada como regra e, em outros, como princípio, senão vejamos:

Por isso, é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência. O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas. (ALEXY, 2008, p. 113-114).

Da assertiva assim, pode-se concluir que, para Alexy, a regra pode ser absoluta, já o princípio não, bem como é possível a existência de uma norma regra e princípio, o que vai de encontro à própria enunciação de que uma norma seria uma regra ou um princípio.

Todavia, parte da doutrina e da jurisprudência vê com ressalva essa proposição de Alexy, posto que, nas palavras da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha (2009, *on line*), do Supremo Tribunal Federal, o princípio da dignidade humana existe para que sejam asseguradas ao homem condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas, com vistas a ser tido como sujeito de dignidade, razão digna superior a todos os demais bens e coisas, inclusive ao próprio Estado:

Sendo valor supremo e fundamental, a dignidade da pessoa humana é transformada em princípio de direito a integrar os sistemas constitucionais preparados e promulgados a partir de então, alterando-se, com essa entronização do valor e a sua elevação à categoria de princípio jurídico fundamental, a substância mesma do quanto constitucionalmente construído. [...] O limite positivo e negativo de atuação do Estado e das autoridades que o representam passou a ser, a partir do entendimento ali esposado e tornado de acatamento obrigatório porque constituído em norma-princípio matriz do constitucionalismo contemporâneo, exatamente o da dignidade da pessoa humana, base de todas as definições e de todos os caminhos interpretativos dos direitos fundamentais. Aliás, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se, então, valor fundante do sistema no qual se alberga, como espinha

dorsal da elaboração normativa, exatamente os direitos fundamentais do homem. Aquele princípio converteu-se, pois, no coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana estampado nos direitos fundamentais acolhidos e assegurados na forma posta no sistema constitucional.

Dessa forma, conclui-se que a dignidade da pessoa humana é considerada pelo constituinte originário como um dos princípios fundamentais da organização do Estado brasileiro, residindo, para tanto, no epicentro do sistema jurídico interno – e internacional, já que é adotado pela maioria das democracias mundiais – bem como possui a mesma relevância peculiar no constitucionalismo contemporâneo, na medida em que toma o ser humano como parâmetro para a estruturação e organização do Estado. Sua conceituação, em linhas gerais, engloba o próprio conceito de direitos fundamentais e direitos humanos, consistindo em uma unificação de todos os direitos inerentes a pessoa humana. E é nesse ponto que a dignidade da pessoa humana possui um caráter absoluto, na medida em que reconhece o homem como destinatário absoluto dos direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito e, se é absoluto, não pode em situação alguma, ser relativizada.

3.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITE E COMO TAREFA DO ESTADO: A DELIMITAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Prosseguindo-se na árdua tarefa de se traçar uma noção acerca da dignidade da pessoa humana, além de parte da doutrina entendê-la como uma forma de autodeterminação da pessoa humana acerca das próprias decisões tomadas a respeito da existência humana, ainda liga-se a ela a idéia dúplici de ser um *limite* - no sentido de defesa - e uma *tarefa* - relacionada a um conteúdo prestacional de dignidade, a serem observadas pelos poderes estatais concomitantemente. Por poderes estatais, leia-se: todos os órgãos, funções e atividades estatais, bem todas as entidades privadas e os particulares individualmente considerados que, de alguma forma, vinculem ao conteúdo da dignidade da pessoa humana.

Como bem aponta Sarlet (2009, p. 120), em seu referencial sobre a *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, o princípio da dignidade da pessoa humana enseja não somente a imposição de limites ao Estado, com vistas a garantir-se que este não viole a dignidade pessoal de cada um, mas também implica na missão permanente do Estado em garantir realização concreta de uma vida com dignidade para todos, mesmo que numa perspectiva programática, mas nem por isso destituída de plena eficácia.

Nesse sentido, com relação à dimensão *limite* da dignidade da pessoa humana, interessante observar-se que aos sujeitos anteriormente mencionados, e não somente ao Estado *stricto sensu*, é imposto um

dever de respeito e tutela, tanto no sentido de evitar que se ingira na esfera individual de cada um, desde que contrária à noção de dignidade, quanto na obrigação de proteger a dignidade do ser humano contra animosidades de terceiros, seja qual for a natureza – pública ou privada – destes.

Assim, as limitações outorgadas ao Estado, quando do trato da dignidade da pessoa humana, visam obstacularizar uma eventual mitigação deste princípio fundamental, devendo, pois, o Poder Público agir tanto como garantidor – no sentido de evitar qualquer intervenção contrária ao ideal preceituado pela dignidade da pessoa humana na esfera pessoal de qualquer um - quanto como respeitador, observador e praticante desse dever de tutela e observância.

Sarlet (2009, p. 125) destaca ainda outra limitação, mas agora relacionada à ponderação e à hierarquização de valores. Para o autor, em havendo conflito entre princípios (e direitos) assegurados constitucionalmente, seria, ainda assim, justificável o uso do princípio da dignidade para a imposição de restrições aos demais direitos protegidos na seara constitucional, mesmo que diga respeito à norma de cunho jusfundamental. Para tanto, exemplifica o mesmo algumas situações jurisprudenciais:

De Portugal, recolhemos, entre outros, o exemplo citado por Jorge Miranda, lembrando que o Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão de nº 349/91, ao apreciar a alegação de inconstitucionalidade da penhora da pensão em demanda executiva, decidiu que „perante conflito entre o direito do pensionista a receber pensão condigna e o direito do credor, deve o legislador, para tutela do valor supremo da dignidade da pessoa humana, sacrificar o direito do credor na medida do necessário e, se for preciso, totalmente. [...] Na mesma linha – para não deixarmos de lado a fecunda jurisprudência pátria – cumpre referir julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde restou consignada a impenhorabilidade de rendimentos oriundos de locativos, quando estes, à falta de outros rendimentos substanciais, assumem cunho alimentar e, portanto, essencial para a própria dignidade da pessoa humana, prevalecendo em face dos direitos creditícios, notadamente quando eminentemente patrimoniais, bem como uma série de decisões que têm impedido a suspensão do fornecimento de energia elétrica em face de se tratar de serviço essencial à dignidade da pessoa humana, ou mesmo considerado descabido o desconto em folha de pagamento, contrariamente à vontade do devedor, sob o argumento de que com isso se estaria a burlar não apenas o procedimento judicial de execução da dívida, mas também a dignidade da pessoa humana do devedor, notadamente em situações onde este desconto estaria a incidir sobre valores que dizem com o mínimo existencial.

Por fim, há ainda um terceiro enfoque dado para a questão dos limites advindos da observância da dignidade da pessoa humana, no sentido de se limitar, em certos casos, a autonomia da vontade do ser humano. Isso porque é evidente em decorrência das injustiças ligadas ao capital e ao Estado Liberal, cuja transição para o Estado Social impôs que a desigualdade socioeconômica entre os particulares fosse contrabalanceada com a promulgação de leis protetivas, tais como a lei trabalhista

e a lei consumerista, com vistas a salvaguardar o equilíbrio social, econômico e jurídico, por mais que tratando desigualmente os desiguais, entre as partes.

De outra banda, a dimensão *tarefa* da dignidade da pessoa humana vem acrescentar mais um norte a ser seguido pelo princípio fundamental em questão, além das já existentes - quais sejam, o dever de abstenção ou respeito e a realização de condutas comissivas com vistas a tutelar e proteger a dignidade dos indivíduos por parte dos órgãos estatais, notadamente o Poder Legislativo, em razão do seu papel firmador de uma ordem jurídica capaz de atender as exigências do princípio em tela. A direção em tela, portanto, seria a promoção de condições aptas a viabilizar e retirar todos os empecilhos os quais impeçam o exercício da dignidade plena pelas pessoas. Continua Sarlet (2009, p. 122):

Da dupla função de proteção e defesa segue também o dever de implementar medidas de precaução procedimentais e organizacionais no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais ou, quando isto não ocorrer, com o intuito de reconhecer e fazer cessar (ainda que para efeitos simbólicos), ou, de acordo com as circunstâncias, minimizar os efeitos das violações, inclusive assegurando a reparação do dano.

Detona-se, por conseguinte, que a *tarefa* da dignidade da pessoa humana seria obrigar o Estado e os particulares a conservarem a dignidade existente, promovendo e viabilizando condições que proporcionem o pleno exercício desta, bem como removendo todos os percalços que impeçam os indivíduos viverem de forma digna. Em suma, possui a dignidade uma dupla acepção a ser enfrentada pelo Estado, uma ligada à defesa, tutela, garantia, e outra relacionada a prestações a serem efetivadas.

Conclui-se, portanto, ser pertinente a análise da dignidade da pessoa humana sob esses dois enfoques, que agem de forma concomitante, um sem excluir o outro: como *limite* e como *tarefa*, ambos visando a defesa e a proteção do referido princípio fundamental. Não se deve olvidar, ainda, que a dignidade deve ser vista como um dever geral de respeito praticado por todos para com os outros, bem como para consigo mesmo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atual fase do constitucionalismo contemporâneo, observa-se a tendência contumaz do recrudescimento da expansão global do Poder Judiciário nos Estados Democráticos de Direito, tendência esta que caminha desde a crise do Estado Liberal até os dias atuais – sem olvidar-se de uma associação e ligação anterior com a influência norte-americana de tutela da dignidade da pessoa

humana, notadamente após o período pós-guerra - com vistas a se preservar necessidades vitais básicas frente às ineficiências dos órgãos eminentemente políticos e majoritários.

Nesse sentido, o objetivo almejado pela respectiva monografia foi, portanto, compreender o fenômeno da judicialização das políticas públicas e das relações sociais, de modo a assegurar a garantia do mínimo existencial, mesmo diante da limitação da reserva do possível, explanando-se, para tanto, a forma e os limites de como se daria a produção da ciência jurídica por obra dos magistrados, visando-se, nesse diapasão, conferir aceitabilidade e legitimidade aos julgados fundamentados com base em tal arrazoado.

Para tanto, foi necessária uma análise da evolução histórica de toda a teoria da separação dos poderes e sua realização com a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas previamente previstas em atos dos Poderes Legislativo e Executivo, indagando-se acerca da sua legitimidade, bem como se traçando um paralelo com a dignidade da pessoa humana e sua dupla acepção, qual seja como *limite* e como *tarefa* à ação estatal.

Concluiu-se no primeiro capítulo que o trato da criação do direito por obra do poder judicante, em que pese ser um tema recorrente na comunidade jurídica contemporânea, principiou-se, evidentemente, de modo deveras sutil, na época da Antiguidade, notadamente com a obra *Política* (2004), de Aristóteles, por meio da qual se preconizava a aplicação da Teoria do Governo Misto, ou seja, premente era a necessidade de se entrelaçarem as várias formas de governo, assegurando-se o exercício do poder político pelos mais variados ramos da sociedade grega. Posteriormente, sob a égide da Idade Moderna, exsurgem as ideias do Barão de Montesquieu, firmadas pelo clássico *Do Espírito das Leis* (1999). Tal obra corroborava a precedente ideia de repartição de funções, ou melhor, tripartição dos poderes.

Por fim, assaz pertinente seria a contribuição dos federalistas americanos, cuja importância faz-se difícil exagerar, na medida em que se conjugou a tradicional concepção da distinção de funções ao desenvolvimento dos *checks and balances system*, na qual se exaltou o sistema de controle recíprocos entre os poderes.

Destacou-se ainda, no capítulo inicial que, de há muito, a magistratura se absteve de ser mera expectadora das ações e omissões dos demais poderes, à medida que renunciou ao fato de tão-somente declarar o direito, sem, contudo, interpretá-lo e criá-lo. Desse modo, diante da revolta contra a formal dicotomia entre as funções estatais – executivo, legislativo e judiciário – e a criação e ampliação do *Welfare State*, n“outras palavras, Estado de Bem-Estar, o terceiro poder empenhou-se

em um papel mais ativo, no que cinge à efetivação dos bens jurídicos adquiridos ao longo do papel inovador do tempo.

Contudo, para que houvesse uma postura mais ativa e presente do Poder Judiciário fazia-se mister que o mesmo possuísse legitimidade para tanto, e essa foi, assim, a questão a ser analisada no capítulo segundo. Em outras palavras, perquiriu-se acerca da legitimidade da produção judiciária do direito.

Em breves considerações, não obstante eventuais alegações de caráter antidemocrático do instituto da judicialização destacou-se, como forma de justificá-lo, a presença de vários aspectos os quais dotariam de aceitabilidade, perante o povo, a interferência dos juízes em poderes diversos dos quais estariam vinculados, tais como: a) a obrigatoriedade de fundamentação dos provimentos judiciais, ou seja, ao magistrado é outorgada a explanação ao público acerca das suas razões de decidir, situação esta que, por si, parece capaz de refutar, em parte, a tese contrária exposta, bem como, e esse argumento sobressai diante dos demais, b) abordou-se o fato de que compete ao judiciário amparar os grupos e minorias marginalizados, não detentores de representatividade ou representatividade mínima junto aos grupos políticos, além do fato de se perceber a formação de uma *legitimação indireta* do judiciário à vista das insuficiências dos demais poderes no oferecimento de respostas eficazes às demandas pela concretização de direitos fundamentais prestacionais.

Por fim, no último capítulo, breves considerações foram firmadas acerca da dignidade da pessoa humana, realizando-se um resgate histórico no tocante à sua origem, desde o período clássico até a posição atual que o mesmo ocupa no novo cenário constitucional e no Estado Democrático de Direito, traçando-se, ainda, semanticamente, as mais diversas significações que a mesma possui, até se alcançar aquela tida por mais adequada, no sentido de abranger a maioria dos casos de sua incidência. Tecidos esses comentários, desfechou-se o capítulo com a análise dúplice do princípio em questão, qual, a dignidade tida como limite e como tarefa para a atuação estatal.

Nesse sentido, acredita-se que, ao abrigo dessas alegações expendidas ao longo de toda essa análise teórica, seria de bom alvitre a realização da judicialização das políticas públicas, vinculada, entretanto, à observância de determinados limites ora expostos, notadamente diante do *Welfare State* (Estado de Bem-Estar) e da jurisdição constitucional das liberdades (proteção jurisdicional dos direitos fundamentais) os quais se têm arraigado no campo da civilização jurídica mundial contemporânea.

Assim, encerra o conteúdo dessa análise teórica, a qual, de longe possuiu a pretensão de ser exaustiva, acreditando-se que, em que pese à ideia da construção do direito por obra dos magistrados não esteja completamente firmada e madura junto à sociedade brasileira e suas diversas instituições, à medida

que se expõe o tema, conferindo certa visibilidade e ainda que em uma diminuta contribuição, dar-se-á visibilidade à temática para que possa ser debatida e questionada por aqueles que dispõem de tal pesquisa, bem como abre-se a possibilidade de um aprimoramento *a posteriori* e fonte de pesquisa para as gerações vindouras.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARISTÓTELES. Política. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Curso de Direito Constitucional. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Constituição (1934). Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1934.

_____. Lei nº. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Brasília, DF, Senado, 1965.

_____. Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília, DF, Senado, 1985.

_____. Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, Senado, 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, ADI 3833-MC/DF, Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, publ. dez. 2003. Disponível em:

< <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=561133>>. Acesso em: 01 maio 2010.

CANOTILHO. J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Junior, 1993.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Princípios Constitucionais. São Paulo. Saraiva. 2006.

DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HARRINGTON, James. La República de Oceana, trad. Enrique Diez-Canedo. México: Fondo de Cultura, 1996.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2009.

KANT, Immanuel. Fundação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

LESSA, Pedro. Do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; & JAY, John. O Federalista. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Coimbra: Coimbra, 1991. tomo IV.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. O Espírito das Leis. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ORNANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Disponível em:

<http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 16 maio 2010.

PÁDUA, Marsílio de. O Defensor da Paz. Petrópolis: Vozes, 1997.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. De Dignitate hominis. Disponível em:

<<http://www.scribd.com/doc/19473671/De-Hominis-Dignitate>>. Acesso em: 16 maio 2010.

ROCHA, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES . O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. Disponível em:

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/32229/public/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SHAPIRO, Martin. The United States. In: TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power. New York: New York University Press, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power. New York: New York University Press, 1995.

VERDÚ, Pablo Lucas. A luta pelo Estado de Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck, CARVALHO, Maria Alice. MELO, Manoel Palácios Cunha, BURGOS, Marcelo Bauman. Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

APÊNDICE

*DEFINIÇÃO DO PROBLEMA

Inicialmente, antes de se adentrar no campo de pesquisa a ser abordado ao longo deste estudo, é cediço por todos os indivíduos, independentemente da situação econômica, política ou social à qual estejam submetidos, o fato de o Estado ser um ente incapaz de prover as necessidades da totalidade de indivíduos de forma indistinta e igualitária, abstendo-se de privilegiar determinados grupos sociais, de modo a efetivar direitos fundamentais básicos, notadamente os direitos sociais, para que a vida do cidadão seja exercida de forma digna. Tal fenômeno ocorre não só nos países tidos por subdesenvolvidos ou emergentes, mas em todas as nações, desde os primórdios do surgimento da figura estatal até os dias hodiernos.

Destarte, prosseguindo nessa esteira de raciocínio, diante da ineficiência de fomento às políticas públicas, atribuição esta típica dos Poderes Executivo e Legislativo, recorrem os cidadãos ao Poder Judiciário como forma de remediar os seus anseios, fenômeno ao qual se tem chamado de “judicialização das relações políticas e sociais”, a fim de se alcançar a respectiva tutela jurisdicional apta a ampará-los.

Cumprindo indagar se esse fenômeno é recente ou prolonga-se ao curso da história. O fato é que a literatura jurídica passou a abordar precisamente a expressão “judicialização da política” por volta do ano de 1995, através da obra *The Global Expansion of Judicial Power*, de Torbjörn Vallinder e Chester Neal Tate.

Ocorre que tal problemática, todavia, não é tida por contemporânea, restando abordada desde o período da antiguidade, notadamente com relação à Teoria do Governo Misto de Aristóteles, surgindo, posteriormente, por meio de um esboço da distinção de funções proposta por Locke até perfazer-se na clássica Teoria da Separação dos Poderes, oriunda do Barão de Montesquieu.

Nesse diapasão, é imperiosa a análise da legitimação do Poder Judiciário em imiscuir-se no campo de atuação das políticas públicas, na medida em que se decidiria acerca da alocação de recursos públicos, ponderando, assim, uma possível antinomia entre o limite da reserva do possível - sem prejuízo de eventual violação à mencionada Teoria da Separação dos Poderes – e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988).

Com efeito, consubstanciando-se nos ensinamentos de Andreas Krell, reza o limite da reserva do possível que o direito à prestação de serviços públicos pelo Estado está condicionado à disponibilidade

dos respectivos recursos financeiros, restando a análise acerca dessa disponibilidade ao exercício do poder discricionário, arrogado ao governo e ao parlamento por meio da composição dos orçamentos públicos.

Entretanto, é de relevo frisar que tal ativismo judicial, no campo dos direitos sociais, não é pautado na total arbitrariedade do magistrado, havendo, para tanto, requisitos e limites a serem destacados ao longo deste trabalho científico. Ademais, há de se ressaltar que a questão da reserva do possível não deve ser um meio de subterfúgio para o Estado eximir-se de responsabilidade da tutela de direitos elevados à seara constitucional, sob pena de tornar-los completamente inócuos.

Lembre-se, outrossim, que, correlato ao princípio da separação dos poderes, exsurge a teoria dos *checks and balances*, ou seja, o sistema de freios e contrapesos que os poderes exercem uns sobre os outros, oriunda do sistema constitucional americano.

Ao abrigo dessas considerações, mostra-se razoável ponderar, diante do gigantismo estatal, a garantia da efetivação dos direitos fundamentais, notadamente aqueles ligados ao mínimo existencial, sob pena de inobservância da efetivação das cláusulas pétreas constitucionais.

Diante dessas notas introdutórias, buscar-se-á, pois, desenvolver pesquisa monográfica que responda aos seguintes questionamentos:

1. A questão da judicialização das políticas públicas é um fenômeno recente?
2. Qual a legitimidade do Poder Judiciário para imiscuir-se em deliberações tipicamente atribuídas aos órgãos representativos das maiorias políticas, notadamente os Poderes Executivo e Legislativo?
3. Quais os fundamentos, requisitos e limites para a judicialização da política?

*** JUSTIFICATIVA**

Após o processo de redemocratização pós-regime ditatorial, momento em que os Poderes Legislativo e Judiciário desfrutavam de questionável influxo, e o advento da Constituição “Cidadã” de 1988, a sociedade brasileira reconquistou antigos direitos até então suprimidos, bem como edificou novos, tais como, à guisa de ilustração, pode-se citar os direitos difusos e coletivos, desencadeando, por via de consequência, em um processo de mudanças de cunho econômico, político e social. Assim, ainda nessa senda, sobressaem clarividentes as benesses advindas das inovações atinentes ao arcabouço jurídico brasileiro com a promulgação da atual Carta Magna.

Deve-se destacar, contudo, que a prodigalização na positivação de direitos - notadamente aqueles de cunho prestacional mais intenso – sem a devida consideração de suas fontes de custeio conduziu à ineficiência de vários direitos fundamentais sociais.

Concorre também para agravar a lacuna e a omissão estatais, no tocante à presteza na elaboração das políticas públicas, o fato do crescimento demográfico da população avultar-se de forma incomensurável, restando o Estado, já deficiente de recursos, cada vez menos capaz para assistir às necessidades da comunidade carente, valendo-se esta da Justiça brasileira, como instituição apta a amparar seus anseios. Revela-se, portanto, inquestionável a necessidade do ativismo judicial, notadamente ligado aos direitos tidos por fundamentais, frente às insuficiências estatais.

Deparando-se com essa situação, a análise do trato da judicialização das políticas públicas e das relações sociais revela-se de grande pertinência na sociedade contemporânea, tendo em vista que desponta como matéria recorrente no seio do Poder Judiciário, defrontando-se os magistrados de forma cada vez mais contundente com tal problemática.

Daí emerge o desiderato da presente investigação científica, a qual se esforçará por verificar a ocorrência da geração do direito por obra dos juízes ao longo dos tempos, com foco na origem e aplicação desse instituto nas sociedades remotas, para, de posse de tal estudo, poder-se traçar determinados limites e o modo de atuação do exercício do poder de interpretação e criação do direito pelos diversos órgãos jurisdicionais, no sentido de se conferir legitimidade às decisões fundamentadas, tendo por base o objeto de análise abordado ao logo desse estudo.

Com efeito, é certo que carece o Poder Judiciário de atribuição para imiscuir-se em questões de orçamento e receitas públicas, bem como em condições de natureza macroeconômica, entretanto, exsurge patente tomar-se em consideração a indispensável tarefa do julgador, quando do trato de situações concretas ou mesmo diretamente atinentes à ponderação de valores constitucionais. Saliente-se, outrossim, haver direitos de certa forma tão relevantes que resta inviável submetê-los ao arrimo da reserva do possível.

Entretanto, impõe-se que o exercício desse poder, oriundo de construções consuetudinárias, estudos doutrinários e quiçá jurisprudenciais, conferido aos magistrados, conduza-se de maneira limitada, cautelosa, amparando-se com base na utilização da proporcionalidade, tendo em vista ser o Poder Judiciário incapaz de solver por inteiro os problemas atinentes às mazelas sociais.

Assim, tem-se por escopo ofertar uma contribuição ao meio acadêmico e profissional, facilitando a aplicação prática da judicialização dos problemas aos operadores do direito, de modo a se preterir os juízos de conveniência e oportunidade inerentes ao Estado, ante os direitos prestacionais, elevados à seara constitucional, com previsão de imediata aplicação, nos termos do art. 5º, §1º, da atual Carta Magna.

*REFERENCIAL TEÓRICO

A expressão “judicialização das políticas públicas” despontou no campo da civilização jurídica por volta de 1995, por intermédio da obra *The Global Expansion of Judicial Power*, de autoria de Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995, p.13), cuja significação³³ adiante se expõe:

Thus the judicialization of politics should normally mean either (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process.

Na mesma linha de raciocínio, manifesta-se Anderson Orestes Cavalcante Lobato (2001, *on line*):

Interessante perceber que diante do fenômeno da hipertrofia do Executivo, a oposição encontrou no Poder Judiciário um órgão de soberania do Estado capaz de bloquear e corrigir uma política governamental que procurou impor-se, abandonando o diálogo democrático. A judicialização da política seria pois uma resposta à falta de consenso no debate político. O Judiciário é chamado a posicionar-se sobre uma questão política sempre que a lei não conseguiu alcançar um grau de consenso satisfatório. Nesse momento, a Constituição ressurge como norma parâmetro para a aceitação e legitimidade do programa de governo e resgata-se, assim, a sua força normativa através do processo constitucional de controle de constitucionalidade das leis e das ações constitucionais de proteção dos direitos fundamentais.

Tal discussão relativa à invasão da política e da sociedade pelo direito advém em decorrência de não serem as atividades de criação e interpretação do direito fenômenos contrapostos, pelo contrário, um necessariamente suscita o outro.

Esteando-se nos ensinamentos de Mauro Cappelletti (1993, p.p. 21-22), infere-se que:

O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de

discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só a interpretação do direito, mas também no que concerne a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc. [...] Tais questões e incertezas devem ser resolvidas pelo intérprete. Deve ele preencher as lacunas, precisar as *nuances*, esclarecer as ambigüidades. [...] E, na verdade, o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa.

Igualmente se manifestam Vianna, Melo e Burgos (1999, p. 21):

A indeterminação do direito, por sua vez, repercutiria sobre as relações entre os Poderes, dado que a Lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da „certeza jurídica“. Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de „legislador implícito“ (grifo original).

Com efeito, da análise da atual ordem constitucional pátria, é patente vislumbrar-se, por meio de uma interpretação teleológica, ou seja, aquela consistente na busca da fixação de um sentido socialmente útil, na atualidade, para a consagração de diversos direitos sociais, tais como os positivados nos artigos 6º ao 11, da Constituição “Cidadã”, de 1988, o *animus* do legislador constituinte originário, especialmente à luz da atual compreensão da axiologia constitucional e da eficácia dos direitos e garantias fundamentais:

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

[...]

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Nessa senda, percebe-se, então, que existe como um fenômeno necessário à dinâmica da efetivação destes objetivos o relativo à judicialização das políticas públicas, cuja importância torna-se difícil

exagerar, evidenciando-se por uma série de fatores, tais como: a. A releitura do papel do judiciário no mundo contemporâneo a demandar um reajuste do sistema de freios e contrapesos; b. A preocupação quanto à uma possível usurpação de função legislativa pelo judiciário.

Primeiramente, pela atual conjuntura fática do papel do judiciário no mundo, é cediço que, de há muito, o terceiro poder renunciou à condição de ser mera e passiva “boca que pronuncia as palavras da lei”, passando, pois, a não só declarar o direito, mas também a valorá-lo de acordo com sua livre persuasão.

Retomando às lições de Mauro Cappelletti (1993, p. 61), apura-se que:

Permanece certo, de qualquer maneira, que, tanto em face do *Big Business* quanto do *Big Government*, apenas um *Big Judiciary* pode se erigir como guardião adequado e contrapeso eficaz. Quase desnecessário repisar a observação de que se a concepção da jurisdição como função meramente declarativa, passiva e mecânica é fictícia e sempre frágil, ainda mais evidentemente frágil e fictícia resultará quando um „grande judiciário“ estiver empenhado na tarefa de composição de controvérsias de tal amplitude. O caráter criativo, dinâmico e ativo de um processo jurisdicional, cujos efeitos devem, por definição, ultrapassar em muito às partes fisicamente presentes em juízo, não podem deixar de aparecer com grande proeminência.

Entretanto, é mister se destacar a questão do óbice trazido pelo “Limite da Reserva do Possível”. Por *Reserva do Possível*, leiam-se as enunciações expostas por Sergio Servulo da Cunha (2006, p. 257):

Esse princípio, cujo enunciado mais amplo corresponde ao bem conhecido aforismo de que „*ad impossibilia nemo tenetur*”³⁴, filia-se portanto ao assim chamado „consequencialismo”, ou teoria consequencialista, segundo a qual na aplicação da lei deve-se ter em vista as suas consequências.

Todavia, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy (1993, p.p. 495-496), apura-se que a solução encontrada com vistas a harmonizar as situações conflitantes ora apontadas, quais sejam, a judicialização das políticas públicas, com vistas à garantia do mínimo existencial *versus* a reserva do possível, reside na ponderação de princípios, consoante extrai-se do seguinte excerto:

Referido al presente problema, esto significa que a cada uno le corresponden las posiciones de prestaciones jurídicas como derechos fundamentales sociales que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria. [...] De acuerdo con esta fórmula, la cuestión acerca de cuáles son los derechos fundamentales sociales que el individuo posee definitivamente es una cuestión de la ponderación entre principios. [...] Por un lado se encuentra, sobre todo, el principio de la libertad fáctica. Por el outro, se encuentran los principios formales de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de la división de poderes, como así también principios materiales que, sobre todo, se refieren a la libertad jurídica de otros pero, también, a otros derechos fundamentales sociales y a bienes

colectivos. [...] Tambien los derechos fundamentales sociales mínimos tienen considerables efectos financieros cuando son muchos quienes los hacen valer. Sin embargo, esto solo no justifica inferir la no existencia de estos derechos. La fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto. Derechos individuales pueden tener mas peso que las razones de politica financiera.³⁵.

Questiona-se ainda eventual ausência de legitimidade do Poder Judiciário, no tocante a valer-se o mesmo de decisões capazes de produzir efeitos normativos ou administrativos, em aparente afronta à clássica Teoria da Separação dos Poderes estatuída por Montesquieu.

É certo que a Constituição Federal de 1988 adotou o Princípio da Separação dos Poderes, preconizando em seu 2º que “*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”.

Contudo, a idéia de uma separação estanque de poderes restou afastada pela contribuição dada pelos artigos federalistas, notadamente no que cinge ao *Checks and Balances System*. À mesma idéia, filia-se Mauro Cappelletti (1993, p.p. 48;54):

A França forneceu, provavelmente, o exemplo mais influente e antigo deste desenvolvimento, exemplo que remonta já à segunda metade do século passado. É sabido que a Revolução francesa havia proclamado o ideal da rígida separação dos poderes, ideal cuja profunda diferença, em relação à doutrina americana de *checks and balances*, nunca se poderá sublinhar suficientemente. [...] A verdade é que apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo *forte* com um executivo *forte* e um judiciário *forte*. Justamente este equilíbrio de forças, de contrapesos e controles recíprocos, constitui o grande segredo do inegável sucesso do sistema constitucional americano.

Logo, ao abrigo dessas alegações expendidas, urge que se materialize o trato da judicialização das políticas públicas, compelindo, entretanto, à observância de determinados limites a serem desdobrados ao longo do corpo desta investigação científica, notadamente diante do *Welfare State* (Estado do Bem-Estar) e da jurisdição constitucional das liberdades (proteção jurisdicional dos direitos fundamentais) os quais se têm arraigado no campo da civilização jurídica mundial contemporânea.

***OBJETIVOS**

Geral

Compreender o fenômeno da judicialização das políticas públicas e das relações sociais, de modo a assegurar a garantia do mínimo existencial, mesmo diante da limitação da reserva do possível, explanando-se, para tanto, no bojo dessa investigação científica, a forma e os limites de como se dará

a produção da ciência jurídica por obra dos magistrados, visando-se, nesse diapasão, conferir aceitabilidade e legitimidade aos julgados fundamentados com base em tal arrazoadado.

Específicos

1. Analisar a evolução histórica da judicialização da política.
2. Inquirir acerca da legitimidade do Poder Judiciário para o controle das políticas públicas.
3. Estreitar a discussão sobre a judicialização dos problemas à seara nacional.

*HIPÓTESES

1. Observa-se que o trato da criação do direito por obra do poder judicante, em que pese ser um tema recorrente na comunidade jurídica contemporânea, principia-se, evidentemente, de modo deveras sutil, na época da Antiguidade, notadamente com a obra *A Política*, de Aristóteles, por meio da qual se preconizava a aplicação da Teoria do Governo Misto, ou seja, premente era a necessidade de se entrelaçarem as várias formas de governo, assegurando-se o exercício do poder político pelos mais variados ramos da sociedade grega. Posteriormente, sob a égide da Idade Moderna, exsurgem as idéias do Barão de Montesquieu, firmadas através do clássico *Do Espírito das Leis*. Tal obra corroborava a precedente idéia de repartição de funções, ou melhor, tripartição dos poderes. Por fim, assaz pertinente a contribuição dos federalistas americanos, cuja importância faz-se difícil exagerar, na medida em que se conjugou a tradicional concepção da distinção de funções ao desenvolvimento dos *checks and balances system*, na qual se exaltou o sistema de controle recíprocos entre os poderes.
2. Verifica-se que, de há muito, absteu-se a magistratura de ser mera expectadora das ações e omissões dos demais poderes, à medida que renunciou ao fato de tão-somente declarar o direito, sem, contudo, interpretá-lo e criá-lo. Desse modo, diante da revolta contra a formal dicotomia entre as funções estatais – executivo, legislativo e judiciário – e a criação e ampliação do *Welfare State*, n"outras palavras, Estado de Bem-Estar, o terceiro poder empenhou-se em um papel mais ativo, no que cinge à efetivação dos bens jurídicos adquiridos ao longo do papel inovador do tempo. Todavia, ressaí ser de interesse perquirir acerca da legitimidade da produção judiciária do direito. Em breves considerações, não obstante eventuais alegações de caráter antidemocrático desse instituto, é forçoso se reconhecer, como forma de justificá-lo, a obrigatoriedade de fundamentação dos provimentos judiciais, ou seja, ao magistrado é outorgada a explanação ao público acerca das suas razões de decidir, situação esta que, *por si*, parece capaz de refutar, em parte, a tese contrária exposta, bem como, e esse argumento sobressai diante dos demais, há de se destacar que compete ao

judiciário amparar os grupos e minorias marginalizados, não detentores de representatividade ou representatividade mínima junto aos grupos políticos, além do fato de se perceber a formação de uma “legitimação indireta” do judiciário à vista das insuficiências dos demais poderes no oferecimento de respostas eficazes às demandas pela concretização de direitos fundamentais prestacionais.

3. Acredita-se que, pela clássica idéia de jurisdição, qual seja, em uma definição perfunctória, a aplicação do direito ao caso concreto, emerge patente que os julgados dos magistrados são carregados de técnicas de hermenêutica jurídica, que, por sua vez, estão intrinsecamente ligadas à idéia de criação, uma vez que a lei, mesmo adotada de elevados graus de perfeição técnica, quando de sua elaboração, sempre deixa um espaço de indeterminação a ser suprido por um juízo de valor do julgador, posto que, amparando-se nas lições de Hans Kelsen, o Direito seria uma moldura, dentro da qual existiriam várias formas e possibilidades aplicação da norma, competindo ao magistrado o exercício de sua discricionariedade no que se refere à preferência de qual norma utilizar diante das especificidades do caso concreto.

*** POSSÍVEL SUMÁRIO**

INTRODUÇÃO

1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

1.1 A teoria da separação de poderes na Antiguidade

1.2 A teoria da separação dos poderes no Medievo

1.3 A teoria da separação dos poderes na Idade Moderna:

1.3.1 No iluminismo inglês

1.3.2 Na França

1.3.3 Nos EE.UU.AA

1.4 A teoria da separação dos poderes na pós-modernidade:

1.4.1 A formação do estado do bem estar-social e suas consequências

1.4.2 A judicialização da política e a releitura do sistema de freios e contrapesos

2 A LEGITIMIDADE (OU LEGITIMAÇÃO) DO PODER JUDICIÁRIO PARA O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1 Uma análise sobre a legitimidade: categoria meramente política?

2.2 Forma de legitimação e a “troca do sujeito constitucional omissor”

2.3 A judicialização da política e o controle jurisdicional das políticas públicas: requisitos e limites

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

3.1 Os requisitos da judicialização da política no Brasil

3.2 O limite da reserva do possível *versus* a garantia do mínimo existencial

3.2.1 O que vem a ser o limite da reserva do possível?

3.2.2 O que vem a ser a garantia do mínimo existencial?

3.3 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a determinação do limite ao controle jurisdicional das políticas públicas

3.3.1 Considerações gerais sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

3.3.2 O substrato da Dignidade da Pessoa Humana

3.3.3 A Dignidade da Pessoa Humana como norma-regra e como norma-princípio

3.3.4 A Dignidade da Pessoa Humana como limite e como tarefa do Estado: a delimitação do controle judicial das políticas públicas

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

APÊNDICE

ANEXOS

*** ASPECTOS METODOLÓGICOS**

A metodologia a ser utilizada no trabalho monográfico fundar-se-á em um estudo analítico a ser desenvolvido com a aplicação de pesquisa bibliográfica, procurando explicar o problema por meio da análise da literatura já publicada em forma de livros, mormente autores como Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet, Marcelo Novelino, Mauro Cappelletti, Paulo Bonavides, Luiz Werneck Vianna, bem como autores clássicos, tais como, Marsílio de Pádua, John Locke, Montesquieu, Jean-Jacques Rousseau, Carl Schmitt, Robert Alexy, entre outros, além de revistas, artigos, publicações avulsas e imprensa escrita. Aplicar-se-á, igualmente, pesquisa documental através de leis, normas, resoluções, projetos, pesquisas on-line, dentre outros que abordem, direta ou indiretamente, o tema em foco.

Quanto à utilização e abordagem dos resultados, a pesquisa será pura e qualitativa, tendo por finalidade precípua a ampliação dos conhecimentos e buscando esclarecer o tema da judicialização das políticas públicas e das relações sociais.

Finalmente, quanto aos objetivos, utilizar-se-á pesquisa descritiva e exploratória, buscando-se descrever, analisar, explicar, elucidar a problemática apresentada, diligenciando pelo aprimoramento das idéias através de informações acerca do tema ora em análise.

*** ASPECTOS METODOLÓGICOS**

A metodologia a ser utilizada no trabalho monográfico fundar-se-á em um estudo analítico a ser desenvolvido com a aplicação de pesquisa bibliográfica, procurando explicar o problema por meio da análise da literatura já publicada em forma de livros, mormente autores como Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet, Marcelo Novelino, Mauro Cappelletti, Paulo Bonavides, Luiz Werneck Vianna, bem como autores clássicos, tais como, Marsílio de Pádua, John Locke, Montesquieu, Jean-Jacques Rousseau, Carl Schmitt, Robert Alexy, entre outros, além de revistas, artigos, publicações avulsas e imprensa escrita. Aplicar-se-á, igualmente, pesquisa documental através de leis, normas, resoluções, projetos, pesquisas on-line, dentre outros que abordem, direta ou indiretamente, o tema em foco.

Quanto à utilização e abordagem dos resultados, a pesquisa será pura e qualitativa, tendo por finalidade precípua a ampliação dos conhecimentos e buscando esclarecer o tema da judicialização das políticas públicas e das relações sociais.

Finalmente, quanto aos objetivos, utilizar-se-á pesquisa descritiva e exploratória, buscando-se descrever, analisar, explicar, elucidar a problemática apresentada, diligenciando pelo aprimoramento das idéias através de informações acerca do tema ora em análise.

* CRONOGRAMA

ETAPAS DA PESQUISA	NOV	DEZ	JAN	FEV	MAR	ABR	MAIO
1. Revisão do Projeto	X						
2. Aprofundamento das leituras	X	X					
3. Elaboração do 1º Capítulo		X					
4. Elaboração do 2º Capítulo			X				
5. Elaboração do 3º Capítulo				X			
6. Introdução e Considerações Finais						X	
7. Revisão Gramatical						X	
8. Revisão Final de Conteúdo							X
9. Depósito							X
10. Defesa							X

*** REFERÊNCIAS**

- ALEX, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales, trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVES, Magda. Como Escrever Teses E Monografias. Rio de Janeiro: Campus, 2003
- ARISTÓTELES. Política. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. Interesse Público, n. 46, p. 31-61, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Junior, 1993.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Revista de Sociologia e Política. [online], n.23, p. 127-139, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2006.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Princípios Constitucionais. São Paulo. Saraiva. 2006.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- LEITÃO, Rômulo Guilherme. “Judicialização da Política” e Governabilidade Democrática no Âmbito do Poder Local. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Fortaleza. Disponível em: <<https://uol11.unifor.br/oul/conteudosite/F106634334/Dissertacao.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2009.
- LENHARD, Vanessa Aparecida. Judicialização da Política e Divisão de Poderes no Estado Democrático de Direito: A Jurisdição Constitucional Como Quarto Poder. 2006. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<http://tede.ufsc.br/teses/PDPC0793.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2009.
- LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, Constituição e Justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. Revista de Sociologia e Política. [online], n. 17, nov. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782001000200005&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 out. 2009.
- LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- MARSÍLIO DE PÁDUA. O Defensor da Paz. Petrópolis: Vozes, 1997.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Do Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. Revista da Informação Legislativa, n. 178, p. 157-179, abril/junho 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Argumentum* [online], n. 6, p.p. 31-46, 2006. Disponível em: <http://www.unimar.br/publicacoes/direito_v6.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2009.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck, CARVALHO, Maria Alice. MELO, Manoel Palácios Cunha, BURGOS, Marcelo Bauman. *Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

NOTA

Nota 1

República equitativa, pelo que se tem dito, é um governo estabelecido sobre uma lei agrária equitativa, a qual se ergue à superestrutura ou três ordens: o senado que discute e propõe; o povo que decide; e a magistratura que executa, por meio de uma rotação equitativa, mediante os sufrágios do povo, emitido em votação. (HARRINGTON, 1996, p. 75, tradução livre).

Nota 2

Rotação equitativa é uma alternativa de igualdade de governo ou uma sucessão na magistratura, que se concede por termos legais. Todos os membros gozam de direitos iguais e a sucessão ocorre por livre eleição ou por sufrágio do povo. Qualquer forma de prolongação da magistratura é contrária a este sistema, pois interrompe a sua rotação e destrói a vida e o movimento natural de uma república. (HARRINGTON, 1996, p. 74, tradução livre).

Nota 3

Enquanto à primeira, certo é – disse Maquiavel – que uma república raramente ou nunca fica bem assentada ou constituída, exceto quando for obra de um homem; e por esta razão, um legislador sábio ou um de bom entendimento, não em outro interesse que não seja o público, nem pensando em sua notoriedade, a não ser em seu país, não pode com legitimidade requerer para si o poder soberano, nem pode homem algum em seu perfeito juízo ferir tão extraordinários meios, que neste caso poderiam ser necessários, os quais levariam à constituição de uma república bem organizada. [...] O centro ou a base de todo governo está em suas próprias leis fundamentais. Leis fundamentais são as que estabelecem o que um homem pode chamar de seu, isto é, sua propriedade; e quais são os meios para que um homem possa gozar do que é seu, quer dizer, a proteção. A primeira, também é chamada de domínio e a segunda, de império ou poder soberano, pelo que este (de acordo com o que se ver) é produto natural da primeira; pois conforme seja a balança de domínio de uma nação, será a natureza de seu império. (HARRINGTON, 1996, p. 107-140, tradução livre).

Nota 4

E para terminar este relato com uma palavra de judiciis ou da constituição ou procedimentos dos tribunais: é um raciocínio incapaz de ser melhor exposto a não ser por meio de exemplos específicos, como a composição e procedimentos dos diversos tribunais de acordo com os diferentes governos, porém o melhor exemplo sem comparação é o de Veneza, onde não se contempla nem o poder arbitrário dos tribunais nem sua composição; sendo aquele poder arbitrário incapaz de retardar ou obstruir os negócios, produz e há de produzir o mais rápido tratamento e as mais diretas sentenças judiciais que ocorrem talvez na natureza humana. (HARRINGTON, 1996, p. 82-83, grifo original, tradução livre).

Nota 5

“Assim a judicialização da política deve, normalmente, dizer: (1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes às expensas dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de poder de decisão do legislador, do gabinete, ou do serviço civil para os tribunais ou, pelo menos, (2) a difusão de métodos de decisão judicial fora da jurisdição adequada. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve transformar algo em uma forma de processo judicial”. (TATE e VALLINDER, 1995, p. 13, tradução livre).

Nota 6

O fenômeno que acabamos de descrever representa o exemplo mais dramático da expansão global do poder judiciário, que, por brevidade, devemos freqüentemente nos referir como „judicialização da política“. Outro

exemplo, menos dramático da expansão do poder judiciário, ou judicialização, é a dominação de negociação não-judicial ou do poder de decisão por procedimentos quase-judiciais. Este exemplo, também parece estar em ascensão. (TATE e VALLINDER, 1995, p. 5, tradução livre).

Nota 7

Brown torna-se um modelo para uma longa série de mudanças políticas importantes iniciadas pelas Warren e Burger Cortes a pedido de grupos realizadores de campanhas de litígio consciente. Através do direito feito caso-a-caso a corte de Warren apresentou nacionalmente um conjunto uniforme e reformado de procedimentos policiais para lidar com o acusado, uma nova lei nacional de obscenidade, reforma profunda do sistema de eleição dos legisladores estaduais e federais, e uma nova lei de calúnia mais protetora para críticas de funcionários públicos. (SHAPIRO, 1995, p. 47, tradução livre, grifo original).

Nota 8

É difícil imaginar um ditador, independentemente de seu uniforme ou sua ideologia, (1) convidar ou permitir que os juízes, mesmo nominalmente independentes para aumentar a sua participação na elaboração de políticas públicas importantes, ou (2) tolerar processos de tomada de decisões que adere às regras processuais e aos direitos acima do desejo de alcançar resultados substantivos. (TATE e VALLINDER, 1995, p. 28-29, tradução livre).

Nota 9

Por outro lado, deve-se lembrar que, no sistema da separação de poderes, o direito formal atribuído aos juízes é sempre para interpretar, e não para fazer as leis. (TATE e VALLINDER, 1995, p. 29, tradução livre).

Nota 10

Independentemente do tempo há uma carta formal de direitos, uma aceitação do princípio de que os indivíduos ou minorias têm direitos que podem ser aplicadas contra a vontade das maiorias putativas parece muito provável que aumente a importância da política daqueles – os juízes - cuja localização institucional geralmente torna mais fácil para eles fazerem regras que favorecem as minorias sobre as maiorias. (TATE e VALLINDER, 1995, p. 30, tradução livre).

Nota 11

Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado>>. Acesso em: 01 maio 2010.

Nota 12

Se a oposição pode redefinir uma disputa „legislativa“, como uma que envolve um „direito“, pode mudá-la de um fórum no qual o direito da maioria para governar é aceita, para uma na qual as minorias são reconhecidos a ter direitos que se podem afirmar contra as maiorias por instituições não-majoritárias como os tribunais. A segunda condição pode ser a fraqueza dos partidos políticos e coligações governamentais (ver os capítulos por Holmstrom e Edelman). Quando o executivo é incapaz de governar por meio de partidos disciplinados com efetivas maiorias legislativas, ele encontrará dificuldade para desenvolver políticas eficazes com o apoio político e público que pode sustentá-lo através de desafios da oposição dirigidos ao Judiciário. (TATE e VALLINDER, 1995, p. 31, tradução livre).

Nota 13

De outra maneira, em condições favoráveis, a judicialização desenvolve-se somente porque os juízes decidem que devem (1) participar na elaboração de políticas que poderiam deixar ao critério de sábios de outras instituições, e, pelo menos de vez em quando, (2) substituir soluções políticas que derivem daquelas obtidas por outras instituições. Para esclarecer, devo observar que aceito o aforismo „não decidir é decidir“. (TATE e VALLINDER, 1995, p. 33, tradução livre, grifo original).

Nota 14

Neste contexto, é a tarefa dos tribunais a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, o que, de acordo com Isaiah Berlin, chama de liberdade de „não-fazer“. O legislador, por outro lado, tem que cuidar dos direitos e obrigações da maioria. A judicialização da política pode-se dizer que significa a atualização do primeiro princípio às custas do segundo. (TATE e VALLINDER, 1995, p. 15, tradução livre).

Nota 15

Talvez o melhor argumento para a judicialização é fundamentada nas virtudes da redundância. Não é verdade que o poder governante pode ser dividido em três grandes ramos, um que legisla e apenas legisla, um que administra e apenas administra e de que julga e apenas julga. [...] Se a análise legislativa já foi feita, por que os juízes deveriam fazê-la de novo? A resposta é de fácil deslinde: talvez porque três cabeças são melhores que duas. (SHAPIRO, 1995, p. 61, tradução livre).

Nota 16

À guisa de ilustração, podem-se enumerar alguns, tais como: direitos à paz, à qualidade de vida, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de proteção ao meio ambiente.

Nota 17

Normas.

Nota 18

Vide Art. 39, parágrafo 3º, da CRFB/1988.

Nota 19

Vide Art. 37, inciso X, da CRFB/1988.

Nota 20

Vide Art. 5º, LXXI, da CRFB/1988.

Nota 21

Vide Art. 103, § 2º e Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Nota 22

Vide Art. 103, § 2º, da CRFB/1988.

Nota 23

Processos de criação do direito. (tradução livre).

Nota 24

Não há juiz sem autor. (tradução livre).

Nota 25

A propósito: art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Art. 5º [...]: LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Nota 26

Nota 27

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Nota 28

Ninguém é obrigado a fazer o impossível (tradução livre).

Nota 29

Disponível em: < <http://www.scribd.com/doc/19473671/De-Hominis-Dignitate>>. Acesso em: 16 maio 2010.

Nota 30

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 16 maio 2010.

Nota 31

Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 20 maio 2010.

Nota 32

Vide art. 1º, inciso III, da CRFB/1988.

Nota 33

“Assim a judicialização da política deve, normalmente, dizer: (1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes às expensas dos políticos e / ou dos administradores, isto é, a transferência de poder de decisão do legislador, do gabinete, ou do serviço civil para os tribunais ou, pelo menos, (2) a difusão de métodos de decisão

judicial fora da jurisdição adequada. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve transformar algo em uma forma de processo judicial” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 13, tradução livre).

Nota 34

Ninguém é obrigado a fazer o impossível (tradução livre).

Nota 35

Referente ao presente problema, isto significa que a cada um lhe correspondem às posições de prestações jurídicas como direitos fundamentais sociais que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que sua outorga ou não outorga não pode ficar submetida à maioria parlamentar simples. [...] De acordo com esta fórmula, a questão acerca de quais são os direitos fundamentais sociais que o indivíduo definitivamente possui é uma questão da ponderação entre princípios. [...] De um lado se encontra, antes de tudo, o princípio da liberdade factual. De outro, se encontram os princípios formais da competência de decisão do legislador democraticamente legitimado e o princípio da divisão de poderes, como também princípios materiais que, sobretudo, se referem à liberdade jurídica de outros e, também a outros direitos fundamentais sociais e a bens coletivos. [...] Além do mais, os direitos fundamentais sociais mínimos têm consideráveis efeitos financeiros quando são muitos quem os fazem valer. No entanto, isto só não justifica inferir a não existência destes direitos. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter mais peso que as razões de política financeira (ALEXY, 1993, p.p. 495-496, tradução livre).

O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO



conhecimentolivres.org/home



contato@conhecimentolivres.org



[editoraconhecimentolivres](https://www.instagram.com/editoraconhecimentolivres)

José Edvaldo Girão Junior



EDITORA CONHECIMENTO LIVRE