



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO**

JOÃO PAULO PIRÔPO DE ABREU

**A AUTONOMIA FINANCEIRA DO PODER JUDICIÁRIO:
LIMITES TRAÇADOS PELO PRINCÍPIO DA
INDEPENDÊNCIA E HARMONIA DOS PODERES**

Salvador
2012

JOÃO PAULO PIRÔPO DE ABREU

**A AUTONOMIA FINANCEIRA DO PODER JUDICIÁRIO:
LIMITES TRAÇADOS PELO PRINCÍPIO DA
INDEPENDÊNCIA E HARMONIA DOS PODERES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Público

Linha de Pesquisa: Constituição, Estado e Direitos Fundamentais

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior

Salvador
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

JOÃO PAULO PIRÔPO DE ABREU

A AUTONOMIA FINANCEIRA DO PODER JUDICIÁRIO: LIMITES TRAÇADOS PELO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA E HARMONIA DOS PODERES

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito,
Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2012

A Meus pais, Maria Lúcia e Luiz Alberto,
pelo amor incondicional e exemplo de
perseverança e exemplo de dedicação.

A Danielle e João Vítor, pelo amor,
companheirismo e presença.

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de agradecer, de forma especial, ao professor e colega Dirley da Cunha Júnior, meu estimado orientador, cuja dedicação e inspiração ao tema do constitucionalismo e direitos fundamentais deram-me inspiração para enfrentar nova rotina de estudos e pesquisa em prol do presente projeto de mestrado.

Agradeço, também, aos ilustres Professores Rodolfo Pamplona, Nelson Cerqueira, Marília Muricy, Manoel Jorge e Edvaldo Brito, que sempre estimularam, de modo extremamente prazeroso o debate de idéias, em sala de aula.

Aos colegas do Programa de Pós – Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, pelo construtivo e agradável convívio.

E, finalmente, a Danielle e João Vítor, que me apoiaram nesta caminhada acadêmica tão plena de compromissos, leituras e trabalhos e tão escassa em horas vagas.

“O Poder Judiciário é um instrumento de garantia da sociedade. A preservação do Estado democrático de Direito depende de um Poder Judiciário Independente, onde os seus integrantes tenham as suas garantias preservadas. O juiz possui garantias que não estão voltadas para ele pessoa, mas para o homem ou a mulher responsável por dizer o direito no caso concreto. A democracia somente pode sobreviver onde a liberdade seja preservada e garantida. A lei é o grande instrumento da sociedade moderna. É por isso, que as funções do Estado foram divididas para se manter o equilíbrio necessário na relação Estado -administrados”.

Paulo Tadeu Rodrigues Rosa

RESUMO

Versa o presente trabalho sobre o aparente conflito entre os princípios da independência e harmonia dos Poderes e o da autonomia administrativa, financeira e orçamentária do Poder Judiciário. Dessa forma, faz-se necessário descrever o conceito de poder, sua relação com o Estado, fazendo-se também uma análise crítica da influência da soberania no Estado Democrático de Direito, bem como a interação existente entre soberania e a separação de poderes. Da mesma forma, é importante focar o estudo do fundamento da separação de poderes, fazendo um breve histórico sobre esse princípio, avaliando a evolução do Estado, bem como a evolução do próprio princípio da separação de poderes, analisando os principais autores do tema, como Aristóteles, John Locke, Montesquieu, tecendo-se algumas críticas em relação a tal princípio e formulando-se um modelo ideal do mesmo. Deve-se, ainda, ser objeto de pesquisa o tema do Poder Judiciário, em que deve ser traçado seu conceito, analisado seu papel frente ao positivismo jurídico, sua importante função de controle de constitucionalidade, sua independência e sua autonomia financeira e orçamentária, fazendo um breve estudo dessas características na Espanha, na América Latina e nos Estados Unidos, bem como sua relação com os outros Poderes. Deve-se fazer uma análise da imprescindível relação entre o Poder Judiciário e a Democracia, buscando-se a conceituação desse tão importante valor, os critérios para sua efetivação, fazendo-se também uma análise sobre a crise do Direito, bem como do constitucionalismo, relacionando-o com os direitos fundamentais, e finalizando mostrando a função da atividade jurisdicional para a proteção desses direitos. Por fim, deve-se avançar sobre o tópico do orçamento, mostrando suas relações com o Estado, estudando-se seu conceito, e, principalmente, da sua natureza jurídica, para, ao final, demonstrar como deve ser interpretada a Lei Orçamentária na sua atual concepção jurídica.

Palavras-chave: Poder Judiciário; autonomia financeira e orçamentária; Separação dos Poderes; Democracia; proteção dos direitos fundamentais.

ABSTRACT

This research is about of the apparent conflict between the principles of harmony and independence of powers and autonomy, financial and budget of the Judiciary. Thus, it is necessary to describe the concept of power, its relationship with the state, is also making a critical analysis of the influence of the sovereign democratic state, as well as the interaction between sovereignty and separation of powers. Likewise, it is important to focus on the study of the foundation of separation of powers, making a brief history of this principle, evaluating the evolution of the state as well as the evolution of the very principle of separation of powers, the authors analyze the main theme, as Aristóteles, John Locke, Montesquieu, weaving up some criticism of this principle and formulating a model of the same ideal. It should also be the object of the research theme of the Judiciary, which must be traced its concept, discussed her role opposite legal positivism, its important function of judicial review, their independence and their financial and budgetary autonomy, making a brief study of these characteristics in Spain, Latin America and the United States, as well as its relationship with other Powers. One should make an analysis of the essential relationship between the Judiciary and Democracy, seeking the conceptualization of such important value, the criteria for its implementation, is also doing an analysis of the crisis of law and constitutionalism, relating it with fundamental rights, and ending showing the function of judicial activity to protect these rights. Finally, one must proceed on the topic of the budget, showing their relations with the State, studying his concept, and especially of its legal nature, for in the end, prove to be interpreted as the Budget Law in its current legal conception.

Keywords: Judiciary; financial and budgetary autonomy; Separation of Powers; Democracy; protection of fundamental rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
des.	desembargador
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 PODER, ESTADO E SOBERANIA	22
1.1 O PODER	22
1.2 PODER E ESTADO	27
1.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SOBERANIA	33
1.4 SOBERANIA E SEPARAÇÃO DE PODERES	41
2 A SEPARAÇÃO DE PODERES	49
2.1 FUNDAMENTO DA SEPARAÇÃO DE PODERES	49
2.2 BREVE HISTÓRICO SOBRE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES	57
2.2.1 A evolução do Estado	57
2.2.2 A evolução da Teoria da Separação de Poderes	60
2.2.2.1 As ideias de Aristóteles	64
2.2.2.2 As contribuições de John Locke	67
2.2.2.3 A contraposição entre Rousseau e Montesquieu	70
2.2.2.4 A ideia da obra “O Federalista”	73
2.2.3 A evolução da separação dos poderes no Brasil	76
2.3 REGIMES DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	80
2.4 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	85
2.5 CRÍTICAS À SEPARAÇÃO DOS PODERES	87
2.6 A SUPREMACIA DO PODER EXECUTIVO	90
2.6.1 A supremacia do Poder Executivo em Portugal	94
2.7 O MODELO IDEAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	95
3 DO PODER JUDICIÁRIO	101
3.1 CONCEITO DO PODER JUDICIÁRIO	101
3.2 O PODER JUDICIÁRIO E O POSITIVISMO JURÍDICO	104
3.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	110
3.4 ATIVISMO JUDICIAL	120
3.5 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	124
3.5.1 A judicialização da política e o aumento dos salários dos juízes	127

3.6 A INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO	130
3.6.1 A independência do Poder Judiciário na Espanha	136
3.6.2 A independência do Poder Judiciário na América Latina	140
3.6.3 A independência do Poder Judiciário e a Revolução Francesa	143
3.6.4 A independência do Poder Judiciário e o Estado Democrático de Direito	144
3.6.5 A interpretação da independência do Poder Judiciário	152
3.7 DA INICIATIVA LEGISLATIVA DO PODER JUDICIÁRIO E O REGIME JURÍDICO DA REMUNERAÇÃO DA MAGISTRATURA	156
3.8 A AUTONOMIA FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA DO PODER JUDICIÁRIO	160
3.9 A SUPREMA CORTE NOS ESTADOS UNIDOS	163
3.10 OS CONFLITOS DO PODER JUDICIÁRIO COM OS OUTROS PODERES NOS ESTADOS UNIDOS	167
4 O PODER JUDICIÁRIO E A DEMOCRACIA	174
4.1 O CONCEITO DE DEMOCRACIA	174
4.2 CRITÉRIOS PARA A EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA	178
4.3 A DEMOCRACIA E A CRISE DO DIREITO	180
4.4 A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A DEMOCRACIA	187
4.5 CONSTITUCIONALISMO	189
4.6 CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	191
4.7 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	193
4.8 EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	195
4.9 A ATIVIDADE JURISDICIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	198
4.10 O PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	201
5 O ORÇAMENTO	207
5.1 O ESTADO E O ORÇAMENTO	207
5.2 A CIÊNCIA DAS FINANÇAS E O ORÇAMENTO	211
5.3 CONCEITO DE ORÇAMENTO	216
5.4 NATUREZA JURÍDICA DO ORÇAMENTO	220
5.5 A LEI ORÇAMENTÁRIA	225
5.6 FUNÇÕES DO ORÇAMENTO E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL	230

5.7 A CONCEPÇÃO MODERNA DE ORÇAMENTO	236
CONCLUSÃO	238
REFERÊNCIAS	246

INTRODUÇÃO

Acredita-se que o princípio da separação dos poderes foi criado para limitar o poder absolutista, de forma que as funções estatais sejam divididas entre os seus Poderes, os quais não devem sofrer interferência ilegítima dos demais.

O princípio da autonomia orçamentária, financeira e administrativa do Poder Judiciário garante a sua imparcialidade, protegendo-o de influências políticas ou econômicas externas que possam macular sua independência.

Vê-se que o Poder Judiciário tem enfrentado dificuldades na aprovação dos projetos de lei de seu interesse, até mesmo os relativos ao direito constitucional da revisão geral anual dos subsídios de seus membros e da remuneração de seus servidores, o que pode configurar uma interferência indevida na gestão do Poder Judiciário e uma tentativa de influenciar os seus julgamentos.

Crê-se que para se alcançar a efetiva autonomia orçamentária, financeira e administrativa do Poder Judiciário, de modo a se garantir a sua independência e imparcialidade, será necessário reconhecer que o Poder Judiciário possa promover o direito constitucional da revisão geral anual de seus membros e servidores sem a interferência dos demais Poderes.

Dessa forma, o desenvolvimento desta pesquisa, sobre os princípios da independência e harmonia entre os Poderes e o da autonomia administrativa, financeira e orçamentária do Poder Judiciário, se justifica por sua atualidade e relevância social.

A atualidade do tema é constatada a partir do fato de que recentemente o próprio Conselho Nacional de Justiça constituiu um grupo de trabalho com a finalidade de elaborar estudos e apresentar propostas relacionadas à política remuneratória da magistratura da União, concluindo pela possibilidade da revisão automática do subsídio, a cada ano, a partir de índices e valores previamente definidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e na Lei do Orçamento Anual (LOA).

A pesquisa do tema se justifica socialmente porque, em sendo viável a revisão automática do subsídio pelo próprio Poder Judiciário se protegerá efetivamente a independência de seus membros, garantindo-se à sociedade que os seus direitos serão resguardados sem a interferência indevida dos demais Poderes, concretizando-se a democracia.

Por outro lado, verifica-se que o tema está em plena consonância com a linha de pesquisa, pois a necessidade de se pesquisar os princípios da independência e

harmonia entre os Poderes e o da autonomia administrativa, financeira e orçamentária do Poder Judiciário deriva das novas realidades sociais, políticas e econômicas.

Além disso, a aceitação da revisão automática do subsídio pelo próprio Poder Judiciário implicará em uma reformulação jurídica do princípio da separação dos Poderes, que trará consequências na própria organização do Estado brasileiro, buscando-se garantir a proteção dos direitos do cidadão.

A importância do presente estudo está relacionado ao seu objetivo geral, que se constitui em examinar o aparente conflito entre os princípios da independência e harmonia dos Poderes e o da autonomia administrativa, financeira e orçamentária do Poder Judiciário.

Outrossim, necessário ressaltar que os objetivos específicos da pesquisa são:

a) analisar se o atual arcabouço jurídico observa o princípio da autonomia administrativa, financeira e orçamentária do Poder Judiciário;

b) avaliar se o ordenamento jurídico brasileiro oferece supedâneo para que o Poder Judiciário garanta o direito de seus membros e servidores à revisão geral anual sem a interferência dos demais Poderes;

c) identificar eventual violação ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes caso o Poder Judiciário regule a revisão geral anual sem a interferência dos demais Poderes;

d) propor uma forma de compatibilizar de forma justa os princípios da independência e harmonia entre os Poderes e o da autonomia administrativa, financeira e orçamentária do Poder Judiciário.

Ora, esta pesquisa é de cunho exploratório e explicativo, tendo como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, no intuito de torná-lo explícito e identificar uma forma de compatibilizar de forma justa os princípios da independência e harmonia entre os Poderes e o da autonomia administrativa, financeira e orçamentária do Poder Judiciário.

Serão utilizadas as técnicas bibliográfica e documental, em que serão fontes da pesquisa: artigos científicos, teses, dissertações, jurisprudências e livros.

Seguindo as tendências mais modernas da pesquisa científica, será conferida maior atenção aos artigos científicos, dado seu elevado grau de especificidade em relação aos livros.

Nos limites propostos, a adequação da metodologia desta pesquisa

pode ser sistematizada da seguinte forma:

1. levantamento bibliográfico e documental inerente ao tema;
2. estudo crítico do material levantado;
3. obtenção e análise da legislação nacional e estrangeira pertinente;
4. identificação dos fenômenos jurídico-sociais que justificam o reconhecimento da autonomia administrativa, financeira e orçamentária do Poder Judiciário;
5. identificação da solução para a aparente antinomia entre os princípios da independência e harmonia dos Poderes e o da autonomia do Poder Judiciário.

Partir-se-á dos seguintes preceitos, que são delineados por Descartes¹:

- não admitir nada que não seja absolutamente evidente;
- dividir cada problema em tantos problemas quantos convenham para melhor resolvê-lo;
- conduzir por ordem os pensamentos, indo do mais simples ao mais complexo;
- enumerar completamente os dados dos problemas.

Da mesma forma, procurar-se-á, seguindo os ensinamentos de Bacon², conferir uma utilidade prática à nossa pesquisa, desapegando-nos dos ídolos, que servem somente para obstruir o acesso à verdade.

Ainda trabalhar-se-á com a concepção pragmática da verdade do conhecimento científico, partindo do processo intersubjetivo da prática científica, que se justifica teórica e socialmente pelas consequências produzidas na sociedade em geral e na comunidade científica, conforme defende Boaventura de Sousa Santos³.

Por fim, seguir-se-á as idéias de Husserl, segundo o qual a apreensão perfeitamente clara tem a vantagem de permitir, por essência, uma identificação e

¹ DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução: Maria Ermantina Galvão São Paulo: Martins Fontes, 2001.

² BACON, Francis. *Novum Organum*. Tradução: José Aluysio Reis de Andrade. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 4.ed. São Paulo: Cotez Editora, 2006.

diferenciação, uma explicação, absolutamente indubitáveis.

Assim, Husserl nos ensina que a fenomenologia não tem apenas de desenvolver o método de obter novas espécies de coisas para novas espécies de conhecimentos; ela tem de proporcionar a mais perfeita clareza sobre o sentido e a validade desse método, que a capacite a rechaçar todas as objeções sérias.⁴

A apreensão perfeitamente clara tem a vantagem de permitir, por essência, uma identificação e uma explicação absolutamente indubitáveis e, portanto, a efetuação evidente de atos lógicos. Isso significa, justamente, atos de apreensão eidética.

Nesse passo, também deve-se ter em mente que, atualmente, enquanto existem realidades cada vez mais polidisciplinares, multidimensionais, transnacionais e globais, torna-se mais evidente a inadequação de saberes separados, fragmentados e compartimentados entre as disciplinas.

Afinal de contas, como ensina Edgar Morin:

“Em tal situação, tornam-se invisíveis:

- os conjuntos complexos;
- as interações e retroações entre partes e todo;
- as entidades multidimensionais;
- os problemas essenciais.”⁵

A especialização excessiva gera a fragmentação do global em parcelas e a diluição do essencial, sendo que os problemas essenciais não são parceláveis e os problemas globais são cada vez mais essenciais.

Até mesmo porque, de acordo com a constatação feita por Schopenhauer: “A cada trinta anos, desponta no mundo uma nova geração, pessoas que não sabem nada e agora devoram os resultados do saber humano acumulado durante milênios, de modo sumário e apressado, depois querem ser mais espertas do que todo o passado.”⁶

A consideração teórica dos sistemas abertos é, até certo ponto, uma teoria de alta generalidade, já que deixa em aberto a pergunta sobre que tipo de relação de intercâmbio deve ocorrer entre sistema e meio.

O desenho dos sistemas abertos trabalha com um conceito indeterminado de meio e não distingue a relação geral entre sistema e meio, da relação mais específica entre sistema e sistemas – no – meio.

⁴ HUSSEL, Edmund. *Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. Tradução: Márcio Susuki. São Paulo: Editora Ideias & Letras, 2006, p.144.

⁵ MORIN, Edgar. *A Cabeça Bem - feita*. 18.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p.13.

⁶ SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de Escrever*. Porto Alegre: L&PM, 2011, p.19.

De acordo com Niklas Luhmann:

De maneira geral, esse esquema pressupõe que o sistema desenvolva uma elevada indiferença em relação ao meio, e que, nesse sentido, este último careça de significação para o sistema; de tal modo que não é o meio que pode decidir quais fatores determinantes propiciam o intercâmbio, mas somente o sistema. O sistema possui, então, uma autonomia relativa, na medida em que a partir dele próprio pode-se decidir o que deve ser considerado como *output*, como serviço, como prestação, e possa ser transferido a outros sistemas no meio.⁷

Dessa forma, o direito é concebido como um programa de inputs, no sentido de que determinadas informações devem ser respondidas com um conjunto de decisões pré-estruturadas, ainda que o número de inputs seja muito grande e de origem muito distinta: litígios, queixas, querelas, acusações...

Trata-se daquilo que no atual jargão jurídico se denomina sob o conceito de programas condicionais: o sistema se orienta para a tomada de decisões mediante o limite input, sem que lhe importem as consequências daí resultantes.

Essas aplicações teóricas partem da consideração do estado ideal de uma máquina segundo a qual o direito poderia dirigir seu processo, já que, em última instância, as solicitações que se ajustam aos requerimentos do direito são julgadas de maneira positiva, enquanto as outras o são de maneira negativa.

Em cada caso, as consequências de uma decisão de direito são distintas e se condicionam por situações empíricas diferentes, podendo-se considerar o sistema de direito como uma máquina.

A consideração desses interesses tem se incrementado na medida em que o direito público se converte em um meio para obter benefícios no Estado de bem – estar social, e em que o direito constitucional tem, cada vez mais, assumido a tarefa de levantar demandas de tipo social, transformando-se em uma interferência significativa para o sistema político.

Isso ocorre até mesmo porque o Direito possui diversas faces e conceituações, tendo tal fenômeno cultural uma variada fisionomia. Miguel Reale já afirmava que o Direito era caracterizado pela triplicidade dos seus aspectos básicos, quais sejam valor, norma e fato.⁸

Nesse passo, torna-se indispensável trazeremos à lume os ensinamentos de Machado Neto:

⁷ LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010, p.63.

⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. v.1. t.II. Título IX. São Paulo: Saraiva, 1973.

Assim é que, num momento de crise social e espiritual, os sofistas – para ficarmos na tradição do pensamento ocidental – tematizaram o direito como um valor imanente à própria natureza das coisas – o justo segundo a natureza, raiz originária de que parte a tradição ilustre do direito natural – ao que que contrapunham, motivados por uma iconoclasta intenção demolidora dos velhos padrões sociais encarnados na *polis* tradicional, o justo segundo a convenção dos homens – direito positivo inquinado pelo desvalor da injustiça e que, portanto, devia ser condenado como mera convenção injusta, artificioso e capcioso engenho dos homens, destinado a conspurcar e a preterir o justo natural, fundado na própria justiça imanente ao cosmos.⁹

A justiça constitui-se no princípio e no problema moral do direito, precisando, no entanto, esclarecer-se como se distingue o direito da moral e como deve-se entender a validade das normas jurídicas diante das exigências dos preceitos morais de justiça.

Dessa forma, conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

“Primeiramente é preciso reconhecer uma certa similaridade entre normas jurídicas e preceitos morais. Ambos têm caráter prescritivo, vinculam e estabelecem obrigações numa forma objetiva, isto é, independentemente do consentimento subjetivo individual.”¹⁰

Ora, o direito é uma relação de poder, sendo marcado pelo estabelecimento de relações meta-complementares, hierárquicas, de autoridade/sujeito.

Já de acordo com a Teoria Pura do Direito, preconizada por Hans Kelsen, quando uma norma estatui uma determinada conduta como devida, a conduta real possui a possibilidade corresponder à norma ou contrariá-la.

Veja-se o que leciona Hans Kelsen:

“Corresponde à norma quando é tal como deve ser de acordo com a norma; contraria a norma quando não é tal como, de acordo com a norma, deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma.”¹¹

Por sua vez, uma das principais obras de Cossio sobre o tema é “La Valoración Jurídica y La Ciencia Del Derecho”, que tem como objeto de estudo a teoria científica da interpretação judicial.

Nessa obra, Cossio ensina que, em concreto nossa questão se apresenta dessa maneira: se, frente a um caso dado, o juiz recorre a diversos métodos interpretativos para aclarar o sentido da lei que vai aplicar, e se, em semelhante hipótese, todos os métodos chegam ao mesmo resultado, é dizer, se todos coincidem sobre a significação contida na lei, então não há problema aparente e o intérprete pode prosseguir sua

⁹ MACHADO NETO, A. L. *Introdução à Ciência do Direito*. v.1. São Paulo. Saraiva, 1960, p.17.

¹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p.355.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2008, p.18.

tarefa judicial sem nenhuma dificuldade. Mas se ocorre o contrário, é dizer, se cada método adjudica à mesma lei uma significação diferente, então cabe perguntar: Com base em que critério deve-se optar por um método ou outro?¹²

Deve-se perguntar, como visto, se há, por acaso, algum critério que resolve o conflito de métodos com base em um fundamento científico que só atende à verdade do direito positivo em questão, prescindindo-se dos interesses pessoais comprometidos.

Por outro lado, Hart, partindo do raciocínio formulado por John Austin, contraria “em parte” a teoria Kelseniana, mesmo distinguindo os planos do Direito e da Moral, diferencia, com isso, um direito que é e um direito que deve ser, e procurou relacionar pontos de contato entre ambos os planos, apontando que um sistema jurídico tem, obrigatoriamente, que exibir alguma concordância específica com a moral e com a justiça, ou, caso contrário, apoiar-se em uma convicção amplamente difundida de que há uma obrigação moral a obedecer.

Veja-se o que Hart nos ensina:

Para ilustrar os traços característicos do direito como meio de controle social, julgamos necessário introduzir elementos que não podem ser definidos a partir de idéias como as de ordem, ameaça, obediência, hábitos e generalidade. Muito do que é característico do direito fica distorcido pelo esforço de explicá-lo nesses termos simples. Assim, julgamos necessário distinguir a idéia de hábito geral da noção de norma social, e ressaltar o aspecto interno das normas, manifestado em seu emprego como padrões que servem para orientar e criticar o comportamento.¹³

No entanto, deve-se ter consciência que o processo não serve apenas para mostrar os princípios que encontram-se assentados. Evidente que eles devem fundamentar nossos juízos, e não simplesmente explicá-los, devendo possuir existência distinta do senso moral.

Veja-se o que nos ensina Dworkin:

“De acordo com a técnica do equilíbrio, é tarefa da filosofia moral, tendo em vista dois objetivos, fornecer uma estrutura de princípios que sustente essas convicções intuitivas sobre as quais estamos mais ou menos certos.”¹⁴

¹² COSSIO, Carlos. *La Valoración Jurídica y La Ciencia Del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954, p.1: “*En concreto nuestra cuestión se presenta de esta manera: si, frente a un caso dado, el Juez recurre a diversos métodos interpretativos para aclarar el sentido de la ley que va a aplicar, y si, en semejante hipótesis, todos los métodos arrojan el mismo resultado, es decir, si todos coinciden sobre La significación contenida en la ley, entonces no hay problema aparente y el intérprete puede proseguir su tarea judicial sin ninguna dificultad. Pero si en aquella hipótesis sucede lo contrario, es decir, se cada método adjudica a La misma ley una significación diferente, entonces cabe preguntar: Em base de qué critério se há de optar por un método u outro?*”

¹³ HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2009, p.201.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2010, p.243.

Levando todas essas considerações, ou seja, tratando o nosso ordenamento jurídico como um sistema, bem como considerando não só as normas atinentes ao tema, mas também os valores e princípios, tentar-se-á resolver essa aparente antinomia entre os princípios da separação dos poderes e da autonomia financeira e orçamentária do Poder Judiciário.

Dessa forma, o tema será tratado levando-se em conta tais considerações, e já no primeiro capítulo, será descrito o conceito de poder, sua relação com o Estado, será feito também uma análise crítica da influência da soberania no Estado Democrático de Direito, bem como a interação existente entre soberania e a separação de poderes.

O segundo capítulo terá como foco o estudo do fundamento da separação de poderes, fazendo um breve histórico sobre esse princípio, avaliando a evolução do Estado, bem como a evolução do próprio princípio da separação de poderes, analisando os principais autores do tema, como Aristóteles, John Locke, Montesquieu, serão tecidas algumas críticas em relação a tal princípio e tentar-se-á formular um modelo ideal do mesmo.

No terceiro capítulo, será objeto de pesquisa o tema do Poder Judiciário, em que será traçado seu conceito, analisado seu papel frente ao positivismo jurídico, sua importante função de controle de constitucionalidade, sua independência e sua autonomia financeira e orçamentária, fazendo um breve estudo dessas características na Espanha, na América Latina e nos Estados Unidos, bem como sua relação com os outros Poderes.

No quarto capítulo, far-se-á uma imprescindível relação entre o Poder Judiciário e a Democracia, buscando-se a conceituação desse tão importante valor, os critérios para sua efetivação, será feita também uma análise sobre a crise do Direito, bem como do constitucionalismo, relacionando-o com os direitos fundamentais, e finalizando mostrando a função da atividade jurisdicional para a proteção desses direitos.

Por fim, o quinto capítulo avançará sobre o tópico do orçamento, mostrando suas relações com o Estado, estudando-se seu conceito, e, principalmente, da sua natureza jurídica, para, ao final, demonstrar como deve ser interpretada a Lei Orçamentária na sua atual concepção jurídica.

Dessa forma, tentar-se-á delinear o princípio da separação dos poderes, segundo o qual o Estado divide suas funções em três Poderes distintos entre si, quais sejam, o Executivo, o Judiciário e o Legislativo.

Esse princípio remonta à Grécia antiga, tendo o filósofo Aristóteles

esboçado os primeiros traços acerca da separação dos poderes.

Esse tema também mereceu a atenção do filósofo inglês Jonh Locke, ainda que não tenha se referido a ele expressamente, pois serviu de base para as críticas lançadas por ele contra a idéia do poder divino dos reis, o que se verifica em diversas de suas obras, como o “Primeiro tratado sobre o governo civil” e o “Segundo tratado sobre o governo civil”.

No entanto, o princípio da separação dos poderes só foi efetivamente sistematizado pelo pensador iluminista Montesquieu, já no século XVIII, no seu livro “O espírito das Leis” de 1748.

A teoria da separação dos poderes nasceu no seio da monarquia absolutista francesa, em que o rei concentrava em si os três poderes do constitucionalismo moderno e tinha-se a idéia de que o seu poder era uma dádiva divina.

Contraopondo-se a essa realidade, surgiram os pensadores iluministas que almejavam estender o conhecimento crítico a todos os campos humanos, de forma a expandir o progresso da humanidade e erradicar a tirania dos reis absolutista e qualquer resquício do período da Idade Média.

As idéias iluministas serviram de base para a Revolução Francesa, ocorrida no final do século XVIII, que culminou com a Queda da Bastilha e o fim do Antigo Regime, além de ter sido proclamado os princípios universais de “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”.

Em realidade, a Revolução Francesa também teve como causa o crescimento econômico da burguesia, que estava se sentindo oprimida pelo regime absolutista, o qual visava beneficiar a nobreza e o clero.

Montesquieu, em sua obra clássica “O Espírito das Leis”, dividiu o governo em três espécies diferentes segundo sua natureza, quais sejam, o republicano, que se subdividia em aristocracia e democracia, o monárquico e o despótico.

Prosseguindo, o mencionado filósofo analisa as relações que as leis têm com a natureza e os princípios de cada governo, desenvolvendo a teoria de governo que alimenta as idéias do constitucionalismo, que, em síntese, busca distribuir a autoridade por meios legais, de modo a evitar o arbítrio e a violência.

Montesquieu baseou o seu trabalho no estudo da Constituição inglesa, e descreveu cuidadosamente a separação dos poderes em Executivo, Judiciário e Legislativo, tendo influenciado os elaboradores da Constituição dos Estados Unidos.

O Executivo, cuja função seria executar as leis e administrar o Estado,

seria exercido por um rei, com direito de veto sobre as decisões do parlamento.

Já o Poder Legislativo deveria ser separado em duas casas: o corpo dos comuns, composto pelos representantes do povo, e o corpo dos nobres, formado por pessoas que ostentassem esse título, adquirido hereditariamente e que possuía o poder de veto sobre as decisões do corpo dos comuns.

Por fim, o Poder Judiciário, que disporia sobre o direito aplicável em um determinado caso concreto, com a finalidade de resolver a lide levada a seu conhecimento, ou seja, trazer a paz social, solucionando uma tensão social caracterizada por uma pretensão resistida regulada pelo direito.

Assim, Montesquieu concluiu que só o poder freia o poder, no chamado "Sistema de Freios e Contrapesos", também conhecido por "Checks and balances", havendo a necessidade, portanto, de cada poder manter-se autônomo e ser constituído por pessoas e grupos diferentes.

Essa teoria evoluiu e passou a ser chamada de teoria da independência e harmonia entre os Poderes, tendo sido adotada expressamente pela nossa Constituição Federal brasileira.

É importante ressaltar que a independência entre os Poderes não é absoluta, pois o Poder Executivo possui atribuições legislativas e jurisdicionais, o Poder Legislativo possui atribuições administrativas e jurisdicionais e o Poder Judiciário, por sua vez, também possui atribuições administrativas e legislativas, sem prejuízo das funções precípua de cada Poder.

No Brasil, tem-se a garantia constitucional da autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário, insculpida no art. 99 da Carta Magna, visando assegurar a independência e a imparcialidade dos juízes e tribunais.

O parágrafo único do referido dispositivo constitucional estabelece que os tribunais devem elaborar suas propostas orçamentárias, tendo como parâmetros os limites estipulados na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Essa garantia é de extrema importância em um Estado Democrático de Direito para que o Poder Judiciário seja capaz de proteger os cidadãos dos abusos cometidos pelo poder econômico e político, sem que sofra qualquer represália em razão de suas decisões.

Para a análise do tema a que se propõe o presente trabalho deve-se ter em mente também que o art. 37, inciso X, da Constituição Federal, assegura a revisão geral anual a todos que fazem parte da Administração Pública, em seu sentido lato, englobando os servidores públicos e os agentes políticos, para evitar que estes tenham sua remuneração e

seus subsídios diluídos pelo passar do tempo e pela inflação.

Nesse diapasão, percebe-se facilmente que os índices referentes à revisão geral anual dos membros e servidores do Poder Judiciário são fixados por ele mesmo, na sua proposta orçamentária, que será devidamente apreciado e aprovado pelo Poder Legislativo.

Ora, tem-se de levar em consideração a natureza jurídica do orçamento, qual seja, a lei que tem por finalidade fixar as despesas e prever as receitas.

Hodiernamente, a doutrina tem ensinado que o orçamento não é apenas uma norma programática, cujo cumprimento fica ao deleite do administrador, mas passaram a considerar que o orçamento é uma lei que vincula o Poder Público que deverá adotar todas as providências para seu fiel cumprimento.

Ocorre que é um fenômeno mundial as forças políticas e econômicas buscarem subjugar o Poder Judiciário, principalmente não apreciando os projetos de lei de seu interesse, como forma de barganhar por decisões judiciais que lhes favoreçam ou então para retaliar os pronunciamentos judiciais já proferidos.

Essa, infelizmente, pode ser uma forma de se minimizar a autonomia administrativa, financeira e orçamentária do Poder Judiciário, tendo em vista que é o único Poder que não possui instrumento jurídico para garantir sequer a revisão geral anual de seus membros e servidores.

Ora, o Poder Legislativo e o próprio Executivo, através da medida provisória, podem conceder a revisão da remuneração de seus servidores sem que dependam dos demais Poderes, ao tempo em que o mesmo não ocorre com o Judiciário.

Dessa forma, deve-se perguntar se o atual arcabouço jurídico observa o princípio da autonomia administrativa, financeira e orçamentária do Poder Judiciário?

O ordenamento jurídico brasileiro oferece supedâneo para que o Poder Judiciário garanta o direito de seus membros e servidores à revisão geral anual sem a interferência dos demais Poderes?

Caso a resposta à questão anterior seja positiva, se assim o proceder o Poder Judiciário haverá alguma violação ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes?

E, por fim, a questão crucial é se há alguma forma no nosso ordenamento jurídico de se compatibilizar de forma justa os princípios da independência e harmonia entre os Poderes e o da autonomia administrativa, financeira e orçamentária do Poder Judiciário?

Enfim, são esses os questionamentos que tentar-se-á responder ao final dessa pesquisa, com o intento de colaborar na discussão de tão árduo assunto.

1 PODER, ESTADO E SOBERANIA

1.1 O PODER

O “poder” é um conceito indeterminado, difícil de ser precisamente definido., não se possuindo uma imagem precisa o que essa palavra significa.

Como se percebe, o seu significado não se estabelece com exatidão, e sempre está auxiliado por outros termos, como “dominação”, “força”, “superioridade”, “autoridade”, “influência”, “soberania”, “império”.

Conforme leciona Gabriel Chalita:

“Ao mesmo tempo em que se trata de uma questão nebulosa, envolta em paixões e incertezas, o poder é um assunto de inegável importância, tanto teórica quanto prática. Para muitos autores, a questão é central no estudo da política.”¹⁵

Ora, na vida social, a forma sintética de poder é a de poder político, consubstanciando-se o Estado na expressão e na manifestação concreta desse poder político, concentrando em si toda a capacidade de agir em nome dos cidadãos, sendo uma verdadeira institucionalização do poder.

Pode-se dizer que o poder possui dois momentos: o primeiro enquanto luta pelo poder e o segundo enquanto situação já estabelecida.

Um conceito que pode ser feito sobre o poder é que o mesmo constitui-se na capacidade de impor a própria vontade numa relação social, sendo importante mencionar que todas as definições de poder derivam, com maior ou menor semelhança, dessa primeira.

O poder pode ser considerado um fenômeno de força, coação e coerção, seja coação física, coação econômica, coação por pressão social difusa e coação psicológica, tal como ocorre com a propaganda.

Como visto, para se entender o fenômeno do poder, a coação é elemento indispensável a ser considerado, principalmente quanto a seus efeitos psicológicos sobre os dominados.

O poder também baseia-se na força e na crença, esta consubstanciada

¹⁵ CHALITA, Gabriel. *O Poder*. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p.08.

na necessidade de obedecer aos governantes, constituindo-se a a noção de legitimidade em uma das chaves do problema do poder político.

O que confere legitimidade ao poder político é o consentimento daqueles que a esse poder estão submetidos, concluindo-se que o poder legítimo não necessita da força para se fazer sentir, só intervindo a força nos casos extremos.

Deve-se reconhecer, dessa maneira, que o poder, reconhecido como necessário, busca legitimidade, obtida com o consentimento daqueles que a ele se submetem.

Da mesma forma, verifica-se que o poder é um fenômeno social e bilateral, já que surge da relação entre vontades, na qual uma prevalece, não podendo ser explicado pela simples consideração de fatores individuais.

O poder deve ser concebido no âmbito social, que evidencia sua primeira característica apontada, a sociabilidade.

Outra característica que merece destaque é a bilateralidade, tal como dito anteriormente, pois é sempre a correlação entre duas ou mais vontades.

Destarte, o poder não pode ser visto no seu aspecto puramente jurídico, porque trata-se de uma força que age junto com o direito, buscando uma coincidência entre os objetivos de ambos.

O poder surge da necessidade de se organizar e ordenar a busca pelo bem comum, sofrendo um processo de objetivação, que precede as vontades dos governados ou da lei, desaparecendo a característica de poder pessoal.

Desenvolveu-se uma técnica de poder que o torna despersonalizado, quais sejam, poder do grupo, poder do sistema, visando obter uma racionalização, o que leva a buscar formas mais sutis de atuação, agindo a coação apenas em caso de força extrema.

A discussão e o fascínio exercido pela questão do poder esteve presente desde a Antiguidade, ladeou as discussões teocêntricas medievais, ganhou importância na Era Moderna, com o surgimento dos grandes Estados, e com essa mesma importância chega ao final do século XX.

O poder é questão atual, não se tratando de uma questão já encerrada, de interesse apenas histórico, confinada ao conhecimento dos pesquisadores.

O exercício do poder traduz-se hoje, em vista do fato de dominar uma sociedade global, numa estratégia, que define os limites dentro dos quais se pode dar a atuação do poder e de que forma ela será efetivada.

O conceito de poder compreende o poder de fato, que é baseado na força, bem como o poder legítimo, que é resultante do reconhecimento por aqueles a quem a

vontade do sujeito se dirige, como uma lei digna de acatamento geral.

O poder social, por sua vez, constitui-se em uma consequência necessária da organização das sociedades primitivas.

Nesse passo, torna-se imprescindível lembrarmos o que diz Marcello Caetano:

“A função do poder político é a de subordinar os interesses particulares ao interesse geral, segundo princípios racionais de justiça traduzidos por um Direito Comum a todas as sociedades primárias englobadas na sociedade política.”¹⁶

Em razão desse raciocínio, entende-se porque a existência de um Estado depende de haver um povo que tenha o senhorio de um território e seja dotado do poder de se organizar politicamente, ficando claro que os elementos do Estado são o povo, o território e o poder político.

A separação de poderes é vista como a principal técnica de limitação da soberania pelo pensamento liberal.

Pode-se dizer que a decadência da separação dos poderes como técnica de limitação da autoridade iniciou-se no próprio século XIX, quando insensivelmente se foi substituindo a um conceito material de poderes do Estado, isto é, poderes definidos pelas funções a que se referem.

A seguir à segunda guerra a situação modifica-se em parte, uma vez que a ordem democrática-liberal entrara em crise e o Estado viu-se obrigado a intervir abertamente na vida econômica e social, tendo os governos assumidos cada vez mais o exercício de faculdades legislativas, aproximando-se, dessa forma, Legislação e administração.

Portanto, a idéia de limitação da soberania através da repartição das competências por diversos órgãos perdeu muito do seu valor.

Mas isso não significa que tal idéia não possua qualquer relevo, até mesmo porque a independência dos tribunais continua a representar um princípio fundamental em qualquer país que aceite os princípios mínimos do Estado de direito.

Como se percebe, pode ser chamado de “poder” a possibilidade de, eficientemente, impor aos outros o respeito da própria conduta ou de traçar a conduta alheia.

Importante lembrarmos o que nos diz Marcelo Caetano:

“Assim, existe poder sempre que alguém tem a possibilidade de fazer

¹⁶ CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6.ed. T.I. Coimbra: Almedina, 2010, p.09.

acatar pelos outros a sua própria vontade, afastando qualquer resistência exterior àquilo que quer fazer ou obrigando os outros a fazer o que ele queira.”¹⁷

Dessa forma, estaria implícita na formação de uma coletividade a necessidade da disciplina, havendo assim uma norma fundamental em cada sociedade que autoriza esta a definir as normas de conduta dos seus membros em tudo que interesse à conservação dessa sociedade e à realização dos fins comuns.

Por sua vez, o poder social seria aquele exercido por toda a coletividade, ou apenas por algum ou alguns dos membros aos quais seja reconhecida qualidade para atuar em nome de todos, em razão do fenômeno da representação.

A definição das normas de conduta dos indivíduos nas suas relações entre si ou com a coletividade e o cumprimento dessas normas, com a aplicação de determinadas sanções previstas para os desobedientes, constitui-se no exercício do poder social.

A subordinação dos interesses particulares ao interesse geral, segundo princípios racionais de justiça traduzidos por um Direito Comum a todas as sociedades primárias englobadas na sociedade política é a função do poder político.

Diz-se que o livro “O Espírito das Leis”, de Montesquieu, publicado em 1784, e com larga difusão na Europa não influenciou na elaboração da Constituição americana de 1787, a qual procuraria, sobretudo, reproduzir o sistema inglês tal como ele se apresentava aos olhos de um observador da segunda metade do século XVIII.

Ora, tal afirmação não é exata, uma vez que não pode negar-se que os norte – americanos, na fase da independência em que tão auxiliados foram pela França, tiveram presente a interpretação do sistema da separação dos poderes.

Analisando-se a Constituição de Filadélfia, verifica-se que encontra-se ali efetivamente a fórmula de especialização dos órgãos e de recíproca limitação dos seus poderes por Montesquieu.

Esse é, inclusive, o célebre sistema dos freios e contrapesos que Jefferson definiu como aquele em que os poderes estão de tal forma repartidos e equilibrados entre os diferentes órgãos que nenhum pode ultrapassar os limites estabelecidos pela Constituição sem ser eficazmente detido e contido pelos outros.

Além do mais, o problema do poder é considerado por muitos como o mais importante para qualquer estudo da organização e do funcionamento da sociedade,

¹⁷ CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. v.1. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.1.

havendo mesmo quem o considere o núcleo de todos os estudos sociais.

Em realidade, seja qual for a época da história da Humanidade ou o grupo humano que se queira conhecer, será sempre indispensável que se dê especial atenção ao fenômeno do poder.

Afinal de contas, como afirma Dalmo de Abreu Dallari:

Não obstante, é possível e conveniente, numa larga síntese, apontar algumas características gerais, úteis para que se chegue a uma noção, mais ou menos precisa, do poder. A primeira característica a ser estabelecida é a socialidade, significando que o poder é um fenômeno social, jamais podendo ser explicado pela simples consideração de fatores individuais. Outra importante característica é a bilateralidade, indicando que o poder é sempre a correlação de duas ou mais vontades, havendo uma que predomina.¹⁸

Ora, o poder sempre existiu, não existindo qualquer documento, mesmo relativo aos períodos pré-históricos, indicando a possibilidade de ter existido, em alguma época, a sociedade humana desprovida de poder.

É importante notar que a observação do comportamento humano, em todas as épocas e lugares, demonstra que, mesmo nas sociedades mais prósperas e bem ordenadas, ocorrem conflitos entre indivíduos ou grupos sociais, tornando necessária a intervenção de uma vontade preponderante, com a finalidade de preservar a unidade ordenada em função dos fins sociais.

Por isso que se diz que o Estado não só tem um poder, mas é um poder, sendo ele uma verdadeira institucionalização do poder.

Configurando-se o Estado uma sociedade, não pode ele existir sem um poder, tendo este na sociedade estatal certas peculiaridades que o qualificam, das quais a mais importante é a soberania.

Poder ou dominação estatal significa que todos os homens estão submetidos às normas, e não que uns homens estão submetidos a outros.

Não há poder que seja insuscetível de qualificação jurídica, ou seja, que não seja jurídico, não significando isso dizer que o poder esteja totalmente situado no âmbito do direito, pois na verdade o poder nunca deixa de ser substancialmente político.

Assim, quando se diz que o poder é jurídico, isso está relacionado a uma graduação de juridicidade, cujo mínimo é representado pela força ordenadamente exercida como um meio para atingir certos fins, meio de realização do direito e segundo normas jurídicas.

A primeira crítica feita ao sistema de separação de poderes é no

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.29.

sentido de que ele é meramente formalista, jamais tendo sido praticado, uma vez que a análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração.

Como se percebe claramente, ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação.

A separação de poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o papel do estado e reduzir ao mínimo sua atuação, no entanto, a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado.

O Estado passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais, impondo a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos da separação de poderes.

O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar.

Por seu lado, o executivo não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes.

1.2 PODER E ESTADO

O poder é natural em qualquer tipo de sociedade, isto é, sociedade sem poder não se organiza, em decorrência de ser ele fundamental à ordem, e a ordem indispensável à sociedade.

Pode-se dizer, inclusive, que os problemas sociais são problemas de poder, estabilizando-se as sociedades na proporção direta em que o poder é exercido com autoridade e força.

Como afirma Pedro Salvetti Netto:

“As deliberações de mando, em qualquer grupo social, devem ser acolhidas sob pena de esvaziar-se o grupo por um processo de destruição da ordem,

substituída por um regime anárquico e incompatível com a estruturação grupal.”¹⁹

Com o aparecimento do Estado, surge o poder político ou poder estatal, que, por emanar da sociedade condicionante, supera os demais poderes sociais e sobre eles se impõe.

As demais organizações possuem, com efeito, fins específicos, que tendem para seus interesses próprios, não raro, por isto mesmo, se conflitando entre si, devendo o Estado representar, no entanto, a verdadeira integração de uma ordem superior capaz de coordenar os interesses particulares e estabelecer um processo de uniformidade dentro do qual possa existir uma multiplicidade de organizações sociais sujeitas àquele poder superior, que busca a realização do bem comum.

As outras formas de organização social tendem a bens particulares, ou seja, aos seus próprios interesses, enquanto o Estado procura a integração de todos os interesses na busca do bem comum, motivo pelo qual o domínio estatal se exerce independentemente da vontade dos governados.

Sendo o Estado forma de organização social, como toda sociedade, possui ele um complexo de atividades e de atribuições necessárias a ensejar que alcance a seus fins.

Quando nos pergunta-se qual o objeto fundamental com que se defronta uma Constituição, chega-se à seguinte resposta: a regulação jurídica do poder.

Na verdade, é a configuração que vier a ser imprimida ao poder, a sua afetação a estes ou àqueles detentores, sua maior ou menor concentração, os controles de que é passível, assim como as garantias dos destinatários do poder que conformam o Estado e a sociedade.

Veja-se o que nos ensina Celso Ribeiro Bastos sobre o tema:

“O poder social é, pois, um fenômeno presente nas mais diversas modalidades do relacionamento humano. Ele consiste na faculdade de alguém impor a sua vontade a outrem.”²⁰

No entanto, se não houver, contudo, ao menos a virtualidade do exercício da coerção, o que se tem é, na verdade, a mera persuasão, na qual predomina a técnica argumentativa.

Da mesma forma, aquele que se persuade se convence das razões do

¹⁹ SALVETTI NETTO, Pedro. *Curso de Ciência Política*. v.1. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1975, p.157.

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p.12.

persuasor, enquanto no poder o que há é uma sujeição da vontade do dominado por temor das consequências da sujeição.

Como se percebe, em toda organização ou sociedade há de comparecer uma certa dose de autoridade para impor aqueles comportamentos que os fins sociais estejam a exigir.

Neste sentido, o poder político não é outro senão aquele exercido no Estado e pelo Estado, havendo, inegavelmente, algumas notas individualizadoras do poder estatal.

A que chama mais atenção é a supremacia do poder do Estado sobre todos os demais que se encontram no seu âmbito de jurisdição, sendo importante notar que a criação do Estado não implica a eliminação de outros poderes sociais, como o poder econômico, o poder religioso, o poder sindical, etc.

Todos eles continuam vivos na organização política, com a especificidade que esses poderes não podem exercer a coerção máxima, vale dizer, a inovação da força física por autoridade própria.

Ora, com a finalidade de evitar o perigo sempre presente, que é imanente a todo o poder, o Estado organizado exige de maneira imperativa que o exercício do poder político seja restrito e limitado, tanto se levarmos em consideração os interesses dos detentores como dos destinatários do poder.

De acordo com Karl Loewenstein, sendo a natureza humana como é, não é de esperar que ditas limitações atuem automaticamente, mas também devem ser introduzidas no processo de poder.²¹

Limitar o poder político significa limitar os detentores do poder, sendo que este é o núcleo do que na história antiga e moderna da política aparece como o constitucionalismo.

Nesse panorama, o direito é, na verdade, uma moldura dentro da qual se considera aceitável o jogo político, surgindo entre ambos, na verdade, uma tensão dinâmica, sendo frequente a tentativa da política de abandonar os parâmetros jurídicos.

Deve-se lembrar que da Idade Média até a Revolução Francesa, encontra-se o emprego da palavra Estado para designar as camadas do reino, 1º estado, que correspondia ao clero, 2º estado, que era a nobreza, e 3º estado, que consistia na burguesia,

²¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. 2.ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p.29: “Siendo la naturaleza humana como es, no es de esperar que dichas limitaciones actúen automáticamente, sino que deberán ser introducidas en el proceso del poder desde fuera.”

cuja reunião, quando convocados pelo monarca, formava os estados gerais.

A palavra Estado no seu sentido moderno começou a ter curso na Itália, sendo que a palavra também é comumente empregada para significar os chamados Estados soberanos, os semi – soberanos e os Estados federados.

Uma definição que abranja todas essas espécies sem dúvida se arriscará a ser quase inútil, dada a sua vaguedade.

Nélson de Souza Sampaio já aduzia:

Além disso só alcançaremos essa definição se aceitarmos que o nome Estado pode ser conferido a toda associação humana que viva sob um governo capaz de manter a ordem dentro de uma área territorial determinada, por meio de um poder originário de dominação. Aí estão contidas as seguintes notas como características do Estado: uma associação humana de base territorial; dotada de governo; e em que o poder de dominação desse governo é próprio e não delegado por outra organização de poder.²²

Por sua vez, o conceito de soberania foi gerado com o próprio Estado moderno, na época em que os monarcas das primeiras monarquias nacionais lutavam para estender o seu poder sobre todas as partes do território e todos os súditos do reino, afastando o poder concorrente dos senhores feudais na ordem interna, e as pretensões de hegemonia universal dos seus adversários externos, o Papado e o Sacro Império Romano Germânico.

Com isso, ter-se-ia que o poder dos monarcas nacionais seria incontrastável e supremo no interior, e não conheceria externamente nenhuma autoridade que lhe fosse superior sobre a face da terra.

Por outro lado, o Estado moderno democrático tem guardado uma obediência sensível ao ordenamento jurídico, a despeito das dificuldades reconhecidamente procedentes de se sancionar o Estado quando ele é o descumpridor das suas próprias leis, nem assim tem deixado o Estado de pautar-se pelas regras jurídicas que cria.

Destarte, é imprescindível a percepção de dar-se a contenção do poder não só por limitações de ordem formal, mas também pela existência de limitações de ordem material, vale dizer, por regras que impedem o Estado de invadir as esferas próprias dos indivíduos e dos grupos sociais menores, constituindo-se, portanto, em instrumentos jurídicos de garantia.

É evidente que o Estado apresenta-se cada vez mais ameaçador na medida em que assume um número crescente de atividades, bem como que essa proliferação de fins do Estado põe em risco a liberdade do indivíduo, tornando-se indispensável a

²² SAMPAIO, Nelson de Souza. *Ideologia e Ciência Política*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1953, p.244-245.

limitação das atividades do Estado pelo direito.

Como um racionalizador do poder, Montesquieu colocou-se em frontal antagonismo com a ordem existente e tornou-se um dos autores que mais contribuíram para o advento do Estado Constitucional ou de Direito.

Sua inspiração filosófica era sem dúvida o racionalismo, iniciado com Descartes, que se opôs energicamente ao irracionalismo dominante na Idade Média e influente ainda, na sua época, sobretudo no que dizia respeito à legitimação do poder, que era procurada na tradição e na sua origem divina, constituindo-se em um precursor do Estado liberal burguês.

A moderna Constituição do Estado burguês de Direito corresponde em seus princípios com o ideal de Constituição do individualismo burguês, equiparando-se estes princípios à Constituição posta e atribuindo-se o mesmo significado às expressões Estado constitucional e Estado burguês de Direito.

Esta classe de Constituições contém, em primeiro lugar, uma decisão no sentido da liberdade burguesa: liberdade pessoal, propriedade privada, liberdade de contratação, liberdade de indústria e comércio, etc.

Da idéia fundamental da liberdade burguesa se deduz das consequências, que integram os dois princípios do elemento típico do Estado de Direito, presente em toda Constituição moderna.

Primeiro, um princípio de distribuição: a esfera de liberdade do indivíduo se supõe como um dado anterior ao Estado, tornando a liberdade do indivíduo ilimitada em princípio, já que a faculdade do Estado para invadi-la é limitada em princípio.

Segundo, um princípio de organização, que serve para por em prática esse princípio de distribuição: o poder do Estado, limitado em princípio, se divide e se encerra em um sistema de competências circunscritas.

O princípio de distribuição encontra sua expressão em uma série de direitos chamados fundamentais ou de liberdade; o princípio de organização está contido na doutrina da chamada divisão de poderes, é dizer, distinção de diversos ramos para exercer o Poder Público, com o que vem ao caso a distinção entre Legislação, Governo, também chamado de Administração, e Administração da Justiça, que se distribuem em Legislativo, Executivo e Judicial.

Direitos fundamentais e divisão de poderes designam, pois, o conteúdo essencial do elemento típico do Estado de Direito, presente na Constituição moderna.

Como lembra Carl Schmitt:

“A Constituição de Weimar enumera em sua parte segunda os direitos e deveres fundamentais dos alemães. Com isto, se reconhece o princípio fundamental de distribuição do Estado burguês de Direito.”²³

O princípio de organização da Constituição de Weimar, da distinção dos três poderes, não está promulgado expressamente, mas reside na base das prescrições orgânicas da primeira parte, e é também reconhecível nas epígrafes das distintas seções, quais sejam, Legislação do Reich, Administração do Reich, Administração da Justiça.

Como uma característica orgânica de singular importância no Estado burguês de Direito, se cita a independência judicial, não sendo suficiente apenas garantir a independência para os pleitos de Direito privado e para os assuntos penais.

Isto nada teria de particular, até mesmo porque sempre foi assim por completo em todas as Monarquias bem organizadas.

O interesse da burguesia liberal em luta pelo Estado de Direito perseguia também um controle judicial dos meios de poder próprios do Governo monárquico, e concretamente da burocracia administrativa, explicando-se dessa forma que se haja designado como Estado de Direito só aquele em que há um controle judicial da Administração.

Por isso, deve-se perguntar o que a Justiça pode fazer, em geral, para proteger a Constituição e até que ponto é possível organizar dentro de sua esfera institucional especial cujo sentido e fim sejam assegurar ou garantir uma Constituição.

Assim nos responde Carl Schmitt:

O fato de que esta questão naturalíssima não havia sido fixada desde um princípio, nos anos da pós-guerra, senão que de um modo quase exclusivo se haja pensado em sua proteção judicial da Constituição (exercitada por um Tribunal de Justiça Constitucional), situando o protetor da Constituição com manifesta rapidez na esfera da Justiça, se explica por diversas razões. Em primeiro lugar, pela falsa idéia e abstrata que se tem do Estado de Direito.²⁴

Como se percebe, o Estado cívico de Direito está baseada na distinção real de diversos poderes, cabendo rechaçar a distinção de poderes que é tomada por base por

²³ SCHMITT, Carl. *La Defensa de La Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, Madrid, 1983, p.149: “*La Constitución de Weimar enumera em su parte segunda los derechos y deberes fundamentales de los alemanes. Con esto, se reconoce El fundamental principio de distribución del Estado burgués de Derecho.*”

²⁴ SCHMITT, Carl. *Teoria de La Constitucion*. México: Editora Nacional, 1966, p.57: “*El hecho de que esta naturalísima cuestión no haya sido planteada desde un principio, en los años de La postguerra, sino que de un modo casi exclusivo se haya pensado en una protección judicial de La Constitución (ejercitada por un Tribunal de Justicia Constitucional), situando el protector de la Constitución con manifiesta ligereza en la esfera de la Justicia, se explica por diversas razones. Em primer término, por la idea falsa y abstracta que se tiene del Estado de Derecho.*”

certas tendências absolutistas, como acostumava a suceder no sistema da monarquia constitucional alemã.

Da mesma maneira, cabe outorgar também ao juiz uma certa liberdade, não lhe sendo possível, entretanto, transferir-lhe a decisão em matéria política, que é própria do legislador, sem alterar sua posição constitucional.

A distinção substancial existente entre legislação e Justiça não se destrói comprimindo em seu sentido gramatical certas denominações imprecisas ou aludindo às dificuldades da delimitação em particular, ou a possibilidades de interferência e a outros fenômenos parecidos, ou, finalmente, recordando que em lugar da fórmula tripartida tradicional, qual seja, poderes legislativo, executivo e judicial, são todavia possíveis outras categorias e diferentes.

Existem tantas formas de divisão de poderes como Estados, não significando a diversidade a inexistência da divisão, nem tampouco que se tenha direito a depreciar todas as diferenças existentes entre legislação e Justiça.

Respeito ao Estado cívico de Direito segue tendo validade o princípio de que um Estado sem divisão efetiva entre legislação, execução, englobando aqui o Governo e a Administração, e Justiça, carece de Constituição no sentido do Estado cívico de Direito, defendendo os positivistas que só existe Justiça em forma de sentença judicial quando baseada em uma lei.

1.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SOBERANIA

Analisando a formação histórica do Estado, e especialmente do Estado Moderno, verifica-se que ela é o resultado de um longo e complexo processo de integração e de discriminação, no qual interfere uma série de fatores.

O estado é realidade por demais complexa, de aspectos por demais cambiantes, para que os sociólogos possam delinear uma teoria aceitável sobre a hierarquia das causas que o produzem.

A teoria que mais parece aderir à realidade dos fatos é aquela que prefere apreciar os elementos formadores do Estado de maneira relativa, considerando as múltiplas variáveis que dependem umas das outras e agem umas sobre as outras, em um sistema de interações funcionais, de sorte que não é possível estabelecer a priori qual o elemento dominante, diverso que é segundo as contingências de lugar e de tempo.²⁵

²⁵ REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p.40.

A história do Estado Moderno é, de maneira particular, uma história de integrações crescentes, de progressivas reduções à unidade, verificando-se essa integração em múltiplos sentidos que a análise minuciosa a muito custo consegue individualizar.

Surge o Estado Moderno, historicamente, pelo alargamento dos domínios das monarquias absolutas por meio de guerras intermináveis, de atos felizes de diplomacia, de casamentos e laços de parentescos, de compras, cessões e trocas de territórios, de golpes de audácia de políticos e de frios cálculos de mercadores; pela consolidação das coroas reais relativamente às pretensões dos cetros e das tiaras; pela supressão das prerrogativas baroniais, dos entraves corporativos e das franquias das comunas; pela fixação de fronteiras que se consideram intocáveis, sagradas como os lindes da propriedade quiritária; pelo predomínio de uma dialeto que se torna o idioma oficial, consagrado pela literatura das artes e das ciências; pelo intercâmbio mercantil que transborda dos limites municipalistas até colher em suas redes de interesses a todos os habitantes de um reino; pela constituição de um aparelhamento administrativo correspondente aos interesses que se cruzam e se alargam exigindo a certeza e a segurança de um Direito objetivo único; pelos exércitos que se adestram como elementos garantidores desses interesses e desses direitos; pelo primado da lei sobre o primitivo direito consuetudinário que era pluralista e regional por excelência; pela unificação progressiva da jurisdição segundo o imperativo do princípio fundamental da igualdade de todos perante a lei; pela formação de uma raça histórica surgida dos cruzamentos étnicos seculares; pela elaboração de uma consciência de individualidade nacional, feita de tradição, de lembranças de fatos militares e de conquistas gloriosas na arte e na ciência, de reveses que não raro unem mais que as vitórias, de sentimentos que as famílias acalentam desde o berço e a vida robustece no choque dos contrastes e das lutas.

Assim surgiu o Estado Moderno, com um território que um povo declarou seu, com um povo que se proclamou independente perante outros povos, com um poder que, pela força e pelo direito, se organizou para a independência do território e do povo.

Paralelamente apareceu a soberania como feição nova do Poder, como expressão de uma nova unidade cultural, indicando a forma especial que o Poder assume quando um povo alcança um grau de integração correspondente ao Estado Nacional.

O Estado Moderno, nos países de mais forte individualidade, surgiu propriamente como Estado Nacional, e o princípio de nacionalidade veio depois acelerar ou precipitar o aparecimento de outros Estados igualmente soberanos.

Por sua vez, o fenômeno jurídico é fenômeno universal, inerente a toda ordem social por mais que se recue no tempo em procura das primitivas formas de

convivência humana.

Tem-se consciência de que o Direito não pode ser visto como forma de adaptação à vida extensível a todos os seres vivos e até mesmo além da esfera do mundo orgânico, porém deve-se reconhecer que o Direito está sempre presente em formas ainda que rudimentares de solidariedade social.

As necessidades humanas nos conduzem naturalmente à organização e ao Direito, sendo, portanto, organizar-se indispensável para a constituição de um poder social.

Este é o dado inicial, verificável, em toda e qualquer forma de organização, em todo e qualquer grau de juridicidade do poder, podendo-se concluir que todo grupo social é uma organização de poder.

O poder, dessa forma, pode ser visto como a expressão de uma unidade social que se põe acima dos indivíduos ou de outras unidades sociais particulares, ou seja, é a autoridade a serviço da instituição, de algo de objetivo e de superior aos homens que o exercem.

Dessa forma, pode-se dizer que não há organização sem presença do Direito, bem como não há poder que não seja jurídico, isto é, insuscetível de qualificação jurídica, pois não se confunde com a força.

O poder, por conseguinte, não deixa de ser substancialmente político, para ser pura e simplesmente jurídico, sendo certo que, quando se diz que o poder é jurídico, faz-se relativamente a uma graduação de juridicidade, que vai de um mínimo, representado pela força ordenadamente exercida como meio de certos fins, até a um máximo, que é a força empregada exclusivamente como meio de realização do Direito e segundo normas de Direito.

Por outro lado, assim como o poder não existe sem o Direito, o Direito não se positiva sem o poder, um implicando o outro, segundo o princípio de complementariedade, de tanto alcance nas ciências naturais e humanas.

O Estado, de maneira geral, pode ser conceituado como a sociedade juridicamente organizada, isto é, organizada para a satisfação das aspirações individuais e coletivas, o que se exprime também dizendo-se que é a institucionalização do poder para a realização do bem comum.

Por sua vez, a soberania é o elemento jurídico que prima sobre o social quando passa-se a estudar o poder na sociedade legalmente ordenada, sendo certo que o momento jurídico do poder é um momento de estabilidade ou de pausa relativamente ao evoluir das formas de Governo, mas isto não quer dizer que seja definitivo qualquer sistema jurídico vigente.

Uma concepção exclusivamente jurídica da soberania, seria tão falha como uma outra puramente social, constituindo, na verdade, o problema sócio - jurídico - político, ou seja, não é de Direito Constitucional, nem de Sociologia Política, mas sim de Teoria do Estado e, preliminarmente, de Filosofia do Direito.

Pode-se concluir, assim, que soberania é tanto a força ou o sistema de forças que decide do destino dos povos, que dá nascimento ao Estado Moderno e preside ao seu desenvolvimento, quando a expressão jurídica dessa força no Estado constituído segundo os imperativos éticos, econômicos, religiosos, da comunidade nacional, mas não é nenhum desses elementos separadamente.

Pode-se até afirmar que a opinião pública é a soberania de fato, cujas aspirações se traduzem em lei, limitamo-nos a olhar a fase mais aparente, mais simples do problema da soberania e do Direito Positivo.

No sentido de liberdade do Estado, a soberania é a independência que desempenha um importante papel no direito internacional público, pois significa que o Estado soberano não está submetido a nenhuma autoridade superior, porque a liberdade do estado não é absoluta, como não o é a liberdade do homem, e este não tem necessidade alguma de que ela o seja para assegurar sua independência em face dos detentores de poder.

Ora, a soberania é substancialmente da Nação e só juridicamente é do estado, o que quer dizer que, socialmente, a soberania é da nação, mas juridicamente a soberania é do Estado, significando que a soberania, embora substancialmente da Nação, só pode ser exercida pelo Estado.

Portanto, o direito constitui o poder político e vice-versa, criando entre ambos um nexos que abre e perpetua a possibilidade latente de uma instrumentalização do direito para o emprego estratégico do poder.

A ideia do Estado de direito exige em contrapartida uma organização do poder público que obriga o poder político, constituído conforme o direito, a se legitimar, por seu turno, pelo direito legitimamente instituído.

Jürgen Habermas já nos ensinava:

No princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder do Estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos. Esse princípio forma a charneira entre o sistema dos direitos e a construção de um Estado de direito. Interpretado pela teoria do discurso, o princípio da soberania popular implica: o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, proporcionada através de uma justiça independente; os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e

parlamentar da administração; o princípio da separação entre Estado e sociedade, que visa impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes pelo filtro da formação comunicativa do poder.²⁶

Como se constata, do princípio da proteção do direito e dos direitos fundamentais da justiça resultam todos os demais princípios para a especificação de tarefas, do modo de trabalho e a garantia do status de uma justiça independente, a qual deve aplicar o direito de tal maneira que estejam garantidas simultaneamente a segurança do direito e a aceitabilidade racional das decisões judiciais.

O princípio da legalidade da administração esclarece o sentido nuclear da divisão dos poderes, superando uma diferenciação funcional, que se explica a partir da lógica da argumentação de Habermas, que introduz entre fundamentação de normas e aplicação das normas a diferenciação institucional que se expressa na constituição de poderes separados, que tem por finalidade amarrar a aplicação do poder administrativo ao direito normatizado democraticamente, de tal modo que o poder administrativo só se regenera a partir do poder comunicativo produzido conjuntamente pelos cidadãos.

Os direitos que os cidadãos inicialmente se atribuem na dimensão horizontal de interações cidadão precisam estender-se, a partir do momento em que se constituiu um poder executivo, à dimensão vertical das relações dos cidadãos com o Estado.

Esses direitos liberais em sentido mais estrito formam, inclusive, do ponto de vista histórico, constituem-se no núcleo das declarações dos direitos humanos.

Assim, a clássica divisão de poderes é explicada através de uma diferenciação das funções do Estado: enquanto o legislativo fundamenta e vota programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação, apoiando-se nessa base legal, a administração é responsável pela implementação de leis que necessitam de execução.

Ao decidir autoritariamente no caso particular o que é o direito e o que não é, a justiça elabora o direito vigente sob o ponto de vista normativo da estabilização de expectativas de comportamento.

Por sua vez, a realização administrativa elabora o conteúdo teleológico do direito vigente, na medida em que este confere forma de lei a políticas e dirige a realização administrativa de fins coletivos.

Sob pontos de vista da lógica da argumentação, os discursos jurídicos servem para a aplicação de normas, ao passo que a racionalidade da atividade administrativa é

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v.1. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p.212-213.

assegurada através de discursos pragmáticos.

Na perspectiva da teoria do poder, a lógica da divisão dos poderes só faz sentido, se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo.

Para que os cidadãos politicamente autônomos possam ser considerados autores do direito, ao qual estão submetidos enquanto sujeitos privados, é necessário que o direito legitimamente estatuído por eles determine a direção da circulação do poder político.

Para isso contribui, por exemplo, a nível de governo, a autorização do pessoal dirigente através dos eleitores, em votações gerais; contribui especialmente o princípio de conformidade à lei, de uma administração que deve estar submetida ao controle parlamentar e judicial.

Essa ligação da administração à lei não pode ser confundida com uma outra espécie de mecanismo limitador do poder, qual seja, a divisão regional e funcional do poder administrativo numa administração estruturada de modo federativo, bem como a subdivisão do executivo em administrações especiais e universais seguem o modelo de checks and balances, ou seja, da distribuição do poder no interior de uma divisão funcional de poderes.

Ora, o direito deve ser normativamente fonte de legitimação e não simples meio fático da organização do poder, sendo essencial uma divisão funcional dos poderes, porque a tarefa do Estado de direito democrático consiste, não apenas em distribuir equilibradamente o poder político, mas também em despi-lo de suas formas de violência através da racionalização.

Nesse passo, faz-se necessário fazermos algumas digressões acerca da formação primária dos Estados, que só são possíveis hipótese caso tenham sido feito em grande número.

Para a apreciação destas deve ser considerado, primeiro, que não é tão importante determinar o ponto em que começa o poder a ser considerado como Estado uma comunidade originária.

Nossas representações do Estado, partem de uma idéia do Estado já desenvolvido e com domínio sobre homens que vivem constantemente em um território, e que aqui foi deduzido que a organização que a organização dos nômades não tem o caráter do Estado.

Outra coisa acontece, quando considera-se as associações primitivas

desde o ponto de vista da evolução histórica, porque então verifica-se que toda forma de organização soberana, que não tem sobre si outra superior, tem de ser concebida como Estado.

Assim se manifesta Jellinek:

A forma desenvolvida de comunidades com um carácter de associações supremas e complexas, as quais hoje designamos justamente com o nome de Estado, principia com o assentamento dos homens em um solo, é dizer, com a vida sedentária; mas isto é um processo cujas origens são muito obscuras.²⁷

Com a ocupação das terras se faz necessária uma ordenação da propriedade, muito mais complicada do que era nos estágios anteriores da vida econômica.

Os limites entre bens comuns e bens privados necessitam ser estabelecidos, sendo que a família, como associação econômica, experimenta uma rica ramificação interior, e a exploração do trabalho humano inicia com a instituição da escravidão doméstica, e faz já da guerra uma atividade constante da comunidade, encaminhada a alcançar trabalhadores escravos.

A distinção entre os que possuem origina uma separação da sociedade, e ali onde há tribos vitoriosas que estabelecem sua dominação sobre os vencidos, acentua-se a oposição entre uma classe dominante e outra dominada, que imprime esta característica à organização da comunidade.

Assim, pois, a formação de associações com um fundamento territorial vai relacionado com a formação de uma ordem jurídica complicada que tem, enquanto tal, seus firmes propósitos nas concepções sociais dos tempos primitivos, e que não pode ser julgada com medidas tomadas de uma civilização superior e explicadas como meras organizações de poder.

Tem sido, pois, o processo primário da formação dos Estados, ao próprio tempo, um processo de formação do Direito, de sorte que, historicamente, Estado e Direito tem estado desde o princípio enlaçados um com o outro.

Um Estado pode nascer mediante uma lenta formação histórica, tal como acontecia com os Estados territoriais dos antigos reinos alemães, que jamais foram reconhecidos como tais expressamente pelo império.

Uma nova formação de um Estado se considera, pois, acabada, se todos os elementos essenciais de um Estado existirem realmente e, de uma maneira indubitável no caso dado, e a comunidade assim formada esteja em situação de atuar como tal,

²⁷ JELLINEK, G. *Teoria General Del Estado*. México: Companhia Editorial Continental, 1956, p.218: “*La forma desenvuelta de comunidades con un carácter de asociaciones supremas y complejas, a las que hoy designamos justamente con el nombre de Estado, principia con el asentamiento de los hombres en un suelo, es decir, con la vida sedentaria; pero éste es un proceso cuyos orígenes son muy oscuros.*”

assim sucedendo quando seus órgãos exercitam realmente a soberania, e a eles se obedece de um modo efetivo.

A evolução dos Estados modernos está intimamente unida, a partir da Idade Média, ao reconhecimento progressivo da soberania, e a sua evolução histórica nos demonstra que esta significou a negação de subordinação ou limitação do Estado por qualquer outro poder.

Poder soberano de um Estado é, portanto, aquele que não reconhece nenhum outro superior a si, sendo, por conseguinte, o poder supremo e independente.

Esta última nota se manifesta predominantemente em sua vida exterior, isto é, na relação do Estado soberano com outros poderes, em tanto que a primeira qualidade se faz de ver, singularmente, considerando-o em sua vida interior, em sua relação com as pessoas que estão dentro de si.

Mas a doutrina da soberania tem uma terceira nota derivada do caráter da soberania mesma, devendo ela designar um poder ilimitado e ilimitável que havia de ser absoluto, já que nada poderia limitá-lo.

A autolimitação é, segundo a teoria do Direito Natural inseparável do caráter da soberania, reconhecendo-se que, caso haja limitações para o Estado, estas limitações serão sempre reais ou morais, mas jamais de natureza jurídica.

Para resolver este importante ponto é preciso, ante de tudo, ter presente que a soberania é um conceito jurídico e que assim tem sido considerado inclusive pela Escola de Direito Natural.

A independência do poder do Estado de toda outra atividade sempre se tem considerado como uma independência jurídica, mas não como uma independência real.

É, pois, essencial ao Estado possuir uma ordem jurídica, com a qual se nega, portanto, a doutrina do poder absoluto e ilimitado do Estado, não se discutindo se a ordem jurídica deve existir, senão apenas como o Estado deve se organizar.

Todo Direito tem este caráter, porque obriga, não só aos súditos, senão também ao poder do Estado, sendo em seu pleno sentido da palavra a força das leis unida bilateralmente, constituindo-se na própria submissão do poder do Estado às leis que ele mesmo ditara.

Ora, ao promulgar o Estado uma lei, não só obriga esta lei aos indivíduos, senão que também resta obrigada juridicamente a própria atividade do Estado ao cumprimento desta norma.

Um conhecimento do Estado isento de elementos ideológicos, e,

portanto, liberto de toda a metafísica e de toda a mística, não pode apreender a sua essência de outro modo que não seja concebendo esta figura social como uma ordem de conduta humana.

É usual caracterizar-se o Estado como uma organização política, consistindo o elemento político específico desta organização na coação exercida de indivíduo e regulada por essa ordem, nos atos de coação que essa ordem estatui.

São precisamente aqueles atos de coação que a ordem jurídica liga aos pressupostos por ela definidos, sendo que, como organização política, o Estado é uma ordem jurídica.

No entanto, importante lembrar que nem toda a ordem jurídica é um Estado, tal como a ordem jurídica pré-estadual da sociedade primitiva, nem a ordem jurídica internacional supra-estadual representam um Estado.

Para ser um Estado, a ordem jurídica necessita de ter o caráter de uma organização no sentido estrito da palavra, quer dizer, tem de instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para criação e aplicação das normas que a formam; tem de apresentar um certo grau de centralização, caracterizando-se como uma ordem jurídica relativamente centralizada.

Afinal de contas, como nos ensina Hans Kelsen:

Através desta centralização, a ordem jurídica estadual distingue-se da primitiva ordem pré-estadual e da ordem supra – estadual do Direito internacional geral. Nestas, as normas jurídicas gerais não são produzidas por um órgão legislativo central mas pela via consuetudinária, o que significa que o processo de criação jurídica geral é descentralizado.²⁸

É sabido que, como comunidade social, o Estado compõe-se de três elementos: a população, o território e o poder que é exercido por um governo estadual independente.

Ora, todos estes três elementos só podem ser definidos juridicamente, vale dizer, eles apenas podem ser apreendidos como vigência e domínio de vigência, ou de validade, de uma ordem jurídica.

1.4 SOBERANIA E SEPARAÇÃO DE PODERES

Inicialmente, deve-se ressaltar que personalidade e soberania do Estado são criações do direito monárquico, vindas do regime feudal, e perpetuadas sob roupagem nova e mudança apenas do titular, sendo que os fatos se contrapõem a estas idéias,

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2008, p.314.

mas a rotina teima em sustentá-las, obrigando a controvérsias sutis, para conciliá-las com a realidade.

Nesse passo, deve-se salientar os ensinamentos de Sampaio Dória:

Afirma-se que, só por um longo esforço, se logrou desprender a noção da soberania da noção do poder pessoal do chefe ou assembléia; que, por uma feliz evolução, a concepção perigosa de ser a soberania patrimônio real foi abandonada pela hoje em regra de que só a nação é titular da soberania. Também se afirma que noção da soberania é a noção fundamental do direito público, e que, sem ela, não há direito público.²⁹

Como visto, não pode-se esquecer que a sociedade é simplesmente uma reunião de homens, unidos pela comunhão de necessidades e reciprocidades de serviços que se permutam, nela havendo indivíduos que pensam e querem; que indivíduos mais fortes que os outros podem e devem empregar a força material em mãos para a realização da solidariedade social.

Estes indivíduos são os governantes e em toda sociedade em que houver a diferenciação entre governantes e governados, é uma sociedade política, um Estado.

O que se verifica, na realidade, é que a vontade dos governantes, vontade individual, se impõe aos outros, mesmo pela força, sendo que a legitimidade desta imposição está em que ela seja determinada por um fim conforme a regra de direito.

Outro ponto importante é que deve-se lembrar que uma doutrina jurídica formal da soberania foi desenvolvida por alguns juristas do Império Alemão no final do século passado, a partir de um método positivista, que procurava delimitar o domínio jurídico de qualquer digressão política.

Como recorda Ari Marcelo Solon:

As idéias positivistas preconizadas, em especial, por Gerber, Laband e Jellinek, rejeitavam como falaciosas as especulações jusnaturalistas tendentes a localizar a soberania em algum órgão ou pessoa específica do Estado, pois isto poderia variar conforme as circunstâncias históricas. Seria o Estado mesmo o depositário da autoridade jurídica e política ao longo do tempo. Os vários elementos do Estado, incluindo a coroa, a assembléia dos representantes ou o próprio povo seriam meros órgãos pelos quais a pessoa jurídica do Estado exprimiria sua vontade e realizaria suas funções. Do ponto de vista jurídico, observavam que o Estado consistia em uma hierarquia legalmente ordenada de seus órgãos, não havendo um sujeito da soberania enquanto pessoa tangível.³⁰

Como se percebe, além da tentativa de eliminar a confusão da soberania do órgão com a do estado, através da noção de sua personalidade ideal, a doutrina

²⁹ DÓRIA, A. de Sampaio. *Problemas de Direito Público*. São Paulo: Ed. Sibi/USP, 1919, p.75.

³⁰ SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da Soberania como Problema da Norma Jurídica e da Decisão*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p.41.

jurídica alemã tentou resolver o problema da limitação do Estado pelo Direito, de modo a negar o princípio da *legibus absoluta potestas*, recorrendo à noção kantiana de autonomia moral.

A realidade mostrava que o Estado, ou algum de seus órgãos, podia, praticamente, ignorar a Constituição, sendo necessária, por esse motivo, uma doutrina para a autolimitação da soberania.

A identificação do poder do Estado com o direito é condicionada, portanto, à emergência histórica de um sistema constitucional onde se vislumbra a autoridade impessoal do direito, como base do poder dominante.

Ora, como já visto anteriormente, o Estado é uma ordem política soberana, ou seja, uma nação politicamente organizada acrescentando-se ainda uma alusão ao elemento territorial: um Estado corresponde a um marco de espaço.

Como nos ensina Nelson Saldanha:

“De acordo com as definições habituais, o direito seria uma ordem normativa e coativa reguladora de certos aspectos da vida social, e o Estado, como instituição, teria surgido em estágio posterior ao do direito, na evolução social.”³¹

Destarte, há um cunho essencialmente político na noção de separação de poderes, sendo que o aspecto jurídico que o problema reveste, que é correlato de sua formulação constitucional, constitui um dado complementar, ou, antes, é um aspecto cujos traços dependem do político, enquanto condicionamento e decisão.

Mas entre a idéia da vontade estatal, genérica, e a de cada órgão, definida e técnica, mantém-se a imagem política dos poderes, em que se reparte a substância do Estado; os poderes são necessária partição de algo uno e incindível.

O Estado uniforme, se desdobraria internamente em funções complementares, vale dizer, a soberania, incindível, se apresentaria em cada uma delas por igual, diferenciando-se conforme o plano de ação correspondente, sendo esta, em linhas gerais, a idéia clássica.

A chamada hipertrofia do Executivo, sobre a qual a bibliografia tem crescido muito nas mãos dos politólogos, revela-se uma espécie de fenômeno genérico, visível por cima da diferença dos regimes, não sendo indiferente os argumentos que preconizam o equilíbrio ou a manutenção do predomínio do Legislativo.

Importante notar ainda a diferença entre o Judiciário nos países anglo-

³¹ SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e A Separação de Poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987, p.04.

saxões, onde uma forte tradição favorece aos juízes um papel juridicamente criativo e socialmente relevante, e nos países de direito do tipo continental europeu, aí incluindo a América Latina, onde o juiz é frequentemente um personagem secundário, sob o prisma global da dinâmica do direito e da relação entre esta e os processos histórico – sociais.

O acento dado à diferença entre legislar e julgar corresponde a problemas que hoje se acham bastante debatidos na teoria geral do direito, incluindo o da relação entre criação e aplicação do direito.

Já a diferença entre administrar, ou executar, e julgar concerne, sobretudo, a um enfoque político, e dependerá do modo pelo qual se conceda ao Executivo abranger nele ou não as funções judiciais, ou, em outras palavras, considerar, ou não, ao Judiciário um poder tão diretamente estatal quanto ao Executivo.

O conceito de função executiva permanece, de resto, sempre algo impreciso: ora a administração é considerada como a mais indispensável das funções estatais, a mais necessária, mais constante e mais antiga, não havendo distinção entre função administrativa e função executiva.

Executar, contudo, indica uma ação ou série de ações que implicam um comando ou, ao menos, um plano: executa-se algo segundo uma ordem ou conforme um projeto, o que não correspondeu, nos tempos liberais, a uma instância decisória maior.

Por sua vez, o crescimento dos serviços públicos correspondeu, como se sabe, ao aumento de relevância da idéia de administrar, acarretando o acintoso predomínio do Executivo nos Estados de hoje, o que tem correspondido efetivamente a um intervencionismo onímodo, que termina por dar ao Poder Executivo um alcance de ação muito maior que o dos outros poderes em relação à vida das comunidades nacionais.

Como problema político, o fundamental continua sendo as relações entre legislar e executar, que reflete um jogo secular de tendências e de potências.

De certo modo pode-se, com base numa ampliação do conceito de interpretação, tomar as diversas doutrinas políticas como formulações interpretativas, ou, utilizando um termo mais filosófico e mais abrangente, como formas de hermenêutica.

Ao considerar o Estado e suas funções em sentido geométrico, os pensadores políticos do racionalismo ilustrado buscaram encontrar seu equilíbrio numa simetria que deveria existir entre os diversos pontos, ou focos, de poder e que nasceria de uma correta distribuição de forças.

Destarte, faz-se indispensável interpretar-se a seguinte situação: necessidade de evitar ou corrigir a concentração de poderes e de refazer a ordem social

através da reconstrução política.

Nas Constituições atuais, e, sobretudo na prática política, a realidade do problema dos poderes não corresponde, senão em certa medida, ao esquema separativo engendrado pelos clássicos.

O sempre disponível tema da crise, permanentemente trazido á baila a respeito do Estado, facilita a alusão à crise de cada forma ou cada componente do Estado, e, assim, se alude à crise do Estado de Direito, à do constitucionalismo, dos direitos, das garantias.

A crise do dogma da separação dos poderes entraria neste tipo de referência por conta da superação do esquema liberal que norteou as fórmulas clássicas.

Desse modo, a fórmula clássica da separação segue válida enquanto permanece, embora todo atravessado de modificações, o tipo de Estado criado pelo constitucionalismo dos séculos XVII e XVIII.

O problema da distribuição de funções estatais, de sua recíproca delimitação e de sua ordenação conjunta certamente subsiste, de qualquer sorte que não parece que os críticos do esquema clássico da separação desejam sugerir o retorno à concentração dos poderes.

Atua o Estado por conseguinte na ambiência coletiva, quando necessário, com a máxima imperatividade e firmeza, formando aquele vasto círculo de segurança e ação no qual se movem outros círculos menores dele dependentes ou a ele acomodados, que são os grupos e indivíduos, cuja existência ganha ali certeza e personificação jurídica.

Conforme argui Paulo Bonavides:

“Examinada atentamente a natureza do poder estatal, verifica-se que todo Estado, comunidade territorial, implica uma diferenciação entre governantes e governados, entre homens que mandam e homens que obedecem, entre os que detêm o poder e os que a ele se sujeitam.”³²

Por sua vez, Hart complementa:

Na doutrina da soberania, o hábito geral de obediência do súdito encontra seu complemento na ausência de qualquer hábito desse tipo por parte do soberano. Ele faz a lei para seus súditos, e a faz estando fora do alcance de qualquer lei. Não há, nem pode haver, limites jurídicos a seu poder de legislar. É importante compreender que o poder juridicamente ilimitado do soberano lhe pertence por definição: a teoria simplesmente assegura que só poderia haver limites jurídicos a seu poder de legislar se ele estivesse sujeito

³² BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.109.

às ordens de outro legislador a quem obedecesse habitualmente; e, nesse caso, não seria mais soberano. Sendo soberano, não obedece a nenhum outro legislador e, logo, não pode haver limites jurídicos a seu poder de legislar. A importância da teoria não reside, evidentemente, nessas definições e em suas consequências necessárias, que não nos dizem nada acerca dos fatos. Está na afirmação de que, em toda sociedade onde existe o direito, há um soberano dotado desses atributos. Talvez tenhamos de procurá-lo por trás das formas jurídicas ou políticas que sugerem que todos os poderes jurídicos são limitados e que nenhuma pessoa ou pessoas ocupam a posição acima da lei atribuída ao soberano.³³

Como se percebe, a teoria não insiste na inexistência de limites ao poder do soberano, mas apenas afirma que não há limites jurídicos a ele, portanto, ao exercer o poder legislativo, o soberano pode de fato fazer concessões à opinião pública, seja devido ao medo das consequências que poderia advir de ignorá-la, seja porque se considera moralmente obrigado a respeitá-la.

Ressalte-se que não se tratam de limites jurídicos, até mesmo porque o soberano não estaria sujeito a nenhum dever legal que limite seu poder de legislar, e os tribunais, ao decidirem, se tem diante de si uma lei do soberano, não considerariam válido o argumento de que a divergência da lei em relação às exigências da opinião pública ou da moral impedem que seja considerada lei, a menos, é claro, que houvesse uma ordem do soberano nesse sentido.

Ora, dispõe a autoridade governativa da capacidade unilateral de ditar à massa dos governados, se necessário pela compulsão, o cumprimento irresistível de suas ordens, preceitos e determinações de comportamento social.

O segundo traço essencial que deriva da existência do poder estatal é a sua capacidade de auto-organização, significando que o caráter estatal de uma organização social decorre precisamente da circunstância de proceder de um direito próprio, de uma faculdade autodeterminativa, de uma autonomia constitucional o poder que essa organização exerce sobre os seus componentes.

A indivisibilidade do poder configura outra nota característica do poder estatal, tendo em vista que somente pode haver um único titular desse poder, que será sempre o Estado como pessoa jurídica ou aquele poder social que em última instância se exprime pela vontade do monarca, da classe ou do povo.

O poder do Estado na pessoa do seu titular é indivisível: a divisão só se faz quanto ao exercício do poder, quanto às formas básicas de atividade estatal.

Com efeito, observava-se em quase toda a Europa continental,

³³ HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2009, p.87-88.

sobretudo na França, a fadiga resultante do poder político excessivo da monarquia absoluta, que pesava sobre todas as camadas sociais interpostas entre o monarca e a massa de súditos.

Arrolavam essas camadas em seus efetivos a burguesia comercial e industrial ascendente, a par da nobreza, que por seu turno se repartia entre nobres submissos ao trono e escassa minoria de fidalgos inconformados com a rigidez e os abusos do sistema político vigente, já inclinado ao exercício de práticas semidespóticas.

O século XVII servira de apogeu à justificação, propagação e consolidação da doutrina da soberania, enquanto que, externamente, fundava-se a independência do Estado moderno, favorecido pelos antigos combates do Imperador germânico com o pontífice romano e, internamente, erguia-se um centro de autoridade incontestável na cabeça visível do monarca de direito divino ou de poderes absolutos.

Com a soberania se chegara, pois, à solução política da existência do Estado moderno, distinto do antigo Estado medieval, uma vez que a ordem econômica da burguesia se implantava no Ocidente e os reis conferiam-lhe toda sorte de proteção.

O mercantilismo, como política econômica do século, desenvolve-se paralelamente à idade de apogeu da monarquia absoluta, o que resulta na primeira prática de intervencionismo estatal dos tempos modernos: concessão de subsídios a empresas e companhias de navegação, fomento do comércio e da indústria, amparo à classe empresarial, robustecimento do patronato, fazendo a legislação industrial do empresário burguês.

Por seu turno, o Estado contrai, ao mesmo passo, a suprema dívida de fazer um dia também a legislação social do proletariado, que vai despontar e ajudar o privilégio econômico da burguesia a crescer e prosperar.

O poder soberano do monarca se extraviara dos fins requeridos pelas necessidades sociais, políticas e econômicas correntes, com os quais perdera toda a identificação que o legitimava.

A empresa capitalista, com a burguesia economicamente vitoriosa, dispensava os reis, nomeadamente os monarcas da versão autocrática, os quais entendiam que o rei era o Estado e este era intervencionista.

O intervencionismo fora um bem e uma necessidade, mas de súbito, como resultado do desenvolvimento de uma economia capitalista, demandava-se o máximo de liberdade para alcançar o máximo de expansão.

Nessas circunstâncias é que aparece a adoção mais célebre da separação dos poderes, porquanto mais eficaz, ocorrida na Constituição Federal americana de 1787.

Vale lembrar que o referido texto constitucional não menciona o princípio uma única vez e, no entanto, a Constituição seria ininteligível caso se omitisse a presença da separação de poderes que é a técnica de repartição da competência soberana naquele documento público.

Como se percebe, a sociedade política contemporânea patenteia uma angustiante crise nas relações dos poderes tradicionais, ao mesmo tempo em que a interferência ostensiva de novos poderes parece alterar aquele quadro habitual do equilíbrio mantido formalmente pelos textos das Constituições, cada vez mais irreais em espelhar o verdadeiro estado das forças atuantes.

Os novos poderes são principalmente o poder partidário, o poder politizados das categorias intermediárias, o poder militar, o poder burocrático, o poder das elites científicas, entre outros.

Desde, porém, que se desfez a ameaça de volver o Estado ao absolutismo da realeza, a valoração política passou do plano individualista ao plano social, cessando-se as razões de sustentar um princípio que paralisava a ação do poder estatal e criara consideráveis contra - sentidos na vida de instituições que se renovam continuamente.

O princípio da separação dos poderes perdeu, pois, autoridade, decaindo de vigor e prestígio, valendo unicamente por técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados.

Não pode, porém, significar incomunicabilidade entre os órgãos, mas sim íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível.

2 A SEPARAÇÃO DE PODERES

2.1 FUNDAMENTO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O poder político do Estado é uno e indivisível, sendo que o que se divide não é ele, mas sim as funções estatais básicas, que são atribuídas a órgãos independentes e especializados.

O fundamento da separação de Poderes é evitar a concentração nas mãos de uma só pessoa, o que gera situações de abuso de poder, que era a característica do Estado absolutista, onde todo o poder concentrava-se nas mãos de uma pessoa só, o Rei.

A passagem do Estado absolutista para o Estado liberal caracterizou-se justamente pela separação de Poderes e pelo reconhecimento de direitos individuais.

Três são as funções estatais básicas tradicionalmente reconhecidas: legislativa; executiva; e judiciária, podendo, de modo simplista, ser vista da seguinte forma:

- Função legislativa. Elaboração de leis, de normas gerais e abstratas, impostas coativamente a todos;
- Função executiva. Administração do Estado, de acordo com as leis elaboradas pelo Poder Legislativo;
- Função judiciária. Atividade jurisdicional do Estado, de distribuição da justiça e aplicação da lei ao caso concreto, em situações de litígio, envolvendo conflitos de interesses qualificados pela pretensão resistida.

A separação de Poderes não é absoluta, uma vez que nenhum Poder exercita apenas suas funções típicas, podendo ser apontados diversos exemplos em nossa Constituição.

Dessa forma tem-se que o Poder Executivo edita medidas provisórias com força de lei (CF, art. 62) e participa do processo legislativo, tendo matérias de iniciativa legislativa privativa (CF, art. 64, §1º) e amplo poder de veto (CF, arts. 66, §1º, e 84, V), em que pese esse veto não seja absoluto, pois pode ser derrubado pelo Poder Legislativo (CF, art. 66, §4º).

Os tribunais, por sua vez, podem declarar a inconstitucionalidade de leis elaboradas pelo Poder Legislativo e de atos administrativos editados pelo Poder Executivo (CF, arts. 97, 102, I, *a*, e 125, §2º).

Já o Chefe do Poder Executivo escolhe e nomeia os Ministros dos Tribunais Superiores, após prévia aprovação pelo Senado Federal (CF, arts. 52, III, e 84, XIV).

E se o Presidente da República e outras altas autoridades federais cometerem crime de responsabilidade, o processo de *impeachment* será julgado pelo Senado Federal sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal (CF, arts. 51, I, 52, I, II e parágrafo único, e 86).

Destarte, a divisão dos poderes políticos do Estado pressupõe dois elementos: especialização funcional e independência orgânica, já que os poderes políticos devem atuar de forma independente, sem subordinação.

Outrossim, o poder estatal deve manifestar-se, desde logo, e primariamente, como norma jurídica, isto é, como preceitos gerais, uniformes, que assegurem estabilidade, ou seja, ordem e justiça nas relações humanas e na comunidade social.

Já se sabe que as normas jurídicas dispõem-se numa hierarquia, em cujo vértice encontra-se a Constituição, logo a seguir as leis, depois os decretos, regulamentos e outros atos de caráter normativo.

Missão precípua do Estado é a realização do Direito, e a etapa fundamental desta realização, o seu momento supremo, será, evidentemente, o da criação do ordenamento jurídico, e da definição do Direito.

A criação do direito pressupõe vários momentos parciais e sucessivos, como a proposição, ou iniciativa, a deliberação, que por sua vez supõe discussão, informação, e por último, redação e aprovação final.

A esta aprovação final deve-se acrescentar o ato solene, que anuncia a existência da norma, proclamando-a vigente, isto é, de observância obrigatória: a promulgação.

Elaborada a norma jurídica, deve ela ser aplicada, e se a norma apresenta-se por demais vaga, imprecisa, se apenas estabelece princípios gerais, omitindo detalhes necessários à sua observância efetiva, deverá primeiramente ser desenvolvida em seus sentidos, e consequências implícitas, e nos detalhes de sua aplicação, isto é, regulamentada.

De acordo com J. H. Meirelles Teixeira:

“Separação de poderes significará, portanto, separação de órgãos; divisão de poderes só pode significar divisão, distribuição de competências, de esferas de capacidade e atuação.”³⁴

Destarte, uma razão existe para muitas das dificuldades artificialmente criadas em torno do assunto: é que à solução das questões há pouco propostas, conveniência de atribuir todas as funções do Estado a um só órgão ou pessoa, ou a órgãos distintos, especializados e independentes, ou ainda de estabelecer-se uma separação mais rígida, ou mais flexível, entre esses órgãos, ligam-se preconceitos, ideologias e interesses políticos diversos, por vezes mesmo diametralmente opostos.

Distingue-se entre a cumulação direta, ou objetiva, e acumulação indireta, por interposta pessoa, que poder-se-ia denominar subjetiva, sendo que, no primeiro caso, um só órgão acumula as próprias funções, como, por exemplo, quando o órgão legislativo, como uma assembleia, além de legislar, exerce ainda as funções administrativas ou judiciárias, ou, ainda exemplificando, se o órgão executivo, além de administrar, também pudesse legislar e distribuir justiça.

Ao lado dessa acumulação objetiva, direta, de funções, a acumulação subjetiva caracterizar-se-á quando ocorrer uma certa dependência dos órgãos destinados a uma função em relação aos órgãos encarregados de outras funções, de tal modo que, os primeiros sejam, de certo modo, meras criaturas dos segundos, existindo, então, uma distribuição das funções, mas não havendo independência delas, ou melhor, dos órgãos aos quais são distribuídas.

Por sua vez, em contraposição a essa idéia, a função judiciária supõe alta competência técnica, independência absoluta, um elevado e especial sentimento de justiça.

Deve-se observar, entretanto, que a Constituição norte-americana de 1787, federativa, embora não proclamasse expressamente o princípio da separação de poderes, na realidade o adotava quase rigidamente, na organização constitucional de tipo presidencialista daquele país, e os grandes publicistas norte-americanos da época, desde logo o consideraram o grande princípio não escrito, o fundamento do sistema constitucional que haviam estabelecido.

No entanto, na prática, depois de atribuir a uma pessoa ou órgão o exercício principal de um de tais poderes, tenha-se o cuidado de estabelecer uma participação

³⁴TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Organizado e atualizado por Maria Garcia. 2.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011, p.527.

de menor importância de outras pessoas ou órgãos.

Sem nenhuma participação secundária de qualquer órgão na função principal de outro, haveria separação rígida de funções e de órgãos, isolamento entre estes, ausência de colaboração e ainda daquelas limitações recíprocas, daqueles freios e contrapesos tão necessários à existência de um verdadeiro equilíbrio político e à garantia da liberdade.

O princípio da separação dos poderes, ou divisão, ou distribuição, conforme a terminologia adotada, significa entrosamento, coordenação, colaboração, desempenho harmônico e independente das respectivas funções, e ainda que cada órgão, ou poder, ao lado de suas funções principais, correspondentes à sua natureza, em caráter secundário colabora com os demais órgãos de diferente natureza, ou pratica certos atos que, teoricamente, não pertenceriam à sua esfera de competência.

É nesse sentido que a Constituição brasileira não fala, como já observa-se, em separação de poderes, mas apenas em harmonia e independência dos poderes, e declara serem poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

Independente, portanto, será o Poder não submetido a outro, e isso na sua origem, porque, fora dos expressos termos da Constituição, não será admissível que nenhum Poder dependa de outro na criação de seus órgãos, de vez que todos são, em pé de igualdade, órgãos da soberania nacional, desta recebendo o próprio ser.

Na sua estabilidade, porque seria inadmissível e incompatível com essa origem comum e com essa igualdade, que os Poderes pudessem suprimir-se ou, de qualquer modo, destruir-se reciprocamente.

Em suas prerrogativas, isto é, na sua competência, no exercício de suas funções, porque estes lhe foram assinalados pela Constituição, e modificá-los, embaraçá-los, impedi-los seria desconhecer, destruir a própria Constituição.

Ademais, como já dito diversas vezes, o poder é uno e indivisível, encontrando essa antiga assertiva explicação direta e taxativa na própria definição de poder, que, como foi visto, pode ser conceituado como a capacidade de determinar o comportamento de outras pessoas

Dessa forma, considerando que o poder não pode ser fracionado, temo que a edição de uma lei, de um ato administrativo ou de uma sentença, embora produto de distintas funções, emana de um único pólo irradiador do poder: o Estado.

Assim, a vontade estatal é única, manifestando-se, porém, por suas funções, a executiva, a legislativa e a judiciária.

Como aduz Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Com isso, estaria criado um sistema de freios e contrapesos, pois tais poderes – os órgãos dos Estados – deveriam inter-relacionar-se de forma harmônica, mas cada qual mantendo o respectivo âmbito de independência e autonomia em relação aos demais. Como consequência dessa premissa, o ocupante de cargo em um desses órgãos do estado não poderia simultaneamente exercer ofício em outro. Essa regra não é absoluta, mas as exceções a ela só podem ser ditadas expressamente por norma constitucional. É o que ocorre com a permissão constante do art. 56 da Constituição da República, que permite aos Senadores e Deputados o exercício de cargo de Ministro de Estado, Governador de Território ou Secretário de Estado, de território, de Prefeitura de Capital ou do Distrito Federal.³⁵

Para limitar o poder várias são as técnicas adotadas, sendo uma que pode ser citada é a da divisão territorial do poder, que inspira as descentralizações e não raro o próprio federalismo.

Outra consiste em circunscrever o campo de ação do Estado, reconhecendo-se em favor do indivíduo uma esfera autônoma, onde a liberdade não pode sofrer interferências do Estado, sendo essa a finalidade da Declaração dos Direitos e Garantias do Homem.

A terceira é a divisão funcional do poder, tão conhecida na forma clássica da separação dos poderes, devendo-se reconhecer, no entanto, que não há, nem pode haver, nem Estado sem poder.

A unidade de exercício do poder, ou sua concentração como se usa dizer, foi sua primeira forma histórica, sendo a monarquia absoluta o exemplo clássico.

Embora tenha a unidade do exercício do poder a vantagem da prontidão, da presteza de decisões e de sua firmeza, jamais pode servir à liberdade individual, valor básico da democracia representativa.

Convém nessa oportunidade transcrevermos o que afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“A divisão do poder consiste em repartir o exercício do poder político por vários órgãos diferentes e independentes, segundo um critério variável, em geral funcional ou geográfico, de tal sorte que nenhum órgão isolado possa agir sem ser freado pelos demais.”³⁶

A divisão do poder segundo o critério geográfico é a descentralização,

³⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p.239.

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 17.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p.116.

ou, mais precisamente, o federalismo que, aliás, apresenta também a divisão funcional com ela combinada.

A divisão segundo o critério funcional é a célebre separação de poderes, sendo certo que a tradicional tripartição não tem o rigor necessário para ser acatada como científica.

De fato, é fácil mostrar que as funções administrativa e jurisdicional têm no fundo a mesma essência, que é a aplicação da lei a casos particulares.

A distinção entre ambas pode estar no modo, no acidental, portanto, já que substancialmente não existe, sendo que, por sua vez, a função legislativa não esgota a edição de regras gerais e impessoais.

Além disso, tradicionalmente inclui-se na função administrativa o estabelecimento de regulamentos, cujo conteúdo são também regras gerais e impessoais.

Sobre o tema é importante trazermos a lume os ensinamentos de Thomas Cooley:

Quando todos os poderes da soberania são exercidos por uma só pessoa ou por uma corporação única, que legisla por si só (Who alone make laws), que decide os casos de violação das leis e dispõe acerca da respectiva execução delas, a questão da classificação de poderes tem apenas, meramente, uma importância teórica, pela simples razão de que nada do que possa ter influência real sobre a felicidade e o bem estar do povo, poderá depender disso. Mas já que um Governo com todos os seus poderes assim concentrados, necessariamente tem de ser um governo absoluto, no qual é muito provável que a paixão e o arbítrio regulem a ordem dos negócios públicos, em vez do direito e da justiça, é uma máxima na ciência política que, para conseguir-se o legítimo reconhecimento e proteção dos direitos, os poderes do Governo devem ser classificados segundo a sua natureza, e que para tal execução cada classe de poder deve ser confiada a um diferente departamento do Governo.³⁷

Ora, a garantia de independência entre os Poderes brota da Constituição, só sendo possível cogitar de Poderes independentes quando as atribuições de cada qual são ditadas diretamente pela Constituição.

Disso resulta que, para o exercício das funções que lhe são próprias, congênicas, um Poder não precisa consultar o outro, vale dizer, exerce as respectivas funções sob regime de completa independência.

Ademais, a independência entre os Poderes traz subjacente a regra da indelegabilidade de funções, não sendo possível manter a independência entre os Poderes se, na vicissitude da atividade pública, um deles pudesse ordinariamente delegar suas funções

³⁷ COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América*. Versão de Alcides Cruz. Porto Alegre: Livraria Universal, 1909, p.43.

para que outro as exercesse.

Caso se pense o contrário, estaria frustrada a independência, que, a qualquer momento, no jogo das pressões políticas, poderia ser usurpada pelo exercício rotineiro das funções de um Poder do Estado por outro.

Exceções a essa regra só podem vir consolidadas por expressa disposição constitucional, como acontece, por exemplo, no caso das leis delegadas, que encontram permissão específica no art. 68 de nossa Carta.

É preciso lembrar que a Constituição, na discriminação dessas funções típicas e atípicas, houve-se, ao que parece, com o critério peculiar, qual seja, atribuiu a cada Poder a respectiva função típica e as atípicas necessárias à manutenção de sua autonomia e independência.

Importante nesse passo notarmos que a Constituição dos Estados Unidos dispõe que o Poder Judiciário é composto por um Supremo Tribunal e por tantos tribunais inferiores previstos pelo Congresso.

Os juízes, tanto os do Supremo Tribunal, como os dos tribunais inferiores, são vitalícios enquanto tiverem boa conduta, ou seja, “during good behavior”.

Do mesmo modo, como a Constituição não determina o número de juízes de que se deve compor o Supremo Tribunal, pode ele variar, não podendo ser diminuído de modo a privar algum juiz do seu cargo.

Ora, o princípio da divisão de poderes é um princípio geral do Direito Constitucional que a Constituição inscreve como um dos princípios fundamentais que ela adota, constando de seu art. 2º que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Como visto, o poder é um fenômeno sócio – cultural, significando dizer que é fato da vida social, e, portanto, pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas.

Tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins.

Afinal de contas, como argui José Afonso da Silva:

O Estado, como grupo social máximo e total, tem também o seu poder, que é o poder político ou poder estatal. A sociedade estatal, chamada também sociedade civil, compreende uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, aos quais o poder político tem que coordenar e

impor regras e limites em função dos fins globais que ao Estado cumpre realizar. Daí se vê que o poder político é superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina, visando a ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum. Essa superioridade do poder político caracteriza a soberania do Estado (conceituada antes), que implica, a um tempo, independência em confronto com todos os poderes exteriores à sociedade estatal (soberania externa), e supremacia sobre todos os poderes sociais interiores à mesma sociedade estatal (soberania interna).³⁸

O governo é, então, o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político.

Este se manifesta mediante suas funções que são exercidas e cumpridas pelos órgãos de governo, vale dizer, portanto, que o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional.

A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis, enquanto a função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público.

Por sua vez, a função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse.

A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembléias, quais sejam, o Congresso, as Câmaras, e o Parlamento, se atribui a função legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação.

Tal princípio teve objetivação positiva nas Constituições das ex-

³⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p.98.

colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17 de setembro de 1787.

Posteriormente, tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é.

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora, uma vez que a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento, enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes.

A independência dos poderes significa: que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.

Especificamente em relação à independência e autonomia do Poder Judiciário, estas tornaram-se ainda mais pronunciadas, pois passou para sua competência também a nomeação de juizes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária (arts. 95, 96 e 99).

2.2 BREVE HISTÓRICO SOBRE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

2.2.1 A evolução do Estado

Preliminarmente, deve-se iniciar esse capítulo lembrando dos ensinamentos de Müller, segundo o qual, na realidade, o povo é utilizado levemente, sendo conduzido pelos interessados no poder, sem que lhe seja dada a oportunidade de escolha,

sequer de consulta.³⁹

Assim, em razão da necessidade de definir a superioridade do governante no interior de cada domínio, resultou um poder ilimitado, não estando sujeito a regras estabelecidas por qualquer autoridade, surgindo um modelo de poder político fundado na força e exercido sem regras.

Veja-se o que nos diz Dalmo de Abreu Dallari:

“Poucos séculos depois o quadro político já se torna mais complexo. Através de ações militares, alianças políticas, casamentos negociados por conveniência estratégica, além de outros meios, surge um superior entre os Senhores, e esse será o rei, que, pelas circunstâncias, terá necessidade ainda maior de afirmar permanentemente sua superioridade.”⁴⁰

Dessa forma, retomam de Aristóteles a idéia de que a constituição mista é uma mistura ou síntese das formas de governo puras e, por isso, melhor do que qualquer delas, e também a idéia de que é uma constituição pluralmente estruturada, na medida em que nela revelam as diversas classes sociais, o que a torna mais estável e durável do que qualquer outra.

A organização constitucional da república romana era composta por dois cônsules, senado e comícios tribunícios, e cada um destes órgãos participava do exercício do poder político fundamentado em diferentes princípios de legitimidade: o princípio monárquico legitimava o poder dos cônsules, o princípio aristocrático, o do senado, e o princípio democrático, o dos comícios tribunícios.

Isto que dizer que cada um destes órgãos refletia um substrato constitucional, confinado apenas a uma classe ou potência político – social, respectivamente os cônsules, os patrícios e os plebeus.

É nesta associação de uma classe ou potência político – social autônoma a cada um dos três órgãos constitucionais que a versão polibiana da constituição mista revela a sua diferença específica relativamente à versão aristotélica, em que apenas se trata de atribuir a todas classes iguais direitos político – constitucionais, mas o telos da constituição mista é em ambas as versões idêntico: o equilíbrio entre as classes.

O balanceamento obtém-se, justamente, separando os diferentes interesses de classe a nível orgânico – institucional, ou seja, fazendo corresponder a cada um

³⁹ MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.22.

⁴⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos – Da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.49.

poder constitucional autônomo.

Conforme relata Nuno Piçarra:

Resulta, assim, clara a estrita conexão entre constituição mista e equilíbrio dos poderes: órgãos constitucionais diferenciadamente legitimados e representantes de interesses sociais distintos, refletindo a estrutura plural da sociedade, hão de provocar um efeito reciprocamente limitativo, no sentido da moderação do poder político.⁴¹

Já o Estado antigo não conheceu a doutrina e, muito menos, a prática da separação dos poderes, havendo uma divisão do trabalho governamental, porém, mais ou menos, informe.

Em Atenas, por exemplo, os arcontes, o Aerópago e a assembléia popular dividiam esse trabalho; em Roma, o monarca, o senado e o povo, sendo importante ressaltar, no entanto, que cada um desses poderes exercia funções cumuladas.

No Estado medieval, apesar da descentralização baronária, a cumulação dos poderes, senão a confusão, reinava por toda parte, enquanto que no Estado moderno, porém, efetivou-se, com o Bill of Rights (1689), o sistema da separação.

Nesse passo, deve-se lembrar os ensinamentos do Professor Manoel Jorge e Silva Neto:

Se é certo que a *Magna Charta* efetivamente deixou a esmagadora maioria da população sem acesso aos direitos nela previstos, não menos é que serviu como um dos marcos para a consolidação de importantes direitos e garantias fundamentais, como é o caso do *habeas corpus* e do direito de propriedade.⁴²

Na Inglaterra, a nova doutrina foi logo acolhida, merecendo destaque para Blackstone e Bagehot, e nos Estados Unidos da América do Norte, Jefferson, Jay, Madison, Hamilton, através da obra “*The Federalist*”, entre outros, fizeram-se corifeus dela.

As Constituições dos novos Estados norte – americanos, tendo à frente a da Virgínia (29-6-1776), consagraram os princípios montesquieunianos, inclusive a Constituição Federal (17-9-1787).

Na França, como era natural, esses princípios, conjugados com os da soberania popular e da democracia direta de Rousseau, provocaram a maior revolução que a História registra.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26-8-1789, incorporou, logo, o princípio de que toda sociedade em que a garantia dos direitos não é

⁴¹ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p.39.

⁴² SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.44.

assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição (art. 16), e a Constituição de 1791, consagrou-o em toda a sua plenitude, podendo-se concluir, a partir desse momento histórico, que onde não havia separação de poderes, não existia Constituição.

Em 1937, o constituinte brasileiro, em contraste com a evolução do princípio da separação dos poderes, foi além da prática de 1891, pois concedeu ao presidente da República um verdadeiro superpoder.

Realmente, podia ele: dissolver a Câmara dos Deputados, se esta não aprovasse as medidas do estado de sítio (art. 75, al. b; art. 167, parágrafo único); sustar o andamento de projeto de lei no Parlamento, sob a alegação de que tinha outro em estudo (art. 64, §2º); tornar sem efeito, por intermédio do Parlamento, decisões do Poder Judiciário (art. 96, parágrafo único); praticar atos, durante o estado de emergência ou de guerra, dos quais o Poder Judiciário não podia conhecer (art. 170), constituindo-se em uma verdadeira ditadura constitucional do presidente da República.

Em 1946, torna-se ao sistema teórico de 1891, com a independência e harmonia dos Poderes, consagrada no art. 36, e, para melhor separação das funções de cada um, reproduziu-se a norma de 1891 (art. 79).

Veja-se o que nos ensina Paulino Jacques:

A doutrina e a prática norte – americana geraram a teoria dos freios e contrapesos (checks and balances). Segundo essa teoria cada um dos três poderes exerce controle sobre os outros. O Legislativo rejeita o veto do Executivo, procede por impeachment contra o Executivo e aprecia as indicações do Executivo para provimento de altos cargos públicos; o Legislativo, ainda, fixa o número de membros do Judiciário, limita a sua jurisdição e procede por impeachment contra os altos magistrados; o Executivo, à sua vez, veta resoluções do Legislativo e nomeia os membros do Judiciário; e, por fim, o Judiciário declara a inconstitucionalidade dos atos do Legislativo e a ilegalidade dos do Executivo.⁴³

2.2.2 A evolução da Teoria da Separação dos Poderes

O critério da separação dos poderes tem sido observado, desde a Revolução Francesa, pela maioria dos Estados, atendendo ao princípio consagrado pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão que, no art. 16, disciplina que a sociedade na qual não se assegura a garantia dos direitos, nem se determina a separação dos poderes, considera-se desprovida de Constituição.

Os três pensadores mais importantes que se ocuparam com o estudo

⁴³ JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, p.168.

do tema foram Aristóteles (385 a.C – 322 a.C), John Locke (1632-1704) e Montesquieu (1689-1755).

Segundo esses pensadores, existiriam poderes essenciais que deveriam ser assim entendidos: um poder que fosse capaz de deliberar sobre os negócios do Estado; um poder que compreendesse todas as magistraturas ou poderes constituídos; um poder que abrangesse os cargos de jurisdição.

John Locke tratou da existência de quatro poderes: legislativo, executivo, federativo e prerrogativo, não obstante, defendia que o Poder Legislativo fosse superior aos demais.

Montesquieu, por sua vez, notabilizou-se por ter sistematizado o funcionamento dos poderes estatais, sendo que tais lições foram incorporadas ao Direito brasileiro na Constituição de 1824.

De acordo Zulmar Fachin:

Cada poder exerce a função típica e, também, funções atípicas. São funções típicas: legislar (Poder Legislativo), governar (Poder Executivo) e julgar (Poder Judiciário). Todavia, cada poder pratica atos que não são típicos de sua tarefa primordial. O Legislativo julga (processo de impeachment); o Executivo legisla (medidas provisórias, leis delegadas); o Judiciário administra (nomeia o servidor público, por exemplo).⁴⁴

Embora os doutrinadores em geral e, inclusive, a própria Constituição usem o vocábulo poderes, melhor seria falar em funções: função legislativa, função executiva e função judiciária.

A terminologia função em lugar de poder encontra consonância na idéia segundo a qual o poder estatal é uno e indivisível.

Como já visto anteriormente, a concentração do poder nas mãos de uma só pessoa ou de apenas um órgão tem-se revelado maléfica, uma vez que o poder absolutizado, ao invés de servir aos governados, passa a se constituir em ameaça que pende sobre seus direitos e sua liberdade.

Em diversos momentos da História e em várias partes do mundo, o mau uso do poder tem sido um peso suportado pela sociedade, surgindo daí a necessidade imprescindível de estabelecerem regras para disciplinar sua distribuição e seu exercício.

A fórmula de distribuição das funções do estado, depositando-se em mãos diferentes as tarefas de elaborar a lei, de executar atos de acordo com a lei e de decidir os casos concretos aplicando contenciosamente a lei.

⁴⁴ FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Editora Método, 2008, p.183.

Esse critério tem sido observado, desde a Revolução Francesa, pela maioria dos Estados, atendendo ao princípio consagrado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, segundo o qual toda sociedade na qual não se assegura a garantia dos direitos, nem se determina a separação dos poderes, considera-se desprovida de Constituição, consagrado no seu art. 16.

É lugar comum na doutrina afirmar-se que Montesquieu foi o ideólogo desse sistema, mas quando se fala em separação dos poderes do Estado, é imprescindível mencionar destacados nomes do pensamento da Humanidade: Aristóteles, John Locke e, por fim, Montesquieu.

A obra mais divulgada de Aristóteles (385 a.C. – 322 a.C.) foi “A Política”.

Veja-se o que aduz Zulmar Fachin:

“Em seguida, o pensador grego explicitou quais deveriam ser os três poderes essenciais: um poder que fosse capaz de deliberar sobre os negócios do Estado; um poder que compreendesse todas as magistraturas ou poderes constituídos; um poder que abrangesse os cargos de jurisdição.”⁴⁵

O primeiro destes três poderes era o que deliberava sobre os negócios do Estado, chamando-se de poder deliberativo, constituindo-se no que hoje denomina-se de poder legislativo.

O segundo era o que compreendia todas as magistraturas ou poderes constituídos, constituindo-se no poder do qual o Estado necessitava para agir de acordo com as deliberações da Assembléia, referindo-se Aristóteles a ele como as magistraturas governamentais, o governo propriamente dito, constituindo-se no poder executivo.

Ainda na concepção aristotélica, o terceiro destes poderes essenciais abrangia os cargos da jurisdição, tratando-se de um órgão hoje conhecido como poder judiciário.

Por sua vez, John Locke (1632-1704) falou em poderes legislativo, executivo, federativo e prerrogativo, sendo importante mencionar que, embora tenha concebido a existência de vários poderes estatais como forma de evitar o absolutismo, Locke sustentava a supremacia do poder legislativo.

Dessa forma, o legislativo era o verdadeiro poder da sociedade, política e, portanto, deveria desfrutar de supremacia em relação aos demais, sendo que,

⁴⁵ FACHIN, Zulmar. As Funções do Estado no Pensamento de Aristóteles, John Locke e Montesquieu: breve resgate histórico. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*. Londrina: IDCC, v. 1, 2005, p.145.

quando o legislativo, após elaborar a lei, confia sua execução a outras mãos, não transfere o poder de retirá-lo dessas mãos se encontrar motivo para isso.

É nítido que John Locke não concebeu os poderes convivendo de modo independente e harmônico, ao contrário, sustentava a supremacia do poder legislativo sobre os demais.

Por fim, Montesquieu (1689-1755) preocupou-se fundamentalmente com a liberdade do indivíduo em face do arbítrio do poder do governante.

Para garantir certo grau de liberdade às pessoas, tornava-se imperioso regular o poder do estado, concebendo, então, Montesquieu os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Montesquieu, sem ignorar o que haviam falado Aristóteles e Locke, advertiu para o risco de concentrar-se todo o poder estatal nas mãos da mesma pessoa, o que levaria inevitavelmente ao arbítrio e precisava ser evitado.

É necessário lembrar que Montesquieu não pretendia dividir os poderes, muito pelo contrário, seu objetivo era estabelecer um critério democrático na distribuição das funções estatais.

No que tange ao poder judiciário, é conhecida a concepção montesquiana: trata-se de um poder nulo, que deve se limitar a reproduzir nos casos concretos a norma expressa pelo legislador.

Com efeito, os partidários da existência de dois Poderes apontaram-nos apenas o que elabora a lei e o que a executa, indicando, portanto, tão-só o Legislativo e o Executivo, enquanto o Judiciário, sem as características do Poder, seria um ramo do executivo.

Consideraram, assim, como participantes da vida da lei apenas dois momentos e duas fases distintas: a formação e a execução, o ato que cria a norma e o ato que lhe dá concretude.

Por sua vez, a atividade judiciária seria, em última análise, atividade executiva, representando simples incidente na aplicação dos preceitos legais.

Estas afirmações, apesar de muitos lhes atribuírem hoje apenas valor histórico, tiveram ressonância e expressividade, mas não mereceu prosperar porque a atuação dos magistrados, interpretando e aplicando a norma jurídica, escapa aos limites de incidente em sua execução.

A um primeiro golpe de vista, observa-se que, realmente, a legislação declara o Direito, e este vai ser aplicado pela administração e pelo órgão judiciário.

Não obstante, em sua dinâmica, distinguem-se, com características próprias, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, sendo que a função jurisdicional só é exercida quando há conflito sobre aplicação das normas de Direito; tem por finalidade específica remover esse conflito; atinge seu objetivo quando estabelece a exegese definitiva.

Até mesmo porque para a segurança da democracia, para a manutenção do Estado de Direito, enfim, para a tutela das prerrogativas inerentes à personalidade humana, mister se torna realmente que se desenvolva um controle real, eficiente, extenso e profundo, sobre a ação governamental, configurada esta “lato sensu”.

Veja-se o que aduz Rosah Russomano:

“Há, pois, necessidade de verificar-se, através de uma análise crítica e, mais do que isto, através de uma atividade funcional onde, por definição, repontem equilíbrio e ponderação, se as opções tomadas se ajustam ao bem comum, se estas opções não lesam ou não ameaçam lesar os direitos básicos do indivíduo.”⁴⁶

Destarte, desta necessidade provêm duas variantes de controle, quais sejam, o controle político e o controle formal, sendo que caberia o primeiro, naturalmente, ao órgão Legislativo, enquanto que competiria o segundo, também naturalmente, ao órgão Judiciário.

Oportuno dizer que a doutrina da separação de poderes teve repercussão imediata no Brasil, já que, em 31 de maio de 1823, o imperador D. Pedro I, ao discursar perante os primeiros constituintes na abertura da sessão de instalação da Assembléia Constituinte, defendeu a necessidade de uma Constituição digna do Brasil e que contemplasse as idéias do momento.

Mas, como se sabe, aquela Constituição, por influência do pensamento de Benjamin Constant, consagrava também o poder moderador, confiado ao próprio Imperador, que dominava a política do Estado.

Por sua vez, a Constituição de 1891, a primeira da República, preservou apenas os poderes legislativo, executivo e judiciário, deixando de existir o poder moderador.

O princípio da separação dos poderes encontra-se previsto na Constituição brasileira de 1988, quando a mesma prevê, em seu art. 2º, que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁴⁶ RUSSOMANO, Rosah. *Dos Poderes Legislativo e Executivo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1976, p.38.

2.2.2.1 As ideias de Aristóteles

A Constituição de um Estado é a organização regular de todas as magistraturas, principalmente da magistratura que é senhora e soberana de tudo, já que, em toda a parte o governo do Estado é soberano.

A própria Constituição é o governo, quer dizer que nas democracias, por exemplo, é o povo que é soberano, por outro lado, na oligarquia, é um pequeno número de homens.

A monarquia que se chama absoluta é aquela na qual o rei dispõe de tudo segundo a sua vontade, como senhor absoluto, ficando provado, em consequência, não ser justo que o poder fique nas mãos de um só.

Mas é um erro pensar que toda a autoridade seja uma autoridade de senhor, porque a autoridade sobre os homens livres não difere menos da autoridade da do escravo por natureza, devendo-se perguntar quais devem ser as bases de uma república constituída a gosto, por assim dizer.

O legislador deve empenhar-se em redigir as regras da guerra e as outras partes da legislação, principalmente com vistas à paz e ao repouso, observando que o princípio fundamental do governo democrático é a liberdade; a liberdade, diz-se, é o objeto de toda democracia.

Afinal de contas, como já Aristóteles:

Pela democracia, deve-se admitir em primeiro lugar todos os cidadãos à eleição dos magistrados, à administração da justiça e ao julgamento dos funcionários responsáveis; em seguida submeter os altos cargos à eleição e ao censo proporcionalmente à própria importância dos cargos, ou ainda de exercê-los. Uma tal forma de governo não poderia deixar de ser excelente; porque as funções públicas nela serão sempre exercidas pelos cidadãos mais eminentes, com o consentimento do povo, que então não invejará de modo algum os homens de mérito.⁴⁷

A democracia que admite todos os cidadãos na direção dos negócios, nenhum Estado é capaz de suportá-la ou fazê-la durar muito tempo, pois é preciso que as assembleias gerais sejam raras e os tribunais se componham de muitos juízes, mas que a sua gestão só dure poucos dias.

Ora, um dos principais cuidados, e dos mais indispensáveis, é o que se refere à fiscalização dos mercados: é preciso que haja uma magistratura encarregada de vigiá-los, de tomar conhecimento das transações entre os cidadãos, e de fazer observar a moralidade

⁴⁷ ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala Educacional, 2006, p.203.

e a boa ordem.

Outra função que toca bem de perto aquela da qual já foi dita é a fiscalização das propriedades públicas e particulares a fim de ser mantida a boa ordem.

Outros magistrados são encarregados do registro, dos contratos entre particulares e dos julgamentos exarados pelos tribunais, sendo ainda perante eles que se deve depor a declaração das demandas e a ações jurídicas que se queira intentar, havendo países em que essa magistratura se divide em vários ramos, mas não lhe fica diminuída por isso a suprema autoridade.

Depois disso vem a função mais necessária e quase a mais difícil, a que se refere à execução dos julgamentos exagerados, à apresentação do saldo das multas inscritas nos registros do Estado, e à guarda dos prisioneiros.

Mas ela é necessária, porque de nada serve pronunciar julgamentos sobre os direitos, se eles não surtem efeito absoluto, e, se é impossível que a sociedade civil exista sem julgamento, também ela não poderia existir quando as condenações a uma multa ou outro castigo qualquer permanecessem sem execução.

Sobretudo, é preciso, de acordo com a lei, impedir que um cidadão se torne muito poderoso pela sua influência, seus amigos, sua fortuna, ou mandá-lo a exibir seu luxo no estrangeiro.

Mas como as invocações se introduzem também pelos costumes dos particulares, é bom que haja qualquer magistratura encarregada de vigiar os cidadãos cujo gênero de vida não se conforme ao sistema do governo, isto é, à democracia no governo popular, à oligarquia no governo oligárquico, e assim por diante para cada uma das outras formas de governo.

Também é recomendada, pelas mesmas causas, pôr-se em guarda contra aqueles que passam os dias em plena aventura e abastança; o remédio para isso é entregar a direção dos negócios e das magistraturas às mãos de partidos opostos, à medida que eles se sucedem entre si.

O direito, igual para todos, de acesso às magistraturas, é um princípio democrático.

O rei quer e deve ser o protetor de seus vassallos; ele protege os proprietários ricos contra as injustiças, e o povo contra as humilhações, enquanto que a tirania, como foi dito muitas vezes, nunca tem por objetivo o bem geral, a não ser para sua utilidade própria.

O fim a que se propõe o tirano é o prazer; o rei só tem a honra por

ideal, eis porque um aspira mais a aumentar suas riquezas, outro a sua glória.

Quanto menos amplas são as atribuições soberanas de um poder qualquer, mais oportunidade de duração ele terá, até mesmo porque os próprios reis tornam-se menos déspotas.

Por sua vez, os vícios da democracia, levados ao último grau, se encontram na tirania.

2.2.2.2 As contribuições de John Locke

O século XVII foi marcado pelo antagonismo entre a Coroa e o Parlamento ingleses, controlados, respectivamente, pela dinastia Stuart, defensora do absolutismo, e a burguesia ascendente, partidária do liberalismo.

John Locke (1632 – 1704) que, como opositor dos Stuart, se encontrava refugiado na Holanda, retornou à Inglaterra após o triunfo da Revolução Gloriosa.

Em 1689 – 90 publica suas principais obras: “Cartas sobre a tolerância”, “Ensaio sobre o entendimento humano” e o “Segundo tratado sobre o governo civil”.

De acordo com Leonel Itaussu Almeida Mello:

“O Segundo tratado é uma justificativa *ex post facto* da Revolução Gloriosa, onde Locke fundamenta a legitimidade da deposição de Jaime II por Guilherme de Orange e pelo Parlamento com base na doutrina do direito de resistência.”⁴⁸

Locke nasceu em 1632 no seio de uma família burguesa da cidade de Bristol, seu pai, um comerciante puritano e combateu na guerra civil nas fileiras do exército do Parlamento.

Além de defensor da liberdade e da tolerância religiosas, Locke é considerado o fundador do empirismo, doutrina segundo a qual todo o conhecimento deriva da experiência.

O Segundo tratado é um ensaio sobre a origem, extensão e objetivo do governo civil, obra em que Locke sustenta a tese de que nem a tradição nem a força, mas apenas o consentimento expreso dos governados é a única fonte do poder político legítimo.

Em oposição à tradicional doutrina aristotélica, segundo a qual a sociedade precede ao indivíduo, Locke afirma ser a existência do indivíduo anterior ao

⁴⁸ MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: *Os Clássicos da Política*. v. 1. 8.ed. Editora Ática, 1997, p.82.

surgimento da sociedade e do Estado.

Na sua concepção individualista, os homens viviam originalmente num estágio pré-social e pré-político, caracterizado pela mais perfeita liberdade e igualdade, denominado estado de natureza.

Estabelecido o estado civil, o passo seguinte é a escolha pela comunidade de uma determinada forma de governo, oportunidade em que a unanimidade do contrato originário cede lugar ao princípio da maioria, segundo o qual prevalece a decisão majoritária e, simultaneamente, são respeitados os direitos da minoria.

Definida a forma de governo, cabe igualmente à maioria escolher o poder legislativo, que Locke, conferindo-lhe uma superioridade sobre os demais poderes, denomina de poder supremo.

Ao legislativo se subordinam tanto o poder executivo, confiado ao príncipe, como o poder federativo, encarregado das relações exteriores, ou seja, da guerra, paz, alianças e tratados.

Locke ainda defende que, por ser o objetivo primordial de o homem formar sociedade, o desfrute da propriedade em paz e segurança, e sendo as leis estabelecidas seu grande instrumento e meio, a primeira providência positiva e fundamental de todas as comunidades é justamente estabelecer o poder legislativo; e a primeira lei natural básica que deve nortear até o próprio poder legislativo consiste na preservação da sociedade e, até onde seja compatível com o bem público, de todos seus membros.

Portanto, o poder legislativo não é, pois, somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e intocável nas mãos a que a comunidade o confiou.

Conforme defende John Locke:

“O poder legislativo é simplesmente o poder do conjunto de todos os membros da sociedade, confiado à pessoa ou grupo de pessoas como legislador, e não poderá ser maior do que tais pessoas tinham no estado de natureza, antes de se construírem em sociedade e o outorgarem à comunidade.”⁴⁹

O poder legislativo tem seus limites restritos ao bem geral da sociedade, e não tem outro objetivo senão a preservação e, portanto, não poderá nunca destruir, escravizar ou propositalmente empobrecer os cidadãos, sendo que a formação da sociedade não ab-roga a lei da natureza.

Em segundo lugar, o poder legislativo ou supremo não pode arrogar a

⁴⁹ LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Tradução Alex Marins. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2006, p.99.

si o direito de governar por meio de decretos extemporâneos e arbitrários, mas tem a obrigação de fazer justiça e decidir sobre os direitos dos cidadãos mediante leis promulgadas, fixas e aplicadas por juízes autorizados e conhecidos, até mesmo porque o poder absoluto, arbitrário, ou o governo sem leis fixas estabelecidas não se harmonizam com os fins da sociedade e do governo.

Todavia, seja quem for que o exerça, o governo é instituído sob a condição e com o fim de os homens poderem ter propriedade e garanti-la, e seja príncipe ou senado, embora tenha poder para promulgar leis no intuito de regular a propriedade e as relações entre os súditos, nunca poderia ter o poder de tomar para si, mesmo parcialmente, a propriedade do cidadão sem o seu consentimento.

Outro ponto importante é que o poder legislativo não pode transferir o poder recebido de elaborar leis a quem quiser que seja; este, sendo poder delegado pelo povo, os que o têm não podem transferi-lo a terceiros.

Quem tem a tarefa de definir o modo com que se deverá utilizar a força da comunidade para a preservação dela própria e dos seus membros é o legislativo.

Nas comunidades bem organizadas, nas quais o bem de todos é levado na devida conta, o poder legislativo é posto nas mãos de várias pessoas que, reunidas, têm o poder de elaborar leis.

Os poderes executivo e federativo constituem a base do poder de guerra e de paz, de fazer ou desfazer ligas e alianças, e todas as transações com as pessoas e comunidades estranhas à sociedade.

Estes dois poderes, executivo e federativo, embora realmente distintos em si, cabendo um a execução das leis da sociedade dentro dos seus limites com relação a todos que a ela pertencem, e ao outro a gestão da segurança e do interesse da comunidade fora dela, assim como gerir os benefícios ou danos por ela causados, estão quase sempre reunidos.

No entanto, somente pode existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual tudo o mais deve ser subordinado.

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 todos os outros poderes vigentes na sociedade, dele derivados ou a ele subordinados.

Por isso deve considerá-lo como a imagem representativa da comunidade, atuando pela vontade da maioria, expressa nas leis, sendo importante mencionar que o poder executivo, a não ser que seja depositado em alguém que também tenha parte no

legislativo, está flagrantemente subordinado e sob a responsabilidade deste.

2.2.2.3 A contraposição entre Rousseau e Montesquieu

De acordo com Rousseau, pela mesma razão que a soberania é inalienável, é também indivisível, porque a vontade é geral ou não o é, isto é, é a vontade do corpo do povo ou somente de uma parte.

No primeiro caso, essa vontade declarada é um ato de soberania e faz lei; no segundo, não passa de uma vontade particular ou um ato de magistratura e é, no máximo, um decreto.

Ainda conforme Rousseau:

Porém, não podendo dividir a soberania em seu princípio, dividem-na em força e em vontade, em poder legislativo e em poder executivo, em direitos de impostos, de justiça e de guerra, em administração interior e em poder de tratar com o exterior. Ora confundem todas essas partes, ora as separam. Fazem do soberano um ser fantástico e formado de peças ajustadas.⁵⁰

Esse erro teria surgido em razão de não terem sido concebidas noções exatas a respeito da autoridade soberana e por se terem tomado como partes dessa autoridade, quando não passavam de emanações da mesma.

Assim, por exemplo, o ato de declarar guerra e o de assinar a paz foram considerados como atos de soberania, o que não seria, porquanto cada um desses atos não é uma lei, mas somente uma aplicação da lei, um ato particular que determina o caso da lei.

Por outro lado, para Montesquieu, quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existiria liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo, já que, se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador, e se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Portanto, para Montesquieu:

⁵⁰ ROUSSEAU. *O Contrato Social*. Tradução Ciro Mioranza. 2.ed. São Paulo: Editora Escala, 2008, p.44.

“Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”.⁵¹

Eis então a constituição fundamental do governo de que Montesquieu se refere, em que o corpo legislativo é composto de duas partes, uma prende a outra com sua mútua faculdade de impedir, e ambas estarão presas ao poder executivo, que estará ele mesmo preso ao legislativo.

Os três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação, mas, como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente.

Como o poder executivo só faz parte do legislativo com sua faculdade de impedir, não poderia participar do debate das questões, e, não é nem mesmo necessário que proponha, porque, podendo sempre desaprovar as resoluções, pode rejeitar as decisões das propostas que não gostaria que tivessem sido feitas.

Àquela época, a constituição era monárquica, aristocrática e popular; e a harmonia do poder foi tal, que ele comandava os exércitos e tinha a intendência dos sacrifícios; tinha o poder de julgar os assuntos civis e os criminais; convocava o senado; reunia o povo; comunicava-lhe certos assuntos e resolvia outros com o senado.

O senado possuía uma grande autoridade, pois os reis muitas vezes chamavam os senadores para julgar com eles; não levavam assuntos ao povo que não tivessem sido deliberados antes no senado.

O povo tinha o direito de eleger os magistrados, de aprovar as novas leis e, quando o rei o permitia, o de declarar guerra e de fazer a paz.

Roma, depois da expulsão dos reis, devia ser uma democracia, uma vez que o povo já possuía o poder legislativo; era seu sufrágio unânime que tinha cassado os reis.

Ficou estabelecido que existiriam magistraturas às quais os plebeus poderiam aspirar; e obteve pouco a pouco que participaria de todas, exceto daquelas de entre – rei.

O consulado foi decomposto e dele se formaram várias magistraturas, criaram-se pretores, a quem se deu o poder de julgar os crimes públicos; estabeleceram-se edis, a quem se deu a polícia; fizeram-se tesoureiros, que tiveram a administração dos

⁵¹ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.168.

dinheiros públicos; enfim, com a criação dos censores, retirou-se dos cônsules esta parte do poder legislativo que regulamentava os costumes dos cidadãos e a polícia momentânea dos diversos corpos do Estado.

O senado dispunha dos dinheiros públicos e distribuía os recursos; era o arbítrio das questões dos aliados; decidia sobre a guerra e a paz e dirigia, a este respeito, os cônsules; fixava o número das tropas romanas e das tropas aliadas; distribuía as províncias e os exércitos entre os cônsules ou entre os pretores; e, expirando o ano de seu comando, podia dar-lhe um sucessor; atribuía os triunfos; recebia embaixadas e enviava outras; nomeava reis, recompensava-os, castigava-os, julgava-os, concedia-lhes ou fazia com que perdessem o título de aliados do povo romano.

Os cônsules faziam o recrutamento das tropas que deviam conduzir à guerra; comandavam o exército de terra ou de mar, dispunham dos aliados; tinham nas províncias todo o poder da república; davam a paz aos povos vencidos, impondo-lhes condições ou remetendo-os ao senado.

O poder de julgar foi dado ao povo, ao senado, aos magistrados, a certos juízes, sendo preciso ver como foi o mesmo distribuído.

Os cônsules julgavam depois dos reis, assim como os pretores julgavam depois dos cônsules, que também nomeavam os juízes e formavam os tribunais.

Cada ano, o pretor estabelecia uma lista ou um quadro daqueles que escolhera para cumprir a função de juiz durante o ano de sua magistratura e escolhia-se um número suficiente para cada questão.

O pretor escolhia os juízes segundo o consentimento das partes, os quais só decidiam sobre questões de fato, enquanto as questões de direito, como elas demandavam certa capacidade, eram levadas ao tribunal dos centúviro.

Os reis reservaram-se o julgamento das questões criminais, e nisto os cônsules lhes sucederam.

No ano de Roma de 604, algumas comissões tornaram-se permanentes, e pouco a pouco, todas as matérias criminais foram divididas em diversas partes, que foram chamadas questões perpétuas.

Criaram-se diversos pretores, e atribuiu-se a cada um alguma destas questões, dando-lhes, por um ano, o poder de julgar os crimes que delas dependiam, e depois eles iam governar sua província.

Mas, em Roma, os pretores eram anuais, e os juízes não o eram nem por um ano, pois eram escolhidos para cada caso.

Como visto, no sistema de Montesquieu os três poderes podem estar bem distribuídos em relação à liberdade da constituição, ainda que não estejam tão bem em relação à liberdade do cidadão.

Em Roma, como o povo tinha a maior parte do poder legislativo, uma parte do poder executivo e uma parte do poder de julgar, constituía um grande poder que devia ser equilibrado por outro.

É certo que o senado possuía uma parte do poder executivo; possuía uma parte do poder legislativo, sendo preciso também que participasse do poder de julgar, e dele participava quando os juízes eram escolhidos dentre os senadores.

2.2.2.4 A idéia da obra “O Federalista”

De acordo com a referida obra, a acumulação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, onde uma só seja a corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania.

A Constituição inglesa era para Montesquieu o que é Homero para todos os escritores didáticos sobre poesia épica, uma vez que o escritor francês tinha encarado a Constituição inglesa como o verdadeiro tipo da liberdade política, e forneceu, na forma de verdades elementares, os princípios característicos deste sistema particular.

Um exame da Constituição inglesa demonstra que os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, não encontram-se nela inteiramente distintos e separados, já que a magistratura executiva forma parte constituinte do Poder Legislativo.

Por ele são também nomeados todos os membros da judicatura; por ele podem os magistrados ser privados dos seus ofícios, mediante uma mensagem das duas câmaras do Parlamento.

Por outra parte, os juízes estão tão estreitamente unidos com o corpo legislativo, que muitas vezes assistem e tomam parte nas suas deliberações, ainda que, em último resultado, não tenham voto deliberado.

No entanto, deve-se ter em mente que, ainda que os juízes sejam delegados do Poder Executivo, não executam função alguma executiva; e embora possam ser consultados pelo corpo legislativo, também não tomam parte em função alguma legislativa.

Conforme mencionado na obra “Os Federalistas”:

New Hampshire, cuja Constituição foi a última que se formou, parece ter completamente sentido a impossibilidade, e mesmo a inconveniência, de

evitar toda a mistura nos poderes; e por isso apenas se contentou em declarar: que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem ser tão independentes e separados uns dos outros quanto o permite a natureza de um governo livre ou quanto é compatível com a cadeia que deve unir num laço indissolúvel de unidade e de amizade todas as partes da Constituição.⁵²

Por sua vez, a Constituição de Massachussetts também exprimiu esta disposição essencial à liberdade com suficiente reserva, ainda que talvez com menos precisão.

Assim, era previsto que o corpo legislativo não exercitará jamais os poderes Executivo e Judiciário ou um dos dois: o magistrado executivo não exercitará jamais os poderes Legislativo e Judiciário ou um dos dois: os juízes não executarão jamais os poderes Legislativo e Executivo ou um dos dois.

Da mesma forma, Maryland adotou a máxima de que se trata, sem restrição alguma, declarando que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem sempre ser separados e distintos uns dos outros.

A Constituição da Virgínia explica-se em termos ainda mais claros, eis que ela diz que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem ser de tal modo separados e distintos que nenhum deles exercite as atribuições do outro, e que nenhuma pessoa possa exercitar ao mesmo tempo atribuições de mais que de um deles; com a única exceção de que os juízes dos tribunais dos condados serão elegíveis por uma das câmaras da Assembléia.

A Constituição da Carolina do Norte também declara que os poderes Legislativo, executivo e Judiciário devem sempre ser separados e distintos uns dos outros.

Na Geórgia, cuja Constituição declara igualmente que as três repartições, legislativa, executiva e judiciária, devem sempre ser de tal modo separadas e distintas, que nenhuma delas exercite poderes que pertençam à outra.

No entanto, muitas vezes o princípio fundamental que se examina tem sido infringido por demasiada confusão, e mesmo por verdadeira consolidação dos poderes.

Para manter a separação dos poderes, que todos assentam ser essencial à manutenção da liberdade, é de toda necessidade que cada um deles tenha uma vontade própria; e, por consequência, que seja organizado de tal modo que aqueles que o exercitam tenham a menor influência possível na nomeação dos depositários dos outros poderes.

É igualmente evidente que os funcionários públicos, encarregados do exercício de cada um dos poderes, devem ser tão independentes, como seja possível, dos que

⁵² HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Federalistas*. 1.ed. São Paulo: Editora Abril, 1973, p.132.

exercitam os outros, quanto aos emolumentos dos seus empregos.

Se o magistrado executivo ou os juízes ficassem neste artigo dependentes da legislatura, claro está que a sua independência a qualquer outro respeito seria inteiramente ilusória.

Nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela natureza das suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la.

O Poder Executivo, por sua vez, é o dispensador das dignidades e o dispositivo da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa.

Conclui-se forçosamente que, sem força e sem vontade, apenas compete ao Poder Judiciário o juízo; e este só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo.

Observou-se, dessa forma, os princípios seguintes: que o Poder Judiciário é sem questão alguma o mais fraco dos três poderes; que, por isso mesmo, não pode atacar nenhum dos dois outros com boa esperança de resultado; que é preciso dar-lhe todos os meios possíveis para poder defender-se dos outros dois.

Pela sua fraqueza natural, o Poder Judiciário estaria sempre em perigo de ser intimidado, subjugado ou seduzido pela influência dos poderes rivais, tornando-se a independência dos juízes igualmente necessária para defender a Constituição e os direitos individuais do efeito daquelas disposições maléficas, que as intrigas dos homens malintencionados ou a influência de alguma circunstância particular espalham algumas vezes pelo povo, e que, ainda que bem depressa destruídas por mais maduras reflexões e mais justas idéias, tendem, contudo, depressa introduzir no governo inovações perigosas e a fazer oprimir o partido mais fraco.

O juiz americano assemelha-se perfeitamente aos magistrados das outras nações, no entanto, é revestido de imenso poder político, em razão de os americanos reconhecerem nos juízes o direito de fundamentar seus veredictos na Constituição mais do que nas leis, ou seja, em outras palavras, permitiram-lhes não aplicar leis que lhes pareçam inconstitucionais.

Além do mais, num povo livre como os americanos, todos os cidadãos têm o direito de acusar, diante de juízes ordinários, os funcionários públicos e que, tanto a coisa é natural, todos os juízes têm o direito de condenar funcionários públicos.

Não é outorgar privilégio particular aos tribunais ou permitir-lhes punir agentes do Poder Executivo, quando estes violam a lei, pelo contrário, significaria retirar-lhes um direito natural, proibi-los de fazê-lo.

É engano dizer que, nos Estados Unidos, tornando-se os funcionários responsáveis perante os tribunais, tenham-se enfraquecido as engrenagens do governo.

Pelo contrário, constata-se que os americanos, agindo assim, aumentaram o respeito que se deve aos governantes, e estes tomam muito mais cuidado em escapar às críticas.

2.2.3 A evolução da separação dos poderes no Brasil

A nossa primeira, a Constituição de 1824, fazia a previsão de que os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil eram quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

A Constituição de 1891, a primeira Constituição brasileira republicana, estabelecia que eram órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

Existem três grandes necessidades na governação dos povos, quais sejam, a legislatura, a administração, a justiça, que são as funções da soberania ou poder supremo da nação.

Ora, funções distintas requerem órgãos também, quanto possível, distintos, mas vale lembrar que a divisão orgânica dos poderes não os insula; eles mantêm relações recíprocas, auxiliam-se e corrigem-se.

Como aduz João Barbalho:

Em vez, pois, de poderes rivais e vivendo em conflito, a Constituição os estatui harmônicos, devendo cada um respeitar a esfera de atribuições dos outros e exercer as próprias de modo que nunca de embaraço, mas de facilidade e coadjuvação, sirvam às dos demais, colaborando todos assim a bem da comunhão.⁵³

E, assim segundo o sistema que foi adotado pela Constituição, nenhum dos três poderes divididos fica absolutamente separado nem acima dos outros de que modo que deles se possa desembaraçar.

Diferentemente da Constituição do império, que estabelecera a divisão

⁵³ BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira – Comentários*. 2.ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia. Editores, 1924, p.70.

em quatro poderes públicos, criando mais um, o Poder Moderador, incumbido de harmonizar os outros e de contê-los e m suas órbitas.

Como visto, na época da Constituição de 1891, muito se discutia sobre a importância peculiar a cada um dos poderes, questionando-se qual deles teria a maior importância.

Essa questão poderia ser resolvida, teoricamente, de um modo, e praticamente de outro, uma vez que, constitucionalmente, os poderes são perfeitamente iguais.

Mas a apreciação abstrata leva a crer na superioridade do Legislativo pela sua função eminentemente normativa ou reguladora das relações sociais.

No entanto, como lembra Aurelino Leal:

Praticamente, porém, a situação parece outra, porque o Executivo aparenta certa superioridade, pelo menos de fato. A questão, de resto, não tem maior importância. Chefe do tesouro e chefe da força armada, ele tem absorvido, em regra, o Congresso, e exercido, não raro, influência sobre o Judiciário, cujos membros nomeia.⁵⁴

Da análise do art. 15 da Constituição de 1891, que tratava da separação dos poderes, se pode dizer que ele assinala aos poderes componentes da soberania um círculo de harmonia, outro de independência e um terceiro de interdependência.

Harmonia é a colaboração dos três poderes na obra do governo, enquanto a independência é a faculdade que cada um tem de desenvolver a sua ação privativa dentro da competência que lhe é constitucionalmente assinada.

Por fim, a interdependência é o conjunto das relações constitucionais dos poderes, em virtude das quais um não completa o exercício de uma função determinada sem a participação do outro.

A Constituição de 1934 rezava que são órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.

Ademais, também determinava que: era vedado aos Poderes constitucionais delegar as suas atribuições e que o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

A Constituição de 1937, por seu turno, não trazia nenhum dispositivo que tratasse da separação dos poderes.

Por sua vez, a Constituição de 1946 trazia a previsão expressa:

⁵⁴ LEAL, Aurelino Leal. *Theoria e Prática da Constituição Federal Brasileira, Parte Primeira*. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia. Editores, 1925, p.214.

Art. 36: São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

§1º: O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.

§2º: É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.⁵⁵

Procura-se, dessa forma, a garantia dos interesses gerais do estado em uma organização tal que as diferentes aspirações dos homens em conflito com o bem público cheguem a neutralizar-se umas às outras.

É possível consegui-lo, se prevalecer a idéia de confiar as funções precípuas do poder, não a um só indivíduo, porém a diversos; de sorte que nenhum ato importante de autoridade dependa exclusivamente da vontade de um só.

As conveniências gerais do estado são as mesmas para todos, e, confiadas ao cuidado de muitos, não ficam por isso paralisadas; ao contrário, libertam-se da influência dos interesses e preconceitos particulares.

Da análise do dispositivo citado da Constituição de 1946, constata-se que distribuem-se as funções de importância fundamental entre os três órgãos principais – Presidente, Congresso, Magistratura; e fracionem-se as mesmas entre os órgãos secundários – engrenagem administrativa, Tribunal de Contas, etc.; ou entre as subdivisões dos primeiros – Senado e Câmara dos Deputados, hierarquia judiciária, e assim por diante.

Conforme estatui Carlos Maximiliano:

A 17 de setembro de 1796 dizia o Presidente Washington, na sua célebre mensagem de adeus ao povo norte – americano: Importa que os chamados a participar das funções públicas em um país livre, se mantenham dentro dos limites da sua competência traçados pelo código fundamental e não invadem uns as atribuições de outros. Este espírito de usurpação tende a concentrar todos os poderes em um só e, por conseguinte, a estabelecer o despotismo, sob toda e qualquer forma de governo. Para sentir bem estas verdades basta recordar quanto o amor às posições de comando e a tendência para abusar delas são naturais no coração do homem. Daí provém a necessidade de equilibrar os poderes do Estado, dividindo-os e subdividindo-os entre muitos depositários, de sorte que uns defendam das invasões dos outros a propriedade pública.⁵⁶

Convém insistir sobre a acepção moderna do princípio de Montesquieu, jamais aplicado de modo absoluto, como doutrina irredutível e abstrata.

O primeiro país que o adotou, permitiu a intervenção parcial de um poder na esfera das atribuições de outro, seja nos Estados Unidos, tanto no Brasil, o Supremo

⁵⁵ CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 1984, p.221.

⁵⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948, p.394.

Tribunal Federal exerce funções legislativas, por isso que estabelece regras processuais no seu Regimento Interno e organiza a própria secretaria, e executivas, porque nomeia os seus funcionários, com exceção dos ministros.

Em geral, as Constituições, inclusive a dos Estados Unidos, não contêm artigo especial sobre a divisão dos poderes, decorrendo esta de disposições esparsas, nas quais se declara que o poder executivo será exercido pelo Chefe de Estado, o legislativo pelo Congresso, e o judiciário pela Suprema Corte e tribunais inferiores, mas no Brasil ocorreu o contrário.

Importante mencionar que a Corte Suprema do estado da Carolina do Norte assim decidiu, no caso *Brown versus Turner*: se deve cada um dos poderes conservar firmemente as atribuições essenciais que lhe pertencem, não é lícito esquecer que as três partes coordenadas constituem uma irmandade, na qual a confiança recíproca exige tolerância mútua quanto àquilo que parece ser um bem comum em razão da vizinhança, contíguo aos domínios de cada um.

No entanto, em geral, o Executivo consegue colocar os seus amigos em maioria nas comissões permanentes da Câmara dos Deputados, e lança, por meio deles, as suas idéias sobre códigos, administração e finanças.

Por sua vez, o Judiciário invoca o auxílio material do Executivo para fazer cumprir os arrestos, e abstém-se de anular atos de outros poderes, a não ser que se torne flagrante a inconstitucionalidade respectiva.

Perturbadora da harmonia entre os poderes constitucionais seria a doutrina, que teve efêmera acolhida no Congresso Brasileiro à época da Constituição de 1946: este, provocado por proposta de um de seus membros ou por mensagem do Executivo, a votar verba para o cumprimento de sentença, examinava os fundamentos desta e, se lhe não agradavam, negava o crédito solicitado. Assim se sobrepunha um julgamento político ao Judiciário; era um poder exautorado no exercício pleno de suas funções.

Já a Constituição de 1967 previa que são Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e que, salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

A Constituição de 1969 estabelecia no art. 6º que são Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, acrescentando no parágrafo único que, salvo as exceções previstas nela, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

2.3 REGIMES DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Depois de se ter analisado a organização governamental e seus vários elementos, definindo os laços que possam uni-los entre si, deve-se examinar as diferentes combinações que podem formar unidos, descrever a estrutura geral do governo.

Isto leva à determinação de vários tipos de estrutura de governo, sendo importante mencionar que desenvolvimentos contemporâneos mudaram profundamente, mais uma vez, os padrões tradicionais.

Assim, há uma confusão ou concentração de poderes, quando todas as funções do Estado, legislativo, executivo e judiciário, são executadas pelo mesmo órgão, ou quando um corpo único pode tomar a decisão final em todos os assuntos, sendo os outros entes estreitamente subordinados e incapazes de agir em seu nome.

Já se teve a oportunidade de rapidamente definir a separação de poderes como o sistema em que se atribui cada tarefa para um ente diferente do governo, tendo esse sistema sido desenvolvido no século XVIII, mas, hoje, seu significado é bem diferente.

Ora, a colaboração entre os poderes é a forma mais comum de distribuição de funções entre eles, principalmente sob o aspecto do regime parlamentar.

Como nos ensina Maurice Duverger, a colaboração entre os poderes é caracterizado por três idéias principais: 1) na base, implica uma distinção das funções do Estado, que são atribuídos a instâncias distintas, 2), mas esses corpos não são estritamente especializada em suas funções; existem áreas de ação comum, e 3) finalmente, longe de ser rigorosamente isolados uns dos outros, os órgãos estatais têm formas de ação recíproca. Divisão de poderes, a cooperação funcional, a dependência da organização, estas três fórmulas definem uma boa colaboração entre eles, contrastando tanto para a sua confusão e sua separação.⁵⁷

⁵⁷ DUVERGER, Maurice. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 1.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1955, p.185-186: “*La collaboration des pouvoirs se caractérise par trois idées essentielles: 1) à la base, elle suppose une distinction des fonctions de l'Etat, qui sont confiées à des organes distincts; 2) mais ces organes ne sont pas rigoureusement spécialisés dans leurs fonctions; il y a des domaines d'action commune; 3) enfin, loin d'être rigoureusement isolés les uns de autres, les organes de l'Etat disposent de moyens d'action réciproques. Distinction des pouvoirs, collaboration fonctionnelle, dépendance organique, ces trois formules définissent bien la collaboration des pouvoirs, en l'opposant à la fois à leur confusion et à leur séparation.*”

Ainda é importante mencionar que alguns filósofos e juristas, desde Rousseau até Diguit, contestem a existência do Judiciário como terceiro poder.

No entanto, a teoria da separação de poderes, de capital interesse para a garantia do direito e o regular andamento dos negócios públicos, adotam-na as constituições democráticas, ainda quando não o declarem, de modo explícito.

Mas a divisão orgânica dos poderes não os insula, pois mantém relações recíprocas, auxiliam-se e corrigem-se, visto que, em vez de rivais, têm de ser harmônicos, e essa colaboração permite a interferência de órgãos de uns nos outros poderes, sem quebra da independência de cada um.

No seu funcionamento, entretanto, cumpre assegurar que a independência não prejudique a harmonia, nem essa, àquela, uma vez que a unidade do fim há de conservar a harmonia dos meios.

Para assegurar a harmonia e a independência, traça-se a linha divisória das competências, sem prejuízo da fiscalização e do contrapeso recíprocos, sendo importante lembrar que poderes independentes significa poderes de ação própria e privativa, mas não estranhos ou indiferentes.

Poderes harmônicos quer dizer poderes que se entendem e auxiliam colaborando para um mesmo fim, e são todos eles, essencialmente, coordenados.

A independência, harmonia ou coordenação condenaram o monopólio das funções atribuídas a cada um deles, devendo-se dizer que, no caso brasileiro, a formulação do princípio não tem obstado a tendência para a concentração e unificação do poder, não bastando, para impedir a supremacia do Executivo, traçar limites à sua atuação, mas antes dotar o parlamento de meios de ação mais eficiente.

Essencial, nesse passo, trazermos à lume os ensinamentos de Francisco Sá Filho:

“Foi mesmo tentada a classificação dos regimes, em face da separação dos poderes:

Regime da confusão dos poderes, que se pode verificar: em benefício do Executivo e tem-se a ditadura; ou em prol da Assembléia, que é o governo convencional.

O paradoxismo do poder pessoal constitui a ditadura, dominadora, absorvente e centralizadora.

Regime de separação rígida: está consagrado, explicitamente, nas Constituições francesas de 1791 e 1848. O isolamento entre os poderes, contrário à natureza do Estado, nunca terá existido na prática.

Regimes de colaboração dos poderes, em maior ou menor grau: parlamentar ou presidencial, que, em geral, se caracterizam, respectivamente, pelo predomínio da Assembléia ou do Executivo.”⁵⁸

No esforço de contribuir para a solução do problema, o direito constitucional do Brasil apresenta uma fórmula nova e feliz: a independência e a harmonia dos poderes.

De acordo com o primeiro aspecto, os poderes são distintos e autônomos, sendo que, dentro das fronteiras traçadas pelos preceitos constitucionais, cada qual exerce sua competência privativa, que não pode ser invadida, mas tem de ser respeitada pelos demais.

Os poderes desempenham, em toda a sua plenitude, as funções que lhes são conferidas, vigorando, pois, o regime da interindependência, que norteia a atuação de cada poder em frente aos outros.

A harmonia entre os poderes significa a sua pacífica e livre coexistência, que rejeita hostilidade, conflitos, rivalidades, ou seja, não se isolam, mas se compreendem e auxiliam, no respeito mútuo à área de atribuições de cada qual, em que não se admitem invasões, nem usurpações.

Importante registrar que essa ingerência mútua não configura exceção ao princípio da divisão dos poderes, senão a sua forma evoluída, da separação para a cooperação.

Independência, harmonia e interferência, porém, não implicam em igualdade de forças, nem teórica, nem praticamente, uma vez que um poder terá mais força do que os outros, contanto que os não domine.

É justamente pela desigualdade de forças entre os poderes, que se definem os regimes políticos, podendo-se afirmar que, na Inglaterra, como na França, a ruptura do equilíbrio se observa em benefício do legislativo, ao passo que nos Estados Unidos, no Brasil e nações sul-americanas o benefício é o Executivo.

A supremacia do Legislativo seria a consequência extrema do parlamentarismo, como a do Executivo desaguaria no presidencialismo, senão mesmo na ditadura.

Na realidade, com os Presidentes fortes domina o Executivo, mas se são eles fracos, o Congresso readquire sua ascendência, e, nessa conjuntura, o Judiciário é o

⁵⁸ SÁ FILHO, Francisco. *Relação entre os Poderes do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1959, p.38-39.

mais fraco dos três poderes, conforme já o reconheciam Montesquieu e Madison, sendo que a luta pela supremacia é travada intermitentemente entre o Congresso e o Executivo.

O Estado, do ponto de vista positivo, é o poder organizado para dirigir, politicamente, a nação, visando o bem comum, exercendo essencial papel a opinião pública que, através de seus órgãos, é apontada como um poder, paralelo ao do Estado.

Nos dias atuais, sem dúvida, os regimes políticos modernos são regimes populares, cuja fonte emerge da vontade nacional, nos quais a opinião pública pode ser livre, dirigida ou influenciada.

É livre nas autênticas democracias, em que sintetiza, fiel e sinceramente, a média dos pontos de vista dominantes, enquanto que, quando os governantes preocupam-se, principalmente, com a sua permanência no poder e o exercem autoritariamente, a propaganda oficial procura dirigir a opinião, pondo-a ao serviço de seus interesses pessoais e subalternos.

A ocorrência, porém, mais generalizada, ainda mesmo nas democracias, é a da pressão sobre a opinião pública, dos interesses privados mais enérgicos, visando também a sua própria defesa.

Com efeito, ao lado da partilha e da delegação de poderes, a técnica das interferências vem assomando e assumindo notável destaque à medida que se firma o consenso de que a separação de Poderes não se constitui em nenhum dogma jurídico, conducente a um conceito de absoluta estanqueidade orgânica ou funcional, numa técnica juspolítica de partilha de funções entre complexos orgânicos do Estado.

Em decorrência, deve-se começar por distinguir as três técnicas constitucionais envolvidas: a da partilha, a da interferência e a da delegação, sendo que pela técnica da partilha, o legislador constituinte realiza a distribuição de poderes estatais, considerados necessários ao atendimento, pelo Estado, dos interesses da sociedade que a ele são confiados, a três conjuntos de órgãos distintos que, por isso, recebem a denominação metonímica de Poderes do Estado.

A especialização funcional é o critério básico da partilha; dele resulta a tradicional tripartição de funções legislativas, administrativas e jurisdicionais.

Pela técnica da interferência, distintamente, o legislador constitucional volta a sua preocupação ao controle ativo de um Poder do Estado sobre o outro.

São essas interações recíprocas, estabelecidas pelas Constituições, seja no desempenho de novas funções, criadas especificamente para efeito de controle, que se denominam de interferências.

Em suma, a finalidade da interferência é o controle do poder do Estado, atuando sobre os órgãos que o exercem, enquanto que, pela técnica da delegação, o legislador constitucional abre exceções à partilha e à separação de funções que nela se faz, em atendimento a imperativos práticos da governabilidade do Estado.

Importante verificarmos o que afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Na prática constitucional brasileira, as delegações sempre ocorreram, dentro e fora dos textos e dos princípios, em razão da crise do Legislativo que só poderia ser superada permitindo-lhe formalmente a delegação da função legiferante ou emprestando-lhe novo ritmo aos trabalhos parlamentares, hipótese esta que cada vez fica mais distante, numa época em que o Congresso está assoberbado de atribuições políticas além da propriamente legislativa.⁵⁹

A Constituição de 1988 estabelece algumas exceções ao rigor do princípio da separação em termos de delegação de poder a poder, em que pode-se citar o instituto das leis delegadas, que são elaboradas pelo presidente da República, por delegação do Congresso Nacional e as medidas provisórias.

Modernamente sobressai a idéia de controle recíproco, embora as técnicas da partilha e de delegação possam contribuir para o surgimento de pontos de fricção entre os Poderes Executivo e Legislativo, parece indiscutível que a principal fonte de atritos decorrerá do emprego da técnica da interferência.

Por controle, em Direito Público, entende-se tanto o exercício como o resultado de funções específicas que se destinam a realizar a contenção do poder do Estado, seja qual for sua manifestação, dentro do quadro constitucional que lhe for adstrito.

Como esse quadro constitucional tem necessariamente duas dimensões: a política – em termos de concordância com os valores que conformam o interesse público, e a jurídica – em termos de concordância com a vontade do Estado positivada, desde logo pode-se distinguir três tipos de controle quanto à sua finalidade: controle de legitimidade, ou político, controle de legalidade, ou jurídico e controle misto, ou juspolítico.

Por sua vez, o controle de correção é o que se exerce pelo desempenho de funções atribuídas a um Poder de sustar ou desfazer atos praticados por um outro.

Pela correção, realiza-se a mais drástica das modalidades de controle, cometendo-se ao Poder interferente a competência constitucional de suspender a execução, ou de desfazer, atos do Poder interferido que venham a ser considerados viciados de legalidade

⁵⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, ano 26, n.103. Senado Federal, Brasília, jul./ set., 1989, p.10.

ou de legitimidade.

O Poder Judiciário exerce a função típica do controle corretivo de legalidade, abrindo-se duas abordagens distintas para enfrentar os pontos de fricção: a política, através do debate congressual e da emenda, e a juspolítica, através dos meios congressuais, mas, também, através dos debates profissionais dos juristas, do concurso dos jurisconsultos e, sobretudo, da elevação dos casos concretos ao Poder Judiciário.

2.4 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

São bem conhecidas as afirmações de Montesquieu sobre o poder judicial e a função dos juízes: os juízes da nação são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, até mesmo porque, conhecidos os fatos e a lei, o juiz apenas procede a uma operação lógica automática e forçosa, sem nada de juridicamente constitutivo.

A função judicial via-se, assim, reduzida a uma tarefa de aplicação mecânica lógico – silogística do texto legal cuja consistência deveria ser absoluta.

É ponto assente que esta definição de poder judicial, integrada na análise da constituição de Inglaterra, está muito longe de traduzir a realidade constitucional daquele país.

Ora, são bem conhecidas que a função inequivocadamente criadora e constitutiva de Direito dos juízes ingleses quer a sua margem de autonomia decisória no quadro de sistema de precedentes do common law.

O mais que se pode intuir é que Montesquieu pretende afirmar que uma função, já de si tão temível no plano da análise dos fatos como a função judicial, mesmo quando exercida apenas por juízes que não têm acesso direto ao comando da força pública, tornar-se-ia muito mais temível e opressiva quando prosseguida por quem detém simultaneamente as rédeas da força pública, ou seja, o poder executivo.

Em conclusão: o essencial da argumentação até agora exposta no sentido de separação orgânico, pessoal entre poder legislativo e executivo, entre legislativo e judicial e entre executivo e judicial, insere-se na temática da rule of law ou do regime de legalidade.

Quanto ao poder judicial, já se viu que ele deveria ficar à margem do equilíbrio entre os estamentos ou não deve ficar ligado a nenhum deles, não só funcionalmente, mas também político – socialmente, não há de ser poder próprio sensu, há de ser invisível e nulo.

Nem deveria possuir autonomia decisória em relação à lei nem representa nenhuma potência ou fator de poder, pelo que não tem existência política própria, concluindo-se que o poder judiciário deveria ficar, pois, fora da separação social dos poderes.

Como visto, nesse esquema de balança dos poderes, figuram apenas o poder legislativo e o poder executivo ou, mais precisamente, os seus titulares políticos.

A relação entre os direitos fundamentais e o princípio da separação dos poderes no Estado de Direito liberal torna-se particularmente clara por referência ao conceito de soberania, já que ambos se apresentam como que contrapostos desta, de uma perspectiva histórica.

A soberania, primeiro considerada atributo do monarca e depois do povo ou da nação, converteu o Estado em centro exclusivo do poder político, contraposto a uma sociedade dele destituída.

A soberania começou por ser um conceito totalmente personalizado no monarca absoluto, assim entendida, constitui a perfeita contra – imagem do Estado constitucional e assenta na idéia de que o soberano é *legibus absolutus*, isto é, não está limitado nem pela constituição nem pela lei.

O soberano é fonte de todo o Direito, dispõe dele ilimitadamente e pode violá-lo, e pode avocar, a todo o tempo, qualquer competência que tenha delegado, pelo que todo o poder político está concentrado nas suas mãos.

Partindo-se deste conceito de soberano, definido em consonância com as suas origens históricas, é forçosa a conclusão de que dentro do Estado constitucional não existe um soberano, isto é, alguém que possua a soberania, tal como acaba de ser definida.

De fato, no Estado constitucional não existe um centro do poder ilimitado, capaz de revogar a todo o momento os direitos que antes havia outorgado, sem que os seus destinatários os possam fazer valer perante outros centros de poder, especialmente os tribunais.

Direitos fundamentais e separação dos poderes constituem, enquanto peças essenciais do Estado constitucional, a negação de um soberano dentro dele.

No Estado constitucional há apenas princípios e competências constitucionais distribuídas pelos vários órgãos constitucionais, de modo a que nenhum possa erigir-se em poder soberano, sobrepondo-se à constituição, sem pôr fim ao próprio Estado constitucional.

O outro desenvolvimento especificamente americano do princípio da separação dos poderes consiste na integração do poder judicial no processo equilibrante entre

os órgãos estaduais, processo esse que, de acordo com o esquema da balança dos poderes, apenas englobava até então o poder legislativo e o poder executivo.

Interessa, sobretudo, verificar não só o que o poder judicial é um poder efetivo, ao contrário do poder de alguma maneira nulo de Montesquieu, mas também que a própria função judicial não é encarada como função estritamente subalterna, derivada ou não criadora de Direito.

E, de uma vez por todas, fica claro que a balança dos poderes não se restringe apenas ao âmbito do poder legislativo, mas se processa entre os três poderes estatais.

Dentre os vários tipos de controle interorgânico ou intraestadual avultam os controles jurisdicionais, quer da legalidade da administração quer da constitucionalidade da legislação, evidenciando a ascensão nítida do poder judicial.

Tem-se mesmo considerado que os controles de natureza jurídica efetuados por um poder judicial independente, tendem a superar em importância, para efeitos da moderação e limitação do poder estadual, os controles de natureza política entre os órgãos constitucionais de direção política, parlamento e governo, os quais estão unificados pelo partido majoritário.

O sistema de controles jurídicos constitui o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes no Estado de Direito contemporâneo.

A partir da idéia de um controle do poder pelo poder, tem-se mesmo considerado que a função jurisdicional, tal como atualmente se configura, constitui o contrapoder da função legislativa enquanto instrumento da função política.

O poder judicial, cuja função se caracteriza e deve caracterizar-se, justamente, pela sua natureza exclusivamente jurídica, despida de qualquer compromisso ou intenção política conjuntural, visando apenas a salvaguarda e a atualização daqueles valores.

A falência daquela tripartição, como classificação universal e intemporalmente válida das funções estatais, e, sobretudo, o progressivo enfraquecimento de fronteiras entre as diversas funções do Estado e a fluidez e relatividade dos critérios de caracterização material e de diferenciação entre elas, tem levado a doutrina a desinteressar-se progressivamente da elaboração de uma teoria geral das funções estatais como elemento essencial do princípio da separação dos poderes, para se fixar numa análise das funções do estado constitucionalmente adequada, no quadro de uma constituição concreta.

2.5 CRÍTICAS À SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como já visto anteriormente, o poder constitui questão nuclear da teoria política, por isso, não pode causar espanto o fato de ter sido estudado por um número considerável de filósofos e juristas.

A realidade estatal moderna não mais corresponde àquele tipo de organização política que se manifestou, sempre no ocidente, seja na antiguidade clássica, seja, ao depois, no período de realização do modo de produção feudal.

O Estado Moderno constitui modo específico de organização, que se consolida com o processo de derrocada da sociedade feudal, e mais do que isso, com a crescente concentração de poder nas mãos do Príncipe, concentração que se operou com o auxílio da noção de soberania que os juristas e teóricos acabavam de elaborar.

Esse processo, que vai culminar com o surgimento do Estado Absolutista, praticamente acaba com a sociedade politicamente atomizada que, então, tomava conta da Europa, sendo que o Estado Moderno, tal como hoje se concebe, não passa de uma redefinição daquele primeiro Estado Absolutista.

O Estado Absoluto deu origem ao Estado Liberal que, por sua vez, deu origem ao Estado Social atual.

Nesse contexto, como expõe Clèmerson Merlin Clève, existem críticas dirigidas à teoria da separação dos poderes:

Há críticas dirigidas contra a teoria, propriamente dita, como, igualmente, há críticas dirigidas contra a interpretação mistificadora que sofreu a obra de Montesquieu.

Entre os críticos da separação dos poderes situam-se nomes como os de Condorcet, Comte, Duguit, Malberg e Jellineck.⁶⁰

Alguns sustentam ser preferível que uma só autoridade imprima uma ação única, regulada pela lei, para pôr em movimento o sistema político, em vez de querer que os princípios daquela ação, interdependentes se façam equilíbrio entre si, principalmente aqueles que são adeptos de governos fortes, especialmente os positivistas.

Outros qualificam a teoria de artificialmente elaborada para falsificar as relações entre a vida social e política, uma vez que a concepção de um poder soberano, em três poderes, é uma concepção inadmissível numa construção positivista do direito público.

Ainda existem aqueles que pretendem demonstrar que a obra de Montesquieu sobre os três poderes e sua separação não é nem logicamente nem praticamente realizável.

⁶⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p.28.

Também argumenta-se que a separação de poderes da forma como proposta por Montesquieu é, também, irrealizável, na medida em que a teoria implica uma divisão de poderes que poderia paralisar a atividade do Estado.

Sustenta-se que a verdadeira teoria consiste não em separar simplesmente as três classes de órgãos, mas sim em conferir a cada um deles graus diferentes de poder e assim pretende substituir a teoria clássica, pela tese de gradação de poderes, em que o Legislativo se coloca em plano mais alto.

Outros não criticam a teoria ela mesma, mas sim a dogmática interpretação que foi produzida pela doutrina constitucional clássica, asseverando que em “O Espírito das Leis” não há uma teoria da separação, mas sim uma teoria da divisão e da cooperação entre os poderes, já que ocorrem interferências de poder para poder, além do fato de não haver uma única função que tenha sido, com exclusividade, atribuída a um único órgão ou autoridade, ao contrário do que sustentava a doutrina constitucional clássica.

Por fim, um terceiro tipo de crítica pode ser detectado na teoria do Estado, que não se volta contra os formuladores da técnica da separação dos poderes, especialmente Montesquieu, nem contra o discurso dogmático e mistificado produzido pelos publicistas que procuraram fazer o elogio da referida técnica, voltando-se, sim, este terceiro tipo de crítica, contra a sua aplicação no universo político – jurídico moderno..

Para este, o princípio da separação das funções estatais e sua distribuição entre diferentes órgãos nem é essencial para o exercício do poder político, nem representa uma verdade evidente e válida para todo o tempo, sendo que esse apego ao dogma talvez se deva ao fato de a teoria política não ter ainda elaborado uma nova conformação do poder.

De todo modo, o que importa salientar é que na sociedade de massas não há como manter a distinção entre legislação e administração já que o governo compreende ações legislativas e administrativas, não havendo separação de poderes evidente entre o Executivo e o Legislativo, já que o governo lidera politicamente os dois poderes.

As críticas formuladas contra a teoria do poder estatal dividido podem ser contornadas desde que se tome o cuidado de relativizá-la suficientemente, adaptando-a, então, às mutações pelas quais passou o Estado moderno desde a concepção liberal até o atual modelo de orientação social.

Portanto, falar de separação de poderes no Estado Social, só guarda sentido quando se refere àquele Estado de prestações constitucionalmente regulado e de tal modo regulado a ponto de definir-se como Estado de Direito de orientação social.

A missão dos juristas, hoje, é a de adaptar a idéia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo, e nesse sentido, cumpre aparelhar o Executivo, sim, para que ele possa, afinal, responder às crescentes e exigentes demandas sociais, mas cumpre, por outro lado, aprimorar os mecanismos de controle de sua ação, para o fim de torná-los mais seguros e eficazes.

2.6 A SUPREMACIA DO PODER EXECUTIVO

Já no século passado, dizia-se que, em qualquer país, o executivo é o ramo do governo que exerce o poder imediato, ficando em contato direto com o povo; a ele, principalmente, dirigem-se as esperanças e os temores dos indivíduos e por ele são, sobretudo, representados os benefícios, os temores e o prestígio do governo.

Daí pode surgir uma nova tirania, um novo despotismo que não deixaria de ser odioso, por ser de fundo democrático, ou por ser transitório esse poder.

Basta muita vez que a minoria detentora dos postos – chave do executivo use junto ao povo do acicate da demagogia, para que seu poder se torne absoluto e incontrastável.

De fato, desde que a opinião seja levada por medidas demagógicas, muito dificilmente efetivo e eficiente controle pode ser exercido para deter essa minoria antes de alcançado o irreversível.

Subjacente à separação de poderes pregada no plano político, está uma concepção da distribuição das forças sociais, bem como de seu peso específico.

Via Montesquieu na realidade de seu tempo três forças políticas em tensão, da qual poderia resultar uma luta de morte mas em cuja conciliação, em cujo equilíbrio estava a fórmula infalível da liberdade de todos e de cada um. Rei, nobreza e povo eram essas três forças, das quais a primeira, pelas instituições vigentes, açambarcava todo o poder, do qual abusava.

A receita de política é partilhar a soberania pelas forças sociais, munindo-as de instrumentos e garantias para que sem temerem umas às outras, possam realizar o ideal, o governo moderado.

A independência recíproca dos poderes, os organismos incumbidos do exercício de cada uma das três funções do Estado, não significa a inexistência de pontos de contato entre eles, no desempenho de suas tarefas.

Ela não exclui que os poderes, no desempenho harmônico de suas

funções específicas, colaborem entre si relativamente ao exercício de uma delas, bem como não impede que os mesmos, secundariamente, pratiquem certos atos que em teoria não pertenceriam à sua esfera de competência.

Imaginada a separação para exprimir um equilíbrio de forças, o enfraquecimento do prestígio monárquico, o rebaixamento da nobreza, deixaram uma só força ativa, a do povo através de sua representação, tanto mais que o judiciário era um poder neutro, ao menos na Europa.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho já afirmava:

“A supremacia do executivo – governo nos Estados contemporâneos é fenômeno reconhecido pacificamente pela doutrina hodierna.

Esse primado resulta de inúmeros fatores. O primeiro deles já foi sugerido logo acima quando se estudou a decadência do Parlamento.

Outro fator a considerar na análise do crescimento do executivo está na valorização atual de algumas de suas tarefas tradicionais. É o que acontece com a diplomacia e com a defesa.”⁶¹

Ora, numa larga medida, o uso dessas técnicas busca personalizar o poder, recriando uma influência pessoal do chefe sobre os subordinados.

Influência, na verdade, que pode ser acentuada com o emprego das técnicas de propaganda, extremamente desenvolvidas neste século, sendo que essa personalização do poder, fenômeno hoje universal, muito contribui para o aparecimento de líderes carismáticos, capazes de magnetizar as massas, pondo-as a serviço de sua megalomania, de sua ambição desmedida de poder.

E isso não se dá apenas nas ditaduras, mas também nos regimes constitucionais pluralistas, sendo que a preponderância do executivo beneficia-se enormemente dessa personalização do poder.

No entanto, em contraposição a doutrina da separação dos poderes foi tão influente, nos séculos XVIII e XIX, e ainda é, no nosso século, que se tornou difícil pensar na instituição do Poder Legislativo sem, de imediato, associá-lo à tarefa de contenção do poder, nos moldes em que esta doutrina prescreve.

O princípio da separação dos poderes a principal garantia das liberdades públicas, embora a contenção do Poder e separação de poderes sejam conceitos distintos, que não podem ser reduzidos um ao outro, uma vez que a contenção do poder é a

⁶¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1968, p.102-103.

finalidade a serviço da qual se põe a separação dos poderes, como mecanismo.

O poder precisa ser controlado e a doutrina da separação dos poderes vê-se desafiada pelas novas realidades do poder político, econômico, cultural e tecnológico.

Os desafios à doutrina em questão não significam seu ocaso, mas uma crescente dificuldade de inserir, dentro de um mecanismo com três partes, a complexidade da vida política moderna e garantir sua função precípua que é controlar o poder.

E note-se que não se trata do questionamento da doutrina tal qual imaginada nos séculos XVIII e XIX, mas também de suas evoluções que culminaram na adoção de uma versão mitigada, menos rígida e mais favorável ao inter-relacionamento entre os Poderes estatais, consagrando um sistema de freios e contrapesos, com recíprocas interveniências entre os poderes, já conhecida agora por funções.

É lícito, portanto, concluir que já em sua formulação original, a doutrina de Montesquieu não tinha a rigidez que se lhe pretendeu ulteriormente atribuir.

Ele já supunha mecanismos de colaboração entre funções estatais distintas, que apenas se sofisticaram ou receberam alterações com a evolução político – constitucional dos povos.

Se, por um lado, esta característica demonstra a excelência daquele veio de pensamento político, por outro lado, oferece argumento à crítica sobre a possibilidade de ainda maior amoldamento deste ponto de vista às novas necessidades sociais de controle do poder, pois foi já a sua forma tida como modernizada que se desenhou em sua construção inicial.

Não se afigura mais possível falar em tripartição de funções, já que esta quantificação se justifica apenas diante da separação orgânica das funções judiciárias, legislativas e administrativas, titularizadas por três poderes.

Entretanto, a partir da possibilidade de que cada qual destes poderes exerça mais do que uma única função, não há razão para dizer que elas se resumem a três.

Tome-se, por exemplo, o Poder Legislativo, que tem por funções típicas a legislação e a fiscalização, sendo que a partir deste exemplo já seria possível dizer que há quatro funções essenciais num Estado Democrático de Direito; a legislativa, a fiscalizatória, a judiciária e a executiva.

É o sistema de freios e contrapesos ou checks and balances, cuja missão precípua é a contenção do poder.

No entanto, conforme já dizia Luiz Carlos dos Santos Gonçalves:

O grande problema parece estar sendo o agigantamento do Poder Executivo,

em detrimento dos outros dois. Esta questão surge de forma mais aguda nos sistemas de governo presidencialista, como o nosso. Toda a administração do Estado, com seus imensos recursos humanos e financeiros, é confiada ao Poder Executivo. É ele que aplica os recursos orçamentários aprovados após sua própria iniciativa, emite recursos e títulos da dívida pública, arrecada os tributos, interfere direta ou indiretamente na economia do país e gere as empresas públicas e as privadas em que tem participação. Seu corpo de funcionários é tradicionalmente maior do que o de seus congêneres; as forças armadas e as polícias, no caso do Brasil, tanto a judiciária quanto a de segurança pública, lhe estão confiadas. É de tal ordem a distinção entre o poder efetivo do Executivo e o dos demais poderes, que cabe a pergunta se estes podem, realmente, controlá-lo ou se o fazem apenas topicamente, num caso ou noutro, submetendo-se a ele nas demais situações, quiçá as mais importantes.⁶²

Por outro lado, acredita-se que a evolução da sociedade surgiu em função do poder dirigente, sendo o Poder Executivo aquele que mais exterioriza essa força dirigente, em uma concepção jusnaturalista da História.

Ora, quando se examinam os direitos fundamentais, que devem ser respeitados pelo Estado, e a própria evolução do Estado, verifica-se que na História o Poder Executivo ou o Poder dominante, ou aquele que detém o poder nas primeiras sociedades, tribos, aldeias, pequenas cidades, vai sendo criado a partir de uma sociedade que se forma, com todos participando e vivendo em torno de uma família, de uma família que cresce.

E à medida que vai crescendo, que se vai diversificando, aqueles que tinham o controle do poder, aqueles que eram os líderes naturais dão surgimento aos Estados absolutos do início da História, que foram os embriões do Poder Executivo, devendo-se ressaltar que este poder é, em verdade, o poder do monarca, o poder do imperador, o poder do faraó.

A tripartição de poderes não aparece com Locke, já sendo encontrada nas cidades gregas, tendo sido a grande contribuição de Locke para o aprofundamento temático de Montesquieu foi a tripartição equilibrada do poder.

Veja-se a respeito a contribuição de Ives Gandra da Silva Martins:

Ora, com a tripartição equilibrada de poderes de Montesquieu, chega-se à discussão dos sistemas de governo, já a esta altura, após a Revolução Francesa, eliminando-se de vez a possibilidade de se discutir a permanência de monarquias absolutas. Nas monarquias absolutas, ainda se conservava o poder central como o Poder Executivo, sendo o Legislativo e Judiciário poderes vicários subordinados, acessórios àquele que detinha o poder absoluto. Isto porque não se pode dizer que, nas monarquias absolutas anteriores à Revolução Francesa, não houvesse juízes e julgadores. Havia-os,

⁶² GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Comissões Parlamentares de Inquérito – Poderes de Investigação*. 1.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p.10.

mas em subordinação total.⁶³

Foi, entretanto, com os americanos e no início do constitucionalismo moderno, que se passou a conhecer efetivamente os mecanismos dos dois sistemas de governo: o sistema presidencialista e o sistema parlamentarista.

Nos Estados Unidos, não se tem um presidencialismo puro, podendo-se afirmar que o presidencialismo americano é um presidencialismo parlamentar.

Nos Estados Unidos, sempre que há choque entre o Presidente da República e o Congresso, é o Presidente quem perde e não o Congresso, uma vez que o presidencialismo americano é atípico.

Já no Brasil, o Poder Executivo não ficou mais fraco em relação às democracias de todo o mundo, muito pelo contrário, o Poder Executivo na Constituição atual está hipertrofiado, uma vez que ele é forte demais, fazendo com que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário sejam poderes vicários.

2.6.1 A supremacia do Poder Executivo em Portugal

A idéia da supremacia do Poder Executivo, em Portugal, foi construída a partir de um conjunto de sistemas de governo, especialmente o da V República francesa, que, tal como o português, combinam as fórmulas parlamentares com um presidente da República eleito por sufrágio universal e dotado de significativos poderes de intervenção política autônoma.

Dentre as relações do Presidente da República com os demais poderes, a mais importante é a posição do Primeiro – Ministro face ao Presidente da República, que além de uma posição de subordinação, pois o Presidente da República é o chefe supremo do Governo e funciona o Primeiro – Ministro como uma espécie de chefe de Estado – Maior do Presidente, sendo este que na verdade dirige a política governamental.

Como nos ensina J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira:

O sistema de governo destina ao Presidente da República um papel superpartes, cabendo-lhe, como se disse, as funções de polícia, árbitro e bombeiro do sistema. Polícia para fiscalizar a ação do Governo e da maioria parlamentar sob o ponto de vista da sua conformidade com a Constituição, do regular funcionamento das instituições, do respeito pelos direitos dos partidos da oposição, da moralidade da ação e da conduta política; árbitro para regular a vida política, apaziguar e dirimir os conflitos políticos e

⁶³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Poder Executivo. In: *A Constituição Brasileira de 1988 – Interpretações*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p.187.

sociais, e se necessário admoestar os contendores, recorrendo, em última análise, à expulsão do Governo e à dissolução da Assembléia da República; bombeiro, finalmente, para acorrer atempadamente às situações de crise ou de impasse institucional.⁶⁴

Dessa forma, como se verifica não existe verdadeira separação e autonomia do governo perante o Presidente da República, não podendo, portanto, existir uma relação de responsabilidade política lá onde existe uma verdadeira subordinação política.

Analisando-se a Constituição portuguesa, tem-se que o Presidente da República é o primeiro dos órgãos de soberania na respectiva ordenação constitucional (arts. 113 e 123), eleito diretamente por sufrágio popular e por maioria exigente (arts. 124 e 129), tendo um mandato mais longo do que o da legislatura parlamentar (arts. 131 e 174), imune à destituição ou à revogação do mandato (arts. 131 e seguintes), e detém uma legitimidade e uma estabilidade institucional singulares no contexto dos órgãos titulares do poder político.

Ainda cabem ao Presidente, sobretudo, funções de garantia da existência e da unidade da República, e de velar pelo regular funcionamento das instituições, sendo possível se afirmar que ele representa um quarto poder, ao lado dos três poderes clássicos.

2.7 O MODELO IDEAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Três cláusulas parâmetros usualmente informam a aplicação do princípio da separação de poderes nessas constituições: a independência e a harmonia entre os poderes, a indelegabilidade de poderes e a inacumulabilidade de função de poderes distintos.

A cláusula parâmetro por excelência para a aplicação do princípio da separação de poderes, onde o princípio é constitucionalmente adotado como base de um sistema presidencialista, é, e ainda continua a ser, a cláusula da independência e harmonia entre os poderes.

Isto significa dizer que, no desdobramento constitucional do esquema de poderes, haverá um mínimo e um máximo de independência de cada órgão de poder, sob pena de se desfigurar a separação, e haverá, também, um número mínimo e um máximo de instrumentos que favoreçam o exercício harmônico dos poderes, sob pena de, inexistindo limites, um poder se sobrepor ao outro poder, ao invés de, entre eles, se formar uma atuação de concerto.

⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Os Poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p.68.

Por isso mesmo, enquanto se mantiver o princípio da separação de poderes como base do esquema de organização de poderes num estado determinado, impõe-se manter a delimitação de zonas de atuação independente e harmônica dos poderes políticos.

De outro lado, a interferência de um poder sobre outro somente será admissível, em tese, quando vise a realizar a idéia – fim, seja para impedir abusos de poder, seja para propiciar real harmonia no relacionamento entre os poderes, seja ainda para garantir as liberdades e assegurar o pleno exercício das funções próprias.

Como se observa, portanto, a interferência jamais poderá, ainda que de modo disfarçado, ter por objetivo a dominação de um poder sobre outro poder.

Afinal de contas, como afirma Anna Cândida da Cunha Ferraz:

Assim, repita-se, nas constituições que mantêm o princípio da separação de poderes e inscrevem a regra – parâmetro da independência e harmonia entre seus cânones, a disciplina dos poderes políticos, seu funcionamento e relacionamento, devem estar conformes a tais limites. Caso contrário, a inscrição do princípio no texto da Lei Maior é meramente nominal, a cláusula – parâmetro não servirá como regra que preordena a interpretação do texto constitucional e não se poderá admitir que o sistema, realmente, tenha adotado o princípio da separação de poderes.⁶⁵

Pode-se dizer ainda que, atualmente, a regra da não delegação de poderes se curva apenas a dois limites: de um lado, a impossibilidade de abdicação do poder ou competência originária constitucionalmente atribuída a determinado poder; de outro, o estabelecimento de condições e limites claros para a atuação do poder delegado.

Dessa forma, a regra da inacumulabilidade de funções de poderes diferentes também sempre foi tida como regra – parâmetro dos sistemas presidencialistas.

No entanto, deve-se lembrar que a separação de poderes não é um fim em si mesmo, até mesmo porque, se o princípio sobrevive no texto constitucional, e é proclamado enfaticamente, deve ser preservado em sua essência, ainda que no particular venha a ser adaptado às circunstâncias históricas do momento.

A esse propósito, vale observar que, desde Montesquieu, se tem presente que o princípio da separação não elimina o possível conflito entre poderes e não impede, por si só, a sobreposição de um sobre os outros.

A par dos instrumentos escritos na Constituição, do sistema decorrem os não escritos: o Presidente tem condições políticas de influir na obstrução dos trabalhos do Poder Legislativo, pela ação dos parlamentares de seu partido ou dos que lhe dão sustentação

⁶⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p.14-15.

política, tem poderes para retardar nomeações políticas, etc.; a seu turno, o Poder legislativo pode retardar ou não votar leis que interessem ao Executivo e assim por diante.

A independência entre os poderes concretiza-se por intermédio de uma formação independente, de uma organização e estruturação interna básica independente, de um mínimo de competências próprias e exclusivas ou privativas, de condições que permitam atuação e funcionamento independentes ou autônomos, e de discricionariedade no uso de suas faculdades próprias.

Observe-se, destarte, que o princípio da separação de poderes tem assento expresso como um dos princípios fundamentais do Estado Brasileiro, devendo ser registrado que o texto constitucional eleva este princípio à categoria expressa de cláusula intocável pelo Poder Derivado de Reforma Constitucional, conforme disposto no art. 60, §4º, inciso III.

Para fiscalizar o exercício desses poderes, equilibrando-os e protegendo o indivíduo, ou minorias isoladas, contra possível abuso governamental, de que decorrem o arbítrio e a opressão, surge o Judiciário, como Poder Político não eleito.

Um judiciário politicamente fraco não estará à altura da missão constitucional de enfrentar o governo a fim de defender o povo contra a usurpação do Poder, que redundará, inevitavelmente, na ditadura e na tirania.

Já o povo, se não prestigiar o Judiciário, recorrendo a ele, sempre, para manter o equilíbrio do Poder, de modo a tornar certa a ilegitimidade de quem afrontar seus comandos, permitirá que os demais departamentos do governo, às vezes aliando-se por motivos momentâneos ou escusos, dominem o povo e tornem o Judiciário peça não considerável no jogo político, desequilibrando o tripé, em que assenta a República brasileira.

Em assim acontecendo, não havendo quem legitimamente solucione e pacifique os conflitos políticos, que se manifestam na dimensão jurídica, pelo desencontro da lei face aos fatos da vida, as instituições democráticas perdem sua credibilidade e favorecem a empolgação do poder político por grupos ou facções.

Normalmente, nesse contexto, o Executivo, alegando a imperiosa necessidade de manter a ordem e a governabilidade, sob pretensa incontrolável instabilidade política, instaura a ditadura e, conseqüentemente, a servidão do indivíduo.

A fim de se evitar a tirania, constatou-se que só o federalismo não distribuía efetivamente o Poder, que ficaria retido nas mãos do governante, sendo importante lembrar que, na Inglaterra, desde 1215, foi criado, através da Magna Carta, o Parlamento, restringindo o poder monárquico.

Lá, o judiciário, apesar de faticamente independente, constituía órgão submetido ao rei, conhecido por King Bench, sendo por esse motivo que Locke só se referiu aos poderes legislativo e executivo, afirmando a supremacia do legislativo, mesmo nas monarquias moderadas.

Essa teoria chegou à América através do levellers do Século XVII, que se opuseram à participação do rei na feitura das leis, enfatizando-se que ela passou pelo crivo de Montesquieu e contribuiu para a oposição de Jefferson contra a Aristocracia e para seu extremo cometimento ao controle popular na elaboração das leis.

A doutrina da separação dos poderes completa a dispersão do poder decorrente do federalismo e constitui, ao abarcar, também, a doutrina dos freios e contrapesos, a mais refinada e última forma de contenção do poder e eliminação da tirania.

Os artigos federalistas pensavam que o governo nacional seria mais eficiente se fossem separadas as funções executivas das legislativas, existindo ainda uma segunda razão para dividir o poder, mencionando com ênfase por Madison, que era a prevenção da tirania.

Ou seja, acima de tudo, a distribuição do poder entre os três separados ramos serve como poderoso controle contra ações arbitrárias, tendo sido a doutrina dos freios e contrapesos formulada, à vista da Constituição americana, em desenvolvimento do princípio da separação dos poderes.

O balance originou-se na Inglaterra, pela qual a Câmara dos Lordes, ou seja, os nobres, passaram a equilibrar os projetos de leis advindos da Câmara dos Comuns, originários do povo, a fim de evitar que leis demagogas, ou formuladas pelo impulso momentâneo de pressões populares, fossem aprovadas.

Já o check, por sua vez, surgiu quando o Justice Marshall declarou em seu voto, lançado no famoso caso Marbury x Madison, em 1803, que o Poder Judiciário tinha a missão constitucional de declarar a inconstitucionalidade, e, portanto, tornar nulos os atos do Congresso, quando, a seu exclusivo juízo, tais leis não guardassem harmonia com a Carta Política.

Como se observa, é incontestável que, pela doutrina do Judicial Review, o Judiciário passa a controlar o abuso do poder dos outros ramos governamentais.

No nosso ordenamento jurídico, destaca Paulo Fernando Silveira:

A Constituição Federal brasileira prevê várias hipóteses de controle de um poder governamental sobre o outro, exemplificadamente: Pelo Executivo: O Presidente da República tem iniciativa legislativa (CF, art. 84, III); detém o poder de vetar leis por inconstitucionalidade ou por ser contrária ao interesse

público (CF, art. 66); o de conceder indultos (art. 84, XII); o de nomear Ministros dos Tribunais, inclusive os do Tribunal de Contas da União (órgão do Poder Legislativo). Executa, por órgão seu (polícia), as determinações judiciais. Pelo Legislativo: poder fiscalizatório diretamente (art. 49, X) ou através do Tribunal de Contas da União (art. 70); convocar Ministro de Estado (art. 58); solicitar depoimento de qualquer autoridade (art. 58, V); aprovar a escolha de magistrados e outras autoridades relacionadas no art. 52 da CF; promover o impeachment do Presidente da República ou de Ministro do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52); aprovar por lei de iniciativa do Judiciário a criação de novas varas federais (CF, art. 96, d). Pelo Judiciário: especificamente o controle da constitucionalidade das leis, Medidas Provisórias e dos atos administrativos e, também, a legalidade desses.⁶⁶

Por sua vez, o Poder Judiciário não deve temer esporádicos confrontos com os demais ramos governamentais, pois isso é da essência mesma da democracia de um país livre, onde os poderes são divididos, restritos, descentralizados e reciprocamente controlados.

A história americana registrou os diversos confrontos da Suprema Corte com o Poder Executivo, principalmente quando esse é administrado por um Presidente popularmente poderoso, o que será visto oportunamente.

Como criada, a Suprema Corte americana parecia muito anêmica para enfrentar o longo conflito pelo poder, no entanto, a despeito de sua aparente oposição vulnerável, a Corte tem repetidamente cassado as decisões em oposição ao Congresso e ao Executivo.

E tem sido uma colisão nervosa com os mais dinâmicos e populares presidentes da história, entre os quais pode-se citar que Jefferson retaliou com impeachment; Jackson negou sua autoridade; Lincoln desobedeceu a um mandado do Chief Justice; Theodore Roosevelt após seu mandado presidencial propôs tornar sem efeito as decisões judiciais; Wilson tentou liberalizar seus membros; e Franklin D. Roosevelt propôs reorganizá-la.

No entanto, deve-se ter em mente que o Judiciário é um Poder Político independente e como tal tem o dever de atuar como condição *sine qua non* de sua legitimidade e para preservar a existência e manutenção da democracia.

Vigindo no Brasil o controle da constitucionalidade das leis, quer por ter adotado a Constituição Americana como paradigma, seja pela encampação do princípio do devido processo legal, o Judiciário constitui-se e atua como um dos poderes políticos da República, de modo que não é permitido ao juiz ter postura semelhante ao juiz francês que é

⁶⁶ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e Contrapesos (Checks and Balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.104.

um escravo da lei.

No Brasil, face ao regime político e forma de governo adotados, essa independência é absolutamente necessária, sob pena de instalar-se a tirania e fenecer a democracia.

Ao Judiciário compete, sensível às necessidades do povo, dar efetividade e concretude à Carta Política, ajudando o país a, saindo da ignorância e da escuridão intelectual, caminhar em direção Estado Democrático de Direito, eliminando os redutos minoritários de dominação que, através de leis historicamente editadas no interesse próprio, marginalizam a maioria do povo, restringindo-lhe o exercício de seus direitos inalienáveis.

O Poder Judiciário, como poder político e independente, tem a chave que abre o país para o progresso e a modernidade e existe para confrontar os demais, através de sua missão constitucional de to check os outros ramos do governo, de modo a não permitir abusos e ilegalidades, ainda que veiculadas por lei.

A cláusula milenar do devido processo legal, due process of law, em sua dimensão substantiva autoriza e impõe tal conduta, uma vez que, de um judiciário anêmico e fragilizado, que não vem cumprindo seu papel constitucional, ou servil, ao permitir que lhe tomem parte de seu poder político, o povo não precisa.

3 DO PODER JUDICIÁRIO

3.1 CONCEITO DO PODER JUDICIÁRIO

Os tribunais são órgãos constitucionais aos quais é especialmente confiada a função jurisdicional exercida por juízes, de forma que pela sua organização e pelas suas funções, o poder judiciário é “separado” dos outros poderes: só pode ser exercido por tribunais, não podendo ser atribuídas funções jurisdicionais a outros órgãos.

A separação do poder judiciário ou, nos termos constitucionais, do órgão de soberania, desempenha duas funções: garantir a liberdade, pois não há liberdade quando existir a concentração ou confusão entre quem faz as leis, quem as aplica e quem julga; garantir a independência da magistratura, pois só magistrados independentes podem assegurar a justiça em liberdade.

Como se percebe, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, os tribunais têm uma posição jurídica idêntica à dos outros órgãos constitucionais de soberania.

Como afirma J. J. Gomes Canotilho:

A independência dos tribunais é um daqueles *Kampbegriffe* (“conceitos de luta”) de que está povoado o estado de direito. Através da proclamação da independência dos tribunais pretendeu-se reagir contra a função de julgar do monarca. Neste sentido, a independência era também um princípio antimonárquico porque, através dela, se combatiam as sentenças de direito e as sentenças de império proferidas pelo soberano.⁶⁷

No entanto, a história da justiça e do Poder Judiciário não têm conhecido muita fortuna, pois interessante é sobretudo a atividade constitutiva ou substantiva de fazer a lei e não a atividade subordinada de a aplicar.

O próprio princípio da legalidade desvaloriza ainda a autonomia da atividade judiciária, mesmo quando confrontada com outras atividades de aplicação da lei, como a administração, onde os atos discricionários e os momentos de apreciação desvinculada obtêm um maior peso.

Também aqui, esta subvalorização do produto social autônomo da atividade judiciária faz com que, nos planos da auto-representação, da análise sociológica e da análise histórica, aos agentes judiciários seja atribuído um peso social e político menos

⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.659-660.

importante do que o atribuído aos agentes políticos.

Aqui faz-se importante trazer à lume os ensinamentos de António Hespanha:

As raízes deste modelo de hierarquização das várias práticas políticas e jurídicas estão, evidentemente, num paradigma de leitura dos fatos de poder que privilegia os efeitos políticos e jurídicos produzidos pelos aparelhos políticos centrais ou estaduais e, nestes, ainda pelo seu centro, identificado com o aparelho legislativo. Reconhecemos facilmente neste paradigma os traços típicos da construção liberal do Estado, dominada pelas idéias de unidade da soberania e primado da lei.⁶⁸

A primeira grande distinção que interessa o nosso tema, estabelecendo a repartição fundamental entre o campo judiciário e os campos em que se desenvolvem as outras práticas do poder, é a que se estabelece a partir da definição do que seja justiça.

Recolhendo numa síntese os elementos da longa tradição do direito comum, pode-se dizer que a justiça é a atividade dos *rectores civitatis* que consiste num *iudicium*, ou seja, na resolução de uma questão envolvendo direitos distintos e contraditórios, de modo a fazer justiça, a atribuir a cada um o que lhe é devido.

Mas a justiça não era apenas um das atividades do poder, ela era a primeira, se não a única, atividade do poder, mas fugiam à área da justiça todas aquelas decisões que, por se deixarem circunscrever no âmbito da casa do príncipe, podiam ser objeto de avaliações de mera oportunidade.

A justiça era, portanto, um domínio de atividade do poder, não apenas, porém, um domínio de atividade ao lado dos outros, compreendidos nas esferas econômica ou política.

Mas antes um domínio que é suscetível de cruzar todos os outros, de, numa palavra, sobredeterminar todos os outros, desde que estes colidissem com *iura radicata*.

Com isto, a esfera de discricionariedade do poder, o seu domínio econômico ou político, vai sendo progressivamente ocupada por uma atividade vinculada aos critérios da justiça.

Mas, além de vasto, o domínio da justiça era, ainda, um domínio superior ou de controle, em relação às restantes atividades do poder, e sobre ele repousava a fiscalização da legitimidade dos seus atos, em face da regra suprema de que a ação do poder devia respeitar os equilíbrios estabelecidos pelo direito.

No plano político-social, a hegemonia da justiça sobre as matérias de

⁶⁸ HESPANHA, António Manuel. Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução. In: *Justiça e Litigiosidade: História e Perspectiva*. 1.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p.383-384.

governo conduz à hegemonia política dos juristas e os estudos mais recentes da história das mentalidades, da história social e dos grupos profissionais não cessam de mostrar o papel central desempenhado pelos juristas na organização do espaço social moderno.

Não se trata apenas da centralidade dos grupos sociais de que eles são originários, nem sequer da sua proximidade relativamente aos círculos do poder.

Trata-se, pelo contrário, de uma centralidade mais vasta que tem a ver, simultaneamente, com o papel do direito e da justiça como instrumento de disciplina social.

Com o advento do iluminismo, modifica-se sensivelmente, se não o recorte, pelo menos a hierarquia entre justiça e política, o que se repercute necessariamente na hierarquia entre juristas e políticos.

A jurisprudência, assim, passou a ser vista como uma atividade secundária e derivada: num hábito de interpretar, e de aplicar as leis aos fatos.

Ademais, a função de dizer o direito era, nos primórdios, uma função do Rei ou, mais precisamente, do chefe despótico, que acumulava em suas mãos o poder de ditar a norma, executá-la e declarar o direito, ou seja, era a confusão dos três poderes, que só muito mais tarde se separaram com os seus órgãos próprios.

Para muitos expositores, sobretudo os franceses, o Judiciário não é um poder do Estado, apenas admitem o Poder Legislativo e o Poder Executivo, não, porém, o Judiciário como um terceiro poder, senão um ramo de administração.

No entanto, é pela jurisdição, isto é, pela sujeição da ação pública às normas legais, que se define o Estado de Direito, do que decorre que ela está necessariamente na base de todos os poderes, até mesmo do Legislativo.

Como afirma Castro Meira:

Estudando a matéria em face da Constituição belga, em comparação com a francesa e o Estatuto italiano, Orban salienta que naquela o Judiciário tem o caráter de um verdadeiro poder, sendo que nas duas outras o fundamento da função de julgar se apresenta constitucionalmente como uma emanção do poder real, cláusula que da Carta francesa passou para o Estatuto italiano.⁶⁹

Deve-se ter em mente, entretanto, que, nas relações constitucionais dos poderes políticos, a colaboração é a regra, e tende a acentuar-se; ao passo que, no tocante ao Judiciário, qualquer colaboração seria defesa, porque lhe afetaria a independência.

No continente americano, a controvérsia não existe, uma vez que o Poder Judiciário está definido em todas as Constituições com esse caráter, senão veja-se: nos Estados Unidos, sec. I, art. 11, da Constituição – *The judicial Power of the United States...*; na

⁶⁹ MEIRA, Castro. Teoria e Prática do Poder Judiciário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1943, p.55.

Argentina, sec. III – El poder judicial de la Nación... (art. 94); no México, art. 50: O supremo poder da Federação divide-se para seu exercício em Legislativo, Executivo e Judicial, etc.

Ocorre que, já no início da República, exprimia-se o crescimento do Poder Executivo, que não se limitava à antiga função, dependente do Parlamento; era um poder de direção política, com atribuições legislativas que lhe eram próprias e mais as atribuições outrora reservadas ao Poder Moderador.

O crescimento do Executivo, acentuado nas tendências da época, não era um fato que tenha surgido de surpresa, uma vez que o Presidente da República tinha uma posição à parte, podendo defini-lo como autoridade suprema do Estado.

Mas não se pode perder de vista que o Poder Judiciário é o que tem por missão aplicar contenciosamente a lei a casos particulares, diferenciando-se, pois, dos outros dois poderes constitucionais pela natureza da função, por ele exercida, *ratione muneris*, e não pela natureza da matéria, *ratione materiae*, uma vez que não há assuntos que por sua natureza sejam de ordem legislativa, ou de ordem administrativa, ou judiciária, ou seja, uma só matéria pode ser legislativa, executiva e judicial.

Soluciona-se tal questão indagando-se se trata-se de regular uma matéria por lei, caso sendo a resposta positiva, a atividade é legislativa, ou então se faz-se necessário executar a lei, ou proceder em geral de acordo com a lei, sendo nesse caso a matéria executiva, ou administrativa, e, por fim, se deu origem a contendas, ou contestações, concernentes à aplicação da lei, então será judicial.

Imprescindível trazermos à lume os ensinamentos de Pedro Lessa:

Cronologicamente é o judiciário o primeiro poder que aparece na sociedade, pois é pela administração da justiça que se satisfaz a primeira necessidade social, sentida pelas primitivas agremiações humanas, quando não existem ainda normas jurídicas, nem sequer os chefes das tribus já conservam em tempo de paz os seus poderes de comando, o que quer dizer que ainda não se esboçará o poder legislativo,⁷⁰ nem o executivo.

Com efeito, basta-nos assinalar que nos Estados Unidos da América, e nos países que lhes têm imitado as instituições, o Poder Judiciário é igual, ou, para ser bem preciso, superior aos outros dois poderes.

3.2 O PODER JUDICIÁRIO E O POSITIVISMO JURÍDICO

No constitucionalismo clássico, particularmente naquele desenvolvido na Europa continental, constrói-se a dogmática segundo a qual ao legislador cabe a criação do

⁷⁰ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p.03.

direito e ao juiz, a aplicação do direito.

Essa concepção tem origem num momento em que, durante as revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, se declarava a supremacia do parlamento como poder do qual emana a vontade geral da nação.

Na França a supremacia parlamentar sobre os outros órgãos no controle da constitucionalidade estabeleceu entre o corpo legislativo e as outras autoridades uma espécie de desigualdade que tinha uma causa profunda e que excluía qualquer possibilidade de uma separação verdadeira e substancial entre poder legislativo e poder constituinte.

Sobre o tema, esclarece João Luiz M. Esteves:

O sistema austríaco, baseado na idéia de supremacia da Constituição no conceito de “ordenamento jurídico”, rompeu com modelos de controle de constitucionalidade consagrados na Europa e opôs-se tanto aos sistemas em que se privilegia o parlamento, como o francês, como àqueles em que há supremacia do Executivo, modelo em que Kelsen vê a existência de uma forma ideológica de interpretação criada na atmosfera das monarquias constitucionais, em que se justificava, por meio do princípio monárquico, a existência de um poder neutro que se subleva sobre o governo e o parlamento, decorrendo então que deve ser o monarca o guardião da Constituição.⁷¹

E tenta resolver essa questão da idéia de separação de poderes por meio do entendimento de que aquela deve ser entendida entre diferentes órgãos, não tanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros, e isso para justificar que o Judiciário possa anular leis do parlamento atuando por meio da função de legislador negativo.

Entende-se, portanto, que a função exercida pelo Judiciário no controle jurisdicional de constitucionalidade consiste na anulação de leis consideradas inconstitucionais e por isso exercita uma função legislativa da qual emanam atos da legislação negativa.

Também pode-se entender que o conceito clássico de separação de poderes é atribuído a um modelo ideológico que tem como objeto específico estabelecer e proteger a liberdade individual.

Realmente, em um primeiro momento o princípio da separação de poderes teve como projeto a limitação do poder exercido pelo monarca, ligada à idéia de exercício da liberdade individual.

Mais tarde, esse princípio esteve vinculado à noção de que assim o

⁷¹ ESTEVES, João Luiz M. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Editora Método, 2007, p.71.

Estado se organiza melhor por aumentar a sua eficiência, uma vez que a distribuição de funções estatais possibilitaria uma dualidade eficaz em que a algum órgão caberia a tarefa de criar o direito, o Legislativo, e a outros a aplicação do direito, Executivo e Judiciário.

Mas, na realidade, este esquema formalista nunca existira na prática, pois, se não ocorrera, no decorrer da História, a existência de interferência explícita entre os poderes, pelo menos sempre houvera interpenetração segundo a qual as três esferas cometem funções atípicas, administrativas, legislativas e judiciárias.

Todos os órgãos estatais, nos quais se inclui o Judiciário, têm função política, sendo que, em contraposição, argumenta-se que o Judiciário é um órgão estatal incumbido de uma função meramente jurisdicional, incompatível com a atividade política atribuída ao Legislativo e ao Executivo.

Somente teria sentido em uma construção jurídico – ideológica que tentasse esconder a existência da discricionariedade da jurisdição, pois, na doutrina atual, quando se invoca o dogma da separação de poderes, geralmente é com o sentido de obstaculizar a possibilidade do papel ativo do Poder Judiciário no agir público.

É na supressão de omissões que o debate se torna mais acentuado, uma vez que a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por omissão do legislador ou do governante, prevista no §2º do art. 103 da CF, recebe oposição com fundamento no dogma da separação de poderes, a fim de que se realize, na prática, uma jurisdição constitucional em que o Judiciário atue somente como legislador negativo, nos moldes preconizados por Kelsen.

Em oposição a isto, pode-se encontrar na doutrina concepções que reservam ao Judiciário papel extremamente ativo quando se trata de colmatar as lacunas deixadas pelo Executivo e pelo Legislativo.

A defesa dessa concepção deve ser buscada no entendimento de que o princípio da separação de poderes não pode ser invocado para inibir a atuação do Judiciário na tarefa que lhe incumbe, de garantidor da Constituição.

A regra contida no art. 2º da CF, que define os poderes da República e proclama a independência harmônica entre eles, é meio e não fim do Estado, devendo ela, pois, ser utilizada para dar concretização à Constituição.

Ora, por sua vez, os tribunais não criaram o welfare state, sendo, de fato, a criação deste tipo de estado devido na origem, principalmente, à atividade do legislador.

No entanto, exatamente em razão do enorme aumento dos encargos da

intervenção legislativa, verificou-se o fenômeno de obstrução da função legislativa, também conhecido por *overload*, e este *overload*, que representa tema central da ciência política atual, tornou-se típica característica, na verdade típica praga dos estados – modernos, pelo menos daqueles com regime não autoritário e pluralístico – liberal.

Nesses estados, os parlamentares amiúde são excessivamente abundantes e por demais empenhados em questões e discussões de político geral e partidária, para estarem em condições de responder, com a rapidez necessária, à demanda desmedidamente aumentada de legislação.

Paradoxalmente, os parlamentos atribuíram-se tarefas tão numerosas e diversas que, para evitar a paralisia, encontraram-se ante a necessidade de transferir a outrem grande parte da sua atividade, de maneira que suas ambições terminaram em abdicação.

E esses outros a quem a atividade foi transferida são, principalmente, o executivo e os seus órgãos e derivados, com toda uma série de entidades e agências, a que foram confiadas tarefas normativas e administrativas.

É esclarecedor o caso da França, em que a Constituição inspirada pelo general De Gaulle, em fins de 1958, limitou a função legislativa do Parlamento às matérias enumeradas na própria Constituição, deixando todas as demais ao poder regulamentar do executivo, estabelecendo dessa forma amplo poder autônomo deste, substancialmente legislativo.

Verifica-se, assim, o desenvolvimento que já havia-se mencionado acima: a transformação gradual do *welfare state* em estado administrativo.

Mas, acrescenta-se aqui a constatação de crescente sentimento de desilusão e desconfiança, não apenas em face dos parlamentares, mas também em relação ao poder executivo, à administração pública e suas inumeráveis agências.

De um lado, os parlamentos demonstraram o caráter fantasioso da sua pretensão de se erigirem em instrumentos onipotentes do progresso social, uma vez que demasiadas leis foram emanadas demasiadamente tarde, ou bem cedo tornaram-se totalmente obsoletas; muitas se revelaram ineficazes, quando não contraprodutivas, em relação às finalidades sociais que pretendiam atingir; e muitas, ainda, criaram confusão, obscuridade e descrédito da lei.

Nem se esqueça que os parlamentos, nas sociedades pluralísticas, compõem-se na maior parte de políticos eleitos localmente, ou vinculados eleitoralmente a certas categorias ou grupos, sendo que os valores e prioridades desses políticos são, por isso, muito amiúdes valores e prioridades locais, corporativos ou de grupos.

De outro lado, causou problemas não menos sérios também a emergência do estado administrativo, sendo desnecessário mencionar o perigo de abusos por parte da burocracia, a ameaça da situação de tutela paternalística, quando não de opressão autoritária, sobre os cidadãos por parte do onipresente aparelho administrativo e, por isso, ao mesmo tempo distante, inacessível e não orientado para o seu serviço, o sentimento de impotência e abandono que termina por invadir todos os cidadãos incapazes, ou sem vontade, de se reunirem em grupos poderosos, com condições de obter acesso às inumeráveis alavancas da máquina burocrática, exercitando pressões sobre ela, a abulia e o anonimato, enfim, da grande maioria dos que também tiveram aquela capacidade ou vontade, por meio da qual uniram-se à massa dos participantes de tais grupos poderosos de pressão.

De um lado, existe o gigantismo do Poder legislativo, chamado a intervir ou a interferir em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade; de outro lado, há o conseqüente gigantismo do ramo administrativo, profunda e potencialmente repressivo.

Também para o judiciário, tais desenvolvimentos comportaram conseqüências importantes, sobretudo o aumento da sua função e responsabilidades, pelo fato de que o terceiro poder não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juízes.

A justiça constitucional, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade.

E um aspecto dessas novas responsabilidades, talvez ainda mais incisivo e frequentemente anterior, foi o crescimento sem precedentes da justiça administrativa, vale dizer do controle judiciário da atividade do executivo e de seus derivados.

Os tribunais devem elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.

A época posterior à segunda guerra mundial, o ulterior e fundamental fenômeno do nascimento e expansão, na Europa, de nova função jurisdicional, consistente no controle do próprio legislador.

Especialmente nos Estados Unidos, assistir-se-á então ao emergir do judiciário como um terceiro gigante na coreografia do estado moderno, uma vez que os tribunais judiciários ordinários passaram com audácia a aceitar a tarefa de ultrapassar o papel tradicional de decidir conflitos de natureza essencialmente privada.

Todos os juízes, e não apenas alguns daqueles novos juízes especiais, tornaram-se, dessa maneira, os controladores não só da atividade dos cidadãos, como também

dos poderes políticos, nada obstante o enorme crescimento destes no estado moderno.

Ao poder judiciário, cuida-se de riscos menos graves, senão por outra razão porque, exatamente por sua própria natureza e estrutura, é o ramo menos perigoso.

Lembre-se o que aduz Mauro Cappelletti:

Extremamente instrutivas apresentam-se as vicissitudes dramáticas da Europa continental nos últimos dois séculos, durante os quais o ideal propugnado pelos espíritos amantes da liberdade civil foi, com pertinácia digna de melhor causa, o ideal da demasiado rígida separação de poderes, ao invés de recíprocos controles e contrapesos. Como se viu, o ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados. Esse ideal significou, assim, até época relativamente recente e mesmo hoje, em não poucos países, não só a existência de um legislativo totalmente não controlado, pelo menos até que se conseguisse desenvolver um autônomo sistema de justiça administrativa, a se impor como guardião da administração pública. De outro lado, também nas relações entre o legislativo e o executivo esse ideal de rígida separação, mais do que de contrapesos equilibrados, significou praticamente a passagem, permanentemente perigosa, de períodos em que efetivamente o poder era concentrado nas assembléias legislativas e grupos políticos que as dominavam (pense-se na Itália pré-facista ou na Alemanha de Weimar, mas também na França da Quarta República), para outros períodos em que, ao contrário, a concentração do poder deu-se no executivo (com exceção dos extremos trágicos dos regimes ditatoriais que conduziram à segunda guerra mundial, pense-se na França da Quinta República, especialmente nos primeiros anos que se seguiram à Constituição de 1958). 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 esse equilíbrio de forças, de contrapesos e controles recíprocos, constitui o grande segredo do inegável sucesso do sistema constitucional americano.⁷²

Como se percebe, o crescimento do poder judiciário é obviamente o ingrediente necessário do equilíbrio dos poderes, e podem ser vistos exatamente a essa luz o nascimento e crescente importância adquirida pelos tribunais administrativos e constitucionais na Europa.

Portanto, o surgimento de um judiciário cujo papel, de forma consequente ou paralela, aumentou com o crescimento, sem precedentes, dos outros poderes do Estado Moderno.

Sobre o tema deve-se ainda lembrar o exposto por Norberto Bobbio:

Com a formação do Estado moderno, o juiz, de livre órgão da sociedade, torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado. De acordo com a análise histórica, este fato transforma o juiz no titular de um dos poderes estatais, o judiciário, subordinado ao legislativo; e impõe ao próprio juiz a resolução das controvérsias sobretudo segundo regras

⁷² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.54.

emanadas do órgão legislativo ou que, de qualquer modo (tratando-se de normas consuetudinárias ou de direito natural), possam ser submetidas a um reconhecimento a um reconhecimento por parte do Estado. Eis porque, com a formação do Estado moderno, o direito natural e o positivo não mais são considerados de mesmo nível; eis porque sobretudo o direito positivo (o direito posto e aprovado pelo Estado) é tido como o único verdadeiro direito: este é o único a encontrar, doravante, aplicação nos tribunais.⁷³

3.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Nesse momento inicial, já se faz importante o pronunciamento de Edvaldo Brito feito no prefácio do livro *Controle de Constitucionalidade*, do brilhante autor Dirley da Cunha Júnior⁷⁴, para quem não se pode confundir as categorias jurídicas de controle de constitucionalidade e de declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais.

Ora, o controle de constitucionalidade é o gênero, enquanto a *declaração* é uma espécie daquele, somente podendo ser feita pelos órgãos jurisdicionais, funcionando, como lembra Hans Kelsen⁷⁵, como legisladores negativos.

Por sua vez, o controle de constitucionalidade pode ser realizado por qualquer órgão da estrutura do Estado, seja órgão do Poder legislativo ou do Poder Executivo, com funções administrativas, já que é sua obrigação agir em conformidade com a Constituição, recusando a aplicação das leis que conflitam com a nossa Magna Carta.

O controle de constitucionalidade existe até mesmo porque é inegável a distinção entre o poder constituinte e a competência reformadora da Constituição, tal como já preconizado na obra de Emmanuel Sieyès⁷⁶, cujas idéias serviram de impulso para a Revolução Francesa.

O Poder Constituinte possui a legitimidade de elaborar a Constituição jurídica que, no entender de Ferdinand Lassale⁷⁷, deveriam estar em consonância com a Constituição real, representada pelos fatores reais de poder.

Ora, o poder constituinte é uma potência, enquanto o impropriamente chamado poder constituinte derivado é uma mera competência. Por conseguinte, o poder

⁷³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia de Direito*. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1999, p.28-29.

⁷⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. Salvador: Juspodivm Editora, 2006.

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2.ed. Tradução de Alexandre Drug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁷⁶ SIEYÈS, Emmanuel. *Qué es el Tercer Estado?* 1.ed. Madrid: Aguilar, 1973.

⁷⁷ LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Liberjuris, 1988.

constituente inaugura uma nova ordem constitucional, possuindo caráter fundacional ou originário.

Aqui já chega-se a nossa primeira conclusão: é completamente errôneo fala-se em poder constituinte derivado, já que ele constitui-se apenas de órgãos com competência para promover modificações na Constituição jurídica: essa conclusão é a exposta por Edvaldo Brito⁷⁸.

Ainda de acordo com Edvaldo Brito⁷⁹, para um ato jurídico possuir validade, são necessárias três condições:

- a) Que seja realizado pela pessoa qualificada para realizar o ato de criação;
- b) Que seja observado o procedimento para a sua criação;
- c) Que sejam respeitados os limites acerca da matéria objeto do ato jurídico a ser criado.

Assim, seguindo os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁸⁰, tem-se que a norma origem, que pode ser chamada de N⁰ fundamenta a validade das normas subsequentes, podendo o juiz não aplicar uma norma posterior, seja N¹, N², e assim por diante, que esteja em desacordo com a norma N⁰.

A Constituição é nossa norma N⁰, que todas as normas buscam seu fundamento de validade, e estabelece os seguintes limites de revisão:

I – Imanentes à Constituição Jurídica;

1. Materiais;
 - 1.1. Explícitos;
 - 1.2. Implícitos;
2. Circunstanciais;
3. Temporais;

II) Limites transcendentem à ordem constitucional positiva;

1. Objetivos da sociedade civil;
2. Os direitos e as garantias

fundamentais do homem, preservados pelo direito internacional.

⁷⁸ BRITO, Edvaldo. Problemas Constitucionais da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante em Matéria Tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2009, v.13.

⁷⁹ *Idem*. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

⁸⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988. Legitimidade. Vigência e eficácia. Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

Nesse contexto, de reconhecimento de superioridade da Constituição, é que surge a defesa do controle de constitucionalidade, que possui dois sistemas que merecem estudo.

O primeiro sistema, resultante do conhecido caso *Marbury v. Madison*, julgado no ano de 1803, e que foi julgado pelo *Chief Justice* John Marshall.

A decisão proferida nesse caso consagrou a supremacia da Constituição em face das demais normas jurídicas e o poder, pode-se dizer, inclusive, o dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição.

O juiz é o intérprete das leis e em um conflito entre duas leis em um caso concreto, o juiz deve aplicar a lei constituição, rejeitando a aplicação da lei inferior.

De acordo com Marshall, a Constituição é a lei suprema e prepondera sobre todos os atos legislativos que com ela contrastam, não podendo o legislador alterá-la ao seu bel prazer por meio de leis ordinárias.

A própria Constituição já conferia ao Poder Judiciário o encargo de controle de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes, não devendo-se falar em superioridade do Poder Judiciário, uma vez que o que está levando-se em consideração é a submissão da vontade do legislador à vontade do povo, declarada na Constituição.

O sistema americano adotou o método difuso-constitucional, por meio do qual o controle de constitucionalidade pode ser exercido por todos os órgãos do Poder Judiciário.

Nesse sistema, o Poder Judiciário não pode declarar, em tese, a inconstitucionalidade de um ato do poder público, podendo apenas reconhecer a inconstitucionalidade do ato em um determinado caso concreto, paralisando os efeitos da norma inconstitucional no que se refere somente no caso solucionado.

Significa isso dizer que as questões de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público não admitem julgamento pelo Poder Judiciário pela via direta.

Como resumo, pode-se dizer que o sistema americano é um controle judicial, difuso e incidental. Judicial, porque apenas os órgãos do Poder Judiciário estão autorizados a realizá-lo.

É um controle difuso porque qualquer órgão judiciário pode realizá-lo, não importando sua natureza e o grau de jurisdição. Por fim, é incidental, porque somente pode ser realizado no curso de uma demanda concreta, como condição para a solução da questão controvertida.

Por outro lado, no início do século XX, por meio da obra de Hans

Kelsen, a Europa se curvou à teoria do controle judicial de constitucionalidade das leis, no entanto, em um modelo distinto ao americano.

Foi concebido por Kelsen um sistema de jurisdição constitucional conhecido por concentrado, uma vez que o controle de constitucionalidade era obra exclusiva de um Tribunal Constitucional.

O modelo concentrado difere fundamentalmente do sistema americano nos seguintes pontos:

- O órgão que exerce o controle de constitucionalidade;
- A forma como tal controle é exercido;
- Os efeitos que a decisão produz.

Como dito, o Tribunal Constitucional, no sistema concentrado, possui o monopólio do controle de constitucionalidade das leis, ficando os demais órgãos do poder judiciário impedidos de exercer a jurisdição constitucional.

Esse modelo visa a evitar que a mesma lei fosse considerada e aplicada constitucional por determinados juízes, enquanto que outros julgadores declarassem a sua inconstitucionalidade, revelando uma situação de conflito e resultando uma incerteza jurídica.

O próprio Kelsen afirmou que a função de jurisdição constitucional não se configuraria como propriamente judicial, mas estaria atuando como legislador negativo.

Esse raciocínio decorre de que o Tribunal Constitucional examina apenas o problema abstrato de compatibilidade lógica entre uma lei e a Constituição, não julgando nenhuma pretensão concreta.

Como lembra Dirley da Cunha Júnior, nesse sistema, ambos os órgãos, fiscalizador e fiscalizado, possuem natureza de órgão legislador, diferenciando-se apenas que o Tribunal Constitucional possui organização jurisdicional.

Analisando a situação do Brasil, muitos dizem que aqui foi adotado um sistema misto, ou seja, uma mistura entre os sistemas americanos e o proposto por Kelsen.

Efetivamente, no Brasil possuem-se características dos sistemas difuso e do concentrado, já que todos os juízes podem realizar o controle de constitucionalidade, enquanto a jurisdição constitucional fica reservada ao Supremo Tribunal Federal.

No entanto, prefere-se pensar que adota-se o sistema difuso, com

algumas especificidades, uma vez que, como já dito, qualquer órgão do poder judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei de forma incidental, nos moldes do sistema americano, enquanto que, por outro lado, não pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal não é uma autêntica Corte Constitucional, nos moldes como preconizados por Hans Kelsen.

Como já dito, o Brasil adotou o sistema difuso de controle constitucionalidade, que pode ser feito por qualquer órgão do Poder Judiciário, mas não só, podendo ser feito inclusive pelo Poder Legislativo.

O controle realizado pelos Poderes Legislativo e Executivo também é chamado de controle político. O primeiro exemplo que se pode citar é a existência das Comissões de Constituição e Justiça no âmbito do Poder Legislativo, tendo por função precípua a análise da compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com o texto da Constituição Federal.

Outro exemplo, esse já no âmbito do Poder Executivo, é a possibilidade do chefe desse poder vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, por entendê-lo inconstitucional, recebendo o nome de veto jurídico.

Pode-se citar, ainda no âmbito do controle de constitucionalidade, a competência do Congresso Nacional de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, uma vez que nessas hipóteses é evidente o desrespeito à forma constitucional prevista para a edição de tais atos.

Por fim, deve-se lembrar a competência do Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, de, através de resolução, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Evidente que essa atuação do Senado Federal somente se fará necessária quando se tratar de julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle difuso, ou seja, após o julgamento de recursos extraordinários, não havendo necessidade dessa providência no âmbito do controle concentrado.

Além do controle político, ainda tem-se o controle de constitucionalidade difuso exercido pelos diversos órgãos do Poder Judiciário, em que cada juiz, no bojo de uma lide concreta, pode afastar, incidentalmente, a aplicação de uma norma que entender inconstitucional.

Edvaldo Brito⁸¹ cita os seguintes exemplos: o Supremo Tribunal Federal exerce o controle de constitucionalidade difuso através de recurso extraordinário, o Superior Tribunal de Justiça, através do recurso especial, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, através da apelação, e os juízes de primeiro grau, por via de exceção.

Ao lado do controle difuso de constitucionalidade, no Brasil ainda existe a jurisdição constitucional, exercida pelo Supremo Tribunal Federal, de forma direta, com a exclusão de qualquer outro órgão judiciário.

A primeira ação que pode-se citar no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade é a ação direta de inconstitucionalidade que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal e que ainda estejam em vigor.

Tem-se ainda a ação direta de inconstitucionalidade por omissão que tem por finalidade tornar efetiva norma constitucional, concedendo plena eficácia às normas constitucionais que dependam de complementação infraconstitucional. Tem como efeito da decisão a comunicação ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de trinta dias.

É indispensável mencionarmos a ação declaratória de constitucionalidade, introduzida no nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 03/93, que tem por objeto dirimir as controvérsias judiciais comprovadas que coloquem em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo federal, afastando, dessa forma, a insegurança jurídica.

Não se deve esquecer também da reclamação, que é o instituto processual que possui a finalidade de garantir a competência e a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

Outra ação existente no rol dos meios de controle concentrado de constitucionalidade é a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, que é a previsão do art. 34 da Constituição Federal, permitindo a decretação da intervenção federal da União, nos Estados e no Distrito Federal, caso violados os chamados princípios sensíveis:

- a) Forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) Direitos da pessoa humana;

⁸¹ BRITO, Edvaldo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na lei tributária. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 3, 2003.

- c) Autonomia municipal;
- d) Prestação de contas da administração pública, direta e indireta;
- e) Aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de receitas de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Tem-se ainda a arguição de descumprimento de preceito fundamental que possui a finalidade de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato de Poder Público, devendo, ainda, ser relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Por fim, pode-se falar da representação de inconstitucionalidade por meio da qual os Tribunais de Justiça exercem o controle de constitucionalidade de leis estaduais e municipais em face da Constituição Estadual.

Feito um panorama geral acerca das ações constitucionais, veja-se a possibilidade do exercício delas no âmbito do controle de constitucionalidade das normas municipais.

Veja-se inicialmente o controle político. Ora, no âmbito dos Municípios, o Poder Legislativo é exercido pela Câmara de Vereadores, desempenhando a função fiscalizadora e de assessoramento ao Poder Executivo.

Já o chefe do Poder Executivo municipal, ou seja, o Prefeito Municipal, conforme lembra Manoel Carlos de Almeida Neto⁸², pode vetar qualquer projeto de lei, seja parcial ou totalmente, quando verificar a sua inconstitucionalidade.

Como visto, conclui-se que tanto o Poder Executivo, como o Poder Legislativo municipais, podem realizar, em virtude do princípio da simetria, o controle de constitucionalidade político das leis municipais.

Da mesma forma, é inegável a possibilidade do controle de constitucionalidade difuso da legislação municipal, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário.

Nessa situação também é possível, isto é, nos casos de declaração de

⁸² ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *O novo controle de constitucionalidade municipal*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

inconstitucionalidade de lei municipal, por meio incidental através do Recurso Extraordinário, a suspensão pelo Senado Federal da execução da referida lei, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

Vai-se analisar agora o controle de constitucionalidade abstrato da lei municipal. A primeira hipótese que merece análise é quando a lei ou ato normativo municipal contraria a Constituição Federal.

Se analisarmos o art. 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal, constatar-se-á que o referido dispositivo constitucional é omissivo em relação ao controle em abstrato das leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal.

No entanto, com fulcro no art. 125, §2º, da Carta Magna, os Estados – Membros podem aferir a constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual e municipal perante a Constituição estadual.

Com base no referido dispositivo constitucional, alguns estados, como São Paulo e Rio Grande do Sul, entenderam que poderiam disciplinar o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade das leis municipais e estaduais em face das Constituições estadual e federal, o que, no entanto, não foi admitido pelo Supremo Tribunal Federal.

Diferentemente, quando a lei municipal contraria a Constituição Estadual, o art. 125, §2º, da Constituição Federal estabeleceu a ação direta de inconstitucionalidade frente ao Tribunal de Justiça como mecanismo de fiscalização abstrata de constitucionalidade de tais normas.

Mesmo nessa hipótese, questiona-se se tal raciocínio também aplica-se quando a norma da Constituição estadual for de mera reprodução da Constituição Federal, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido que mesmo nessa situação será de competência dos Tribunais de Justiça a análise da constitucionalidade delas.

No que se refere à lei ou ato normativo municipal que contraria a Lei Orgânica Municipal, verifica-se que o legislador constituinte foi omissivo, não significando, com isso, dizer que essa situação não merece análise.

Inicialmente, deve-se considerar que a Lei Orgânica do Município possui superioridade hierárquica no ordenamento jurídico municipal, devendo uma lei municipal que lhe contrarie ser expurgada do ordenamento.

Disso decorre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal que contraria a Lei Orgânica municipal tanto na via incidental, como na via abstrata, desde que, neste último caso, previsto na Constituição Estadual.

Quanto à ação declaratória de constitucionalidade, essa não é possível se estiver sendo questionada a constitucionalidade frente à Constituição Federal, perante o Supremo Tribunal Federal.

Em relação à ação declaratória de constitucionalidade, de acordo com o Prof. Edvaldo Brito⁸³, se analisarmos a ação declaratória de constitucionalidade sob esse prisma, verificar-se-á que encontra-se dificuldade em enquadrá-la na natureza jurídica de ação, porque, ao analisarmos o art. 103, §4º, da Constituição Federal, não encontra-se a parte que possui a legitimidade passiva.

Como não existe ação sem partes, não se pode compatibilizar a ação declaratória de constitucionalidade com a pragmática da comunicação normativa processual, aproximando-se, em realidade, do conceito de direito potestativo.

No entanto, é plenamente possível que a Constituição Estadual estabeleça a previsão de ação declaratória de constitucionalidade de lei municipal frente à Constituição Estadual, ou quiçá à Lei Orgânica Municipal, de competência do Tribunal de Justiça.

Por fim, como já visto anteriormente, foi a arguição de descumprimento de preceito fundamental que inaugurou o controle abstrato de constitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição Federal, que será julgada pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive se forem anteriores à Constituição de 1988.

Ainda se faz indispensável discutirmos se é possível, em sede de reclamação constitucional, o Supremo Tribunal Federal declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei municipal de teor semelhante a outras normas que já tenham sido objeto de controle concentrado perante aquela corte.

Como já se vê anteriormente, a reclamação é o meio processual que possui como finalidade a preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e a garantia da autoridade de suas decisões.

De ordinário, cabe a reclamação quando, por exemplo, é ajuizada uma ação direta de inconstitucionalidade de uma norma estadual em face da Constituição Federal em tribunal diverso do Supremo Tribunal Federal, em razão da invasão da competência deste último.

Entretanto, isso não pode ocorrer com a lei municipal, já que o

⁸³ BRITO, Edvaldo. Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

Supremo Tribunal Federal não possui competência para processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, em virtude do controle concentrado se restringir às leis estaduais e federais.

Ainda tem-se que, como lembra José Carlos Moreira Alves⁸⁴, na Reclamação n. 337, o Supremo Tribunal Federal admitiu a reclamação que tinha por objeto uma ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, em razão de virtual invasão de competência do Supremo Tribunal Federal.

O argumento utilizado foi o de que o Tribunal de Justiça não possui a competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal frente à Constituição Federal, uma vez que, se essa competência fosse prevista, ela seria do Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição Federal.

Esse argumento, na atualidade, não é mais cabível, porque a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal frente a Constituição estadual, de competência do Tribunal de Justiça, nos termos do seu art. 125, §2º.

Ocorre que muitas normas da Constituição estadual são reproduções obrigatórias de normas da Constituição Federal, reunindo princípios básicos que devem ser observados em todos os níveis da Federação.

Essa questão foi examinada posteriormente na Reclamação n. 370 que teve como objeto uma ação direta de inconstitucionalidade ajuizada perante o Tribunal do local, em virtude de texto constitucional estadual que simplesmente remetia a disciplina a dispositivo constitucional federal, e que foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse julgamento, fez-se a distinção entre normas constitucionais estaduais que imitam a disciplina constitucional federal, e aquelas que reproduzem de forma obrigatória as normas constitucionais federais.

Essas últimas normas citadas só aparentemente seriam normas, já que juridicamente ociosas, porque não possuem a capacidade de inovar no ordenamento jurídico.

A conclusão a que se chega é que, nessa situação, qual seja, envolvendo normas da Constituição estadual de reprodução obrigatória, seria, em realidade, ações direta de inconstitucionalidade em face da Constituição Federal.

Já na Reclamação n. 383, o Supremo Tribunal Federal modificou o

⁸⁴ MOREIRA ALVES, J.C. A Jurisdição constitucional estadual e as normas constitucionais federais reproduzidas nas constituições dos estados – membros. As vertentes do direito constitucional contemporâneo. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p.19-36.

seu entendimento, e aduziu que, caso fosse aceito o argumento supra exposto, estar-se-ia mudando a causa de pedir, passando de inconstitucionalidade em face da Constituição estadual para inconstitucionalidade em face da Constituição Federal.

Outrossim, também significava dizer que em toda ação direta de inconstitucionalidade de norma estadual ou municipal em face da Constituição estadual, o Supremo Tribunal Federal seria chamado a realizar, por via de reclamação, um exame prévio da natureza das normas da Constituição estadual.

No entanto, não é correta a tese de que as normas constitucionais estaduais que reproduzem normas previstas na Constituição Federal não sejam normas jurídicas.

Muito pelo contrário, deve-se reconhecer a juridicidade de tais normas estaduais, sendo inegável que possuem eficácia no seu âmbito de atuação, mesmo que seja para autorizar a utilização dos meios processuais cabíveis.

Elas não podem ser consideradas normas secundárias, que necessariamente seguem a sorte das normas primárias, como ocorre com o regulamento, que fica sem efeito quando a lei é revogada, uma vez que se revogada a norma constitucional federal, a norma estadual continua em pleno vigor.

Poder-se-ia admitir a tese de que as normas de reprodução não tem eficácia, caso fosse aceito no nosso sistema jurídico o princípio vigente na Alemanha de que o direito federal tem prioridade sobre o direito estadual, o que definitivamente não ocorre no Brasil.

No sistema brasileiro, o que há é invasão de competência e conseqüente invalidação da lei estadual que legisla sobre matéria de competência da lei federal.

Mesmo no ordenamento jurídico alemão, em que vigora o princípio da prioridade do direito federal sobre o estadual, decidiu-se que tal princípio não se aplica às normas constitucionais.

Como consequência tem-se que a constitucionalidade de uma norma local pode ser examinada em face de uma Constituição Estadual ou da Constituição Federal, perante a Corte Constitucional estadual ou federal, possuindo, dessa forma, dúplici garantia constitucional.

Argumenta-se que, se não fosse reconhecida a competência do Supremo Tribunal Federal de conhecer da reclamação em tais hipóteses, ele estaria perdendo sua posição de guardião da Constituição.

No entanto, tal tese não merece prosperar, uma vez que é inquestionável que o Supremo Tribunal Federal poderá conhecer da matéria via recurso extraordinário da decisão do respectivo Tribunal de Justiça.

Em outras palavras, significa dizer que a questão chegará, da mesma forma, ao Supremo Tribunal Federal, através do recurso extraordinário interposto nas ações diretas de inconstitucionalidade de leis locais em face da Constituição Estadual decididas pelos Tribunais de Justiça.

3.4 ATIVISMO JUDICIAL

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira, isso porque, a centralidade da Corte – e, de certa forma, do Judiciário como um todo – na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa.

Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.

Ora, judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

De acordo com Luís Roberto Barroso:

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade

brasileira.⁸⁵

A segunda causa que podemos citar foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária.

A terceira causa da judicialização é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu, sendo, por esse motivo, chamado de híbrido ou eclético.

Já o ativismo judicial, que está intimamente ligado ao fenômeno da judicialização, é uma atitude, ou seja, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Como visto, ativismo judicial pode ser designado como uma postura proativa do Poder Judiciário que interfere de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes.

O ativismo judicial faz parte da ascensão institucional do Poder Judiciário, decorrente do modelo constitucional adotado com a Constituição Federal de 1988, portanto, não é um fenômeno isolado ou um mero exercício deliberado de vontade política, mas que acompanha as inúmeras mudanças do Direito Constitucional, as quais ocasionaram uma transformação no modo de pensar e praticar o direito.

A redemocratização acentuada, após a Segunda Guerra Mundial, em

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 09 out. 2012.

alguns países, bem como, na década de 70, os novos modelos de Constituição adotados por Espanha e Portugal, caracterizam o marco histórico do novo Direito Constitucional.

No Brasil, é constatado a partir da Constituição Federal de 1988, oportunidade em que se passou de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito, preocupado com a concretização de direitos, como igualdade e justiça social, e, ainda, com a garantia de direitos fundamentais.

No entanto, as origens da postura ativista remontam à jurisprudência da Suprema Corte norte-americana que autocriou o controle judicial da constitucionalidade das leis federais.

Até as primeiras décadas do século XX, o ativismo da Suprema Corte foi de natureza conservadora, pois setores reacionários encontraram amparo jurídico para a segregação racial e para a imposição de um modelo econômico liberal.

Sob a presidência de Warren (1953-1969) e durante os primeiros anos da Corte Burger (até 1973) a Instituição produziu uma série de jurisprudências progressistas no concernente a direitos fundamentais, em especial em questões envolvendo negros.

Da mesma forma, o século XX, pautado por uma pluralidade de movimentos de massa, partidos políticos e organizações não-governamentais, foi obrigado a acolher em seu ordenamento jurídico demandas das mais variadas, nascidas de grupos que defendem interesses políticos, sociais e econômicos diversos.

Essas complexidades das relações sociais que vivenciamos hodiernamente terminaram por “desorganizar” as estruturas institucionais e dogmáticas que herdamos do século XIX; dentre elas a da “separação de poderes” em sua feição clássica.

Nesse contexto específico, a defesa pela persistência de um conceito, que não mais se coaduna com a realidade social assume feições conservadoras; negando a sociedade à possibilidade de alterar as instituições para melhor acolher seus interesses, o que pode resultar na perda de legitimidade do Estado de Direito.

Assim, tal fenômeno encontra seu espaço com o fim da segunda guerra e a hegemonia da Constituição, bem como com o advento do póspositivismo e ascensão dos direitos fundamentais e dos princípios que sustentam a Magna Carta e da decadência do constitucionalismo liberal.

Ele se relaciona claramente com a participação efetiva dos magistrados no controle da constitucionalidade, tendo como justificativa consignada por alguns autores a necessidade de imunização contra a possível ação danosa do processo político majoritário.

Enfim, podemos concluir que o ativismo judicial se mostra como a ampliação do poder dos tribunais no controle dos demais poderes, através do viés constitucional.

Importante observar que quando relacionamos o surgimento do ativismo judicial com a decadência do constitucionalismo liberal e da política neo-liberal, estamos voltando a uma visão mais humanista e social, preservando princípios basilares de um estado que são representados por sua Constituição e, principalmente, realçando axiologicamente os direitos fundamentais, mais especificamente aqueles que dizem respeito à dignidade da pessoa humana.

Neste ponto, a deficiência legislativa ou a má utilização de instrumentos políticos que possam abalar tais direitos e princípios são objeto dos Tribunais que com o ativismo judicial protegem valores tão importantes para a sociedade.

3.5 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A partir da transição política tem aumentado a presença de instituições judiciais, de seus procedimentos e de seus agentes na democracia brasileira.

A sua visibilidade pública foi acompanhada pelo debate crescente de seu papel e pelo interesse de pesquisadores de ciências sociais pelo tema.

Na ciência política, os estudos sobre as relações das instituições judiciais com as instituições políticas têm utilizado uma expressão que determina o enfoque e orienta o debate: a judicialização da política.

Afinal de contas, como explica Débora Alves Maciel e Andrei Koerner:

Judicialização da política e politização da justiça seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Judicializar a política, segundo esses autores, é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de checks and balances. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela interlocução ou expansão de staff judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito).⁸⁶

⁸⁶ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 57. Rio de Janeiro, CEDEC, 2002, p.114.

Mas deve-se lembrar que, no sentido constitucional, a judicialização refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política.

Importante notar que, não obstante o processo de consolidação institucional da democracia brasileira, ela experimenta um déficit no modo do seu funcionamento, resultante da predominância do Executivo.

Contudo, observar-se também reações da cidadania ao fechamento dos poderes às suas demandas e expectativas, indicadas pela busca crescente do Poder Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões tanto do Executivo quanto do Legislativo.

Ao contrário do constitucionalismo liberal, que é marcado pela defesa do individualismo racional, a garantia limitada dos direitos civis e políticos e clara separação dos poderes, o constitucionalismo democrático prioriza os valores da dignidade humana e da solidariedade social, a ampliação do âmbito de proteção dos direitos e a redefinição das relações entre os poderes do Estado.

Afinal de contas, a judicialização da política é um fenômeno bem conhecido e difundido em liberal - países democráticos, mas é especialmente presente em países que atravessam uma rápida evolução social e realização de um extenso programa de políticas de bem-estar.

Com o crescimento da regulação pública dos comportamentos privados em muitas esferas, alcance potencial do juiz de intervenção, a sua capacidade de influenciar o comportamento social, e o próprio meio de regulação através de políticas públicas também aumentaram consideravelmente, sendo que as consequências institucionais deste fenômeno são afetados por três principais fatores inter-relacionados.

O primeiro fato é a forma como o juiz vê o seu papel e a consequente escolha de auto-contenção ou ativismo em resposta às demandas sociais.

A segunda é a incapacidade crescente de tomadores de decisão para determinar o interesse público, quando eles são forçados a fazer escolhas entre crescentes e conflitantes demandas sociais.

Como resultado desta incapacidade, órgãos representativos frequentemente não são mais capazes de satisfazer as necessidades dos vários setores da sociedade e para resolver conflitos de interesses.

O terceiro é o esforço de aumentar a pressão sobre o Judiciário, por exemplo, através de casos de teste, para obter o que era impossível obter dos poderes

legislativo e executivo por causa dos vetos múltiplos disponíveis para os detentores de interesses conflitantes.

A interação desses três fatores é afetado pelas características institucionais de cada sistema político e seus subsistemas judiciais, tais como o grau de independência dos juízes e do significado político do Judiciário.

A cultura jurídica interna compartilhada pelos operadores do direito em cada país tem a tarefa de transformar demandas sociais em direitos protegidos pelos diversos sistemas jurídicos.

A cultura jurídica externa, ou seja, as atitudes das pessoas em relação a lei, também influencia tanto o papel do legislativo como as decisões do Poder Judiciário.

Afinal de contas, como argui C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, o resultado da judicialização da política pode ser positiva se a judicialização funciona como um canal alternativo para o envio de demandas sociais, quando outros canais institucionais estão sobrecarregadas ou obstruídas, assim, a salvaguarda do pluralismo. Por exemplo, nos EUA os direitos fundamentais como a liberdade de expressão e do gozo dos direitos civis de minorias foram ampliadas pelo Supremo Tribunal dos EUA. Juízes norte-americanos sensíveis à pressão de grupos organizados assumiram a responsabilidade social de proteger os direitos das minorias ou direitos fundamentais para além da capacidade ou vontade da maioria para fazê-lo.⁸⁷

As contribuições do Poder Judiciário para a inovação na lei em uma sociedade pluralista pode ser avaliado positivamente, porque eles têm sido fundamentais para orientar ou estimulando o legislador para decisões sobre o comportamento social e econômico em uma sociedade em rápida mudança, tendo os tribunais tomado o lugar dos outros dois poderes, tanto de direito privado e direito público.

Em contraste, a judicialização da política pode ser negativa nos países em que há uma rígida separação de poderes, uma vez que, nesses países, os tribunais podem ser politicamente irresponsável, mas desfrutam de uma legitimidade democrática indireta, já que eles não devem criar lei para responder às necessidades sociais não satisfeitas.

Nos países democráticos liberais, os efeitos negativos da

⁸⁷ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995, p.182: “*The result of the judicialization of politics can be positive if the judicialization works as an alternative channel for the conveyance of social demands when other institutional channels are overloaded or clogged, thus safeguarding pluralism. For instance, in the U.S.A. fundamental rights such as freedom of speech and the enjoyment of civil rights by minorities have been enlarged by the U.S. Supreme Court. U.S. judges sensitive to the pressure of organized groups have taken the social responsibility of protecting minority or fundamental rights well beyond the capacity or willingness of the majority to do so.*”

judicialização da política é diferente, dependendo das características da estrutura e do significado político dos subsistemas judiciais.

Nos EUA, por exemplo, tanto o significado político, como as garantias da independência do poder judiciário são consideráveis, mas a estrutura hierárquica da jurisdição permite que o Supremo Tribunal americano garanta uma consistente política legislativa judicial.

Tanto o monopólio sobre iniciativa criminal e os poderes discricionários relacionados a ela permite um controlo suficiente das políticas criminais por parte do Poder Executivo.

O recrutamento do judiciário federal é realizado pelo Poder Executivo com o consentimento do Senado, e baseia-se tanto em avaliações transparentes políticos, implementadas, por exemplo, através das avaliações da Associação Americana de Advogados.

Estas características dos subsistemas judiciais levaram os estudiosos a argumentar que a criatividade judicial da Suprema Corte dos EUA nunca esteve em conflito com as forças políticas dominantes, porque o tribunal é parte da mesma coligação nacional.

Isso é possível porque um mecanismo poderoso, eficaz e eficiente de freios e contrapesos, os juízes possuem auto-contenção, pelo menos em algumas questões.

Já em países como a Itália, onde tanto o significado político dos subsistemas judiciais e a independência judicial também são consideráveis, a falta de contrapesos institucionais resulta na atividade legislativa dos juízes, e, conseqüentemente, a judicialização da política induz no que muitos denominam de governo dos juízes.

O problema da legitimidade democrática da legislação judicial existe na Itália por causa do sistema burocrático de recrutamento e da estrutura de carreira com base apenas na antiguidade.

Além disso, os tribunais superiores não são capazes de desenvolver uma política coerente judicial por causa da fragmentação das jurisdições.

Os juízes têm um monopólio sobre a iniciativa no processo penal, sem qualquer coordenação, além de serem a porta para o Tribunal Constitucional, através do instrumento do recurso de constitucionalidade interposto por um juiz durante o julgamento.

3.5.1 A judicialização da política e o aumento dos salários dos juízes

Por sua vez, a judicialização da política salarial do Poder Judiciário pode ser uma ferramenta útil para focar o comportamento diferente de juízes na Itália e nos

EUA, onde dois sistemas políticos semelhantes têm produzido resultados radicalmente diferentes na política salarial.

A remuneração de juízes e magistrados e, especialmente, os aumentos que o salário que podem ter ao longo dos anos, possuem influência considerável sobre a sua independência.

Na verdade, em todos os sistemas políticos modernos com um liberal - regime democrático a responsabilidade de estabelecer os salários dos juízes é atribuído a outras autoridades que não os juízes, quais sejam, os parlamentos ou o governo ou ambos.

A independência do poder judiciário, como garantia da imparcialidade que legitima a sua autoridade, também é baseado na percepção dos cidadãos de tais características.

Assim, enquanto as negociações periódicas sobre os aumentos salariais para todos os outros agentes públicos são vistos como um meio normal de proteção de seus interesses, as negociações podem fortemente prejudicar a imagem dos magistrados de imparcialidade e independência.

Resultados positivos e negativos nas negociações deste tipo podem ser interpretados como reflexo da avaliação positiva ou negativa do desempenho dos juízes, conforme avaliado pelos outros poderes, sendo que tais negociações salariais pode ser percebida como um meio de interferência ilícita com sua independência e imparcialidade.

É por esta razão que alguns sistemas nacionais legais estabeleceram garantias específicas neste campo, como, por exemplo, quando a Constituição dos EUA proibiu a redução dos salários dos juízes ativos enquanto estiverem no cargo.

Na Itália, os salários de magistrados só pode ser alterado pelo Parlamento, mediante a promulgação de leis, e na Inglaterra, o Act of Settlement assegura que os salários dos juízes são reconhecidos e estabelecidos, ou seja, eles não estão sujeitos à suspensão ou redução, e até o presente, os salários dos juízes ingleses foram incluídos no fundo consolidado, um fundo especial que assegura o seu pagamento mesmo se o Parlamento não estiver em funcionamento.

Apesar destas garantias, o problema de proteger ou aumentar a remuneração dos juízes, mesmo que seja apenas uma questão de garantir o montante estabelecido no momento da contratação da erosão pela inflação, ainda continua a ser um problema não resolvido que deve ser enfrentado periodicamente.

Essa situação é particularmente agravada em sistemas de direito, como a Itália, onde os juízes são recrutados em uma base burocrática e onde os aumentos salariais

seguem um padrão de carreira com base na antiguidade.

A Lei de Salário Federal de 1967 estabeleceu que os aumentos salariais dos juízes federais seria proposto pelo presidente e ratificado pelo Congresso.

O presidente apresenta a sua proposta ao Congresso, juntamente com sua mensagem anual sobre o orçamento, e o Congresso tem trinta dias para modifica-la, e, após esse período, a proposta do presidente é automaticamente eficaz, sendo que este processo é repetido a cada ano.

Os salários dos magistrados italianos estão previstas por lei (art. 108, Constituição), como qualquer outra medida que diz respeito a seu status, e os aumentos devem ser aprovados pelo Parlamento.

A alta taxa de inflação no início de 1980, cerca de 20-22% por ano, levou os magistrados a iniciar novas negociações com o Executivo e o Parlamento, a fim de alcançar novos aumentos.

A crise econômica, o déficit crescente, e a consciência de que muitas outras categorias de servidores civis não havia recebido qualquer aumento de salário levou o Executivo e o Parlamento a negar um aumento nos salários dos magistrados, e, então, os líderes das associações de magistrados decidiram adotar a estratégia de litígio.

Os Tribunais Regionais Administrativos (TAR) deram provimento à ação das associações dos magistrados e reconheceram também o pagamento dos valores retroativo, levando-se em consideração a inflação associada à reavaliação monetária com juros vencidos a partir de janeiro de 1979.

O Poder Executivo recorreu ao Conselho de Estado, mas o Conselho, reconheceu como devidos os aumentos decorrentes dos índices econômicos que datam desde dezembro de 1983.

O executivo, tentando evitar o efeito da decisão e para dar tempo ao Parlamento legislar nesse campo, recorreu da decisão do Conselho de Estado para o Tribunal de Cassação, o único órgão constitucional disponível para evitar uma decisão do Conselho de Estado.

O Tribunal Constitucional considerou que o Parlamento tinha o poder de fazer cumprir uma lei interpretativa, fornecendo o aumento aos juízes de acordo com as disposições específicas.

No entanto, o Tribunal Constitucional declarou que o direito dos cidadãos de obter uma sentença de mérito não pode ser contornada por posterior ação parlamentar através da edição de uma lei, e, na sequência desta decisão, as demandas dos

reclamantes foram aprovados, e os atrasos e aumentos foram reconhecidos.

Já nos Estados Unidos, em 1977 um grupo de 140 juízes federais apresentaram um pedido ao Tribunal dos EUA para que se declarasse seu direito de receber aumentos salariais que, no período 1969-1975 haviam sido propostos pelo presidente, mas rejeitado pelo Congresso.

Os pedidos dos requerentes foram baseados no fato de que a taxa de inflação nos EUA no período tomado em consideração havia sido de 34,4% enquanto os salários dos demandantes tinham permanecido o mesmo, e os reclamantes enfatizaram que neste período os salários públicos e privados aumentaram ainda mais do que o custo de vida.

O Tribunal de Reivindicações, em maio de 1977, rejeitou o pedido dos reclamantes, e as razões dadas para apoiar esse julgamento levaram em consideração a teoria dos pesos e contrapesos institucionais entre o poder judiciário e os dois outros poderes.

A proteção das prerrogativas do sistema judiciário dos outros dois poderes afirmado pelo tribunal em sua fundamentação legal é, em si, um exemplo emblemático de quão fortemente o funcionamento de freios e contrapesos é sentida em todos os níveis de governo os EUA.

Os argumentos expressos pelo tribunal em que rejeita o recurso sobre o mérito são surpreendentes e demonstram um senso de auto-controle que não é comum na Itália, e é importante lembrar que neste caso, o tribunal é juiz de si mesmo.

3.6 A INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

Como visto, a idéia da separação entre os poderes surgiu no Estado liberal, enquanto que hoje o Estado não tem contornos precisos, é intervencionista, social, mas ao mesmo tempo não tem condições de equilibrar os diversos setores que contribuem para a estabilidade da economia.

Por estabilidade, compreenda-se, não se quer referir a índices aceitáveis de inflação, mas a desenvolvimento capaz de gerar trabalho a todos, e, claro, não se abordará questão econômica, mas é relevante ponderar que cada vez mais que aqueles que estudam o Estado relacionam poder e economia.

Até mesmo porque examinar os três poderes, ou outros tantos poderes, é assunto da política, do direito, da sociologia, da economia, dos estudos sobre a comunicação.

Por sua vez, a imprensa, atualmente, tem o importante papel de

possibilitar a cobrança mais enfática de medidas governamentais essenciais para a produção do bem – estar.

Os poderes vêm sendo cobrados e precisam dar satisfações, até mesmo o Poder Judiciário, secularmente tido como neutro e apolítico, despe-se da vestimenta negra e impessoal para dar entrevistas e explicar decisões, a isso se podendo denominar cidadania.

Ora, o direito não é mais privilégio de juristas, pois os jornais estão repletos de termos técnicos utilizados em Códigos e todo mundo sabe, ou acredita saber, o que é melhor para a punição eficaz deste ou daquele criminoso.

Apenas para lembrar que a concepção de Montesquieu sobre a separação dos poderes inspirou a Constituição norte-americana de 1787, que foi resultado da Convenção de Filadélfia, quando cinquenta e cinco delegados de diferentes Estados reuniram-se e deliberaram, pela primeira vez na História, sobre a forma de governo, sendo que a referida Constituição não apenas constatou a independência americana, mas procurou instaurar ideal democrático e igualitário.

Em Nova York, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, que participaram da elaboração da Constituição, escreveram e publicaram em jornais de circulação, durante meses, sob pseudônimo de Publius, oitenta e cinco artigos intitulados “O federalista”, cujos ensaios destinavam-se a discutir a estrutura do poder instituído na América do Norte.

Naquela época havia o sentimento de que o Legislativo sugava, para si, todo o poder, e a reunião de todo o poder nas mãos legislativas conduziria a tirania igual à existente quando o poder está todo nas mãos do Executivo.

Enquanto Locke pensava que o principal Poder era o Legislativo, Madison repudiava a supremacia do Legislativo.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), por sua vez, dedica um só capítulo à separação de poderes, sem mencionar expressamente o ofício de julgar, quando afirma que toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação de poderes estabelecida não tem Constituição, sendo a justiça não muito valorizada.

Na França, não houve a preocupação de limitar o legislativo como na América, pois, ali, o legislador foi tido como onipotente, e a justiça, para o estado liberal, passou a ser atividade subalterna.

O poder de fazer leis era preponderante, e após o iluminismo, a justiça

passou a ser atividade derivada, uma vez que aos juristas coube apenas interpretar e aplicar as leis.

A separação dos poderes é uma das causas da escola da exegese, pois estava solidificado o entendimento de que o juiz não cria o direito, mas apenas aplica a lei, enquanto o legislador, esse sim, é a autoridade máxima.

De tudo o que aqui foi dito, conclui-se que da América do Norte aprendeu-se que o controle de um poder por outro, ou a mistura dos poderes, é essencial para que não se instaure a tirania, tendo os americanos denominado esse sistema de checks and balances.

Na Europa, especialmente após a Revolução Francesa, evoluiu o que hoje se denomina positivismo jurídico, consequência da estrita separação de poderes, da supremacia do legislador e aparente neutralidade do Poder Judiciário.

O aplicador da lei é neutro e apolítico, e assim deve ser o juiz, pois esse é o dogma, e é com esses ensinamentos que se vai analisar a separação dos poderes, hoje.

No entanto, o fato é que o Judiciário pode, efetivamente, dar a última palavra em quase tudo. Está na Constituição que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV).

Veja-se o que diz Paula Bajer Fernandes Martins da Costa:

As prescrições constitucionais procuraram equilibrar os três poderes de forma a que o Executivo, superestimado no regime anterior, não mais contasse com muitas oportunidades de atrofiar os demais. Conferiram-se, assim, mecanismos para o Judiciário não apenas controlar o Executivo, mas provocar, desse Poder, atuação adequada aos novos objetivos. O retorno do país à democracia exigia Judiciário e Legislativo fortalecidos.⁸⁸

Ora, o Judiciário está, ainda que mal equipado, bem ou mal cumprindo sua função, em que pese as práticas brasileiras ainda não tenham se acostumado ao controle.

O sistema presidencialista está arraigado e o Executivo, ainda que talvez entenda que deva governar com os demais poderes, aprecia governar só, mas, para aquele poder que, segundo Montesquieu, nasceu nulo, o Judiciário vem ocupando certo espaço.

Isso é muito pouco, dirão alguns, mas não se pode mais afirmar hoje, que o juiz é neutro, apolítico, e que não cria direito mas apenas aplica a lei, muito pelo contrário, o Poder Judiciário, hoje, é político sim.

⁸⁸ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Sobre a importância do Poder Judiciário na configuração do sistema da separação dos poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 30. Ano 8, jan./ mar., 2000, p.250.

Ser político não significa apoiar partidos, mas estar comprometido com as finalidades do Estado marcadas pela Constituição, em clara contraposição às condições sociopolíticas do século XIX, em que sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes.

A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma desneutralização, posto que o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade.

Esta politização do Judiciário é inevitável, porém não interfere, de maneira alguma, na relação entre os poderes, ao menos na forma como concebidos na Constituição.

O fortalecimento do Judiciário enquanto poder é imprescindível para a ordem democrática e o efetivo exercício das funções judiciais incomoda, porque os membros do Poder Judiciário, concursados para o ingresso na magistratura, não estão habituados, e não tem por que estar, aos acordos que se fazem em política – e que podem ser feitos, e concessões recíprocas não têm lugar na prestação jurisdicional, por mais político que se torne o Judiciário.

Dessa forma, é plenamente possível a suspensão do leilão de uma empresa pública em vias de privatização, por exemplo, determinada por um magistrado que não encontrou correspondência dos fatos com o direito.

Pode-se dizer que o juiz invadiu a esfera do Executivo, mas dir-se-á, também, que ele apenas cumpriu sua função, ainda que, com isso, tenha praticado ato que, afinal de contas, é político, ou seja, político e jurídico ao mesmo tempo.

Deve-se lembrar que quando formulada a doutrina da separação de poderes, sequer havia Judiciário estruturado como hoje há, devendo-se concluir, portanto, que quando o Judiciário, hoje, determina ao Executivo certo fazer pretendido pelo autor de ação coletiva, não está interferindo nesse poder mas, pelo contrário, realizando função judiciária não só autorizada mas determinada pela Constituição, e o contorno dado ao Judiciário na nova ordem constitucional não admite abstenção desse Poder sob pretexto de neutralidade política.

Hoje, o Poder Judiciário, justamente porque tem interferido nas políticas públicas é visto com reserva pelos Poderes Legislativo e Executivo, os quais

relacionam-se bem ou mal, dependendo de circunstâncias e configurações políticas.

Mas o Poder Executivo extrapola suas atribuições e invade a esfera do Poder Legislativo quando, por exemplo, edita medidas provisórias em excesso e o Legislativo não reage.

Mais uma vez, é importante esclarecer que existe tendência de ampliação dos poderes do Presidente da República nos países que adotam o regime presidencialista.

Acredita-se importante dotar o Executivo de instrumentos que viabilizem a eficaz ação governativa, porém, nos países de estrutura subdesenvolvida essa ampliação dos poderes do Presidente pode acarretar ditadura constitucional.

Quando há consonância entre governo e maioria do parlamento, este último torna-se também executor dos programas propostos, não havendo por que resistir ao Executivo, e sob este ponto de vista, o dualismo entre Executivo e Legislativo, no Brasil, é apenas formal.

Mais de vinte anos de Constituição mostraram, no entanto, que a tradição brasileira, bem como a governabilidade possível do país, conduzem, ainda que não se queira, a um Executivo forte.

No entanto, o Judiciário, como demonstrado, é o poder capacitado constitucionalmente para controlar, pelo direito, eventuais excessos e desvios dos demais.

Afinal de contas, não há sociedade sem organização, daí a parêmia secular: *ubi societas, ibi jus; ubi jus, ibi societas*.

A Constituição torna literal essa concepção no §1º, do art. 1º, ao dizer que todo o poder emana do povo, está indicando a fonte do poder constituinte.

Nesse passo, já dizia Michel Temer:

“Para se garantir as liberdades do indivíduo, é que a doutrina constrói a concepção da criação de órgãos independentes, uns dos outros, para o exercício daquelas funções.”⁸⁹

O Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes independentes entre si, estabelece o art. 2º da CF, mas deve-se questionar de que maneira é revelada essa independência.

Em primeiro lugar pela circunstância de cada Poder haurir suas competências no Texto Constitucional, de forma que nenhuma norma infraconstitucional pode

⁸⁹ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p.117.

subtrair competências que foram entregues pelo constituinte.

Em relação ao Poder Judiciário, a este também foram conferidas garantias, uma vez que o art. 95 assegura aos juízes os seguintes predicamentos: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.

Ora, as prerrogativas e as proibições buscam assegurar a independência, e é importante ressaltar que o Judiciário, tal como o Legislativo, também organiza seus serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos, na forma da lei.

Como visto, cuida de todo aparato administrativo necessário para dar suporte ao desempenho de sua atividade típica, não dependendo, como visto, do Poder Executivo, cuja atividade típica é administrar.

Destarte, o Judiciário, como os demais Poderes do Estado, pratica, além dos atos que o tipificam, os jurisdicionais, outros, de natureza administrativa e legislativa.

Vale lembrar que, por ato jurisdicional entende-se aquele capaz de produzir a coisa julgada, nos termos do art. 5º, XXXVI, e é a função típica, prevalecente do Poder Judiciário exercer a jurisdição.

Esta, por sua vez, consiste no poder de dizer o direito aplicável a uma controvérsia, deduzida processualmente, em caráter definitivo e com a força institucional do Estado.

Ademais, tradicionalmente, distinguem-se a independência externa, qual seja, a liberdade de que goza globalmente a magistratura em comparação com outros órgãos políticos e a independência interna, aquela de que gozam os membros dentro de sua corporação.

Nas magistraturas da Common Law, como a inglesa, a independência externa está bem garantida, mas a independência interna é muito fraca.

Nesse caso, a independência da magistratura é muito grande em detrimento da figura do juiz individualmente, uma vez que a coesão do direito é assegurada de duas maneiras: pela homogeneidade do corpo de juízes e por uma centralização judiciária muito forte.

No entanto, além do Poder Judiciário tem-se a mídia, onde a igualdade de armas não existe, pois ela oferece um prêmio àquele que não só conta a melhor história, mas também a conta melhor, ou seja, ela reforça o efeito de verdade em detrimento da verdade; a sedução, em detrimento da argumentação.

Dessa forma, a mídia ameaça tornar ainda mais delicada a fragilidade

do discurso judiciário que, não podendo provar, visa no entanto a convencer.

Subtraindo-se ao direito, a mídia corre o risco de converter-se no instrumento de uma relação de força, visto que o jornalista transforma o processo judicial num duelo simbólico entre o juiz e o acusado, no qual o árbitro não é mais o juiz, mas sim o jornalista.

A justiça é a condição para a paz, a purgação do passado, condição para o futuro, e é preciso restaurar a paz pela justiça para retomar o fluxo contínuo de relações que constitui a vida social.

O direito, em última análise, se traduz na promessa feita à comunidade, nacional ou internacional, e às gerações futuras, sendo que daí avém a regra de ouro que é a própria condição do edifício jurídico: os compromissos devem ser cumpridos, *pacta sunt servanda*.

Para isso, uma atitude consiste em manter a justiça afastada das influências políticas e em organizar a neutralidade dos juízes a partir do seu recrutamento até o fim de sua carreira como juiz.

A busca dessa virtude, diferente da posição que se resigna a refletir a paixão partidária, reabilita o profissionalismo e recompensa a neutralidade, respondendo melhor às aspirações contemporâneas.

Afinal de contas, como aduz Antoine Garapon:

“Se uma regra do jogo, como nos países da Common Law, deve ser respeitada sob pena de deturpá-lo completamente, o ideal contido na lei dos países latinos, ao contrário, se satisfaz muito bem com a ineficiência, seu objetivo sendo mais uma expressão simbólica do que sua real aplicação.”⁹⁰

3.6.1 A independência do Poder Judiciário na Espanha

Deve-se iniciar o presente tópico fazendo reflexões sobre a caracterização do Poder Judiciário em um Estado de Direito, pensando sobre a posição institucional dos juízes em um Estado governado pelo Direito, falando sobre as relações de acomodação ou confrontação do Poder Judiciário com os outros poderes do Estado.

E é necessário, partindo do conceito de Estado de Direito, que este encerra algum elemento mais que o respeito dos poderes públicos e dos cidadãos à lei, qual

⁹⁰ GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia – O Guardião das Promessas*. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p.251.

seja, a existência dos poderes legislativo, executivo e judicial, separados e independentes.

O Estado de Direito, como superação histórica das formas absolutistas de governo do Antigo Regime, que aparece e se estende na Europa e América até o final do século XIII e princípios do XIX, ligado ao espírito de democracia, unido aos requerimentos dos cidadãos de eleger e controlar a seus governantes, tem uma magnífica expressão no art. 16 da Declaração francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, quando afirma que toda sociedade na qual a garantia dos direitos do homem não está assegurada e a separação de poderes determinada, não tem Constituição.

O Estado de Direito supõe pois, fundamentalmente, a limitação do poder do Estado pelo Direito e a construção do Poder Judiciário independente, e conseqüentemente, o Estado de Direito é a institucionalização de órgãos jurisdicionais, juízes e tribunais, encarregados de velar pela aplicação do Direito, encarregados pela lei de revisar o atuar administrativo, de reprimir as condutas puníveis, de resolver também os conflitos entre interesses privados e sociais.

O Poder Judiciário, como poder separado e independente do Poder Executivo, se erige em um dos pilares básicos para a sustentação do Estado de Direito e vai adquirindo um papel relevante no próprio funcionamento do Estado.

A independência do Poder Judiciário se manifesta em primeiro lugar pela separação dos órgãos judiciais dos outros poderes do Estado, e pela atribuição com exclusividade aos juízes das funções jurisdicionais, sendo que a independência dos juízes se concebe externamente pela inexistência de subordinação ao Poder Executivo.

Mas a independência judicial constitui ademais um direito fundamental dos cidadãos, incluído no direito a tutela judicial, o direito a que o conhecimento das causas judiciais corresponda a um tribunal independente e imparcial.

José Manuel Bandrés, em relação à realidade do Poder Judiciário na Espanha, explica que a subordinação dos juízes espanhóis ao Executivo, construindo uma jurisprudência ao serviço da classe dominante, é uma boa mostra do controle do governo sobre o Poder Judiciário.⁹¹

O caminho iniciado do autogoverno judicial, que rompia com o plano tradicional de subordinação em que se desenvolviam as relações entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, seria seguido no marco do Estado democrático de Direito pelas

⁹¹ BANDRÉS, José Manuel. *Poder Judicial y Constitución*. Barcelona: Casa Editorial, 1987, p.13: “*La subordinación de jueces españoles al ejecutivo, construyendo una jurisprudencia al servicio de la clase dominante, es una buena muestra del control del gobierno sobre el Poder Judicial.*”

Constituições da Grécia (1952), Portugal (1976) e Espanha (1978), com a criação de Conselhos Superiores da Magistratura, Conselho Geral do Poder Judiciário, entre outros, que levariam a bom termo o princípio de separação de poderes.

E se o juiz no Estado liberal de Direito se limitava a salvaguardar a ideologia burguesa dominante; exercendo uma dupla função; atuando como máquina repressiva para garantir o respeito às leis e ordenamentos burgueses e, em seu próprio tempo, como aparato ideológico do Estado, é dizer, como instrumento de indução do consenso sobre os valores e as idéias da classe dominante; no Estado Social de Direito, destaca-se que se impõe ao juiz favorecer os princípios e valores constitucionais, fundamentar suas decisões na plena submissão à Constituição e às leis, e cuidar ao máximo as garantias processuais que permitam ao cidadão posicionar-se em um plano de igualdade nas redes judiciais.

No Estado Democrático de Direito exige do juiz um esforço maior em desenvolver a função promocional do Direito; em construir uma jurisprudência impregnada dos valores constitucionais de igualdade e solidariedade que consolide os avanços normativos conseguidos pelas classes subalternas.

Exige sua interseção em favor da democracia, sua interseção ante o Poder Legislativo, através do controle da constitucionalidade das leis e ante o Poder Executivo, logrando a plena submissão da Administração à lei.

A Espanha se constitui em um Estado social e democrático de Direito, e proclama o primeiro artigo da sua Constituição, que propunha como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político; e desta declaração, que inaugura a Carta Magna dos espanhóis, se depreende imediatamente que a nação se organiza politicamente como Estado social – no que os poderes públicos tem como objeto perseguir a igualdade dos cidadãos e garantir os direitos econômicos das classes mais desprotegidas.

Como Estado democrático – sobre a base de fazer residir a soberania no povo, emanando as leis da vontade popular e favorecendo os princípios de participação e pluralismo políticos.

E como Estado de Direito que sugere que tanto o Poder Legislativo, o Executivo e o Poder Judiciário, e todos os cidadãos se encontram submetidos ao império e à razão da Constituição e do resto do ordenamento jurídico: e ademais que o Estado põe sob sua tutela um catálogo de direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, a cuja promoção são chamados sem exceção todos os poderes e autoridades públicas.

Ao Poder Judiciário, único titulado como tal na Constituição

espanhola, lhe dedica a primeira Lei o título VI, cujo primeiro artigo, o número 117, em seu parágrafo primeiro estabelece que a justiça emana do povo e se administra em nome do Rei por juízes e magistrados integrantes do Poder Judiciário, independentes, inamovíveis, responsáveis e submetidos unicamente ao império da lei.

No artigo 24 da mesma Constituição, em seu parágrafo primeiro, é proclamado o direito fundamental de todos os cidadãos a obter a tutela de seus direitos ante os Tribunais de Justiça, tendo em vista que todas as pessoas tem direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso possam ficar indefesas.

Como se percebe, o direito à tutela jurisdicional é o direito de toda pessoa a que se faça justiça, a que quando pretenda algo de outra, esta pretensão seja atendida por um órgão judicial, através de um processo com umas garantias mínimas.

O Poder Judiciário aparece revestido na Constituição espanhola de 1978 de amplas faculdades que aparentemente desbordam o marco de um Estado democrático de Direito para inserir-se na construção de um Estado de Direito que se possa qualificar de judicializado.

Porque o Poder Judiciário não só ostenta na exclusiva função jurisdicional que lhe permite interpor-se na solução de conflitos entre interesses privados e sociais; tem ademais encomendado o controle das administrações públicas, é órgão cooperante na vigilância da constitucionalidade das leis, e sobre sua força se deposita a função de satisfazer o direito à tutela judicial efetiva que corresponde a todos os cidadãos, e especialmente a de ser guardião das liberdades públicas.

Sob a luz da Constituição espanhola de 1978, a independência do juiz resume-se em um sentido próprio das circunstâncias que conferem crédito aos titulares do Poder Judiciário, aqueles elementos que formam parte de seu estatuto pessoal – independência funcional, política, orgânica, cultural, econômica, inamovibilidade.

Como já dito, o artigo 24 dessa Constituição reflete o perfil da independência judicial ao proclamar o direitos de todos os cidadãos à tutela judicial efetiva que se plasma concretamente, e que o que nos interessa, no direito a aceder a um tribunal independente, a um juiz ordinário predeterminado pela lei, segundo invoca o próprio texto constitucional.

Por ele pode-se afirmar, sem nenhuma ambiguidade, que a Constituição espanhola de 1978 considera a independência do juiz, a independência dos tribunais de justiça, como um valor fundamental à mesma ordem jurídico – político do

Estado.

No plano normativo, este princípio vicia de inconstitucionalidade qualquer lei que pretenda imiscuir-se ou desvalorizar a independência do juiz e anula radicalmente qualquer regulamentação que pretende extingui-la.

Garantir a independência e imparcialidade do órgão judicial é também preocupação do Alto Tribunal, em sua interpretação do conteúdo do artigo 14.1 do Pacto internacional de direitos civis e políticos, e do artigo 6.1 do Convênio europeu para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, que lhe reconhecem expressamente.

A Constituição espanhola estabelece como garantias da independência pessoal do juiz o direito a inamovibilidade, que se traduz, conforme o art. 117.2, na impossibilidade de separar, suspender, transferir ou jubilar um juiz senão pelas causas e com as garantias previstas na lei; a reserva de lei orgânica para regular o estatuto jurídico de juízes e magistrados, evitando a intervenção do governo no desenvolvimento regulamentar do mesmo (art. 122.1 CE); a atribuição a um órgão independente do Poder legislativo e do Executivo, ao Conselho Geral do Poder Judicial, das competências em matéria de nomeações, promoções, inspeção e regime disciplinar de juízes e magistrados (art. 122.2 CE); a proibição aos juízes e magistrados de pertencer a partidos políticos ou sindicatos (art. 127.1 CE); e a aplicação rígida do regime de incompatibilidades com a segurança de uma adequada retribuição econômica aos membros do Poder Judiciário (art. 127.2 CE) (p. 31-32).

No entanto, cada ano, no nobre salão do pleno do Tribunal Supremo profere-se o discurso de abertura dos tribunais pronunciado pelo Ministro de Justiça ou pelo Presidente do Alto Tribunal, nos quais se manifesta com paciente reiteração os males da justiça espanhola, as graves insuficiências do sistema judicial – a escassez de juízes, a falta de servidores e pessoal auxiliar, a acumulação das demandas nos juízos e tribunais, dotação insuficiente de meios materiais, o envelhecimento das leis processuais, o amesquinamento da demarcação judicial, a necessidade de aumentar o número de juízes -, e se suplicam uma série de medidas que venham combater os predicados da justiça espanhola, cara lenta e ineficaz.

3.6.2 A independência do Poder Judiciário na América Latina

O continente latinoamericano historicamente tem assistido a um processo generalizado de violência, originado no desconhecimento dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, da população.

E no centro do furacão estão os juízes, enfrentando as demandas por

justiça da sociedade e ao mesmo tempo manipulados por estruturas estatais que desconhecem como o primeiro serviço público de uma nação civilizada é a administração da justiça.

A resposta não pode ser outra, que reivindicar nesses países o acesso à administração de justiça como um Direito Fundamental das pessoas, para falar novas expressões em relação aos direitos constitucionais e tutelar os interesses individuais e sociais para garantir a convivência pacífica.

A título de exemplo, pode-se citar Antonio Suárez Niño:

Temos sido vítimas de três massacres, em 1985, no Palácio de Justiça de Bogotá, quando a metade da Corte Suprema foi assassinada pelo Exército Colombiano que assim respondeu a uma tomada messiânica e absurda a mais irresponsável de um grupo guerrilheiro; em 1989 quando no centro do país, em San Vicente de Chucud, onze operadores judiciais foram massacrados por um grupo paramilitar de comprovadas relações com o exército colombiano e em 1992 em Usme, município da região metropolitana da capital da República, quando doze operadores judiciais foram ultimados pela ação da guerrilha.⁹²

Como se percebe, no panorama latinoamericano, com frequência se apresentam tendências que buscam subordinar aos ditados dos outros ramos do poder público, o qual constitui uma perversão do Estado de Direito e leva a desvalorização do papel do juiz.

De tal maneira que a independência judicial tem de reivindicar não somente o que se refere à justiça como instituição, senão ao juiz como indivíduo, de forma que trabalhar em contrário implica de uma parte, a diminuição das instituições democráticas.

Dessa forma, há que entender a independência judicial como a coluna vertebral do império do direito que implica: separação dos poderes; independência dos juízes; respeito das liberdades e dos direitos fundamentais do ser humano; legitimidade da ação administrativa; e necessidade de um corpo profissional que seja independente frente às autoridades e que está dedicado a defender a nação do império do direito.

Do qual se colige, que a independência do poder judiciário significa que todo juiz tem a liberdade de decidir as questões que tem diante de si, de conformidade com suas convicções e sua interpretação da lei sem nenhuma pressão indevida, direta ou indireta de nenhum setor.

⁹² NIÑO, Antonio Suárez. Los Derechos Humanos del juez em America Latina. *In: Justiça e Democracia*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.2, Jul./dez., 1996, p.51: “*Hemos sido victima de três massacres, en 1985, en el Palacio de Justicia de Bogota, cuando la mitad de la Corte Suprema fue asesinada por el Ejército Colombiano que así respondió a una toma mesjánica y absurda a más de irresponsable de un grupo guerrillero; en 1989 cuando en el centro del país, en San Vicente de Chucud, once operadores judiciales fueron masacrados por un grupo paramilitar de comprobadas relaciones con el ejército colombiano y en 1992 en Usme, municipio del casco urbano de la capital de la República, cuando doce Operadores Judiciales fueron ultimados por la acción de la guerrilla.*”

Portanto, a independência individual dos juízes, tem relação com liberdade de expressão e associação, sendo que o sétimo congresso das Nações Unidas sobre prevenção do delito e tratamento dos delinquentes ocorrido em Milão em agosto de 1985, expressou que os juízes gozarão do direito de constituir associações de juízes ou outras organizações que tenham por objeto representar seus interesses, promover sua formação profissional e defender a independência judicial, assim como do direito de filiar-se a elas.

Também deve-se respeitar a condição de serviço e inamovibilidade, o sigilo profissional e à imunidade, os mecanismos para a proteção pessoal do juiz na América Latina que em alguns casos tem sido desconhecidas por circunstâncias políticas, a permanência no cargo, o qual implica inamovibilidade no mesmo e a garantia de remuneração adequada, sendo que estes mecanismos, para que na prática sejam observados, tem de rechazar a intervenção direta ou indireta do Poder Executivo.

Como se observa, não há dúvida de que há má vontade para a democratização deste ramo do Estado, e, inclusive, pode-se afirmar que os sucessivos *stablishments* latino – americanos têm procurado valer-se politicamente dos poderes judiciários ou, pelo menos, de neutralizá-los para que não perturbem o seu exercício de poder.

Qualquer tentativa de independência real dos poderes judiciários foi desacreditada como ato de ingerência política, em que pese em todas as Constituições proclamar-se a independência do poder judiciário, mas nenhum dos *stablishments* se preocupou de realizá-la.

A submissão política descarada, no pior dos casos, e a burocratização, no melhor, foram a regra dos partidos políticos tradicionais e das ditaduras militares.

Veja-se o que diz Eugenio Raúl Zaffaroni:

Em síntese, as estruturas judiciárias latino – americanas são inadequadas para assumirem as demandas de uma democracia moderna, na medida em que sua debilidade e dependência não lhes permitem desempenhar eficazmente a função delimitadora que requer a consolidação do espaço democrático.⁹³

Na França, uma justiça anárquica, privatizada, cara e arbitrária provocou a contracapa de um judiciário submetido à assembléia legislativa, ideologicamente vazio, que na realidade se transformou imediatamente em uma burocracia militarizada e estreitamente dependente do executivo.

Fomentou-se, dessa forma, um carreirismo que servia a presidentes,

⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: Crises, Acertos e Desacertos*. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.34.

reis, imperadores e primeiros – ministros, para que não se lhe cortassem suas perspectivas de ascensão.

No entanto, a chave de poder do judiciário se acha no conceito de independência, mas este é, como tudo o que se relaciona com o judiciário, bastante equívoco.

A independência judicial pode ser distinguida em independência da magistratura e independência do juiz, enquanto a primeira é condição da segunda e implica a autonomia de governo e o poder disciplinar.

A independência do juiz, por sua vez, pode ser externa e interna, sendo que quanto ao grau de independência, distingue-se entre independência forte e fraca.

A independência da magistratura é a que corresponde aos órgãos ou ao conjunto de órgãos judiciários e do Ministério Público, quer dizer, ao seu autogoverno.

A independência do juiz, ao revés, é a que importa a garantia de que o magistrado não estará submetido às pressões de poderes externos à própria magistratura, mas também implica a segurança de que o juiz não sofrerá as pressões dos órgãos colegiados da própria judicatura.

Um juiz independente, ou melhor, um juiz, simplesmente, não pode ser concebido em uma democracia moderna como um empregado do executivo ou do legislativo, mas nem pode ser um empregado da corte ou do supremo tribunal.

Em síntese, ambas as formas de independência do juiz, a externa e a interna, são igualmente necessárias para possibilitar sua independência moral, ou seja, para dotá-lo do espaço de decisão necessário a que resolva conforme seu entendimento do direito.

É desnecessário sobejar em considerações jurídicas e políticas que impendem que um juiz dependa do executivo ou do legislativo, caso em que, evidentemente, não se trataria de um juiz, mas de um empregado público.

Dentro do marco do modelo democrático, portanto, o juiz requer independência, externa e interna, na medida em que é pressuposto indispensável da imparcialidade, que é caráter essencial da jurisdição, uma vez que a tarefa de interpretar a lei para aplicá-la ao caso concreto é árdua, equívoca e discutível.

3.6.3 A independência do Poder Judiciário e a Revolução Francesa

A Revolução Francesa tinha por pretensão constituir a autoridade judiciária de tal forma que ele não somente conservasse sua independência, mas também pudesse equilibrar a autoridade estatal, e ele deveria garantir a justiça contra o seu próprio

poder e fazer da judicatura algo exterior ao Estado.

Um poder judiciário de tal forma constituído é muito mais necessário quando é democrático o regime do país, uma vez que juízes eleitos, temporários e locais tal qual instituído pela constituição francesa da época, ao exercer seu poder dependente, em um círculo estrito, formariam necessariamente os piores de todos os tribunais.

Assim se manifestava Edmund Burke

A atual organização é estritamente judiciária. Ao invés de imitar a antiga monarquia, fazendo com que os juízes sentassem no banco da independência, o atual governo os reduziu à obediência mais cega. Como tudo foi modificado, novos princípios de ordem foram estabelecidos. Em primeiro lugar, juízes são nomeados tendo que julgar, creio eu, segundo as leis, mas logo após lhes é dito que a qualquer momento outras leis serão decretadas tendo eles, assim, que se adaptarem. Todos os estudos por eles realizados serão inúteis, para substituir esses estudos, entretanto, eles devem jurar obediência a todos os regulamentos, a todas as ordens, a todas as instituições que, continuamente, receberão da Assembleia Nacional. Esses juízes serão nas mãos do governo um perigoso instrumento, pois o Estado poderá, no meio de um processo, ou visando a um determinado resultado, modificar completamente suas normas de decisão.⁹⁴

Ainda é curioso observar que os órgãos administrativos foram cuidadosamente retirados da jurisdição desses novos tribunais, o que significou retirar do império das leis, aquelas pessoas que deveriam estar, com maior razão, totalmente submetidos a elas, sendo que os indivíduos que lidam com o dinheiro público são os que mais deveriam ser estritamente mantidos dentro de sua competência.

Esses órgãos administrativos seriam os instrumentos utilizados pelos chefes franceses da época para passarem da democracia à oligarquia, sendo, por isso, necessário colocá-los acima da lei.

Faltou, ainda, a essa estrutura judiciária, algo para ficar completa, isto é, ela deveria ser coroada com um novo tribunal: uma grande corte de Estado, capaz de julgar os crimes cometidos contra a nação, ou seja, contra a autoridade da Assembleia.

3.6.4 A independência do Poder Judiciário e o Estado Democrático de Direito

O modelo de Magistratura a ser construído em cada país está umbilicalmente ligado ao modelo de Estado constituído, sendo que tem-se três modelos: o empírico – primitivo; o técnico – burocrático e o democrático.

⁹⁴ BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução Francesa*. Tradução de Renato de Assumpção Faria, Denis Fontes de Souza Pinto e Carmen Lidia Richter Ribeiro Moura. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p.193-194.

O modelo empírico – primitivo se baseia em uma cultura jurídica positivista – legalista, marcada pela ausência de confiança no Judiciário, enquanto que o modelo tecno – burocrático possui a característica de ser rígido, positivismo e legalista, não aceitando a Jurisdição Internacional.

Nesse modelo, o Poder Judiciário possui independência mais formal que substancial, mais externa que interna, caracterizada pela submissão administrativa aos superiores hierárquicos, sendo que o juiz possui acentuada tendência silogística.

Já o modelo democrático contemporâneo é marcado pelo respeito à estrita legalidade e à constitucionalidade, sendo importante ressaltar que os países latino – americanos, em geral, os Estados Unidos, Cuba, os países dos antigamente denominados socialismos reais, possuem um modelo empírico – primitivo.

E a Itália, na atualidade, é apontada como exemplo de modelo democrático, enquanto que a França constitui a fonte do modelo tecno – burocrático, uma vez que lá não existe, e isto resume tudo, um Poder Judiciário, senão uma Autoridade Judiciária.

A Magistratura latino – americana é marcada pela péssima imagem do juiz, surgimento de mecanismos informais para a solução dos litígios, através de sistemas paralelos, e educação jurídica formalista.

No Brasil conta-se, por ora, com um modelo acentuadamente tecno – burocrático, ou seja, juiz concursado, intensa preocupação com a carreira, hierarquização, verticalização, legalismo acentuado, etc.

Mas como não se está num país com longa tradição democrática, por isso, fala-se em democracia emergente, tanto pode evoluir para uma Magistratura democrática, como pode retroceder.

Um dos maiores retrocessos da nossa História é a súmula vinculante, sobretudo porque retira-se do juiz o que lhe é essencial no desempenho da função jurisdicional, que é a independência e a liberdade de julgar.

Exatamente porque estão pretendendo afetar a essência do ato de julgar, por estar em jogo a autodeterminação do juiz, como base da sua dignidade, para além de democrática, urge a construção de uma magistratura independente.

A independência do Poder Judiciário, que deve ser entendida como independência de cada juiz, *uti singuli*, é princípio fundamental e, por isso mesmo, básico da nossa Constituição Federal, no seu art. 2º.

O eixo jurídico fundamental do modelo democrático e independente da magistratura está, logo se percebe, nos primeiros artigos da nossa Magna Carta, nos arts. 1º

a 11.

Juiz democrático e independente, assim, é o que exerce sua parcela de poder observando estritamente o bloco constitucional citado, impondo-se destacar que o art. 5º, para além de capitular os direitos fundamentais explícitos, de aplicação direta e imediata (§1º), abriu campo para a introdução no nosso ordenamento jurídico interno dos direitos previstos em tratados internacionais (§2º).

No tempo das Monarquias, o juiz, evidentemente, era mero longa manus dos detentores do poder, vale dizer, dirimiam litígios, mas de acordo com o interesse do Monarca.

A tal ponto foram despóticos esses juízes, que a Revolução Francesa, sob inspiração de Montesquieu, acabou proibindo-os de qualquer possibilidade de interpretação das leis.

De qualquer modo, solucionar litígios foi e é a primeira função do juiz, e o bom desempenho dessa função pressupõe independência e imparcialidade.

Uma segunda função fundamental do Poder Judiciário consiste em controlar os demais poderes, uma vez que a clássica divisão de poderes, que foi difundida por Montesquieu tem por escopo exatamente o controle recíproco.

O Poder Político, formado pelo Executivo e Legislativo, tende a cometer abusos caso não seja contido pelo Poder Jurídico, o Judiciário, e não há liberdade se os Poderes não forem independentes.

Não há equilíbrio se não forem harmônicos, e dentre os variados controles, destaca-se, inegavelmente, o de controle de constitucionalidade das leis, que teve origem na Justiça norte-americana.

Esse modelo foi criado pelos juízes norte – americanos, fundamentalmente por obra do extraordinário Justice Marshall, desde a histórica sentença de 1803, e não se tratava de função explícita na Constituição americana, pois foi criado pela jurisprudência e até hoje subsiste.

A terceira função da magistratura reside no seu autogoverno, e essa questão, no Brasil, ainda não está resolvida, em que pese não se negue que o Poder Judiciário brasileiro conte com autonomia administrativa e financeira (CF, art. 99).

A quarta função consiste na tutela dos direitos e garantias fundamentais, que foram constitucionalizados nas últimas décadas e a quinta e última função da magistratura democrática e independente reside na sua posição de garante do modelo de Estado adotado no art. 1º da nossa CF: Estado Constitucional e Democrático.

É exatamente em sua função e capacidade de controlar os demais poderes, de tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos e assegurar a estabilidade institucional que reside a legitimação democrática substancial do Poder Judiciário.

Há, todavia, um requisito prévio e fundamental para que a atividade jurisdicional, exercida pelo Poder Judiciário, possa cumprir adequadamente seus papéis constitucionais e, em consequência, legitimar-se democraticamente.

Trata-se de algo que está na base da teoria da divisão dos poderes e que consiste em sua total e irrestrita independência e imparcialidade em relação às partes e aos outros poderes, ainda que também democráticos.

Qualquer tipo de ingerência externa ou interna afeta gravemente a independência do juiz, que é pressuposto da sua imparcialidade.

Sobre o tema, Luiz Flávio Gomes afirma:

A independência judicial, assim, vista a partir deste enfoque, aparece como requisito básico para a legitimação democrática substancial da jurisdição, é dizer, sem ela os direitos fundamentais nunca serão verdadeiramente garantidos e nunca teremos um verdadeiro controle jurídico dos demais poderes, especialmente dos demais poderes públicos. Defender a independência judicial, por isso, é o mesmo que pugnar pela defesa dos direitos dos cidadãos que, diante de juízes subordinados ao Poder Político ou ao superior hierárquico, nenhuma garantia teriam. Significa, ademais, defender o necessário equilíbrio institucional mediante o controle jurídico de todas as parcelas do poder.⁹⁵

Lembre-se ainda o que aduz Dalmo de Abreu Dallari:

O reconhecimento formal da independência dos juízes como requisito necessário para a democracia e a paz foi feito pela Organização das Nações Unidas, através de importante decisão no início de 1994. Com efeito, através da Resolução 1994/41, aprovada em sessão de 4 de março desse ano, a Comissão de Direitos Humanos da ONU decidiu recomendar a criação do cargo de Relator Especial sobre a independência do Poder Judiciário. Nessa oportunidade a Comissão reconheceu a necessidade de se criar um mecanismo de controle encarregado de acompanhar a questão da independência e imparcialidade do Poder Judiciário, especialmente no que respeita aos juízes e advogados e ao pessoal e auxiliares da justiça, assim como à natureza dos problemas que podem menoscabar essa independência e imparcialidade. Acolhendo e confirmando essa recomendação, o Conselho Econômico e Social da ONU decidiu criar o cargo de Relator Especial, com as seguintes funções:

- a) Investigar toda denúncia que seja transmitida ao Relator Especial e informar sobre suas conclusões a respeito;
- b) Identificar e registrar não somente os atentados à independência do Poder Judiciário, dos advogados e do pessoal e auxiliares da justiça, mas também os progressos realizados na proteção e no fomento dessa independência, bem como fazer recomendações concretas, inclusive sobre assistência técnica ou

⁹⁵ GOMES, Luiz Flávio. *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.25.

- serviços de assessoramento aos Estados interessados, quando estes o solicitarem;
- c) Estudar, por sua atualidade e importância, e visando a formulação de propostas, algumas questões de princípio com o fim de proteger e assegurar a independência do Poder Judiciário e da advocacia.⁹⁶

Pode-se conceber a independência judicial como gênero que abarca tanto a independência do juiz, como a autonomia da Magistratura, e qualquer estudo a respeito da independência judicial tem que partir da constatação de que foi na Europa onde nasceram os dois distintos modelos ocidentais do juiz e de magistratura, que são o anglo-saxônico, onde aquele goza de total independência e respeitabilidade, e o europeu – continental, onde o juiz se aproxima da condição de funcionário, carreirista, e a magistratura é considerada parte integrante da burocracia centralizada estatal, tal como ocorre na França, Itália, Espanha, Portugal, etc.

O modelo da França serviu de modelo para os demais países europeus – continentais, e, conseqüentemente, para os colonizados latino – americanos.

O Estado absolutista francês e o que lhe sucedeu, o republicano constitucionalista, conceberam o juiz de acordo com suas próprias conveniências, sem nenhuma garantia real nem independência, com total desconfiança inclusive, a ponto de lhe proibir qualquer atividade interpretativa da lei, bem como qualquer atividade fiscalizadora dos demais poderes, sendo que não existe Poder Judiciário, mas Autoridade Judiciária.

Vigoravam, então, os dogmas da soberania absoluta do Estado e do Legislador, assim como o da racionalidade e justiça das leis, razão pela qual toda legislação produzida pelo Poder Político tinha que ser aplicada pelo juiz sem nada questionar, conforme a teoria do positivismo legalista.

O juiz da tradição francesa foi concebido para ser escravo da lei, um simples longa manus do Poder Político, sem nenhuma independência, um cego aplicador do texto elaborado e interpretado pelo Legislativo, acrítico, passivo, asséptico, autômato e, por tudo isso, bastante funcional, e é lógico que foi enquadrado dentro do amplo conceito de funcionário público.

O que acaba de ser exposto aqui explica porque o juiz contemporâneo europeu-continental é bastante distinto do juiz anglo-saxônico, e explica, ademais, a origem do conceito de juiz – funcionário, muitas vezes nomeado pelo Poder Executivo, simples agente do serviço público, bastante preocupado em fazer uma carreira, com a concomitante cautela de não contrariar os interesses daqueles que são responsáveis por sua nomeação ou

⁹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p.44.

ascensão.

Explica, ainda, o forte vínculo que une a Administração de Justiça com a estrutura burocrática centralizada do governo, especialmente no que se refere à dependência econômica.

A função jurisdicional dentro deste modelo governamentalizado nunca conseguiu sua independência total, em que pese, em virtude das garantias constitucionais qualitativamente distintas que lhe são asseguradas, ser evidente que o juiz está inserido dentro de uma relação jurídica diferente.

De qualquer modo, isso não significa que já deixou de ser funcionário: sua instabilidade remuneratória, que com frequência exige algum cortejamento com o Executivo, é a prova maior de que seu status funcional ainda não foi definitivamente superado.

Esse modelo de juiz consolidado pela Revolução Francesa, é o que se difundiu por grande parte do Ocidente, e é por essa razão que o juiz e a magistratura latino – americanos possuem, em linhas gerais, as mesmas características dos seus homólogos europeus – continentais, com a peculiaridade de que, além de tudo, foram incorporados, em seu princípio, em administrações públicas coloniais, marcadas por uma forte centralização do Poder Executivo que, até hoje, em muitos países, dentro do modelo empírico – primitivo, é o que se encarrega de selecionar e nomear os juízes para todos os cargos, ou só para alguns, os mais relevantes, vinculados aos mais altos Tribunais.

A hegemonia do Poder Político, especialmente do Executivo, e a consequente dependência e subordinação do Poder Judiciário, ainda é patente em qualquer sistema político, especialmente na América Latina.

Nos Estados Unidos, da primeira e mais espetacular demonstração de independência judicial, encarregou-se o Justice Marshall, em 1803, que reconheceu pela primeira vez a possibilidade de o juiz controlar a constitucionalidade das leis.

É o *judicial review of legislation*, que inaugurou, pode-se dizer, a era do constitucionalismo, em detrimento do legalismo, e criou todas as condições para o surgimento de um novo juiz.

Da famosa decisão de Marshall são extraídas que passaram a marcar indelevelmente o modelo constitucionalista da jurisdição: a Constituição é superior a todas as demais normas; portanto, nenhuma norma pode opor-se a ela; as normas contrárias à Constituição devem ser subtraídas do ordenamento jurídico por inconstitucionais; os funcionários habilitados para realizar essa declaração de inconstitucionalidade são os juízes,

porque são os únicos funcionários que estão habilitados para interpretar a Constituição.

Para que o juiz possa cumprir suas funções, necessita ser totalmente independente, é dizer, um árbitro imparcial com auctoritas que, por seus conhecimentos e dotes morais, encontre com prudência e equilíbrio a justa solução para os conflitos de interesses que lhe são submetidos, sobretudo os que nascem do natural antagonismo entre o Estado e o cidadão, aplicando o Direito, isto é, o ordenamento jurídico global, não só a lei, sem esquecer da prioridade evidente das normas, princípios e valores constitucionais emanados principalmente do Poder Constituinte soberano.

E para ser completamente independente e, em consequência, imparcial, o juiz, bem como a magistratura, não pode estar subordinado nem depender de nada do Poder Político, constituído, em sentido estrito, pelos poderes Executivo e Legislativo.

De outro lado, o juiz individualmente considerado não pode ter outras limitações senão as impostas pelo ordenamento jurídico, cabendo assim falar em independência pessoal do juiz, bem como em autonomia coletiva da magistratura.

A independência externa do juiz visa protegê-lo das ingerências e pressões externas em suas atividades jurisdicionais, que devem ser guiadas unicamente pelo ordenamento jurídico.

É a independência política do juiz, e algumas garantias e proibições constitucionais, tais como vitaliciedade, irredutibilidade de subsídios, proibição de filiação partidária, etc., não representam mais que a materialização desta independência.

Os textos constitucionais, não obstante, não são completos, visto que várias outras garantias, como, por exemplo, a vinculada com a segurança de sua vida e de sua liberdade individual, principalmente quando e onde existem situações concretas de ameaça, também são fundamentais para o exercício livre da jurisdição e talvez merecessem previsão constitucional.

O desenvolvimento do jogo democrático limpo e equilibrado, sobretudo entre o Estado e o cidadão, depende tanto da existência de regras como de um poder verdadeiramente autônomo capaz de exigir e impor o cumprimento delas, isto é, depende, em outras palavras, de um verdadeiro Estado Constitucional de Direito.

Onde existe um Poder Judiciário totalmente independente é maior a probabilidade de um regular desenvolvimento do jogo democrático, assim como da efetiva proteção dos direitos fundamentais, porque maior será o controle de todos os poderes públicos.

A independência judicial, em suma, não pode ser vista como um

privilégio odioso de um grupo de pessoas juridicamente qualificadas, pois sua verdadeira natureza jurídica é bem distinta: ela constitui um valor de suma importância do próprio Estado Democrático de Direito.

No Estado Moderno, formalista, a magistratura jamais pode ser totalmente independente sem a plena autonomia financeira e administrativa, exigindo-se garantias substanciais.

Por exemplo: não basta a Constituição dizer que está assegurada a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário (CF, art. 99), pois, para se transformar essa proclamação formal em uma garantia substancial faz-se necessário prever, ademais, que uma parte da receita pública, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, seja destinada ao Poder Judiciário que, só assim, pode desenhar e executar sua política judicial sem nenhuma ingerência.

Se em nível estrutural – político é indiscutível a total independência judicial, que constitui, como vê-se, um pressuposto lógico e peça – chave do bom funcionamento do Estado Constitucional de Direito, semelhante conclusão não se pode extrair quando passa-se para o mundo da realidade, onde facilmente se percebe, em muitos países e em vários momentos históricos, que ela é mais discursiva do que efetiva, tendo em vista que o Poder Político resiste quanto pode à idéia da irrestrita autonomia judicial.

E o certo é que enquanto o Poder Político, especialmente, o Executivo, mantiver qualquer tipo de ingerência na elaboração ou execução da política judicial, seja de forma direta, p. ex: seleção, nomeação de juízes, exceto para o Tribunal Constitucional, etc., seja de forma indireta, p. ex: resistência sutil ou ostensiva à plena autonomia financeira e administrativa, não pode-se qualificar o Estado como verdadeiramente de Direito.

A hegemonia do poder político que, segundo a teoria da separação dos poderes, deveria ser controlado, sobretudo pelos Poderes Legislativo e Judiciário, começou com o despotismo, incrementou-se com o absolutismo ilustrado, que não distinguia a Administração da Jurisdição, e se consolidou com a criação do Estado Moderno.

Diante da hipertrofia do Poder Político, predominando num primeiro momento o Legislativo e, nos dois últimos séculos, o Executivo, o Judiciário tornou-se um poder dependente.

É importante questionarmos se o juiz, afinal, deve estar subordinado e seguir as diretrizes da unidade centralizada estatal fixadas pelo Poder Político ou está encarregado também da função de controlar jurídica e independentemente os demais poderes.

A resposta não comporta dúvida: o Poder Constituinte na nossa

Constituição de 1988 atribuiu ao juiz a tarefa de ser o guardião das normas, princípios e valores constitucionais e, desde essa base jurídica, a de controlar os demais poderes.

A origem desse controle jurídico dos demais poderes, aliás, remonta à nossa Constituição Republicana de 1891, pois de 1824 a 1891 o Judiciário não controlou e não podia controlar os atos da administração pública ou a constitucionalidade das leis; com o sistema republicano o Judiciário passou a controlar os outros poderes e o juiz, desde então, passou a ter a responsabilidade de examinar a conformidade da lei com a Constituição.

É a judicial review, cuja origem remonta a Marshall (1803), e foi desse modo que se transformou em Poder do Estado, com forte expressão política.

3.6.5 A interpretação da independência do Poder Judiciário

Inicialmente, tem-se que é evidente, pois, que uma mesma realidade, quando analisados sob pontos de vista distintos, resulta em realidades divergentes, surgindo, naturalmente, o questionamento de qual dessas realidades seria a verdadeira.

Assim nos responde José Ortega y Gasset:

Qualquer decisão que tomemos será arbitrária. Nossa preferência por uma ou outra só pode fundar-se no capricho. Todas essas realidades são equivalentes; cada uma é a autêntica para o seu congruente ponto de vista. O único que podemos fazer é classificar esses pontos de vista e escolher entre eles aquele que praticamente pareça mais normal ou mais espontâneo.⁹⁷

Por isso, que o animal não rege a sua existência, não vive a partir de si mesmo, estando sempre atento para o que acontece fora dele, equivalendo a dizer que o animal vive sempre alienado.

Verifique-se mais uma vez o que nos ensina Ortega y Gasset:

E, porventura, o homem não se acha, como o animal, prisioneiro do mundo, cercado de coisas que o espantam, de coisas que o encantam, e obrigado, por toda a vida, inexoravelmente, queira ou não queira, a ocupar-se delas? Sem dúvida. Mas com esta diferença essencial: que o homem pode, de quando em quando, suspender sua ocupação direta com as coisas, desligar-se de seu contorno, desentender-se dele e, submetendo a sua faculdade de atender a uma torção radical, - incompreensível zoológicamente – voltar-se, por assim dizer, de costas ao mundo, e meter-se dentro de si, atender à sua própria intimidade ou, o que é igual, ocupar-se de si mesmo e não do outro, das coisas.⁹⁸

⁹⁷ ORTEGA Y GASSET, José. *A Desumanização da Arte*. 6.ed. São Paulo: Cortez Editora, 2008, p.34.

⁹⁸ *Idem*. *O Homem e a Gente*. 2.ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero - Americano, 1973, p.57.

Em relação ao objeto da hermenêutica, muito nos esclarece Friedrich D.E. Schleiermacher, senão veja-se:

Eu estou inteiramente de acordo em encerrar a tarefa da hermenêutica entre esses dois pontos, porém, confesso também que quero reivindicar para ela este domínio em sua totalidade e dizer que, em todo lugar onde houver qualquer coisa de estranho, na expressão do pensamento pelo discurso, para um ouvinte, há ali um problema que apenas pode se resolver com a ajuda de nossa teoria, (se bem que, sem dúvida, sempre apenas na medida em que houver já algo de comum entre ele e aquele que fala).⁹⁹

Feitas essas considerações, tem-se que a Constituição, como lei básica, é princípio formal a que todo cidadão pode e deve recorrer, e, por isso, a Carta Magna não pode ser apenas um espelho da sociedade e de suas relações, mas deve expressar as aspirações e os ideais dos cidadãos, deve apontar sempre para o que o conjunto dos indivíduos encara como o objetivo último da vida em comum.

Todos têm o direito de nos rebelar contra qualquer espécie de coerção e abuso de poder, em qualquer instância em que se manifestem: nossa arma chama-se Constituição.

Ela é a resposta à exigência também de Montesquieu, há mais de dois séculos, uma vez que, para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.

Mas não se deixe levar pela ilusão de que a Constituição resolva por si mesma todos os problemas, pois, apesar de sua importância decisiva, faz-se mister sempre lembrar que a lei básica é princípio formal: cabe ao cidadão zelar para que ela seja cumprida.

Para que isso aconteça, urge que a sociedade esteja organizada para defender os princípios que consagrou em sua Constituição, e é preciso que o princípio formal seja trazido para o dia - a - dia, que ele se torne vivo, constitutivo das relações sociais e políticas em todos os níveis.

Paulo Bonavides Paes de Andrade leciona:

Não se pretende com isso, nem de longe, resolver e encerrar a questão. Ela está antes colocada, com mais força, na medida em que se examina a sucessão das Constituições brasileiras. No exame da nossa História constitucional, constatamos que a passagem do nível legal para a realidade das relações sociais tem sido extremamente penosa e na maioria das vezes fracassada.¹⁰⁰

Trata-se, então, de tentar compreender o porquê dessa experiência de

⁹⁹ SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. *Hermenêutica – Arte e Técnica da Interpretação*. 4.ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003, p.31.

¹⁰⁰ ANDRADE, Paulo Bonavides Paes. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra Política, 1989, p.484.

instabilidade ou mesmo de inadequação que tem-se vivido ao longo de mais de 150 anos.

Deve-se ainda destacar que o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins.

Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.

A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.

A Constituição, como já foi visto, é um sistema de normas jurídicas, não sendo ela um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem.

A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos, e em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que costumam suas diferentes partes.

Aos princípios calha a peculiaridade de se irradiarem pelo sistema normativo, repercutindo sobre outras normas constitucionais e daí se difundindo para os escalões normativos infraconstitucionais.

Princípios fundamentais são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado, e são tipicamente os fundamentos da organização política do Estado.

Como leciona Daniel Sarmiento:

Na verdade, os princípios constitucionais encarnam juridicamente os ideais de justiça de uma comunidade, escancarando a Constituição para uma leitura moral, pois é sobretudo e através deles que se dará uma espécie de positivação constitucional dos valores do antigo direito natural, tornando impossível uma interpretação axiologicamente asséptica da Constituição.¹⁰¹

Nada obstante, esses princípios são dotados de natural força de expansão, comportando desdobramentos em outros princípios e em ampla integração infraconstitucional, e eles fincam os alicerces e traçam as linhas mestras das instituições, dando-lhes o impulso vital inicial.

De acordo com Luís Roberto Barroso:

À vista do posto, são princípios fundamentais do Estado brasileiro os seguintes:

- Princípio republicano (art. 1º, caput);

¹⁰¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p.83 - 84.

- Princípio federativo (art. 1º, caput);
- Princípio do Estado democrático de direito (art. 1º, caput);
- Princípio da separação de Poderes (art. 2º);
- Princípio presidencialista (art. 76);
- Princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV).¹⁰²

Outrossim, tem-se que é a ideologia que permite também o entendimento da legitimidade de uma constituição no sentido de um mútuo entendimento, isto é, da criação de pressupostos básicos em torno dos quais parece ocorrer um consenso implícito, por exemplo, no estabelecimento de certas finalidades apropriadamente expressas em fórmulas genéricas do tipo bem comum, ordem constitucional, e a partir dos quais se permitem decorrências óbvias, supostamente lógicas e/ou razoáveis.

Em suma, a noção dogmática e ideológica de legitimidade permite uma compreensão operacional da constitucional, no sentido de se obter uma congruência entre seus diversos planos de atuação.

Ela faz com que, para efeitos de uma prática, isto é, do agir constitucional e do agir conforme a constituição, normas valham conforme conteúdos significativos comuns, em procedimentos que são uma suposição do consenso de todos.

Isto é possível porque, num sentido global, legitimidade é tomada como uma espécie de valoração neutralizadora, ou seja, um ponto de vista avaliativo que tem por efeito básico a neutralização.

Com efeito, assim se manifesta Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Por analogia com as demais normas, costuma-se, dogmaticamente, dizer que as constituições são vigentes a partir de um determinado momento, que estão em vigor no sentido da força da sua impositividade, que são eficazes quer no sentido técnico (auto-aplicáveis ou não) quer no sentido sociológico (adequadas à situação social), que incidem sobre todas as situações, criando, alterando, suprimindo relações jurídicas e que valem, porém, num sentido transposto de validade, o qual, se questionado, nos leva, então, à questão da legitimidade. Isto significa que, do ângulo jurídico – dogmático, aplicam-se às constituições os mesmos conceitos operacionais usados para as demais normas e situações normadas de um sistema, mas o termo chave, que faz operar o próprio reconhecimento da Constituição como um dever – ser primeiro e fundante, presente na vida social, fica não elaborado dogmaticamente.¹⁰³

Constituições, definidas como normas fundamentais, são normas origem, e, assim, a própria definição operacional de legitimidade pretende ser uma regra calibradora do reconhecimento do seu dever ser.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p.147.

¹⁰³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988. Legitimidade. Vigência e eficácia. Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989, p.21.

Por legitimidade deve-se, pois, entender o modo como se estabelece uma neutralização, primeira e fundamental, de justificativa de expectativas constitucionais contra argumentos, desiluidores que, ainda que propostos, são desacreditados.

Uma expectativa normativa ordinária contra a constituição não pode ser neutralizada, isto é, acatada como válida, e vê-se, pois, que a obrigação de prestar o compromisso solene e formal, ou seja, de jurar fidelidade à Constituição, atingiu o Presidente da República, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, autoridade maior do Poder Judiciário, e cada membro das duas Casas do Congresso Nacional, isto é, a totalidade do Poder Legislativo Federal.

Numerosas são as demais disposições, no próprio corpo da Constituição de 1988 que ordenam que as autoridades cumpram a Constituição, e quanto a essa obrigatoriedade pelo Chefe do Executivo, é preciso examinar a Seção III do Capítulo II, Título IV, que dispõe, nos termos seguintes:

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

- I – a existência da União;
- II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
- III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV – a segurança interna do país;
- V – a probidade na administração;
- VI – a lei orçamentária;
- VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Vê-se que esse artigo considera como crime de responsabilidade do presidente da República a prática de atos contrários à Constituição, e no rol de seus incisos, tem-se exemplos de matérias que o constituinte considerou especialmente relevantes na caracterização do crime de responsabilidade presidencial.

Nota-se que esse artigo determina, de fato, a obrigatoriedade da obediência à Constituição aos titulares dos Poderes Executivo e Legislativo, subentendida, aqui, a obrigação do Congresso Nacional de produzir leis que não contrariem a Constituição.

Vê-se, pois, em face das disposições examinadas, a proeminência da função judicante ou do Poder Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, como guarda da Constituição, uma vez que lhe cabe a competência para examinar a constitucionalidade dos atos normativos dos demais agentes estatais.

3.7 DA INICIATIVA LEGISLATIVA DO PODER JUDICIÁRIO E O REGIME JURÍDICO DA REMUNERAÇÃO DA MAGISTRATURA

A atribuição do poder de iniciativa das leis a órgãos do Poder Judiciário, em regra, não encontra abrigo no direito comparado, parecendo haver, na ausência do Judiciário no processo de formação das leis, um preconceito, certamente injustificado.

A interpretação estreita da doutrina da distinção de poderes resultou, muita vez, em se atribuírem todos os atos do processo legislativo exclusivamente ao Poder Legislativo e, por um entendimento, data vênua, fundado em princípio falso, tem-se pretendido que o poder de iniciativa é daqueles que deveriam ser conferidos também somente ao Parlamento.

Já houveram constituições que transformaram o preconceito em princípio constitucional rígido, como a americana e a francesa de 1791, sendo importante mencionar que, aos poucos, o Executivo foi adquirindo competência para apresentar proposições legislativas, estando, hoje, pelo menos formalmente, a esse propósito, em igualdade de condições com o Legislativo, em vias mesmo de se tornar o principal iniciador das leis.

Mas, quanto ao Judiciário, ao que parece, somente nossa Constituição permite a iniciativa legislativa dos Tribunais Federais, e as constituições estaduais acolheram o princípio, quanto aos Tribunais de Justiça.

Curioso é que o mesmo princípio, que fundamentava a recusa de conferimento do poder de iniciativa legislativa a outro órgão que não o Legislativo, serve, hoje, de justificativa para se deferir esse poder ao Judiciário, no direito constitucional brasileiro.

Com efeito, como afirma José Afonso da Silva:

Realmente, para manter a independência dos Poderes, atribui-se a cada um deles a competência para organizar seus serviços administrativos. Assim é que ao Executivo compete privativamente prover na forma da lei e com as ressalvas estatuídas por esta Constituição, os cargos públicos federais (art. 87, V) e, para assegurar sua independência na organização dos seus serviços administrativos, o §2º do art. 67 conferiu ao Presidente da República a iniciativa das leis que criem empregos em serviços existentes, aumentem vencimentos etc.; para o Poder Legislativo, dispôs o art. 40, da Constituição que a cada uma das Câmaras compete dispor, em regimento interno, sobre sua organização, polícia, criação e provimento de cargos.¹⁰⁴

Daí, em igualdade de condição e para o mesmo fim, atribui-se aos tribunais competência para organizarem suas Secretarias e serviços auxiliares, bem como a

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1964, p.130.

criação ou extinção dos respectivos cargos e fixação dos vencimentos.

O gênero agente público compreende três espécies: agentes políticos, servidores públicos e particulares em ação colaborada com o Poder Público.

Agentes políticos são os titulares dos órgãos estruturais à organização política do país, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder e sua função é a de formadores da vontade superior do Estado.

Sobre o assunto, importante verificarmos o que escreveu Adilson Abreu Dallari:

“Voltando, agora, aos servidores públicos, vamos ver eles são identificados por meio de dois traços característicos: a profissionalidade e a relação de dependência típica de quem presta serviços sem caráter de eventualidade.”¹⁰⁵

Outrossim, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado.”¹⁰⁶

A relação jurídica que os prende ao Estado é de natureza institucional ou estatutária, quer dizer, os direitos e deveres que lhes assistem não são definidos através de um acordo com o Poder Público; derivam diretamente da Constituição e das leis.

O texto Constitucional revelou acentuados cuidados em relação ao tema da retribuição dos servidores do Poder Público, tanto que versou o assunto em diversos incisos do art. 37.

A redação original da Constituição não contemplou expressamente o princípio da legalidade da remuneração do servidor público, pois a redação do inciso X do art. 37 previa a revisão geral dos vencimentos, sem fixação de periodicidade e mediante garantias formais, fazendo-o da seguinte forma:

X – a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data.

Cabe ressaltar que a redação atual apresenta algumas vantagens

¹⁰⁵ DALLARI, Adilson Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976, p.08.

¹⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p.05.

adicionais aos servidores públicos, senão veja-se o texto atual:

X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o §4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

O princípio da isonomia permanece como garantia formal, vedando-se a distinção de índices entre classes de servidores, ao menos da lei geral, mas garante-se o princípio da anualidade da revisão da remuneração.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes afirma:

Esse princípio decorrente, o da anualidade da revisão remuneratória, obriga a Administração a, pelo menos uma vez por ano, e no mínimo na mesma data, prover o reajuste compensatório das desvalorizações da moeda que sofreram o salário e o subsídio. Pode a Administração conceder reajustes em periodicidade inferior a um ano, jamais superar a data limite fixada como de interregno de doze meses para a revisão salarial.¹⁰⁷

Tem-se que está obrigado, o chefe do Poder Executivo, sob pena de crime de responsabilidade por violação de mandamento constitucional, a apresentar a cada período de doze meses, pelo menos, projeto de lei apresentando sua proposta de revisão geral do sistema remuneratório que implique variação positiva.

Por revisão geral deve-se entender aquele aumento que é concedido em razão da perda do poder aquisitivo da moeda, uma vez que não visa a corrigir situações de injustiça ou de necessidade de revalorização profissional de determinadas carreiras mercê de alterações ocorridas no próprio mercado de trabalho, nem objetiva contraprestar pecuniariamente níveis superiores de responsabilidades advindas de reestruturações ou reclassificações funcionais.

Como aduz Celso Ribeiro Bastos:

Por revisão geral deve-se entender aquele aumento que é concedido em razão da perda do poder aquisitivo da moeda. Não visa a corrigir situações de injustiça ou de necessidade de revalorização profissional de determinadas carreiras mercê de alterações ocorridas no próprio mercado de trabalho, nem objetiva contraprestar pecuniariamente níveis superiores de responsabilidades advindas de reestruturações ou reclassificações funcionais. Restam, portanto, abertas as portas para esse tipo de aumento restrito aos cargos e carreiras especificamente atingidos por estas medidas.¹⁰⁸

Como se percebe, o conteúdo desse preceito tem duas vertentes, quais

¹⁰⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à Reforma Administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.122.

¹⁰⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v.3. t. 3. São Paulo: Saraiva, 1992, p.105.

sejam, em primeiro lugar, impõe os mesmos índices, o que significa a adoção de um percentual idêntico para todos os servidores.

De outra parte, consagra-se a identidade de data, ou seja, a aludida revisão geral de remuneração terá de ocorrer simultaneamente para todos os servidores públicos, civis e militares, não significando que ela ocorrerá sempre na mesma data do ano.

À derradeira cumpre deslindar o único aspecto que o preceito poderá assumir um caráter polêmico, qual seja, é o que diz respeito aos seus destinatários referidos como os servidores públicos.

Reconhece-se que, a um primeiro exame, por força da inserção do inciso em artigo que cuida tanto da Administração direta quanto da indireta, a conclusão que se extrairia parece apontar no sentido da inclusão quer dos funcionários públicos, quer dos contratados pela CLT, estejam estes na Administração direta ou indireta.

Dentro da Constituição Federal, antes mesmo da reforma administrativa em comento, há muito convivem algumas carreiras especiais do serviço público que, sem terem a dimensão de seus membros elevada à categoria de agentes políticos, podem tê-los considerados como agentes públicos especiais, ou como uma espécie de servidores públicos sujeitos a um regime especial.

São eles: os magistrados, os membros do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, os Advogados Públicos, os Defensores Públicos e os oficiais militares e os delegados de polícia.

Se considerarmos que a cada natureza jurídica de agentes públicos corresponde um determinado regime jurídico retributório, tem-se que aos agentes políticos cabe o regime de subsídio e aos servidores públicos o regime jurídico da remuneração.

No entanto, a natureza típica especial das funções exercidas pelos profissionais dessas carreiras públicas típicas da Administração do Estado e submetidas a regime constitucional diferenciado autoriza a criação de um sistema especial de retribuição pecuniária, desde que mantidas as regras gerais do sistema de remuneração.

3.8 A AUTONOMIA FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA DO PODER JUDICIÁRIO

A falta de credibilidade das instituições políticas e a incapacidade de manter o consenso entre os cidadãos, pela ineficácia dos serviços do estado em satisfazer as exigências mínimas dos diversos grupos sociais, instauram o que se tem denominado não-governabilidade.

A partir dos anos 30, predomina uma perspectiva meramente técnica na estruturação do Judiciário quanto ao recrutamento, à promoção, à relação entre instâncias, denotando a nossa herança ibérica inquisitorial de hierarquia e recursos.

Essa perspectiva técnica da organização da justiça encontra-se sob forte pressão, porque atrelada à falta de credibilidade que alcança toda a organização nacional, ainda que o Poder Judiciário preserve melhores índices de aceitação.

O combate que está à vista tem como referencial o confronto das massas assalariadas, carentes dos meios para obter os bens e serviços necessários a um mínimo de sobrevivência, e os que deles desfrutam, acumulando a maior parte da renda nacional.

Primeiro, a identificação da falha da lei com a ineficácia da prestação jurisdicional, e segundo, com a morosidade dos processos, que abastardou o juízo popular "a justiça tarda mas não falha".

A realidade subjacente é dramática, porque os advogados, membros do Ministério Público e magistrados são compelidos ao dever de exaurir na realização da justiça a aplicação da lei, e não o sentimento da opinião pública.

E, com isso, a lei em si mesma é questionada no seu conceito tomista de ordem da razão, e, o que é pior, atinge a própria credibilidade do Poder Judiciário, encarregado de prestar a jurisdição apoiado na lei.

Quanto ao segundo sentimento, a sociedade resiste ao "cartorialismo" do processo judiciário, e pouco adianta a consciência dos iniciados quanto ao sistema de defesa que o desenvolvimento do processo representa para o equilíbrio entre as partes.

Pouco importa que não existam estudos sérios sobre a matéria, e o que vale, de fato, é a amostragem da superfície, que contribui para tornar a lentidão judicial uma "verdade".

Ao identificar o problema da duração dos processos, anota-se que ninguém procura pesquisar a verdade, a verdade do que efetivamente se passa na tramitação dos processos judiciais, e que constitui, afinal de contas, a maneira pela qual o direito vive, deduzido pelas partes e proclamado pelos Tribunais.

De acordo com Carlos Alberto Menezes de Direito:

E, mesmo considerando a natureza limitada, no sentido geográfico e técnico, sendo a pesquisa feita somente na Comarca da Capital, em Varas Cíveis, a conclusão preliminar indica que os processos demoraram, em geral, muito menos do que aponta a voz corrente. Como adverte o relatório, 72% dos feitos sumaríssimos e 67% dos feitos ordinários receberam sentença em menos de um ano. E, no que tange à duração total dos feitos na Justiça estadual, constata-se que a maioria deles ficou no prazo de dois anos. E, o que é relevante, das deficiências materiais e de recursos humanos do Judiciário do Estado resulta, certamente, como principal fator, o

retardamento dos feitos judiciais.¹⁰⁹

E assim é pelo fato simples do enraizamento da idéia no sentimento da população, com o que se forma uma opinião pública desfavorável, corroendo a legitimidade de todo o sistema judiciário.

Colocado nessa grandeza, elevado a esse nível, o problema da autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário precisa ser enfrentado em três aspectos: 1º) o do mito; 2º) o das condições materiais; 3º) o das condições humanas.

As constituições republicanas sempre reservaram espaço para o discurso da autonomia, e a Constituição de 1988 reforçou o discurso, mas a inovação formal veio na garantia do orçamento próprio e do seu direto encaminhamento ao Poder Legislativo.

Questiona-se o motivo dessa inovação formal, e conclui-se que a elaboração da proposta orçamentária ficou vinculada aos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias compreendendo as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital, tudo para orientar a elaboração da lei orçamentária anual.

Esta lei é de iniciativa do Poder Executivo, que, pela experiência, transformou a elaboração conjunta em subsidiária, na medida em que a manipulação técnica do orçamento pertence ao Poder Executivo.

E, superada essa fase, entra-se na segunda, a da liberação dos recursos orçamentários, apesar da previsão constitucional determinando que sejam entregues até o dia 20 de cada mês.

E a luta é travada nos escalões técnicos que manipulam os dados econômicos da elaboração da proposta orçamentária e da liberação dos recursos, particularmente na esfera dos estados-membros.

Para que a autonomia do Poder Judiciário passe do discurso à realidade o único caminho possível, no quadro da prática brasileira da relação entre os poderes do estado, é a reserva constitucional de um percentual mínimo da receita, assegurado o mesmo percentual para os créditos suplementares e especiais.

Com essa garantia constitucional da autonomia financeira, será factível pensar institucionalmente em investimentos maciços para a melhoria das condições materiais de funcionamento da justiça.

De fato, ninguém hoje desconhece o atraso tecnológico da justiça, ainda uma vez, particularmente, da justiça estadual, que opera com metodologia arcaica, com uso limitado da informática, em instalações físicas precárias, com material de consumo reduzido.

¹⁰⁹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes de. *A Autonomia Financeira e Administrativa do Poder Judiciário: mito e realidade. VII Conferência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro*. Congresso Sobral Pinto, 1991.

Além de tornar pouco eficiente o funcionamento, essa situação impede a dignidade do processo judiciário, gerando uma promiscuidade insalubre, propícia a toda sorte de favores, pela indigência da austeridade, que se impõe aos que têm de dirimir conflitos de interesses, sob o fogo cruzado das mais acesas controvérsias.

A falta de condições materiais é, ainda, causa do atraso, da lentidão no andamento dos feitos e, por conseguinte, também, do desprestígio do Judiciário, sendo também necessário cuidar das condições humanas.

Esse cuidado começa com o reconhecimento do rigor do acesso pelo concurso público, para o que se não abrem quaisquer exceções, devendo os magistrados serem testados com absoluta lisura, para que gozem das prerrogativas constitucionais sem dever favores a quem quer que seja, e é a partir desse singelo fato que se ergue o princípio da soberania da prestação jurisdicional.

No Brasil, confunde-se a inflação com salários, e se os achata, quando o que ocorre é a disparidade dos preços, e com essa situação quem aqui ganha o que parece nominalmente muito, em comparação com seus equivalentes em sociedades economicamente estáveis, ganha pouco, porque nestas, com menor remuneração nominal, tem-se mais confortável acesso aos bens e serviços necessários à vida.

3.9 A SUPREMA CORTE NOS ESTADOS UNIDOS

A Corte Suprema dos Estados Unidos é um grupo de nove juristas mais ou menos idosos, nenhum dos quais até agora enfrentou os eleitores numa eleição para cargo público, sendo que a maioria carece de experiência pré-judicial substancial na vida pública, quatro foram nomeados por um presidente que depois teve de renunciar ao cargo para evitar o impeachment, e um por um presidente não escolhido pelos eleitores para esse cargo.

Contudo, esses nove juízes tomam, e seus antecessores do último século e três quartos tomaram, algumas das mais importantes decisões políticas do funcionamento da república americana.

Exercem essa influência dominante na política nacional em razão de sua autoridade para interpretar a Constituição, e por causa dessa autoridade nosso sistema tem sido amplamente apontado como um sistema de supremacia judicial.

Exercendo as prerrogativas da supremacia judicial, a Corte, em janeiro de 1973, nos casos Roe versus Wade e Doe versus Bonton, declarou inconstitucional a maioria das leis estaduais sobre aborto criminoso, numa mistura de investigações médicas e

critérios éticos.

Exercendo as prerrogativas da supremacia judicial, a Corte, em julho de 1974, no caso *Estados Unidos versus Nixon*, decidiu que uma reivindicação presidencial de privilégio executivo tinha de ceder a uma citação para apresentação de provas, necessária num processo criminal em curso, e assim causou a primeira renúncia de um presidente na História americana.

Exercendo as prerrogativas da supremacia judicial, a Corte, em janeiro de 1976, no caso *Buckley versus Valeo*, decidiu que os aspectos-chaves da Lei Federal de Campanha Eleitoral de 1974 eram inconstitucionais, assim limitando seriamente os principais esforços do Congresso para evitar a repetição dos escândalos da eleição presidencial de 1972, tendo os legislativos estaduais, o Congresso, até mesmo o Presidente, se inclinado diante da supremacia judicial.

Destarte, a doutrina americana de supremacia judicial é encarada, de modo geral, como fundada na decisão tomada por John Marshall no caso *Marbury versus Madison* (1803), quando ele aproveitou a oportunidade de um litígio de pouca importância relativo à falta de autorização, pelo Secretário de Estado James Madison, para a nomeação de certo William Marbury como juiz de paz, para afirmar o poder de sua Corte para declarar inconstitucional um ato do Congresso.

O argumento de Marshall em favor da supremacia judicial fundava-se em sua afirmação de que a Corte, por necessidade, era a suprema intérprete da Constituição.

Marshall presumiu delicadamente que os juízes tinham conhecimentos jurídicos superiores e que uma descoberta judiciária de incompatibilidade entre uma lei e a Constituição era, como o afirmara Thomas Reed Powell, equivalente a uma contradição objetiva na ordem da natureza e não mera diferença de opinião entre duas pessoas que pensassem de modo diverso.

A legitimidade da supremacia judicial tem sido objeto de perene controvérsia, e a argumentação não tem sido simplesmente acadêmica, até mesmo porque, se a política do Governo relativa a questões vitais que afetem todo o povo deve ser fixada irrevogavelmente por decisões da Corte Suprema, no instante em que são tomadas, em litígio ordinário entre partes, em ações pessoais, o povo terá cessado de ser seu próprio governante, tendo, nesse sentido, praticamente depositado seu Governo nas mãos desse eminente tribunal.

No entanto, como recorda C. Herman Pritchett:

Considerado todo o retrospecto histórico, só se pode concluir que a oposição congressional à Corte tem sido, de modo geral, ineficaz. Nagel verificou que

somente nove das 165 medidas de entrave à Corte foram adotados pelo Congresso. Durante o século XIX o Congresso conseguiu, com efeito, várias vezes, mudar o número de membros da Corte por motivos políticos, e depois da luta de 1937 pela superlotação da Corte aprovou condições de aposentadoria mais favoráveis, como meio de estímulo à aposentadoria dos juízes de idade avançada.¹¹⁰

Os êxitos congressionais mais significativos surgiram com a aprovação de três emendas constitucionais que deviam decisões da Corte Suprema: a Décima Primeira Emenda, que proibiu processos contra estados, intentados por cidadãos de outros estados; a Décima Sexta, que revogou a decisão de 1895 contra um Imposto de Renda federal; e a Vigésima Sexta, que garantiu o direito de os jovens de dezoito anos votarem nas eleições estaduais depois de a Corte haver declarado inconstitucional uma lei nesse sentido.

Esforços repetidos no sentido da adoção da exigência de mais do que uma maioria simples para a declaração de inconstitucionalidade de atos do Congresso têm igualmente falhado, assim como tentativas de limitação da competência da Corte para o julgamento de apelações.

O Presidente está em posição muito melhor do que o Congresso para influenciar a Corte, principalmente por meio de seu poder de nomeação dos membros do tribunal.

Essa é, segundo todas as probabilidades, a mais significativa das influências externas sobre a corte, uma vez que, existindo número suficiente de vagas, um Presidente pode mudar toda a filosofia constitucional da Corte, como o fez Roosevelt entre 1937 e 1942 quando escolheu um Presidente da Corte e fez outras oito nomeações, e Nixon transformou a Corte de Warren na Corte de Burger com quatro nomeações entre 1969 e 1971.

Assim, a Corte não somente tem sobrevivido na competição com os dois ramos políticos, como também tem conquistado aceitação quase universal de seu importante papel como parceira do Presidente e do Congresso na elaboração da política pública americana.

A revisão judicial acabou encarada como uma característica contribuição americana à arte do governo, e desde a Segunda Guerra Mundial têm-se estabelecido cortes supremas mais ou menos do modelo americano em vários países democráticos, particularmente a Alemanha, Itália e Japão.

Quase não há necessidade de recordar as muitas e importantes interpretações constitucionais emitidas pela Corte na última década ou nas duas últimas,

¹¹⁰ PRITHEIT, C. Herman. A Supremacia Judicial. In: *Ensaio Sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Tradução de Elcio Gomes Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978, p.150.

relativamente a segregação racial, representação legislativa, direito de voto, liberdade de associação e reunião, igualdade de direitos para a mulher, novas definições de obscenidade, proteção do pobre, aborto, liberdade de religião e limitações sobre a ajuda pública a escolas religiosas, pena capital, e considerável número de decisões protetoras no desenvolvimento de processos criminais.

No número 78 de “The Federalist”, Alexander Hamilton previu que o Judiciário seria o mais fraco dos três ramos do Governo, já que o Congresso tinha o poder da bolsa e o Executivo controlava a espada.

Os tribunais tinham meramente o poder de julgamento, sendo, obviamente, segundo a maioria dos critérios, o Judiciário o ramo mais fraco, em número, recursos, dotações orçamentárias, mas em conflito com os outros ramos tem alcançado êxito, de modo geral.

Um fator relacionado com a história de êxito da Corte sobressai da relação de proprietária com a Constituição, em função da atrevida afirmação, feita por Marshall, de monopólio judiciário sobre a interpretação constitucional, que foi ratificada pelo tempo.

Até mesmo quando há discordância da interpretação dada pela Corte a disposições constitucionais, é dado ao tribunal o crédito de ser o único ramo do Governo que realmente lida a sério com a Constituição.

De mais a mais, a supremacia da Corte é fortalecida pela mística do processo judiciário, porque o Direito é uma profissão honrada e hoje desfruta de popularidade sem precedente como uma opção de carreira para os estudantes universitários.

Embora o funcionamento dos tribunais seja perene objeto de queixas, talvez nunca mais como agora, e embora os juízes possam ser individualmente condenados como demasiadamente conservadores, acobertadores de criminosos, autocratas irascível e, ocasionalmente até corruptos, nenhum sistema de tomada de decisões públicas desfruta de maior confiança pública do que o dos tribunais.

Basicamente, isso acontece porque os tribunais chegam a suas decisões abertamente, com a participação daqueles a quem elas afetam, e com o jogo de alegações contrárias que oferece substancial garantia de que os fatos pertinentes serão trazidos à tona e de que a decisão se baseará nesses fatos.

Isto, em certo sentido, é uma versão idealizada do que acontece nas salas dos tribunais, mas, comparado com a burocracia administrativa ou com o turbilhão legislativo, o mundo judiciário oferece métodos estruturados e responsáveis que se resumem

no conceito básico do devido processo legal.

Tornou-se quase automático para os perdedores do processo político, ou para aqueles que o acham insensível, levar suas reivindicações para o Judiciário.

Os juízes norte-americanos lidam agora com o torturante processo da integração racial nas escolas, estão assumindo a supervisão das prisões, estão decidindo sobre o grau de igualdade da mulher em relação ao homem, estão decidindo se os subúrbios podem fechar as portas às minorias do centro das cidades por meio de zoneamento rejeitador, estão equilibrando a proteção do meio ambiente com o custo econômico, estão traçando as linhas fronteiriças para os distritos legislativos, estão lendo livros imorais e assistindo a filmes de ingressos a dez dólares para decidir sobre como tem de ser a explícita apresentação de atividade sexual para tornar-se juridicamente obscena, estão decidindo se os advogados podem fixar honorários mínimos e se os atletas profissionais devem ser libertados da sujeição aos donos dos clubes.

Mas o grande mérito da Corte Suprema é sua singular habilitação para determinar e impor os princípios básicos de um sistema democrático, dentro do qual o poder da maioria e os direitos privados precisam equilibrar-se para se alcançarem as metas democráticas sob a pressão de um Governo grande e uma sociedade de massa.

3.10 OS CONFLITOS DO PODER JUDICIÁRIO COM OS OUTROS PODERES NOS ESTADOS UNIDOS

Depois de tomadas decisões pela Corte Suprema, o Congresso, o Presidente do País e seus correspondentes estaduais podem desempenhar uma variedade de papéis em reação a tais decisões.

Podem ajudar ou embaraçar a execução das decisões, podem agir para mudar as interpretações de leis pela Corte e podem atacar a Corte ou seus membros, e, por fim, podem também ser exigidos a acatar as decisões da Corte.

Se uma maioria efetiva no Congresso discorda da interpretação de uma disposição pela Corte, esta disposição simplesmente pode ser transformada em nova legislação para superar a interpretação da Corte.

Como seria de esperar, a grande maioria das decisões da Corte sobre leis é mantida pelo Congresso, até mesmo porque muitas de suas interpretações são relativamente destituídas de controvérsia.

Mas o Congresso, ocasionalmente, age, de fato, para mudar

interpretações de leis estabelecidas pela Corte, sendo que um estudo realizado por Beth Henschen verificou que o Congresso derrubou nove das 222 decisões da Corte Suprema sobre leis relativas ao trabalho e ao combate aos trustes, entre 1950 e 1972, e que foram considerados seriamente projetos destinados a modificar ou reformar outras 17 decisões.

Por sua vez, outro estudo, que cobriu todas as áreas de políticas, encontrou 21 casos de derrubadas congressionais de decisões da Corte entre 1945 e 1957.

No entanto, como ressalta Lawrence Baum:

Nos últimos anos, foram apresentados no Congresso projetos destinados a derrubar decisões da Corte Suprema em várias áreas legais e o Congresso aprovou alguns destes projetos. Três das promulgações vieram em 1982. No caso *McCarty versus McCarty* (1981), a Corte estabeleceu que, de acordo com lei federal, os tribunais estaduais não podiam ordenar que os vencimentos dos militares da reserva fossem partilhados com as esposas como parte de acordos de divórcio. No ano seguinte, o Congresso adotou uma legislação que derrubou diretamente aquela decisão. E, 1982, o Congresso também derrubou uma decisão de 1978, limitando os danos que os governos estrangeiros podiam cobrar em ações judiciais antitruste. E, depois de longa e inflamada batalha, o Congresso, em 1982, emendou a Lei de Direito de Voto para anular a decisão sobre o caso *Cidade de Mobile versus Bolden* (1980), na qual a Corte havia estabelecido, um pouco indiretamente, que os sistemas de votação que tinham por resultado a redução da representação negra em cargos eletivos só violavam a lei se fossem adotados com a intenção de fazer discriminação. Mais recentemente, em 1984, o Congresso levou apenas quatro meses para derrubar a decisão sobre o caso *Junta Nacional de Relações Trabalhistas versus Bildisco and Bildisco* (1984), na qual a Corte havia estabelecido que a Lei federal permitia que uma companhia alterasse unilateralmente os termos de seus contratos de trabalho depois de preencher um requerimento de falência (p. 329-330).¹¹¹

Como se percebe, está sempre presente um elemento de conflito institucional quando o Congresso derruba uma decisão da Corte Suprema, pois, em geral, os membros do Congresso são explícitos a respeito de sua intenção de combater a interpretação da Corte e, com frequência, criticam a Corte pelo que vêem como uma visão mal orientada da lei.

Quando a Corte toma uma decisão sob fundamento constitucional, tal decisão, em geral, é de derrubada mais difícil do que uma decisão sobre interpretação da lei.

Apesar disto, o Congresso dispõe, realmente, de meios para derrubar uma decisão constitucional ou, pelo menos, reduzir seus efeitos, sendo que um destes meios é uma lei.

Ora, se a Corte anulou uma lei sob fundamento constitucional, o

¹¹¹ BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Tradução: Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985, p.329-330.

Congresso pode elaborar uma segunda lei para tentar atender às objeções da Corte, sendo que tem-se como exemplo o que ocorreu em 1916, quando o Congresso usou seu poder sobre o comércio interestadual para limitar o emprego de mão – de – obra infantil.

Já no caso *Hammer versus Dagenhart* (1918), a Corte estabeleceu que o poder de comércio era inadequado para este fim, e, em resposta, o Congresso adotou nova lei sobre o trabalho de crianças, em 1919, baseado no poder de tributação.

A Corte rejeitou esta linha também no caso *Bailey versus Drexel Furniture Co.* (1922) e o esforço para proibir o trabalho de crianças falhou naquela época.

Depois que a Corte Suprema anulou seis importantes leis do New Deal em 1935 e 1936, o Congresso reformulou cinco destas leis, sendo que quatro das cinco foram mantidas pela Corte depois de sua mudança de disposição em 1937 e a quinta não foi impugnada.

Pode usar-se a lei também para se limitar o impacto de uma decisão constitucional, podendo-se citar como o exemplo o caso em que, depois que a Corte Suprema revogou proibições governamentais sobre o aborto, em 1973, o Congresso adotou uma série de disposições que restringiam o uso de recursos financeiros federais para o pagamento de abortos.

No caso *Maher versus Roe* (1977) e no caso *Harris versus McRae* (1980), a Corte indicou que estas disposições eram constitucionalmente aceitáveis.

As decisões constitucionais, naturalmente, podem ser derrubadas diretamente por emenda constitucional, podendo-se constatar que o Congresso, formalmente, propôs e enviou aos estados emendas para a derrubada de decisões da Corte Suprema, pelo menos, cinco vezes.

A Décima – Primeira Emenda, que ampliou a imunidade dos estados a ações judiciais, derrubou a decisão sobre o caso *Chisholm versus Geórgia* (1793).

A disposição da Décima – Quarta Emenda que manteve o direito de cidadania das pessoas negras anulou parte da decisão sobre o caso *Dred Scott*, de 1857.

A Décima – Sexta Emenda, que permitiu um Imposto de Renda federal, derrubou a decisão sobre o caso *Pollock versus Farmers' Loan and Trust Co.* (1895).

Quando os membros do Congresso estão insatisfeitos com o comportamento da Corte Suprema, podem atacar a Corte como instituição ou juízes, individualmente, assim como as políticas da Corte.

A forma mais simples e mais fácil de tais ataques é a verbal, e, frequentemente, os membros do Congresso expressam sua desaprovação à Corte

denunciando-a.

Insatisfeito com uma decisão de 1956 sobre a regulamentação estadual relativa às atividades subsersivas, por exemplo, um membro da Câmara anunciou que a Corte era uma ameaça maior a esta União do que todos os confins da Rússia soviética, e, se não fosse encontrado um meio de detê-la, que Deus nos ajude.

Esta espécie de ataque verbal pode prejudicar a Corte pela redução da estima pública por ela, mas seu impacto é incerto, até mesmo porque o Congresso pode ter um impacto mais direto realizando uma ação legislativa contra a Corte os seus membros, e esta ação pode assumir várias formas.

Nos últimos anos, o Congresso considerou vários projetos que teriam limitado a competência da Corte nas áreas de ativismo das liberdades civis, entre os quais pode-se citar em 1964, a Câmara aprovou um projeto para eliminar a competência de todos os tribunais federais sobre a redivisão legislativa proporcional e em 1979 o Senado adotou uma disposição que eliminaria a competência dos tribunais federais sobre os casos que envolvessem a reza nas escolas.

Outra espécie de proposta que foi popular no passado teria exigido a obrigatoriedade de uma maioria extraordinária de juízes para a declaração de inconstitucionalidade de leis do Congresso.

O artifício de aumentar o número de membros da Corte para mudar suas políticas foi tornado famoso pelo plano de enchimento da Corte do Presidente Roosevelt, em 1937, que teria aumentado a Corte Suprema, pelo menos temporariamente, para 15 membros.

O tamanho numérico da Corte foi alterado várias vezes no século XIX e o desejo de afetar suas políticas desempenhou um papel em algumas das mudanças.

Juntamente com estes meios para afetar a Corte como instituição, o Congresso também pode atacar seus membros, sendo que o método mais extremo de ataque individual é o impeachment.

O Congresso detém poder sobre a Corte e seus juízes através de seu controle sobre o orçamento da Corte, limitado somente pela proibição constitucional contra a redução dos vencimentos dos juízes.

Por outro lado, o Congresso pode ajudar a Corte negando recursos financeiros federais aos governos estaduais e municipais que se recusem a acatar decisões da corte.

Como exemplo tem-se que o Congresso tem desempenhado

importante papel no processo de integração escolar, uma vez que, como já foi assinalado, a Lei de Direitos Civis de 1964 deu ao Departamento de Saúde, Educação e Bem – Estar (HEW) prevê o poder de negar recursos financeiros aos distritos escolares que se recusassem a realizar a integração.

Ocasionalmente, uma decisão da Corte Suprema requer execução pelo próprio Congresso, tal como a decisão sobre o caso Powell versus McCormack, por exemplo, requereu que a Câmara de Representantes admitisse o Representante Adam Clayton Powell, que havia tido cassado o mandato por má conduta e mau uso de recursos financeiros públicos.

Nestas situações, o Congresso, em geral, tem aceito sua obrigação com pouca resistência, mas, depois que a Corte decidiu, no caso Estados Unidos versus Lovett (1946), que o Congresso não podia negar o pagamento de vencimentos a três funcionários federais acusados de filiação subversiva, a Câmara concordou em fazer a dotação da verba necessária por apenas um voto.

Uma conclusão que se pode ter é que esta reação é política, no sentido de que os membros do Congresso reagem às decisões da Corte, em grande parte em termos partidários e ideológicos.

O Presidente dos Estados Unidos também pode influenciar a ação congressional concernente à Corte Suprema assumindo uma posição a respeito de propostas para ação.

Às vezes, porém, o Presidente propõe, realmente, ações do Congresso contra a Corte, como quando Thomas Jefferson procurou conter o Judiciário federalista através do Congresso.

Agindo em grande parte por trás do pano, ajudou a arquitetar o afastamento de um juiz de tribunal inferior assim como o impeachment do Juiz Chase.

Jefferson acabou procurando afastar outros juízes, inclusive o Presidente da Corte, Marshall, mas este esforço não foi bem – sucedido, em parte por força de hábil manobra de Marshall.

Jefferson também considerou outras medidas contra a Corte, como uma emenda constitucional para permitir o afastamento de juízes pelo Presidente do País, mas nenhuma delas foi adotada.

O plano de enchimento da Corte concebido por Franklin Roosevelt foi, longe, a intervenção presidencial mais impressionante neste século, mas não se pode esquecer que Ronald Reagan assumiu a Presidência com um histórico de oposição a muitas das decisões da Corte que haviam expandido as liberdades civis, e como Presidente encorajou

esforços congressionistas para a limitação ou a derrubada das decisões sobre a reza nas escolas e o aborto.

A forma mais coercitiva do poder federal é a força militar, tal como se verificou quando nas famosas consequências da decisão do caso *Worcester versus Geórgia* (1832), em que a Corte estabeleceu que um estado carecia de poder para aprovar leis que afetassem os índios que vivessem em território indígena dentro daquele estado, o Presidente Jackson recusou-se a fornecer força militar para superar o não acatamento da ordem da Corte Suprema pela Geórgia.

O Presidente também pode procurar influenciar indiretamente a execução de decisões moldando a opinião pública, e isso ocorreu quando o Presidente Eisenhower pareceu pessoalmente sem simpatia pela decisão sobre o caso *Brown* e recusou-se a encorajar o acatamento a ela, e em vez disto, fez declarações ambíguas que indicaram certo apoio aos sulinos brancos que se opunham à decisão.

Por sua vez, o Presidente Kennedy desempenhou papel muito diferente na controvérsia sobre a decisão do caso *Engel versus Vitale* (1962), a primeira das decisões que declararam inconstitucionais os exercícios de reza nas escolas, pois quando perguntado a respeito da decisão, Kennedy respondeu que a Corte Suprema fez seu julgamento, sendo que alguns discordarão e outros concordarão, e que nos esforços que estão fazendo para manter os princípios de nossa Constituição, tem de aquiescer-se com o que a Corte Suprema diz.

Uma das tentativas mais imoral pelo Poder Executivo para invadir a província do Judiciário ocorreu quando um governador da Flórida solicitou um parecer consultivo da Suprema Corte da Flórida.

No pedido, o governador perguntou ao tribunal se ele possuía o poder de rever a exatidão da decisão judicial e a adequação de um juiz, e suspendê-lo se ele não parece ao Governador que tenha exercido a discricão judicial adequada e sabedoria.

Era a Opinião Consultiva do Governador de 1968, que, como entendido pelo Tribunal, o governador estava perguntando se ele possuía o poder de remover o membro do Poder Judiciário em razão de aparentemente ter realizado o trabalho insatisfatório para algum segmento da população.

O tribunal rejeitou esta invasão pelo Executivo para o Poder Judiciário e aconselhou o governador que o recurso era o único meio pelo qual poderia se insurgir contra a inadequação das decisões de um juiz.

Como lembra Thomas C. Marks Jr. E John F. Cooper:

O legislador, também no exercício do seu poder de realizar as previsões orçamentárias, não pode frustrar o poder inerente de um tribunal que devidamente exerce as suas funções judiciais. Por exemplo, a Suprema Corte de Ohio declarou que uma intromissão inadmissível legislativa sobre o poder judiciário ocorreu quando as dotações orçamentárias do Judiciário foram colocadas sob o crivo da discricionariedade do comissário do condado, podendo ser este ato impugnável por um processo de mandado de segurança: Estado ex rel. Johnston v Taulbee (1981). O efeito deste tipo de apropriação era remover o ônus da prova da comissão do condado e colocá-lo ao juiz para contestar a apropriação. A Suprema Corte de Ohio declarou que esta ação legislativa violou a separação dos poderes.¹¹²

Outrossim, os tribunais americanos têm dito muitas vezes que o órgão legislativo tem o dever de prover as necessidades dos tribunais constitucionais, tal como previsto no orçamento elaborado pelo próprio Poder Judiciário, para poderem exercer suas necessidades

O interesse público é atendido quando os tribunais cooperam com os órgãos executivos e legislativos no complicado processo orçamentário do governo.

No entanto, tal cooperação voluntária não deve ser confundida com uma diminuição do poder do próprio Judiciário para se auto – administrar, o que é inerente a cada tribunal.

Não só devem os órgãos legislativos se abster de enfraquecer a função judicial através de um financiamento inadequado, mas também eles não podem interferir em outras áreas do poder judicial, tais como: a regulação da atividade dos advogados, o exercício pelos órgãos judiciais de seu poder decisório, e o estabelecimento de regras para o procedimento judicial.

Seguindo esse raciocínio, a Suprema Corte de Washington, no caso Bennion, Van Camp, Haagen e Ruhl v Custódia Kessler, Inc. (1981), declarou inconstitucional uma lei que autorizou os agentes judiciais a exercerem a advocacia, sob o fundamento de que o legislador violou a separação de poderes quando tentou permitir que pessoas que não fossem advogados pudessem exercer as funções da advocacia.

¹¹² MARKS JR., Thomas C.; COOPER, John F. *State Constitutional Law*. Minnessota: West Publishing Co., 1988, p.186: “*The legislature, in the exercise of its power to appropriate money, cannot frustrate the inherent power of a court properly exercising its judicial functions. For example, the Supreme Court of Ohio declared that an impermissible legislative encroachment on the judiciary occurred when legislative appropriations to the judiciary were placed within the sole discretion of the County Commissioners subject only to review by mandamus proceedings. State ex rel. Johnston v. Taulbee (1981). The effect of this type of appropriation was to remove the burden of proof from the county commission and place it on the judge challenging the appropriation. The Ohio Supreme Court declared this legislative action violative of separation of powers.*”

4 O PODER JUDICIÁRIO E A DEMOCRACIA

4.1 O CONCEITO DE DEMOCRACIA

Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta; todas as regras importantes do direito devem ter sido, na sua origem, arrancadas àqueles que a elas se opunham, e todo o direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que se esteja decidido a mantê-lo com firmeza.

Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender, de forma que a espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.

Destarte, é preciso confessar que o direito, à semelhança da linguagem, admite um desenvolvimento, de dentro para fora, imperceptível, inconsciente, ou melhor, orgânico.

Ora, o direito novo não pode chegar a introduzir-se, senão à custa de uma luta, e é incontestável que esta evolução é legítima e simples, podendo-se dizer que o direito é uma noção de força.

Veja-se o que argui Rudolf Von Jhering:

Tratemos agora da luta pelo direito subjetivo ou concreto. É provocada quando o direito é lesado ou usurpado. Não estando direito algum ao abrigo deste perigo, nem o dos indivíduos, nem o dos povos, resulta que esta luta se apresenta em todas as esferas do direito, tanto nas baixas regiões do direito privado, como também nas eminências do direito público e do direito internacional.¹¹³

Portanto, quando um indivíduo é lesado nos seus direitos, deve

¹¹³ JHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Coleção Mosaico. Tradução: João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1953, p.41-42.

perguntar-se se ele os sustentará, se resistirá ao seu adversário, e por consequência se ele lutará, ou se efetivamente, para escapar à luta, abandonará, covardemente, o seu direito.

Ademais, falou-se até aqui genericamente de Estado limitado ou de limites do Estado, mas deve-se agora precisar que essa expressão compreende dois aspectos diversos do problema, aspectos que nem sempre são bem distinguidos: os limites dos poderes; os limites das funções do Estado.

Ora, o liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções, e a noção corrente que serve para representar o primeiro é Estado de Direito; a noção corrente para representar o segundo é Estado mínimo.

Por Estado de Direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais, quais sejam, as leis fundamentais ou constitucionais, e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam.

Assim entendido, o Estado de direito reflete a velha doutrina da superioridade governo dos leis sobre o governo dos homens, mas quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos.

Importante ressaltar nesse sentido o que ensina Norberto Bobbio:

Do Estado de direito em sentido forte, que é aquele próprio da doutrina liberal, são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder. Desses mecanismos os mais importantes são: o controle do Poder Executivo por parte do Poder Legislativo, ou, mais exatamente, do governo, a quem cabe em última instância o Poder Legislativo e a orientação política; o eventual controle do parlamento no exercício do Poder legislativo ordinário por parte de uma corte jurisdicional a quem se pede a averiguação da constitucionalidade das leis; uma relativa autonomia do governo local em todas as suas formas e em seus graus com respeito ao governo central; uma magistratura independente do poder político.¹¹⁴

Como se percebe, no pensamento liberal, teoria do controle do poder e teoria da limitação das tarefas do Estado procedem no mesmo passo: pode-se até mesmo dizer que a segunda é a *conditio sine qua non* da primeira, no sentido de que o controle dos abusos do poder é tanto mais fácil quanto mais restrito é o âmbito em que o Estado pode estender a

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 6.ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000, p.19.

própria intervenção, ou mais breve e simplesmente no sentido de que o Estado mínimo.

Do ponto de vista do indivíduo, do qual se põe o liberalismo, o Estado é concebido como um mal necessário: e enquanto mal, embora necessário, e nisso o liberalismo se distingue do anarquismo, o Estado deve se intrometer o menos possível na esfera de ação dos indivíduos.

Definida a liberdade no sentido predominante da doutrina liberal como liberdade em relação ao Estado, o processo de formação do Estado liberal pode ser identificado com o progressivo alargamento da esfera de liberdade do indivíduo, diante dos poderes público, com a progressiva emancipação da sociedade ou da sociedade civil, no sentido hegeliano e marxista, em relação ao Estado.

Norberto Bobbio continua:

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos.¹¹⁵

Já para Hely Lopes Meirelles:

“Democracia é o regime de participação do povo no governo, através de eleição para as funções políticas. É o regime que assegura as liberdades públicas e garante os direitos individuais do cidadão. Nesse sentido é que se diz que é o governo do povo, pelo povo e para o povo.”¹¹⁶

Portanto, como se verifica, no que diz respeito às modalidades de decisão, a regra fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão.

É necessário, assim, que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia – Uma Defesa das Regras do Jogo*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1986, p.18-19.

¹¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p.85.

reunião, de associação, etc.

Outrossim, a interpretação constitucional pode se assentar nos princípios externos ao texto constitucional, e que o compromisso com a democracia deliberativa é uma fonte promissora desses princípios.

Ademais, esse compromisso não apela para o igualitarismo, mas por um princípio de igualdade política, para uma determinada categoria de direitos específicos, muitos deles decorrentes da noção de cidadania; e, mais geralmente, por uma forma de governo gerida através da discussão.

Veja-se o que afirma Cass R. Sunstein:

Um dos objetivos de uma democracia, em suma, é garantir a autonomia não apenas por permitir a satisfação das preferências, mas também, e mais fundamentalmente, proteger os processos livres de formação de preferências. Há fortes traços deste ponto de vista no período da fundação norte-americana. Assim, William Byrd escreveu que a principal diferença entre um povo e outro procede apenas através de oportunidades diferentes de melhoria, e Benjamin Rush sustentou que as diferenças de caráter eram resultado do país, clima, grau de civilização, as formas de governo, ou causas acidentais. Na verdade, um grande tema na América colonial, foi que as diferenças de personalidade humana - informação, crenças, desejos - eram um produto de forças sociais, não da natureza. O próprio Mill foi enfático quanto a este ponto, indo tão longe a ponto de sugerir que o próprio governo deve ser avaliado em grande medida por seus efeitos sobre o caráter dos cidadãos. A visão de que a liberdade exige uma oportunidade de escolher entre alternativas encontra um suplemento natural na visão de que as pessoas não devem enfrentar restrições injustificáveis sobre o livre desenvolvimento de suas preferências e crenças.¹¹⁷

A ação governamental também pode ser justificada por motivos de autonomia, quando o público pretende implementar, através de processos democráticos, culminando na lei, as aspirações sociais ou desejos coletivos.

¹¹⁷ SUNSTEIN, Cass R. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, p.177-178: “One goal of a democracy, in short, is to ensure autonomy not merely by allowing satisfaction of preferences, but also and more fundamentally by protecting free processes of preference formation. There are strong traces of this view in the period of the American founding. Thus William Byrd wrote that the principal difference between one people and another proceeds only from the differing opportunities of improvement, and Benjamin Rush contended that differences in character were a result of climate, country, degrees of civilization, forms of government, or accidental causes. In fact a large theme in colonial America, was that differences in human personality - information, beliefs, desires - were a product of social forces, not of nature. Mill himself was emphatic on this point, going so far as to suggest that government itself should be evaluated in large measure by its effects on the character of the citizenry. The view that freedom requires an opportunity to choose among alternatives finds a natural supplement in the view that people should not face unjustifiable constraints on the free development of their preferences and beliefs.”

O povo ainda pode procurar, através de lei, implementar uma decisão democrática sobre quais os cursos a seguir, e, se assim for, é ordinariamente uma não violação da autonomia permitir que esses julgamentos considerados possam ser justificados pela ação governamental.

As aspirações coletivas, produzidas por um processo de deliberação em perspectivas, refletem uma concepção de liberdade política com raízes profundas na tradição constitucional americana, sendo que, em realidade, a idéia central da democracia deliberativa é fundada sobre essa concepção.

Nesta perspectiva, a autonomia política pode ser encontrada na auto-determinação coletiva, da forma como os cidadãos decidem, baseado não no que eles querem, mas sim em quais são seus valores e o que estes valores requerem, de maneira que o que eles procuram através de lei deve ser fundamentada.

4.2 CRITÉRIOS PARA A EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA

Descobre-se que diversas associações e organizações que se chamam democráticas adotaram muitas constituições diferentes, e descobre-se também que, mesmo entre países democráticos, as constituições diferem em pontos importantes.

Por exemplo, a Constituição dos Estados Unidos prevê um poderoso chefe executivo na presidência e, ao mesmo tempo, um poderoso legislativo no Congresso; cada um é bastante independente do outro.

Em compensação, a maioria dos países europeus preferiu um sistema parlamentar, em que o chefe do Executivo, o primeiro – ministro, é escolhido pelo Parlamento.

Dessa forma, pode-se facilmente apontar muitas outras diferenças importantes, sendo que aparentemente, não existe uma só constituição democrática, embora seja importante criar um conjunto de regras e princípios, uma constituição, que determinará como serão tomadas as decisões da associação.

De acordo Robert A. Dahl, existem pelo menos cinco desses critérios, quais sejam:

Participação efetiva. Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política.

Igualdade de voto. Quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e

efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais.

Entendimento esclarecido. Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências.

Controle do programa de planejamento. Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim estes escolherem.

Inclusão dos adultos. Todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios.¹¹⁸

Importante lembrar que a democracia proporciona oportunidades para: participação efetiva, igualdade de voto, aquisição de entendimento esclarecido, exercer o controle definitivo do planejamento, inclusão dos adultos.

Quando qualquer dessas exigências é violada, os membros não são politicamente iguais, sendo que, por exemplo, pode-se dizer que se alguns membros recebem maiores oportunidades do que outros para expressar seus pontos de vista, é provável que suas políticas prevaleçam.

No caso extremo, restringindo as oportunidades de discutir as propostas constantes no programa, uma pequena minoria poderá realmente determinar as políticas da associação, de forma que o critério da participação efetiva visa evitar que isso aconteça.

Por sua vez, o princípio da igualdade política pressupõe que os membros estejam todos igualmente qualificados para participar das decisões, desde que tenham iguais oportunidades de aprender sobre as questões da associação pela investigação, pela discussão e pela deliberação.

O terceiro critério visa assegurar essas oportunidades para cada um dos membros, e quando uma constituição corresponda satisfatoriamente aos três primeiros critérios e que, até este ponto, parecerá plenamente democrática.

No entanto, para anular esses critérios, propõem exigir que nas reuniões gerais os membros possam apenas discutir e votar sobre questões já incluídas no programa por uma comissão executiva; a participação nesse comitê executivo estará aberta apenas para os maiores proprietários.

Controlando o programa do governo, essa minúscula cúpula teria a certeza de que a associação jamais atuará contra seus interesses, porque jamais permitirá

¹¹⁸ DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2001, p.49-50.

qualquer proposta que se mostre contrária a seus interesses.

Com isso, a democracia apresenta consequências desejáveis: evita a tirania; direitos essenciais; liberdade geral; autodeterminação; autonomia moral; desenvolvimento humano; proteção dos interesses pessoais essenciais; igualdade política.

Além disso, as democracias modernas apresentam: a busca pela paz e a prosperidade, sendo que o problema fundamental e mais persistente na política talvez seja evitar o domínio autocrático.

4.3 A DEMOCRACIA E A CRISE DO DIREITO

Atualmente, mesmo nos países de mais avançada democracia, verifica-se uma crise profunda e crescente do Direito, que se manifesta sob várias formas e em múltiplos níveis, que se distingue, esquematicamente, em três aspectos.

O primeiro aspecto é a crise da legalidade, ou seja, do valor vinculativo associado às regras pelos titulares dos poderes públicos, que se exprime na ausência ou na ineficácia dos controles, e portanto na variada e espetacular fenomenologia da ilegalidade do poder.

O segundo aspecto da crise é o da inadequação estrutural das formas do Estado de Direito às funções do Welfare State, agravada pela acentuação do seu caráter seletivo e desigual, em consequência da crise do Estado Social.

Esse aspecto é associado a uma espécie de contradição entre o paradigma clássico do Estado de direito, que consiste num conjunto de limites e de proibições impostos ao poder público de maneira certa, geral e abstrata, para tutela dos direitos e liberdades dos cidadãos, e o estado social que, ao contrário, exige aos mesmos poderes a satisfação de direitos sociais mediante prestações positivas, nem sempre predetermináveis de forma geral e abstrata e portanto eminentemente discricionárias ou contingentes, subtraídos os princípios da certeza e da estrita legalidade e confiadas à mediação burocrática e partidária.

Tal crise manifesta-se na inflação legislativa provocada pela pressão de interesses setoriais e corporativos, na perda de generalidade e abstração das leis pela crescente produção de leis – providência, no processo de descodificação e no desenvolvimento de uma legislação avulsa.

Há depois um terceiro aspecto da crise do Direito, que está ligado à crise do Estado Social e que se manifesta na deslocação dos lugares de soberania, na alteração do sistema das fontes e, portanto, num enfraquecimento do constitucionalismo.

O processo de integração mundial, e especificamente européia, deslocou para fora das fronteiras dos estados nacionais as sedes de decisão tradicionalmente reservadas à sua soberania: em matéria militar, de política monetária e de políticas sociais.

Como já se manifestava Luigi Ferrajoli:

É evidente que esta tríplice crise do Direito corre o risco de transmutar-se em crise da democracia. Ela equivale, de fato, em todos os três aspectos ora enumerados, a uma crise do princípio da legalidade, isto é, da sujeição à lei dos poderes públicos, princípio esse sobre o qual se fundam quer a soberania popular, quer o paradigma do Estado de Direito; e permite a reprodução, no seio dos nossos ordenamentos, de formas neo-absolutistas de poder público, isentas de limites e de controles e governadas por interesses fortes e ocultos.¹¹⁹

Como se percebe, é na sujeição do juiz à constituição, e portanto no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo, embora estes sejam poderes assentes na maioria.

Assim, tem de haver um juiz independente que possa intervir para reparar as injustiças sofridas, para tutelar o indivíduo mesmo quando a maioria e até a totalidade dos outros se coligam contra ele.

Esta legitimação não tem nada a ver com a da democracia política, ligada à representação, pois não deriva da vontade da maioria, sendo que o seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais.

Portanto, o reconhecimento das lacunas provocadas pelo não – cumprimento das obrigações positivas constitucionalmente impostas ao legislador assinala de fato, geralmente, uma omissão não só de normas, mas também de técnicas apropriadas de garantia.

No caso brasileiro a consequência da crise econômica das últimas duas décadas sobre o sistema jurídico trouxe a ineficácia crescente do sistema legal em face dos novos conflitos, impulsionando uma alteração no paradigma jurídico.

Ora, a crise econômica dos últimos 15 anos obrigou o Estado brasileiro a ajustar o sistema legal e estas demandas e conflitos sem que as contradições fossem resolvidas, abrindo um abismo entre as instituições jurídico – políticas e a realidade socioeconômica.

¹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.91.

O resultado deste processo foi uma crescente inefetividade do sistema legal acompanhada da incapacidade do Judiciário em adaptar-se à nova situação e renovar suas interpretações de códigos esclerosados, contribuindo para aumentar a sensação de que as constantes violações da ordem legal transformaram os códigos em meras ficções.

Constate-se o que argui o Professor Manoel Jorge e Silva Neto:

Então, quer por via do mais comezinho instinto de sobrevivência, quer ainda como forma de ampliar o alcance da atividade empresarial, tornou-se imprescindível a formação dos grupos econômicos. Estamos, nesse ponto, diante de momento crucial para o surgimento do Direito Econômico: a passagem do capitalismo atomista para o capitalismo de grupo.¹²⁰

Até mesmo porque, conforme Celso Furtado:

A resposta a essa pergunta é clara, sem ambiguidades: se tal acontecesse, a pressão sobre os recursos não - renováveis e a poluição do meio ambiente seriam de tal ordem (ou, alternativamente, o custo do controle da poluição seria tão elevado) que o sistema econômico mundial entraria necessariamente em colapso.¹²¹

A crescente ampliação do sistema legal que resultou dos ajustes neste período de crise econômica e transição política aumentou a liberdade interpretativa da magistratura, expondo ainda mais o Judiciário à necessidade de fundamentar e sustentar suas decisões perante a opinião pública.

A evidência das divergências doutrinárias e interpretativas, sempre existentes mas sem muita visibilidade nos períodos anteriores, especialmente no caso de processos e conflitos de amplo impacto social e político torna cada vez mais evidente a discricionariedade interpretativa e fragilizando as fundamentações de natureza puramente técnica e formal.

Por outro lado, a própria natureza conflitiva da sociedade contemporânea aliada ao fato de que a crescente abertura do sistema legal vem permitindo a proteção simultânea de interesses contraditórios como consequência do excesso de produção legislativa, algumas vezes para enfrentar problemas conjunturais, outras vezes como resultado de pressões de grupos com interesses muito específicos ou ainda aquelas legislações que decorrem da instrumentalização política do direito pelos governantes ampliam a abertura do sistema legal, a discricionariedade e imprevisibilidade das decisões judiciais.

O exercício da atividade jurisdicional na sociedade moderna implica o desconhecimento de qualquer mecanismo que confronte a unidade de jurisdição e o monopólio da produção jurídica do Estado.

¹²⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001, p.25.

¹²¹ FURTADO, Celso. *O Mito do Desenvolvimento Econômico*. São Paulo: Círculo do Livro, 1974, p.17.

Uma vez que não repousa na escolha das partes e, portanto, no controle direto destas sobre o juiz, a justificação de sua atividade deve ser buscada em um outro elemento, sendo que, por outras palavras, sua legitimidade tem, agora, outro fundamento, pois decorre da pura legalidade.

A transformação do Judiciário em um poder estatal torna o juiz um funcionário e o exercício da função assume uma natureza cada vez mais técnica, conforme um conhecimento especializado e nos limites da legalidade.

A partir deste momento, a carreira organiza-se de forma burocrática e o recrutamento da magistratura passa a ser feito através de critérios técnicos, sendo o mais importante o saber jurídico examinado em concursos públicos.

Estas características são importantes na medida em que contribuem para solidificar a imagem de neutralidade e imparcialidade necessárias ao perfil despolitizado do juiz moderno.

Cada vez mais tem se solidificado a idéia de que as decisões do juiz decorrem do princípio da legalidade e são técnicas pois estão baseadas no conjunto do ordenamento jurídico elaborado pelo Legislativo e que o magistrado não pode modificar.

As decisões devem aparecer não como atos de um juiz em particular, mas de todo o conjunto, o que só se torna possível na medida em que a magistratura goze de independência em relação às partes litigante., e o problema reside justamente como garantir a independência em relação aos poderes Executivo e Legislativo.

Desta maneira, parece mais clara a relação entre imparcialidade e independência judicial, sendo que a imparcialidade do juiz não resulta apenas do caráter técnico e burocrático da função mas também da possibilidade de isolamento da magistratura em relação a qualquer pressão que possa alterar o conteúdo das decisões., enquanto que a independência permite a realização da imparcialidade e é uma condição da imparcialidade.

Os principais mecanismos forjados pelo constitucionalismo para estabilizar este modelo de Estado baseado na separação de poderes e na independência judicial foi atribuir ao magistrado algumas garantias que os tornassem invioláveis no exercício de sua função, isolando-os de qualquer influência política: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

É significativo que o debate sobre a independência só recentemente parece se abrir para a dimensão nas discussões sobre a autonomia financeira do Judiciário.

Veja-se os ensinamento de Hécio Ribeiro:

A independência individual expressa na vitaliciedade, inamovibilidade e

irredutibilidade de vencimentos não é suficiente para garantir a independência do Judiciário como poder em relação ao Executivo e Judiciário. Várias são as formas pelas quais a independência neste sentido pode ser violada. A mais importante e frequente reflete-se no processo de seleção dos magistrados que compõem a cúpula do Judiciário, mecanismo que garante o controle do poder político sobre todo o sistema judicial. Mas também o controle do orçamento pelo Executivo pode ser um mecanismo importante de controle do Judiciário.¹²²

Desta forma é possível, e talvez conceitualmente mais adequado, distinguir-se independência e autonomia, sendo que a independência decorreria da submissão do juiz à lei e à Constituição, o que significa não estar obrigado a aplicar leis contrárias à Constituição e, finalmente, não submissão a Tribunais superiores.

A autonomia, por sua vez, requer a existência de órgãos jurisdicionais não – dependentes de outros poderes do Estado, eliminando a influência do Executivo sobre a organização judiciária, especialmente no que diz respeito à carreira do magistrado.

A autonomia requer ainda um órgão de autogoverno, como se dá nos casos de organização da administração da justiça por um Conselho da Magistratura.

No entanto, a principal consequência da consolidação do Estado social em termos de organização estatal é o crescimento do Poder Executivo em prejuízo das funções legislativas e judiciárias.

O Executivo passa não apenas a intervir nas relações econômicas mas cria uma série de agências administrativas com a função de resolver os conflitos que surgem nas mais diversas áreas da atividade econômica, entre patrões e empregados, entre indústria e comércio, entes estes e o setor financeiro, entre comerciante e consumidor, etc.

E indaga-se por que razão o Executivo assume esta responsabilidade avocando para si a tarefa de administrar conflitos de grande impacto social e político com todos os custos que isto implica.

Não se trata apenas pela representatividade maior em relação ao Judiciário, já que o Legislativo também a possui, mas principalmente a agilidade e rapidez com que permite o processamento destes conflitos, numa palavra, a informalidade dos procedimentos adotados.

Somente quando o Estado intervencionista entra em crise é que a demanda passa a ser descarregada sobre o Judiciário, mas este não está aparelhado técnica e culturalmente para absorver esta demanda.

¹²² RIBEIRO, Hécio. *Justiça e Democracia – Judicialização da Política e Controle Externo da Magistratura. Síntese*, Porto Alegre, 2001, p.61.

No entanto, a democratização dos anos 80, por sua vez, trouxe a necessidade de efetivação de todas as gerações de direitos fundamentais simultaneamente: direitos liberais, políticos, sociais e difusos.

Desta forma, a crise do Judiciário é, pelo menos em parte, resultado desta sobrecarga provocada pela crise do Estado intervencionista, sendo, portanto, um problema irreversível apenas através de reformas técnicas tais como modificação das leis processuais, informatização da justiça, etc, e a solução deve ser buscada na realização da autonomia financeira do Judiciário.

Como visto, falar de crise da lei é hoje um lugar comum e os sintomas mais evidentes são a generalizada desobediência à lei, por parte dos simples cidadãos; a não aplicação, ou a aplicação seletiva da lei, por parte dos órgãos do poder; a ineficiência dos mecanismos de aplicação coercitiva da lei.

A intenção política de regular a sociedade a partir do Estado teria levado a que este fosse obrigado a alargar enormemente a sua ação, nomeadamente no domínio das relações sociais e econômicas.

E, em contrapartida, o desejo de garantir os direitos individuais, contra os abusos desta intervenção, teria obrigado a pôr de pé uma série correspondente de mecanismos de controle.

Ora os modelos disponíveis de ação do Estado, bem como os do seu controle, eram os do oitocentista Estado de Direito: a vontade estadual de agir devia ser expressa pela lei, o mecanismo de ação do Estado devia ser o “*due process*” estabelecido na lei, aos interesses particulares a proteger deviam corresponder direitos tutelados por lei.

As faces desta imposição do paradigma legalista foram várias, entre elas, tem-se uma face autoritária, em que o primado da lei andava ligado à afirmação da autoridade do Estado.

Tem-se também uma face democrática, em que o legalismo representava a superação das tiranias “*de clocher*”, do caciquismo, e uma garantia geral de acesso a um direito e a uma justiça “igual”.

Finalmente, tem-se uma face tecnocrática, relacionando o legalismo com uma racionalização das relações sociais, na senda da realização de uma sociedade moderna e desenvolvida.

No plano da legitimação, o reconhecimento do direito oficial pressupõe a transparência dos laços de participação e representação política, ou seja, que entre o cidadão e o legislador não haja interferências ou perturbações da mensagem e que a vontade

deste último não constitua mais do que a formalização das aspirações daquele.

No plano das relações do Estado com a sociedade, o paradigma legalista anda ligado ao modelo liberal do Estado e das suas tarefas sociais, e o Estado é, sobretudo, o garante dos equilíbrios da sociedade civil formalizados na intangibilidade das esferas jurídicas dos particulares.

Antônio Hespanha nos ensina:

Hoje, em contrapartida, o modelo jurisdicional de controle da atividade do Estado expandiu-se à generalidade das suas atividades e não falta quem proponha uma ainda maior restrição do domínio da atividade discricionária do poder, alargando a esta a estrita regulamentação legal e a observância do “due process”. O ideal de um Estado democrático seria o Estado de Direito (ou mesmo Estado de Juízes), em que: a lei regularia não apenas as intromissões nas esferas jurídicas particulares, mas quaisquer aspectos, mesmo processuais, da atividade estadual; todas as garantias individuais tenderiam a ser configuradas como direitos; todos estes direitos seriam acionáveis jurisdicionalmente.¹²³

Como já demonstrado, a história da justiça é uma disciplina recente da história do direito, sendo importante ressaltar que até há muito poucos anos pesou sobre o seu desenvolvimento a idéia de que o processo, os tribunais e o direito neles aplicados são realidades jurídicas adjetivas, destituídas de uma espessura sobre a qual se pudesse construir uma sua história autônoma.

No fundo, esta redução historiográfica dos mecanismo do direito decorria do dogma estadualista da unicidade do poder e do caráter instrumental das instituições e processos pelos quais as decisões do centro político chegavam à periferia e se encarnavam na prática.

Foi preciso que a análise política e a sociologia das organizações chamassem a atenção para os fenômenos de apropriação e expropriação do poder desencadeados por estas instâncias executoras para que a história se comesasse a ocupar delas.

Logicamente, as primeiras atenções foram para os órgãos judiciais mais próximas do centro – ou seja, os altos tribunais de justiça ou tribunais da corte.

A sua proximidade do monarca e dos circuitos do poder do Estado, o caráter semipolítico que muitas vezes revestiam dada a indistinção, também aí, entre matérias justiça e matérias de graça ou de governo, a circulação dos seus membros por outras tarefas da alta política focaram sobre eles as atenções dos historiadores que se dedicavam às instituições

¹²³ HESPANHA, A. M. Lei e Justiça: história e perspectiva de um paradigma. In: *Justiça e Litigiosidade: História e Perspectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p.22.

político – administrativas centrais.

Os estudos da justiça que apenas incidem sobre os tribunais supremos apresentam, no entanto, um risco, qual seja, o de generalizar, para todos os níveis da sociedade e para todas as instâncias de resolução de conflitos, as conclusões obtidas a esse nível de topo.

Uma destas é o estudo da política de centralização política, na medida em que, antes de mais, os tribunais curiais são instrumentos de centralização do poder, tanto enquanto instâncias de julgamento de questões políticas.

4.4 A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A DEMOCRACIA

O papel do Judiciário tornou-se, no Brasil contemporâneo, objeto de intensa polêmica, Primeiro, porque os tribunais passaram a ser cada vez mais demandados em temas de natureza tributária, reduzindo significativamente a capacidade de ação do Poder Executivo em matéria de política econômica.

Segundo, porque os tribunais também passaram a ser crescentemente procurados pelos diferentes movimentos populares, que se apropriaram política e discursivamente dos direitos humanos com o propósito de utilizá-los judicialmente como sinônimo de direito às maiorias marginalizada.

De acordo com José Eduardo Faria:

A resposta dessas três questões exige uma identificação, ainda que sumária, da situação real do país. Desde os anos 70, o Brasil tem sido descrito como uma sociedade industrializada e predominantemente urbana, em cujo âmbito parte do operariado industrial, as classes médias assalariadas e alguns segmentos de trabalhadores rurais, já atingiram um nível mínimo de organização e mobilização na defesa de seus direitos e interesses. Trata-se, no entanto, de uma sociedade tensa e explosiva, estigmatizada por indicadores sócio - econômicos perversos.¹²⁴

Tem-se, assim, no plano sócio – econômico, uma crise de hegemonia dos setores dominantes; no plano político, uma crise de legitimação do regime representativo; e, no plano jurídico – institucional, uma crise da própria matriz organizacional do Estado brasileiro.

A crise de legitimidade, por sua vez, eclode quando essa condição social passa a não ser mais aceita de modo consensual pelos diferentes segmentos sociais.

¹²⁴ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o Desenvolvimento Sócio Econômico. In: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p.12.

E a crise da matriz organizacional do Estado surge quando essa dada condição social, ao perder sua estabilidade, sobrecarrega e compromete as instituições jurídico – administrativas e político – econômicas que até então propiciavam e alimentavam sua capacidade de auto - reprodução.

Numa situação limite, as contradições sócio – econômicas, gerando demandas para as quais as instituições não têm condições de oferecer respostas rápidas e eficazes, terminam por afetar a própria estrutura organizacional do Estado.

Agindo com o propósito de evitar que as reivindicações sociais dificultassem a execução de sua programação econômica e o desestabilizassem politicamente, desde o início o regime burocrático – autoritário neutralizou parcialmente os canais tradicionais de participação política, interveio nos sindicatos e adotou políticas trabalhistas bastante restritivas com a finalidade de conter o aumento real da massa salarial.

As consequências concretas das crises de hegemonia, de legitimidade e da matriz organizacional do Estado, em termos de multiplicação de conflitos e de novas formas de atuação política, obrigaram o Estado brasileiro a promover constantes ajustamentos no que se refere à organização sócio – econômica e político – administrativa do país, sem, no entanto, conseguir superar as próprias contradições em que tal organização se assenta.

Nesse processo de ajuste, o fosso cada vez mais profundo entre o sistema jurídico e os interesses conflitantes numa sociedade em transformação, exacerbado pelas tradicionais dificuldades enfrentadas pelo Judiciário para se adaptar aos novos tempos, conduziu a uma progressiva desconfiança tanto na objetividade das leis, como critério de justiça, quanto na sua efetividade, como instrumento de regulação e direção da vida sócio – econômica.

Atualmente, o papel das instituições de direito vem sendo atravessado pela crescente complexidade dos conflitos emergentes no Brasil contemporâneo, o que tem comprometido a efetividade de seus códigos e de suas normas.

Além de se traduzir pelo esvaziamento de parte das competências do Legislativo em favor do Executivo e pela concorrência, quer das organizações empresárias, quer das centrais sindicais, ao sistema partidário, essa inefetividade também se expressa pela incapacidade das instituições de direito de influir tanto no controle quanto na direção da mudança social.

O problema é que a realidade sócio – econômica do país, conforme se afirmou no início deste ensaio introdutório, está longe de ser congruente e harmoniosa, caracterizando-se antes por graves desequilíbrios macro – econômicos, pela crescente

incapacidade do setor público de mobilizar os recursos necessários à implementação de políticas sociais, pela fragmentação da unidade organizacional do Estado, pelo subsequente congestionamento das agendas governamentais e pela volatilidade da legitimidade obtida por vias eleitorais.

Decorre daí, como apontam os ensaios reunidos nesta coletânea, a importância do desafio da renovação e da ampliação das funções do Judiciário, em cujo âmbito hoje se desenvolvem interações conflitivas e convivências contraditórias entre uma superada concepção de ordem legal e concepções antagônicas de ordem justa.

4.5 CONSTITUCIONALISMO

Nesse passo, indispensável lembrarmos que o constitucionalismo remonta à antiguidade clássica, época em que tentou-se estabelecer uma limitação do poder absoluto.

No regime teocrático dos hebreus, a sua Constituição material era fundamentada na idéia de que a lei do Senhor limitava o poder absoluto e arbitrário do detentor do poder.

Dessa forma, verifica-se que pode-se conceituar o constitucionalismo como o ideal de liberdade humana, criando-se meios e instituições com a finalidade de limitar e controlar o poder político.

O constitucionalismo ganhou força somente na Idade Média, pela Carta Magna de 1215, através da qual foram conseguidas importantes vitórias com a limitação do poder absoluto do rei, mediante um pacto entre esse último, a nobreza e a igreja, garantindo-se a liberdade e a propriedade.

No constitucionalismo moderno, a Constituição vincula e limita todos os órgãos do poder político. Ela se torna um documento escrito, ganhando importância com as Constituições dos Estados Unidos, de 1787, e da França, de 1792, que possuíam duas características marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, através de uma declaração de direitos e garantias fundamentais.

A Constituição, sob essa visão, é uma norma suprema, de caráter rígido, porque hierarquicamente superior a todas as outras, só podendo ser alterada mediante procedimentos específicos, e constituindo-se no fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. Conseqüentemente, nesse sistema é possível falar-se em controle de constitucionalidade dos atos do Parlamento.

Essa nova visão, na verdade é uma técnica específica de limitação de poder com fins garantísticos, sendo pontos importantes a constitucionalização das liberdades e a fundação e a legitimação do poder político.

Esse novo paradigma só foi possível em virtude da concepção liberal do Estado, inaugurado na Revolução Francesa e que possuía como causa o individualismo filosófico e político do século XVIII. Nesse contexto, era considerado como um dos objetivos essenciais do regime estatal a proteção de alguns direitos fundamentais contra os abusos da autoridade. Ao mesmo tempo vigia o liberalismo econômico, cujo maior expoente foi Adam Smith, e tinha por lema que o Estado não poderia exercer funções de ordem econômica.

A primeira Grande Guerra Mundial alterou profundamente o sentido do constitucionalismo, embora não o extinguisse. Passou-se a inserir nos textos da Constituição normas de cunho econômico e social, influenciados pelos partidos socialistas e cristãos.

Houve uma passagem do Estado liberal e passivo para o Estado social e intervencionista, conferindo-lhe prestações positivas. Essa mudança também se fez sentir nas Constituições, que passaram de Garantia, Defensiva ou Liberal, para Constituição Social, Dirigente, Programática ou Constitutiva.

O Estado do Bem Estar Social teve início com a Constituição Mexicana de 1917, que estabeleceu seus fundamentos básicos. Sob a influência da Constituição alemã de Weimar de 1919, a Constituição brasileira de 1934, foi a primeira a delinear os contornos da atuação desse Estado intervencionista. Esse aspecto perdurou nas demais Constituições brasileiras, sendo na que atual é bastante evidente essa característica, principalmente se examinarmos os seus arts. 170 e 193.

No entanto, a partir de meados do século XX, o constitucionalismo moderno passou a ser questionado. Nessa época, se originou na Europa um pensamento constitucional, segundo o qual a Constituição era dotada de força normativa, passando a condicionar a validade de todo o ordenamento jurídico e estabelecendo deveres para os órgãos de direção política.

Esse movimento recebeu o nome de neoconstitucionalismo e estabeleceu um novo modelo: o Estado Constitucional do Direito, que surgiu do fracasso do Estado Legislativo de Direito.

O neoconstitucionalismo iniciou-se na Europa com a Constituição da Alemanha de 1949, e no Brasil com a Constituição de 1988, de forma a se exigir que todos os ramos do direito devem ser lidos com enfoque constitucional.

O neoconstitucionalismo é fundado na dignidade da pessoa humana e representa o constitucionalismo atual e contemporâneo.

Veja-se o que nos ensina o constitucionalista Dirley da Cunha Júnior:

O neoconstitucionalismo representa o constitucionalismo atual, contemporâneo, que emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana.¹²⁵

Com esse novo sistema, condiciona-se a validade das leis não só à forma de sua produção, mas também da compatibilidade de seus conteúdos aos princípios e regras constitucionais.

Destarte, as Constituições do pós – guerra trouxeram valores relacionados à promoção da dignidade da pessoa humana, adotou opções políticas gerais ligadas a redução das desigualdades sociais e específicas referentes à prestação de serviços na área de educação e saúde.

Essencial nesse sentido foi o reconhecimento da força normativa dos princípios, o que ensejou a consolidação de uma teoria jurídica material ou substancial baseada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais. O sistema anterior era restrito à uma concepção formal e procedimentalista.

Essa mudança de paradigma proporcionou o reconhecimento da importância central das Constituições no ordenamento jurídico, bem como dos direitos fundamentais, em defesa da efetividade desses últimos e do controle judicial das políticas públicas.

4.6 CONCEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É necessário traçarmos critérios que permitam identificar os direitos fundamentais, especialmente os previstos implicitamente na Constituição ou existentes fora de seu catálogo expresso. Nessa nossa tarefa não se pode descuidar que os direitos fundamentais vêm sofrendo mutações e assumindo novas dimensões, conforme as exigências de cada período histórico.

Primeiramente, deve-se ter em mente que os direitos fundamentais são direitos humanos positivados nas Constituições estatais.

Deve-se questionar qual o melhor critério para identificar um conceito

¹²⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p.40.

preciso de direitos fundamentais. Esse critério é a dignidade da pessoa humana.

Deve-se ter em mente que esse critério não é único, visto que existem direitos reconhecidos à pessoa jurídica ou que são fundamentados em outros princípios fundamentais.

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas.

Esses direitos são fundamentais em duplo aspecto: regulam a convivência entre os homens; e estabelecem os princípios para a atuação dos órgãos estatais, através das determinantes negativas e positivas.

Os direitos fundamentais concretizam o respeito à dignidade da pessoa humana, numa dimensão subjetiva, provendo as pessoas de bens e posições jurídicas favoráveis e invocáveis perante o Estado; bem como numa dimensão objetiva, delineando o modelo de Estado.

Pela dimensão objetiva são fixados os modos de organização, compreendendo os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Dessa forma, resguardam o homem na sua liberdade, nas suas necessidades e na sua preservação.

Por outro lado, deve-se formular um conceito de direitos fundamentais que leve em consideração seu aspecto formal, ou seja, sua previsão na Constituição, e seu aspecto material, em razão de seu conteúdo e de sua importância, nos termos do art. 5º, §2º.

Esse conceito depende da ordem constitucional de cada Estado, pois varia a consideração do que é fundamental entre os Estados.

Essas normas adquirem a forma de normas – princípios, já que possuem mandamentos de otimização, em contraposição das normas-regras que são menos abstratas e menos genéricas.

Pode-se dizer que há o direito fundamental à efetivação da Constituição, devendo os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo efetivarem as normas constitucionais.

O conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental estão estritamente ligados. Sempre que há um direito fundamental, tem uma norma garantindo esse direito. A recíproca não é verdadeira, pois existem normas de direitos fundamentais que não geram direitos subjetivos.

No entanto, são consideradas normas fundamentais apenas as que

geram direitos fundamentais. Dessa forma, eles seriam dois lados de uma moeda. Entrementes, essa conclusão não pode ser adotada na análise do direito positivo.

Isso porque são previstos direitos fundamentais sem que haja o correspondente direito subjetivo. A se pensar o contrário, poderiam existir normas de direitos fundamentais, previstos pelo direito positivo, que não poderiam ser chamados normas de direitos fundamentais, por não outorgarem direitos subjetivos.

O conceito de norma é caracterizado pela vagueza de seus sentidos, levando a disputas intermináveis, mesmo quando seu emprego é o mais óbvio.

Importante notar ainda os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

Não se pode olvidar, neste contexto, que a dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio fundamental e na sua relação com os direitos e deveres fundamentais (sem prejuízo de assumir, também nesta perspectiva, a condição de regra jurídica, impositiva ou proibitiva de determinadas condutas, por exemplo) possui uma dupla dimensão (jurídica) objetiva e subjetiva que, por sua vez, pelo menos segundo a tradição jurídico – constitucional germânica, largamente difundida também, entre nós, guarda relação com os valores fundamentais de uma determinada comunidade. Aliás, os princípios e direitos fundamentais são, neste sentido, expressão jurídico – constitucional (mediante a incorporação ao direito positivo, na condição de direito objetivo) de uma determinada ordem de valores comunitária, não podendo ser reduzidos a direitos (posições subjetivas) individuais. Também por esta razão (mas não exclusivamente), é que a dignidade da pessoa, do indivíduo, é sempre a dignidade do indivíduo socialmente situado e responsável, implicando deveres fundamentais conexos e autônomos, aspecto que aqui não poderá ser desenvolvido.¹²⁶

Por isso que a discussão sobre o conceito de norma como conceito fundamental da Ciência do Direito não tem fim.

Os direitos do homem são variáveis, modificando-se de acordo com as condições históricas. Dessa forma, pode-se dizer que no futuro podem surgir novas demandas que não se pode imaginar hoje.

As idéias de Norberto Bobbio aclaram o tema:

O fato mesmo de que a lista desses direitos esteja em contínua ampliação não só demonstra que o ponto de partida do hipotético estado de natureza perdeu toda plausibilidade, mas nos deveria tornar conscientes de que o mundo das relações sociais de onde essas exigências derivam é muito mais complexo, e de que, para a vida e para a sobrevivência dos homens, nessa nova sociedade, não bastam os chamados direitos fundamentais, como os direitos à vida, à liberdade e à propriedade.¹²⁷

O que parece ser fundamental numa época histórica e numa

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.86 - 87.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2004, p.69.

determinada civilização, não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

4.7 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A Constituição de 1988 prega um amplo respeito aos direitos fundamentais e busca a sua plena efetividade.

Ao contrário das anteriores, a nossa atual Carta Magna, enaltecendo o ser humano como finalidade última do Estado, tratou dos direitos fundamentais no início de suas disposições, após o que disciplinou a organização do Estado.

Importante destacarmos as observações feitas por Suzana de Toledo Barros sobre o assunto:

“O Estado de Direito é, portanto, aquele que define e respeita, por meio de normas jurídicas, os limites de sua atividade, tendo em vista especiais fins, de sorte que estes objetivos têm de estar prefixados. No caso do Estado Brasileiro, o preâmbulo da Constituição em vigor já os indica.”¹²⁸

Um importante avanço foi a previsão dos direitos sociais em capítulo próprio, evidenciando seu caráter de direitos fundamentais.

Outra relevante inovação foi a ampliação do rol de direitos fundamentais, contemplando direitos das quatro dimensões. Além disso, fez previsão de uma cláusula de abertura material ou de não tipicidade dos direitos fundamentais em face do disposto no seu art. 5º, §2º.

Deve ser ressaltado ainda que todos os direitos fundamentais, quer expressos, quer implícitos, quer decorrentes de tratados, encontram-se protegidos pela cláusula de eternidade ou de irredutibilidade, de acordo com o art. 60, §4º, inciso IV.

Além disso, a Constituição Federal fez a previsão do princípio da reserva legal, criou mecanismos para coibir a omissão legislativa, como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, bem como explicitou a garantia do devido processo legal para a restrição da liberdade ou da propriedade.

No entanto, a mais destacada mudança é a que determina a aplicabilidade imediata de todas as normas de direito fundamental, nos termos do art. 5º, §1º.

Percebe-se, portanto, a existência no direito pátrio de um Sistema de Direitos Fundamentais, caracterizado pela sua autonomia no âmbito do sistema constitucional

¹²⁸ BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.96.

que integra.

Fazendo uma leitura apressada do *caput* do art. 5º, pode parecer que só são beneficiários dos direitos fundamentais os brasileiros e os estrangeiros residentes no Brasil, excluindo-se os estrangeiros não residentes no Brasil e as pessoas jurídicas.

Essa interpretação não é verdadeira, pois garante-se ao estrangeiro de passagem pelo Brasil, como o turista, o direito à vida, à liberdade, entre outros; bem como se garante às pessoas jurídicas o direito de propriedade e outros compatíveis com a sua natureza.

Essa norma deve ser interpretada de forma que sejam destinatários dos direitos fundamentais todas as pessoas, sejam físicas ou jurídicas, brasileiros ou estrangeiros, e entre esses últimos, residentes ou não no Brasil. Evidente que alguns direitos são exclusivos dos brasileiros. Como exemplo, pode-se citar os direitos políticos que se destinam somente aos brasileiros. E até mesmo entre os brasileiros, pode ocorrer certas restrições, como a exigência de ser brasileiro nato para assumir determinados cargos.

Como foi visto, a Constituição Federal brasileira traz o princípio da dignidade humana como princípio fundamental, aumentou o rol dos direitos e garantias fundamentais, conferindo-lhes aplicabilidade imediata e assegurou-lhe expectativa de expansão, de acordo com o art. 5º, 2º, que traz uma cláusula aberta.

4.8 EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Questão que gera bastante dúvida é referente à eficácia jurídica das normas constitucionais, pois algumas delas não possuem aplicação direta e imediata.

Segundo a nossa Constituição, as normas de direito fundamental não dependem de qualquer interferência do legislador para serem efetivas, pois possuem aplicação imediata. Todavia, a questão não é tão simples, porque algumas delas não são dotadas da mesma carga eficaz.

Para chegarmos a bom termo, é indispensável levarmos em consideração as múltiplas funções desempenhadas por esses direitos, quais sejam, funções de defesa e de prestação, e as variadas técnicas de sua positivação.

No entanto, deve-se entender que, independentemente de seu grau de eficácia, as normas de direitos fundamentais devem ter aplicação imediata.

Para isso deve-se estudar o alcance do preceito em exame, para verificar se se aplica a todos os direitos fundamentais, ou somente àqueles previstos no art. 5º da Constituição.

O princípio da aplicabilidade imediata deve ser observado em todas as normas de direito fundamental, inclusive os não previstos no art. 5º, ou na própria Constituição, desde que possuam a fundamentalidade material, em razão da marcada indivisibilidade que caracteriza os direitos fundamentais.

Na doutrina existem duas posições. Uma entende que o art. 5º, §1º, só deve ser aplicado às normas que são completas; e outra que defende a imediata aplicação, inclusive das de caráter programático.

A primeira posição deve ser descartada, pois não se coaduna com o espírito da Constituição. Outrossim, como princípio hermenêutico tem-se que deve ser extraído do texto interpretado a sua máxima utilidade e efetividade.

Canotilho e Vital Moreira defendem que são normas de eficácia imediata. Essa posição deve ser vista sob dois prismas: se aplicam independentemente de intermediação legislativa e reprimem a lei quando estabelece restrições em desconformidade com a Constituição.

Buscando o método histórico de interpretação, verifica-se que foi essa a intenção do legislador durante a votação em plenário, em favor da direta e imediata aplicação das normas definidoras de direitos fundamentais.

Dessa forma, torna-se despicienda a utilização do mandado de injunção e das ações de controle das omissões, tais como as ações direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento, por omissão.

Além disso, nosso ordenamento jurídico permite que qualquer órgão do Poder Judiciário remova lacunas indesejadas, através da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, sem que se afronte o princípio da separação dos poderes.

As chamadas normas programáticas possuem uma eficácia limitada, por serem de função de prestação material social, mas nem por isso são destituídas de aplicação imediata.

Alguns autores, como José Afonso da Silva e Celso Bastos, possuem uma posição intermediária, pois há casos em que não se tem como dispensar a atividade do legislador, como alguns direitos sociais.

Isso não é possível sob pena de as normas de direitos fundamentais poderem se transformar em conceitos vazios de sentido e conteúdo.

O argumento de que a norma de direito fundamental depende da atuação do legislador, acarretaria na transferência da função constituinte do legislador constituinte para o legislador constituído ou ordinário, retirando a vigência da norma

constitucional.

O questionamento sobre quando uma norma jurídica confere direitos subjetivos também tem importância prática sob o aspecto processual.

Para os Tribunais Administrativos alemães, é condição de admissibilidade e de êxito de uma demanda a violação de um direito subjetivo do demandante. A questão de se saber se uma norma confere ou não um direito subjetivo é um problema normativo.

O problema surge quando a norma deixa essa questão em aberto, como quando uma determinada norma estabelece uma obrigação para o Estado, mas não esclarece se o cidadão tem um direito à realização dessa ação estatal.

Uma das questões polêmicas da dogmática dos direitos fundamentais é saber se e em que medida se deve atribuir aos direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestações em sentido amplo.

Essa discussão se intensifica quando estuda-se os chamados direitos fundamentais sociais, como os direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia e à educação.

Esses direitos se enquadram nos direitos a prestações, sendo uma sua parte da mais ampla.

A Constituição alemã é cautelosa quando trata dos direitos a prestações. Nesse sentido, ela se afasta das Constituições dos Estados-membros e da de outros países, as quais prevêem direito ao trabalho, à moradia, a meios de subsistência, à educação e à participação.

Assim, uma interpretação dos direitos fundamentais da Constituição alemã que pretenda fundamentar direitos subjetivos a prestações no nível constitucional está obrigado a atribuir tais normas a dispositivos que não expressam normas que garantem direitos subjetivos a prestações.

Em que pese esses problemas, floresceu o debate sobre os direitos a prestações sob a Constituição alemã. Essa discussão foi reforçada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal.

Importante mencionar as decisões que mencionam um dever objetivo do Estado e direitos subjetivos a prestações.

O conteúdo do direito fundamental individual contém a capacidade do titular individual de poder exigir, contra os poderes públicos, o respeito às decisões axiológicas da norma fundamental, reforçando assim a sua efetividade.

Os direitos a prestação, como um direito subjetivo, são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação positiva.

O titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente o direito fundamental sempre que houver uma relação constitucional desse tipo.

Não existe direito sem obrigação; da mesma forma que a norma de conduta é condição para a existência de direitos e obrigações. Assim, direitos morais se relacionam a obrigações morais, não podendo uma obrigação moral corresponder a um direito legal, mas apenas a um direito moral.

Importante lembrarmos os ensinamentos de Robert Alexy:

Nos casos em que a norma da dignidade humana é relevante, sua natureza de regra pode ser percebida por meio da constatação de que não se questiona se ela prevalece sobre outras normas, mas tão-somente se ela foi violada, ou não. Contudo, em face da abertura da norma da dignidade humana, há uma ampla margem de apreciação na resposta a essa questão.¹²⁹

O que se discute atualmente é como se tornar efetiva a aplicação imediata, e não mais se há ou não aplicação imediata dos direitos fundamentais.

4.9 A ATIVIDADE JURISDICIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os juristas norte – americanos tiveram que fornecer uma descrição das decisões que os tribunais tomavam e, se possível, justificá-las.

Essa exigência se tornava premente quando os tribunais pareciam estar criando direito novo e politicamente controverso, em lugar de aplicar o direito antigo, como se exige a teoria jurídica ortodoxa.

A teoria ortodoxa fracassou pelo fato de ter adotado uma abordagem doutrinária da teoria do direito, tentando descrever o que os juízes fazem concentrando-se apenas nas regras que eles mencionam nas suas decisões.

Argumentam os realistas que os juízes tomam as suas decisões de acordo com as suas próprias preferências políticas ou morais e então escolhem uma regra jurídica apropriada como uma racionalização.

De acordo com a teoria sociológica do direito, o estudo criterioso das instituições jurídicas são processos sociais. Diante disso, o juiz não é um oráculo de doutrina, mas um homem que responde a diferentes tipos de estímulos sociais e pessoais.

Os juristas estão discutindo há décadas se os juízes sempre seguem

¹²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008, p.112.

regras, mesmo em casos difíceis e controversos, ou se, algumas vezes, criam novas regras e as aplicam retroativamente.

Quando se faz essa pergunta, tem-se consciência do grande poder político que tem o juiz, o que gera a preocupação de definir se esse poder é justificado, seja em geral ou em casos particulares.

Normalmente é aceito o princípio de que uma decisão judicial é mais equânime quando ela representa a aplicação de padrões estabelecidos, em vez de imposição de novos padrões.

A teoria do direito deve explorar a natureza da argumentação moral, tentando esclarecer o princípio da equidade, com a finalidade de se constatar se a prática judicial satisfaz esse princípio.

É evidente que os juízes divergem e que suas decisões refletem sua formação e seu temperamento.

Da mesma forma, pode-se argumentar que a lei será economicamente mais eficiente se os juízes forem autorizados a levar em conta o impacto econômico de suas decisões.

Mas deve-se perguntar se é justo que os juízes procedam dessa forma, ou se pode considerar critérios econômicos como parte do direito existente, ou se decisões com base no impacto econômico têm, por essa razão, um maior ou menor peso moral.

Normalmente, aceita-se numerosas decisões que tornam a vida perigosa, como a decisão de estimular a competição no mercado, de licenciar automóveis e de empreender guerras.

Essas decisões potencializam os riscos de que determinadas pessoas venham a sofrer danos imprevisíveis e que não decorrem de seus atos deliberados.

No entanto, essas decisões são aceitas em nome de algum objetivo de eficiência, lucro ou política nacional, o que liga as doutrinas jurídicas a um amplo espectro de tradições morais.

De acordo com Austin, o soberano confere aos juízes poder discricionário para criar novas ordens, quando se estiver diante de casos inéditos ou problemáticos. Até mesmo porque o soberano não pode prever todas as contingências através de algum sistema de ordens.

Então, os juízes criam novas regras ou adaptam as antigas, cabendo ao soberano anular tais decisões ou, ao não fazê-lo, confirmar tacitamente.

Alguns doutrinadores defendem que o juiz tem o poder discricionário

para decidir o caso de uma maneira ou de outra quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra clara de direito, estabelecida previamente.

A redação do juiz dá a entender que qualquer das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção. Segundo a teoria supra, na realidade, o juiz legisla novos direitos jurídicos e os aplica retroativamente ao caso em questão.

Mesmo nos casos difíceis, o juiz continua tendo o dever de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.

Tal teoria, no entanto, não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis.

Muito pelo contrário, o argumento considera que os juízes divergem frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e políticos divergem sobre os direitos políticos.

Pode-se objetar que, se não existe nenhum procedimento para demonstrar quais são os direitos jurídicos, conclui-se que as partes não possuem nenhum direito.

Esse argumento baseia-se em uma tese polêmica de filosofia geral: nenhuma proposição pode ser verdadeira se não tiver sua veracidade demonstrada.

Os juízes não devem criar novo direito, mas aplicar o direito já criado por outras instituições. Embora tal assertiva seja o ideal a ser perseguido, muitas vezes, na prática, não pode ser plenamente concretizada.

As leis e o direito costumeiros são quase sempre vagos e merecem uma interpretação adequada antes de se poder aplicá-las aos novos casos.

Os juízes, portanto, seja de forma dissimulada ou explícita, às vezes, devem criar um novo direito. Quando assim age, na verdade, devem agir como se fossem delegados do Poder Legislativo, pois devem solucionar o caso concreto da maneira que o legislador promulgaria uma lei caso estivesse diante desse problema.

Ou seja, os juízes criam leis, em resposta a fatos e argumentos, da mesma natureza daqueles que levariam o Poder Legislativo a criar, caso estivesse agindo por iniciativa própria.

Entretanto, na realidade, os juízes não são legisladores delegados e eles não legislam quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas.

Duas objeções à originalidade judicial baseiam-se na idéia de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação. Conforme a primeira objeção, a sociedade

deve ser governada por pessoas eleitas pela maioria e responsáveis perante ela.

Afinal de contas, como ensina Ronald Dworkin:

O leitor entenderá agora por que chamei nosso juiz de Hércules. Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro, e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas.¹³⁰

Ora, os juízes não são eleitos, bem como não são responsáveis perante os eleitores, como ocorre com os legisladores, logo não poderiam criar leis.

4.10 O PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Normas de direitos fundamentais definem aquilo que o legislador legitimado democraticamente pode e aquilo que ele não pode decidir, porque vinculam o Legislativo, como ocorre com a Constituição alemã.

Essas normas representam proibições e deveres que restringem a liberdade do legislador, pois são normas negativas de competência, que limitam suas competências.

Existe, portanto, uma colisão entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais, significando que o problema da divisão de competências entre o legislador com legitimação democrática direta e o tribunal constitucional apenas indiretamente legitimado democraticamente, e não destituível eleitoralmente, é um problema inevitável e permanente.

Uma questão muito importante consiste em saber se e em que medida os direitos fundamentais são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre eles não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.

Ninguém pode ter certeza de que o legislador futuro não utilizará as liberdades e competências de forma desfavorável aos indivíduos.

Os direitos de proteção significam que os direitos do titular de direitos fundamentais podem ser exigidos em face do Estado, e que este deve protegê-los contra intervenções de direito.

Os direitos a proteção abarcam a proteção por meio de normas de direito penal, de responsabilidade civil, de direito processual, de atos administrativos e de ações fáticas.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes Ltda., 2010, p.182.

Ora, os direitos a proteção são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado.

As tarefas clássicas da ordem jurídica são a delimitação das esferas dos sujeitos de direito da mesma hierarquia e garantir a exigibilidade e a realização dessa demarcação.

Quando o Estado não cumpre de forma suficiente seu dever de proteção, é possível falar de uma violação a direito fundamental.

Assim, o legislador não pode partir de qualquer prognóstico e o tribunal constitucional não pode, sem limites, substituir o prognóstico do legislador pelo seu próprio.

Por outro lado, não se pode formular uma regra simples que delimite em todos os casos a competência de prognósticos do legislador e a competência de controle do tribunal constitucional.

Nixon argumentava que a Suprema Corte estaria usurpando poderes que por direito pertenciam a outras instituições.

Essa idéia de que a Suprema Corte está excedendo os limites de sua autoridade legítima é defendida pelos conservadores. Por isso, que os políticos têm discutido sobre formas de limitar a autoridade da Suprema Corte através da legislação.

Nixon não pode objetar às decisões da Suprema Corte simplesmente porque elas avançaram além das leis anteriores, ou dizer que ela nunca deve mudar de opinião.

Os argumentos políticos não possuem uma teoria do direito, mas simples frases de efeito da retórica conservadora, de forma a demonstrar sua aversão a qualquer decisão judicial que parecesse ampliar os direitos individuais contra a autoridade constituída.

A teoria constitucional defendida pelos políticos baseia-se em uma teoria da supremacia das maiorias. A Constituição tem a finalidade de proteger os cidadãos contra as decisões da maioria, mesmo quando ela age visando o que considera ser o interesse geral ou comum.

Algumas das restrições trazidas pela Constituição são regras bastante precisas, enquanto outras assumem a forma de padrões vagos.

Para se interferir na prática democrática é necessária uma justificação. Essa justificação, em muitas das vezes, é obtida através de um apelo aos direitos morais que os indivíduos possuem contra a maioria.

Uma interpretação estrita do texto da Constituição produz uma concepção estreita dos direitos constitucionais, pois restringe esses direitos aos reconhecidos por um grupo limitado de pessoas em um momento determinado da história.

Essa idéia força os defensores de um conjunto mais liberal de direitos a reconhecer que estão se distanciando da autoridade estritamente jurídica, o que alguns justificam através de um apelo à desejabilidade dos resultados a que chegam.

Quando se recorre ao conceito de justiça, recorre-se ao significado do conceito de justiça, e não atribui nenhuma importância a seus pontos de vista particulares.

Caso a Suprema Corte justifique suas decisões por meio dos direitos morais, em vez de baseá-las no direito positivo, estará usurpando o lugar do Poder Legislativo, porque a tarefa deste poder, representante da maioria, consiste em decidir as preferências que são dominantes.

Nixon afirma que os tribunais não devem decidir questões controversas de moralidade política, uma vez que devem deixar tais decisões a outras áreas do governo.

Essa idéia parte do pressuposto que em uma democracia todas as questões não resolvidas, inclusive aquelas relativas a princípios morais e políticos, devem ser resolvidas por instituições que sejam politicamente responsabilizáveis, de modo que os tribunais não o são.

O Poder Legislativo e outras instituições democráticas estariam habilitados a tomar decisões constitucionais, independentemente de sua efetiva capacidade de tomar melhores decisões.

No entanto, como lembra o eminente Eduardo Appio:

“Se este núcleo essencial não pode ser suprimido pelo Estado, então cabe ao Judiciário garantir, por meio do ativismo na forma de juízos de razoabilidade, quais os direitos são apontados como fundamentais e qual é o limite máximo para sua regulação¹³¹ estatal.”

Isso ocorre com base na idéia de que é mais justo permitir que uma maioria, e não uma minoria, decida qualquer problema.

No entanto, tal argumento ignora o fato de que as decisões a respeito dos direitos contra a maioria não podem ficar a seu cargo, em virtude do princípio da equidade.

¹³¹ APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.193.

Não é justo que a maioria julgue em causa própria. Dessa forma, parece que os princípios de justiça e de democracia se contrapõem.

Esse fato foi reconhecido pelo juiz Marshall, presidente da Suprema Corte, ao julgar o caso *Marbury vs. Madison*, em que ficou decidido que aquela Corte pode revisar as decisões legislativas contrárias à Constituição.

Argumentou-se que a Constituição estabelece que ela própria é a lei suprema do país, motivo pelo qual os tribunais em geral e a Suprema Corte devem ter o poder de declarar nulas as leis que violem a Constituição.

Deve-se reconhecer a possibilidade de o Poder Judiciário poder verificar a compatibilidade dos meios idealizados pelo legislador para atingir determinado fim, entre as várias opções políticas que lhe eram possíveis quando da elaboração da lei.

Considerando que o legislador, mesmo perseguindo fins estabelecidos na Constituição e agindo por autorização desta, pode editar leis consideradas inconstitucionais, bastando que intervenha no âmbito dos direitos com a adoção de cargas coativas maiores do que as exigíveis à sua efetividade, o princípio da proporcionalidade tem fundamental importância no exame da constitucionalidade de leis interventivas na esfera de liberdade humana.

Deve-se questionar se o juiz, ao realizar o controle sobre a razoabilidade de uma lei, torna-se um legislador, ou seja, se estaria havendo uma confusão entre as funções jurisdicional e legislativa.

O que se pretende é evitar que o legislador chegue ao excesso de produzir lei desnecessária, casuística ou desarrazoada, e não reduzir a sua esfera de liberdade democraticamente legitimado para regular a Constituição.

A total liberdade do legislador para regular os direitos fundamentais tornaria pouco eficaz a cláusula de eternidade a que estão submetidos estes direitos, de modo que a possibilidade de exame da razoabilidade da lei por parte do Judiciário constitui um importante mecanismo da sua proteção.

O princípio da proporcionalidade é composto pelos seguintes subprincípios: exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela lei; necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito; e a proporcionalidade em sentido estrito, através da qual se pondera a relação entre a carga da restrição e o resultado.

O modelo norte-americano de utilização do princípio da proporcionalidade é baseado no princípio do *due process of law*, que significa que, no exame da constitucionalidade, é indispensável a compatibilidade do conteúdo da lei com a justiça.

A reserva legal não se mostra suficiente para evitar a edição de leis excessivas ou desnecessariamente restritivas. Quando o legislador está autorizado a impor limites aos direitos fundamentais, essas restrições não ficam ao livre critério do legislador, até mesmo porque restrições demasiadas podem aniquilar o próprio direito restringido, comprometendo até a noção do Estado de Direito Democrático.

Para os americanos, a lei que obedece a Constituição é aquela que respeita os princípios de justiça, como a dignidade, a liberdade e a igualdade, e o Poder Judiciário é reconhecidamente apto a valorar quando esses ideais foram preservados.

Dessa forma, tem-se que a Constituição vale tal como interpretada pelo Tribunal Constitucional. O tribunal é o intérprete principal e guardião da Constituição.

A solução de casos envolvendo a tutela judicial dos direitos fundamentais no Brasil tem tomado por base a doutrina e a jurisprudência do Tribunal Federal da Alemanha, inclusive incorporando ao ordenamento jurídico pátrio o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos.

Nos países em que há uma deferência à democracia constitucional, como no caso da Alemanha, a dignidade da pessoa humana é considerada núcleo central dos respectivos ordenamentos jurídicos.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a necessidade de proteger as minorias foi reforçada, pois constatou-se que o ser humano é propenso a exercer o papel de opressor.

Nesse passo é importante transcrevermos os ensinamentos do jurista Hans Kelsen:

Hoje, após uma experiência de mais de meio século, verifica-se uma reação contra a onipotência parlamentar, em especial contra a liberdade quase ilimitada de legislar que a Constituição de 1875 atribuiu ao Parlamento. Os promotores dessa reação não vão mais procurar apenas na América os argumentos úteis para restaurar em nosso país a noção de Constituição mediante a introdução de um controle jurisdicional sobre a constitucionalidade das leis. Na própria Europa, os argumentos lhes são fornecidos seja por Estados que, como a Áustria, já consagraram a instituição de um tribunal constitucional, seja em Estados, como o império alemão, nos quais, não obstante o deliberado silêncio da Constituição, o movimento a favor do controle ganha continuamente terreno na doutrina, a qual já é capaz de se apoiar em decisões judiciais.¹³²

A proteção conferida à dignidade da pessoa humana varia desde a eliminação de qualquer vestígio de discriminação racial nas leis até a ampliação de direitos

¹³² KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes Ltda., 2007, p.207-208.

sociais previstos na Constituição.

O pouco respeito aos direitos no plano interno e o desprezo à autoridade internacional, no plano externo caminham juntos. Quanto mais autoritário será o governo no plano interno, mais libertário será no plano externo.

A aplicação do direito deve ser feita por alguma autoridade pública, como um juiz, que exerce seu discernimento pessoal, o que significa ir além do direito na busca por algum de tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na contemplação de uma regra já existente.

Não se pode perder de vista que um juiz, que não é pressionado pelas demandas da maioria política, encontra-se em uma melhor posição de avaliar o caso concreto.

5 O ORÇAMENTO

5.1 O ESTADO E O ORÇAMENTO

Como visto, o Estado passa a ter existência a partir do momento em que o povo, consciente de sua nacionalidade, se organiza politicamente, e, como instrumento de organização política da comunidade, deve ser estudado como um sistema de funções que disciplinam e coordenam os meios para atingir determinados objetivos e como um conjunto de órgãos destinados a exercer essas funções.

Na concepção aristotélica, o Estado tem como finalidades básicas a segurança, com o objetivo de manter a ordem política, econômica e social e o desenvolvimento, com o objetivo de promover o bem comum.

De qualquer modo, para cumprir as suas finalidades, o Estado contemporâneo desempenha as funções de instituir e dinamizar uma ordem jurídica, ou, seja, função normativa, ordenadora ou legislativa.

Ainda possui a função de cumprir e fazer cumprir as normas próprias dessa ordem, resolvendo os conflitos de interesse, vale dizer, função disciplinadora ou jurisdicional.

E, por fim, tem-se a função de cumprir essa ordem, administrando os interesses coletivos, gerindo os bens públicos e atendendo as necessidades gerais, isto é, a função executiva ou administrativa.

Organizado o Estado, foi necessário obter os meios indispensáveis para manter sua existência e cumprir suas múltiplas atividades, política, administrativa, econômica, financeira, sendo esta última a que se preocupa em obter, gerir e aplicar recursos necessários para fazer funcionar as instituições.

No Estado moderno, as finanças públicas não são somente um meio de assegurar a cobertura para as despesas do governo, são, também, fundamentalmente, um meio de intervir na economia, de exercer pressão sobre a estrutura produtiva e de modificar as regras da distribuição da renda.

Com este instrumental, as finanças públicas, de simples provedores de

recursos, passaram a confundir-se com a nova finalidade do Estado, qual seja, a de estabelecer um equilíbrio geral das estruturas institucionais, quais sejam, jurídica, política, moral e religioso, o que ultrapassa de muito o conceito clássico e restrito do equilíbrio orçamentário.

Assim sendo, uma explicação puramente sociológica do Estado levamos à conclusão de que, antes de qualquer outra função, possui ele a de congregar os elementos sociais, impedindo, em última análise, a autodestruição da espécie humana, já que se está partindo, também, da premissa da obrigatoria sociabilidade do gênero humano.

Através do conhecimento da teoria política justificadora de cada forma de Estado, pode-se explicar a existência das instituições financeiras durante as várias épocas da civilização.

No Estado oriental, nota-se a predominância da concepção teológica para explicar e justificar, trazendo como consequência o predomínio da classe social dos sacerdotes e a primazia do problema religioso sobre os demais aspectos jurídico e político do fenômeno social ainda complexo e não dissociado.

Justificavam-se as atividades estatais pela sua finalidade meta – social, emanada de autoridade divina, até mesmo porque, em época posterior, ainda na fase oriental, com a revolta da classe guerreira, a sequência das lutas externas e das rebeliões intestinas serviu de motivação para a conduta financeira do Estado, carecedor de recursos materiais com que suprir os seus exércitos com armas e mantimentos.

De todos esses fatos, convém de acentuar que o indivíduo existia para o Estado, não se concebendo, como até bem próximo de nossa época, que o indivíduo reclamasse a inversão dos objetivos de atuação do Estado para que este passasse a ser um instrumento de elevação, crescente da pessoa humana, inclusive provendo as suas necessidades materiais.

O corolário de tal situação implica na obrigação imposta pela ordem política vigente ao indivíduo de contribuir com suas rendas, seu patrimônio e sua própria vida para a obtenção dos fins guerreiros do Estado.

O Estado Grego realizou a integração da polis, grupo representativo da forma embrionária de nosso Estado Democrático, enquanto que, imperialista e guerreiro, o Estado Romano condicionou a existência individual à finalidade de contribuir para a criação de um vasto Império, que dominasse toda a área geográfica conhecida.

Nestas condições, as finanças públicas em Roma estavam representadas pelo Fiscum, onde se acumulavam os tesouros, não somente nascidos à custa da produção do país, mas, principalmente, pelo acúmulo dos despejos, que a vitória nas guerras

quase sempre proporcionava.

A finança feudal assume características próprias, decorrentes do fracionamento da ordem política e econômica, ao passo que o Estado Absolutista, o mesmo L'Etat c'est moi de Luís XIV, resulta da contra – marcha ao sistema feudal e visou a concentração progressiva do poder político.

Isto proporcionou o surgimento do despotismo, que em Finanças Públicas significou a exaustão da capacidade contributiva da população francesa, até que a ordem social vigente se rompeu sob a forma histórica da Grande Revolução.

O tipo de estado que nasceu da Revolução, consiste numa antítese do seu antecessor e visou, pela primeira vez, a formação de uma couraça de proteção jurídica em torno da pessoa do contribuinte, que passou a gozar de direitos contra o Fisco.

A teoria orçamentária, cujas origens estão na luta travada na Inglaterra em 1215 entre o monarca João Sem Terra e os barões feudais, iniciou-se através do movimento pela proibição de qualquer aumento tributário pelo livre arbítrio do poder estatal e sem a aquiescência dos contribuintes.

Obediente aos princípios políticos inerentes ao Estado Liberal, a atividade financeira era tida e havida como prejudicial ao bom comportamento da ordem natural, que presidia ao funcionamento de toda a economia.

Nestas condições, adotando garantias ao contribuinte contra os abusos do fisco e lhe proporcionando a certeza da correta aplicação dos dinheiros públicos, a atividade financeira foi restringida ao mínimo possível.

De acordo com Sylvio Santos Faria:

Em período recente, surgiu a teoria do desenvolvimento econômico para países subdesenvolvidos, utilizando-se os instrumentos financeiros, cujo emprego representa uma coação difusa e indireta, obrigando a restrição do consumo e possibilitando a liberação de recursos em benefício do setor público, que, pelo emprego de um sistema de redistribuição de rendas, os devolve ao setor privado em determinadas condições e para atender a uma finalidade especial e previamente planejada. A esta Finança, que não visa tão somente a obtenção de recursos para o custeio dos gastos públicos, mas que pretende, sobretudo, atuar sobre a vida social e econômica, é que se chama modernamente de finança conjuntural.¹³³

No campo financeiro, reconhecida a necessidade como da categoria pública, todos os meios, inclusive os coercitivos, são utilizados para o seu atendimento.

Essa idéia corresponde aos reclamos para a satisfação de tais necessidades, e, dessa forma, surgiu e se cristalizou toda uma série de instrumentos, normas e

¹³³ FARIA, Sylvio Santos. *Iniciação Financeira*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1979, p.19.

práticas de natureza financeira.

Serviços gerais, incapazes de ser personalizados pois se destinam ao atendimento de uma necessidade sentida ao mesmo tempo por toda a ordem social, eles só podem ser financiados mediante contribuições genéricas, indistintamente cobradas entre os súditos vivendo sob a proteção do Estado.

Se ele atende aos reclamos individuais de justiça e para isso mantém toda uma aparelhagem judiciária, por outro lado identifica os anseios coletivos de justiça, isto é, procura amortecer os choques sociais dos mais fortes sobre os mais fracos, adotando um tratamento jurídico diferencial na proporção dessas desigualdades.

Orçamento, pois, é um plano de trabalho governamental expresso em termos monetários, que evidencia a política econômico – financeira do Governo e em cuja elaboração foram observados os princípios da unidade, universalidade, anualidade, especificação e outros.

De acordo com Lino Martins da Silva:

- É característica que determina a maneira pela qual o orçamento é elaborado, dependendo do regime político vigente; daí dizer-se que os orçamentos variam segundo a forma de Governo e podem ser classificados em três tipos:
- a) legislativo é o orçamento cuja elaboração, votação e aprovação é da competência do Poder Legislativo, cabendo ao Executivo a sua execução. Este tipo é utilizado em países parlamentaristas;
 - b) executivo é o orçamento cuja elaboração, aprovação, execução e controle é da competência do Poder Executivo. É utilizado em países onde impera o poder absoluto;
 - c) misto é o orçamento elaborado e executado pelo Poder Executivo, cabendo ao Poder Legislativo a sua votação e controle. Este tipo é utilizado pelos países em que as funções legislativas são exercidas pelo Congresso ou Parlamento, sendo sancionado pelo Chefe do Poder Executivo. Este é o tipo utilizado no Brasil.¹³⁴

O orçamento ainda pode ser dividido em duas partes ou seções separadas – Receitas e Despesas, sendo que em matéria de despesa pública as previsões contidas no Orçamento, sejam as iniciais ou a ele incorporadas em virtude de créditos adicionais abertos durante o exercício, destacam um caráter limitativo e imperativo, inibindo e proibindo a administração de efetuar gastos além dos créditos concedidos.

Quanto à receita pública, ao estimar as receitas prováveis de cada fonte, o legislador não pretende limitar as faculdades de arrecadação do poder público.

O objetivo de cálculo dos recursos é fundamentar o montante dos gastos e, por via de consequência, chegar ao nivelamento entre Receitas e Despesas,

¹³⁴ SILVA, Lino Martins da. *Contabilidade Governamental – Um enfoque administrativo*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1991, p.35.

entretanto, ao contrário das Despesas, tal previsão não constitui um limite.

Do estudo dos rendimentos fiscais segundo a evolução da conjuntura, resulta, pelo contrário, que os sistemas fiscais modernos manifestam uma grande sensibilidade frente aos movimentos conjunturais.

Contrariamente aos antigos sistemas, caracterizados pela estabilidade e a escassez do rendimento, os sistemas fiscais contemporâneos são altamente produtivos, mas seguem extremamente as flutuações econômicas.

O resultado desta disparidade entre o movimento dos ingressos e o dos gastos públicos, é a frequente aparição de um saldo orçamentário, e ele tende felizmente a harmonizar-se com as exigências do reequilíbrio econômico: com efeito, em geral existem superávits nas épocas de prosperidade e déficits nos períodos de depressão.

As comprovações já efetuadas acerca do desequilíbrio conjuntural do orçamento incitam, em primeiro lugar, a ampliar o marco em que deve realizar-se o equilíbrio orçamentário e a buscar a consecução deste equilíbrio não seja anualmente senão no transcurso de um ciclo econômico.

Conforme leciona Brochier e Tabatoni, a sucessão de déficits durante a depressão e de superávits em época de prosperidade, dão a entender que é possível uma compensação e que, no transcurso de um ciclo, os gastos e os ingressos se encontrarão equilibrados.¹³⁵

Esta prática permite ao mesmo tempo uma ação do orçamento sobre a conjuntura orientada convenientemente, uma vez que os déficits, aceitos durante a depressão, exercem uma ação expansionista que adianta ou facilita a recuperação, enquanto os superávits acumulados durante a expansão servem de freio e evitam os inconvenientes de um “boom”.

5.2 A CIÊNCIA DAS FINANÇAS E O ORÇAMENTO

Preliminarmente, deve-se acentuar que talvez não haja tarefa mais difícil do que definir o que seja ciência das Finanças, dada a multiplicidade de aspectos pelos quais pode ser enfocada, isto é, principalmente um conhecimento preciso do que seja Ciência das Finanças.

Conforme estatui Egas Rosa Sampaio:

¹³⁵ BROCHIER, H.; TABATONI, P. *Economia Financeira*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1960, p.404: “*La sucesión de déficits durante la depresión y de superávits en época de prosperidad, dan a entender que es posible una compensación y que, en el transcurso de un ciclo, los gastos y los ingresos se encontrarán equilibrados.*”

“Ciência das Finanças – em sentido amplo, pode ser definido como sendo a ciência que estuda os princípios que regulam a atividade financeira do Estado, que têm por fim a obtenção e a aplicação dos recursos monetários, indispensáveis para a realização de suas funções e a satisfação das necessidades coletivas públicas.”¹³⁶

Como visto, a Ciência das Finanças compreende, portanto, a chamada atividade financeira do Estado, quando procura captar os recursos monetários de que necessita, para o funcionamento e execução de todas as atividades estatais, relativamente à organização e realização dos serviços públicos.

Ou ainda, em síntese, a Ciência das Finanças é estudo de atividade econômica e financeira do Estado, através de suas receitas e despesas, para a realização de seus fins.

Trata-se, efetivamente, da economia do Estado, quando ele procura meios para o cumprimento de seus fins, que são, em última análise os meios pelos quais o Estado visa a alcançar o bem comum.

No que concerne à divisão, isto é, a distribuição de um todo em suas partes componentes, costuma-se dividir os objetivos das finanças, por uma questão de clareza e sistematização, em razão à especial significação de que a mesma se reveste, em quatro ramos a saber: Despesa pública – distribuição de renda; Receita Pública – de alocação de recursos; Crédito Público – receita extraordinária; e Orçamento Público – instrumento de desenvolvimento e da distribuição.

Já a Ciência das Finanças tem por objeto o estudo dos fenômenos financeiros, os quais fornecem ao Estado os meios necessários à realização de seus fins.

Estuda, pois, os fenômenos financeiros a que o Estado está sujeito, em virtude de sua necessidade em cumprir seus próprios fins, como qualquer outro ente que precise de dispendir dinheiro para sua manutenção.

Ora, de maneira ampla, pode-se definir Estado como sendo conjunto de poderes políticos de uma nação, onde ele exerce, efetivamente, o seu poder soberano sobre um povo que ocupa um determinado território.

Por outro lado, o Estado mediante a atuação do Direito, através do qual se manifesta a sua vontade, justifica-se assim, como um instrumento da organização do poder político da comunidade nacional, criado para atender as necessidades do grupo social, da defesa externa, e da tutela da ordem interna, qualquer que seja, porém, a sua origem e

¹³⁶ SAMPAIO, Egas Rosa. *Instituições de Ciência das Finanças – Uma abordagem econômico - financeira*. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991, p.19-20.

evolução.

Isso ocorre principalmente porque o Estado tem o dever de zelar e defender os interesses da coletividade, que são os seus próprios interesses, levando o entusiasmo e a disciplina econômica a todos os setores, onde se geram as fontes de suas riquezas.

Nesse sentido, deve-se frisar que com o progresso de civilização, o Estado foi obrigado a evoluir com o crescimento e a ampliação das funções governamentais, por ser ela a autoridade social, imprescindível à vida dos homens em sociedade.

Desta forma, é que o Estado, dentro de sua organização e no exercício de suas atividades, exerce também o seu poder coativo, para impor as leis e fazer com que sejam observadas e executadas consoante os princípios da justiça social e do bem comum, imprescindível à segurança das pessoas e dos bens.

As diversas funções que formam e constituem indiscutivelmente o exercício permanente da atividade do Estado, o que concretamente se chama os seus poderes, derivam do seu fim ou função geral.

Além disso, essas funções se desdobram em poderes distintos, segundo as funções que exercem em: poder Legislativo, Executivo ou Administrativo e Judiciário, por meio dos quais o Estado desenvolve o exercício regular e eficiente de suas atividades.

Consiste a atividade financeira do Estado em uma atividade essencialmente política desenvolvida pelo Estado precisamente quando ele atua no sentido de captar e conseguir os recursos monetários, de que necessita para organizar suas finanças, a fim de atender suas funções e à satisfação das necessidades públicas.

De fato, a organização das finanças do Estado é realizada através dos impostos, os quais mantêm relações com a economia, pelo qual o Estado impõe o atendimento dos mais diversos fatores sociais ou econômicos.

Dessa forma, constata-se, desde logo, que a atividade financeira do Estado apresenta um conteúdo econômico e, ao mesmo tempo, reveste-se de um caráter político.

Além disso, cumpre ressaltar, também, que a atividade financeira do Estado, difere da exercida pelo particular, já que a riqueza para o Estado constitui apenas um meio que possa cumprir suas finalidades de satisfação das necessidades públicas, enquanto para o particular a riqueza constitui o fim por ele visado.

Deve-se entender por política financeira os princípios das diretrizes e

objetivos a atingir, na administração das finanças do Estado, com os meios à sua disposição, no que diz respeito aos fins a que se propõe.

Assim, em substância, Política Financeira é a disciplina que estuda a atividade financeira do Estado com o fim específico de fixar metas e sugerir soluções adequadas à boa administração e aplicação dos ingressos públicos.

A política financeira pode criar ou agravar uma instabilidade econômica interna; ela pode também encontrar-se na origem de um desequilíbrio nas relações do país em causa com o mundo exterior.

Em sentido inverso, uma gestão financeira adequada deve, certamente, poder servir, ao menos de sua parte, de terapêutica ao desequilíbrio, uma vez que o orçamento também refletirá, necessariamente, a distribuição relativa do poder econômico e político na sociedade.

Nesse ponto, importante ressaltar que, durante séculos, a justiça e a segurança não foram consideradas senão nas leis, pelo menos nos hábitos de cada um; às vezes, o Estado mesmo confiava a companhias particulares o exercício da segurança e da justiça.

Veja-se o que nos diz Nitti:

Mesmo hoje em dia, existem nos Estados Unidos da América sociedades particulares que exercem funções de segurança por conta de particulares que exercem funções de segurança por conta de particulares, cuja vida e propriedade defendem em troca de remuneração especial; ou bem se encarregam efetivamente de descobrir os culpados de furtos ou homicídios.¹³⁷

Como se percebe, a despesa de segurança interna e de justiça, de quase nula importância nos orçamentos do passado, recrudescem nos orçamentos atuais, e em toda parte essas duas funções são reservadas ao Estado e aos poderes públicos.

As despesas para a manutenção da ordem e o cumprimento da lei contam-se, pois, entre as mais necessárias: nenhum país moderno delas pode prescindir.

Mesmo em presença do aumento geral da riqueza e da criação de novas formas de atividade, causadas pelo contínuo desenvolvimento da produção, torna-se cada vez mais necessário que a defesa social assegure em cada uma das suas formas o meio de viver e de prosperar.

Graças às despesas efetuadas pela justiça e a segurança, procura-se, como, também, com as despesas relativas à saúde pública, desenvolver cada vez mais os

¹³⁷ NITTI, F. *Princípios da Ciência das Finanças*. v.1. Rio de Janeiro: Atena Editora, 1937, p.205.

meios preventivos em vez dos meios de repressão.

Destarte, o orçamento está e sempre esteve intimamente ligado aos princípios democráticos e à idéia de soberania popular, ou seja, durante a transição dos governos representativos em contraposição aos Estados antigos, quando o monarca tinha a propriedade do tesouro e a divindade legitimava o poder.

O orçamento é um instrumento de planejamento da administração pública para captar e alocar recursos públicos e de controle da atividade financeira do Estado por parte do Poder Legislativo.

Objetivamente, o orçamento é um conjunto de normas, princípios, regras e estudos ditados pela ciência das finanças e pelos atos legislativos que regulam a matéria; já no âmbito subjetivo é a forma de aprovação popular da gerência dos recursos financeiros públicos.

O Estado, ao prever as receitas e fixar as despesas, mediante atividade legiferante, está a informar aos destinatários, qual seja, o povo, o volume de recursos que será captado para atender os anseios coletivos atendido pela Administração Pública, e os meios que serão usados para captar esses recursos.

Da mesma maneira, o Estado, por intermédio do orçamento, também declara à sociedade o total de recursos a serem investidos no atendimento das necessidades públicas, pois, ao fixar as despesas, o governante demonstra quanto está destinado para suprir a carência da população em várias áreas, como educação, saúde, segurança pública, e para atender aos demais direitos fundamentais.

Do ponto de vista político, o orçamento representa o plano de ação governamental, que depende de dois fatores: a orientação econômica, administrativa e social do governo, que traduz as promessas e plataformas do candidato eleito, e a consistência das bases parlamentares de sustentação do Poder Executivo.

Como lembra ainda Sandoval Alves da Silva:

Sob a ótica estritamente financeira, o orçamento serve para: relacionar as receitas com as despesas, pois são as receitas que têm o condão de assegurar o financiamento das despesas; fixar as despesas, para que as atividades governamentais financiadas pelo Estado sejam garantidas, de tal sorte que a cada atividade seja atribuído crédito orçamentário, o qual limita os serviços a serem atendidos; expor o plano financeiro, pois, com a fixação das despesas, o Estado divulga quanto se propõe a despender com a organização e o funcionamento de cada um dos serviços e, com a previsão das receitas, sabe-se a participação ou o contributo dos meios de financiamento.¹³⁸

¹³⁸ SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais – Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação*. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p.119.

Percebe-se, portanto, nas leis orçamentárias uma norma de conduta e de organização que, a contemplar direitos substancialmente existentes, pode ser judicialmente reclamada, nos limites e condições definidos.

5.3 CONCEITO DE ORÇAMENTO

O ato de planejar é inerente à vida humana em face da necessidade de dar um ordenamento às suas ações bem como selecionar entre as alternativas possíveis aquelas que se coadunam com os condicionantes temporais, espaciais e circunstanciais.

Se assim acontece em nível individual não se poderia imaginar que no plano societal houvesse dispensa da organização e seleção de atos consequentes e eficazes para todos.

Em se tratando da estrutura governamental, o planejamento deve se constituir na ferramenta básica para a consecução do seu fim último, até mesmo porque, como nem sempre se pode dispor de bens e serviços para todos em abundância, é preciso saber lidar com as crises e a escassez, elaborando e implementando planos, programas, projetos e atividades.

Planejar uma política de desenvolvimento com vistas ao bem comum está se tornando hoje cada vez mais uma das atividades importantes do Estado.

Um maior número de países tende a adotar esta técnica, e a técnica, por sua vez, vem se aprimorando diuturnamente, pois no passado o princípio predominante era o de *laissez – faire* e o Estado só intervinha em situações catastróficas.

Os objetivos da intervenção estatal são hoje vistos e compreendidos bem mais claramente, uma vez que não apenas a cura dos males econômicos existentes, mas a seleção de atividades que se encaixem ajustadamente ao processo econômico global, objetivando um desenvolvimento sadio.

Portanto, são três os elementos constitutivos da moderna política econômica planejada: previsão, coordenação e consecução de objetivos determinados.

O planejamento e um plano ajudam a alcançar a eficiência, isto é, a execução perfeita de uma tarefa que se realiza, e também não é esta a única busca do planejamento, ele visa também à eficiência.

Se ele atende às duas finalidades pode-se afirmar que o planejamento deve alcançar não só que se façam bem as coisas que se fazem, ou seja, eficiência, mas que se

façam as coisas que realmente importa fazer porque são socialmente desejáveis, isto é, eficácia.

Dessa forma, o planejamento pode ser entendido como o conjunto ordenado e sistematizado de ações capazes de, em um tempo determinado, possibilitar o alcance das metas indispensáveis à consecução dos objetivos.

O planejamento de quaisquer atividades, governamental ou privada, destinadas a promover o benefício de maior número de pessoas, deve obedecer aos princípios da honestidade, publicidade, aceitabilidade, benefício e sanção, todos eles ligados ao âmbito da ética.

Pelo orçamento, tem-se a informação de despesas de custeio e de capital da União, dos Estados – Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de suas respectivas autarquias e fundações por eles criadas e mantidas, bem como, de igual sorte, se conhece o orçamento de investimentos das sociedades de economia mista e empresas públicas e o modo de gestão de seus negócios.

O orçamento é informado por uma série de princípios, todos, tendo como objetivo resguardar-lhe a função política, como plano de governo, que o parlamento aprova, para que o Executivo fielmente execute.

Delimitado seu contorno formal, torna-se de observância obrigatória, se aprovado conforme as regras constitucionais que disciplinam sua elaboração.

Carlos Valder do Nascimento lembra que:

“A jurisprudência do então Tribunal Federal de Recursos em decisão tomada em 24 de maio de 1948 assentou que orçamento é lei, em sentido material; por esse motivo, mediante ele, que é lei, os tributos podem ser criados.”¹³⁹

Como se verifica, indivíduos ou empresas privadas, possuem um orçamento anual, onde eles tentam prever as suas receitas e despesas e ajustar um ao outro, e as autoridades do Estado também podem fazer o mesmo.

No entanto, o orçamento tem um papel muito mais importante nas finanças públicas do que no setor privado, uma vez que, para estes, o orçamento é apenas um ato de previsão antecipada dos fatos econômicos, para aqueles é também um ato de autorização, que inclui o direito de fazer as despesas e receitas projetadas.

Conforme Maurice Duverger, o Orçamento do Estado é, portanto, não apenas um plano de ação para o futuro, é também um limite, que representa diferentes marcos

¹³⁹ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Curso de Direito Financeiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.67.

imperativos que as autoridades públicas não devem ultrapassar.¹⁴⁰

Atualmente, a idéia de orçamento está passando por uma relativa desvalorização: alguns gastos do Estado e impostos estão fora da autoridade e da previsão orçamentária.

Deve-se questionar, assim, se o orçamento ainda é cercado por uma certa solenidade, que mantém o respeito da opinião pública e os políticos, esses rituais não se assemelham em muitos aspectos a regras ineficazes, concluindo-se que nem a forma nem o conteúdo do orçamento clássico correspondem exatamente às necessidades de financiamento público contemporâneo.

Ora, o orçamento, hoje, é uma lei que, anualmente, afeta profundamente todos os cidadãos de um país, e mais do que isso, altera, a prazo certo, muitas vezes, a fisionomia física, econômica e social das regiões por ele abrangidas.

É, deveras, a mais importante das leis, no setor econômico e no setor financeiro, até mesmo porque, através do orçamento, o Estado realiza a sua política econômica.

Conforme leciona Delfim M. Silveira:

A Economia e a Política sempre andam consociadas. Os estudos de ordem econômica têm influenciado, decisivamente, as idéias políticas. Na realidade, são duas facetas da mesma realidade. A Economia dá feição à Política. É natural que, sendo hoje extensa e intensa a ação extrafiscal do Estado, os governos procurem, através de suas leis orçamentárias, imprimir a marca de suas idéias políticas. Este é o aspecto político stricto sensu.¹⁴¹

O orçamento, assim, passou a ser um instrumento político, no qual o homem comum toma conhecimento da forma pela qual são aplicados os recursos provindos da tributação.

Inúmeros outros aspectos, de caráter político pode-se, ainda, enunciar, tal como o mecanismo constitucional age e reage, ao impacto dos orçamentos.

Ora, o Poder Executivo depende, em grande parte, do Poder Legislativo, para ter no tempo previsto votada e aprovada a Lei de Meios, e nos regimes modernos, há ou deve haver um entrosamento entre o Executivo e o Legislativo, porque se a este compete a feitura do orçamento, naturalmente aquele sempre estará mais capacitado para prover as despesas e orçar as receitas.

¹⁴⁰ DUVERGER, Maurice. *Les Finances Publiques*. 3.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1964, p.85: “*Le budget de L'Etat n'est donc pas seulement un plan d'action pour l'avenir, comme celui des particuliers; il est aussi une limite; il pose des bornes impératives que les différentes autorités publiques ne devront pas dépasser.*”

¹⁴¹ SILVEIRA, Delfim M. *Orçamento e Planificação*. Pelotas: Oficinas Gráficas da Tipografia do Centro S.A. Pelotas, 1960, p.109.

Portanto, a questão orçamentária ocupa lugar de destaque nas discussões de política econômica contemporânea, entretanto, virtualmente quase todos os aspectos das práticas orçamentárias modernas têm sua contrapartida nos tempos antigos.

Isso ocorre porque a técnica é diferente, mas os resultados frequentemente são os mesmos: a dificuldade para financiar o déficit é tão velha quanto o próprio governo.

Assim se manifesta Carlos Alberto Longo sobre o tema:

A dicotomia político – administrativa era uma das premissas básicas da reforma orçamentária ocorrida após o término da Primeira Guerra Mundial. As grandes decisões de natureza política seriam tomadas no Legislativo, mas as escolhas de cunho técnico – administrativo, das quais dependia o sucesso, na fase de implementação, dessas prioridades, seriam responsabilidade do Executivo.¹⁴²

Dessa forma, o orçamento pode ser visto como um contrato, significando um acordo dentro e fora do governo, quanto às suas prioridades e linha de ação.

O orçamento tem metas a cumprir, mas se for montado com base em atividades e funções, essas metas podem ser modificadas sem com isso afetar a metodologia do cálculo.

Grandes incertezas em relação às receitas e despesas futuras têm conduzido à reformulação contínua dos orçamentos e é através do orçamento fiscal que a sociedade estabelece, pelos seus representantes, as prioridades quanto a como e para quem prover bens e serviços públicos.

O orçamento também é chamado de Budget pelos tratadistas anglo – saxônicos, de Haushalt pelos alemães e de presupuesto pelos argentinos, e procura-se naturalmente um equilíbrio entre a receita e a despesa.

Esta é a chamada regra de ouro dos financistas clássicos, que norteava o orçamento dos países europeus, enquanto os países latino – americanos sempre se apresentavam com desequilíbrio crônico de suas finanças públicas, com uma despesa muito superior à sua arrecadação.

Recentemente alguns tratadistas de renome, com sua visão renovadora dos problemas econômicos e financeiros, idealizou uma nova política econômica, afirmando que nos países de inflação crônica a melhor solução é o déficit sistemático, e não o absoluto equilíbrio financeiro, eis que especialmente os países subdesenvolvidos, ou países coloniais, como diriam os marxistas, aplicam uma grande percentagem do dinheiro em obras públicas,

¹⁴² LONGO, Carlos Alberto. O Processo Orçamentário: Tendências e Perspectivas. *Revista de Economia Política*, v.14, n. 02, abr./ jun., 1994, p.03.

que se valorizam com a inflação galopante.

Nesse passo, é imprescindível trazer à lume os ensinamentos de Pinto Ferreira:

“De qualquer maneira, deve-se afastar a opinião de ser o orçamento uma simples lei autorizativa.”¹⁴³

5.4 NATUREZA JURÍDICA DO ORÇAMENTO

Problema que há mais de um século preocupa a ciência jurídica é o da natureza do orçamento, pois cumpre determinar se ele é uma lei material, com conteúdo de regra de direito e eficácia inovadora, ou se é mero ato – condição, que só do ponto de vista formal reveste as características da lei.

Antes, porém, torna-se necessário averiguar se a questão da natureza do orçamento tem importância prática, sendo que alguns autores entendem-na como um problema aparente ou falso.

Enquanto alguns atribuem ao orçamento a natureza de ato – condição, exceto quando as leis do país proclamassem a necessidade de renovação anual da autorização para a cobrança dos impostos, caso em que seja ato materialmente legislativo; outros filiam-se à corrente que considera o orçamento lei material.

De acordo com Ricardo Lobo Torres:

Parece-nos que, apesar desses desencontros, o problema da natureza do orçamento continua relevante, eis que dele dependem outras questões: a da obrigatoriedade de o Executivo realizar as despesas previstas; a da criação de direitos subjetivos para terceiros; a da revogação das leis financeiras materiais.¹⁴⁴

A teoria de que o orçamento é lei formal foi desenvolvida inicialmente na Alemanha, e entendia tratar-se de simples autorização do Parlamento para a prática de atos de natureza administrativa.

Pode-se afirmar que até hoje, passando pelo regime de Weimar, continua preponderante na doutrina germânica a teoria da natureza formal do orçamento, tendo essas idéias influenciado os autores franceses, os quais defendiam que o ponto de vista de que o orçamento jamais pode ser uma lei.

Existe uma teoria oposta, segundo a qual o orçamento tem natureza

¹⁴³ FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964, p.169.

¹⁴⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 10.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.158-159.

material, criadora de direitos e inovadora quanto às leis financeiras, tendo adotado-a parte da doutrina italiana que conceituou o orçamento como instrumento jurídico para a atuação integral das leis financeiras.

Mas é na Espanha contemporânea que se fortaleceu essa corrente doutrinária: considera-se o orçamento como uma lei em sentido pleno, de conteúdo normativo, com eficácia material constitutiva ou inovadora e com todas as características de valor e força de lei, como sejam a impossibilidade de que suas normas sejam derogadas ou modificadas por simples regulamentos e a possibilidade de modificar a até derogar normas precedentes de hierarquia igual ou inferior.

Ora, cabe ao Congresso Nacional, Assembléias Legislativas e Câmaras, efetuar a previsão da receita, isto é, quanto se nos é cobrado a título de tributo, e a autorização da despesa.

É conquista de longos anos que não há tributação sem representação, isto é, qualquer pagamento que se deve efetuar ao Governo, há que ter a concordância da representação popular, uma vez que o déspota tem, na lei, seus limites.

O orçamento, em consequência, não é mera peça de ficção, como parecia outrora, passando a ser um programa de governo e, posteriormente, toma contornos reais de reflexo da vida social do país, e qualquer deslize do Presidente em relação ao orçamento pode caracterizar crime de responsabilidade, sendo, pois, uma lei essencial à nação.

Daí nasce a seguinte indagação: se a aprovação do orçamento é meramente formal ou deve representar os anseios efetivos da comunidade, o que nos leva que esta peça não tem sido levada a sério em nossa República.

Não resta dúvida que a previsão das receitas pode ser equivocada, seja por falha na previsão econômica, ou por erro na apreciação de fatos futuros, o que pode levar, durante a execução dos gastos, eventuais alterações no rumo das despesas.

No entanto, mal iniciado o exercício financeiro, já se efetuar contingenciamento, é rematado absurdo e ostensiva desconsideração com o Parlamento.

Tem-se de ter em mente que o orçamento deve representar pretensões sociais legítimas e auscultadas na sociedade, advindo daí a necessidade da participação da sociedade.

Veja-se o que diz a respeito Régis Fernandes Oliveira:

Em Estado Democrático de Direito as instituições devem ser respeitadas. O equilíbrio entre os poderes é peça essencial para o desenvolvimento pacífico

da sociedade. O orçamento é instrumento inequívoco de controle. Se as metas foram fixadas através do Plano Plurianual, se o Congresso deliberou sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias e fixou o norte para a aprovação do orçamento anual e, se, posteriormente, aprovou a peça diretiva de receitas e gastos, como se pode dizer que o orçamento é mera peça de ficção e o Governo pode sobre ela tripudiar e deixar de cumpri-la?¹⁴⁵

Assim, a título de conclusão, pode-se afirmar que o orçamento é impositivo, não deixando margem a manobras, titubeios ou qualquer tergiversação do Governo, a pretexto de utiliza-lo como meramente autorizativo.

Contém autorizações, com certeza, na arrecadação, mas as despesas devem ser efetuadas de acordo com o que foi determinado na lei orçamentária.

Caso contrário, como já se disse, tem-se a desmoralização do Congresso que de nada serviria, visto que não haveria sentido em se aprovar a lei orçamentária, já que ela não seria cumprida.

Ao contrário, diante da Lei de Responsabilidade Fiscal, o orçamento deve ser executado tal como aprovado, pois, qualquer desvio envolve a responsabilidade do Chefe do Executivo.

Como afirma Myrbach Rheinfeld, há pouca matéria legal para a parte da legislação que regula as formas, e isso é mais importante do que questões de finanças; isso se deve, em primeiro lugar, a grande vantagem oferecida para as pessoas públicas em relação à cobrança dos tributos, sem os quais é impossível realizar suas funções; por outro lado, isto reflete a vida econômica de toda a nação, inclusive sobre a atividade econômica dos particulares, especialmente os serviços que lhes são impostos; de fato, aqui, é sempre um conflito de interesses entre entidades públicas, representado pelo governo e contribuintes - oposição que levou a revoltas e resistência, as manobras mais diversas, bem como o uso de restrições.¹⁴⁶

Essa idéia importa que as funções que têm de cumprir os órgãos aplicadores da legislação financeira, e as formas que devem ser observadas no exercício

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Deve o orçamento ser cumprido?* Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 672, 8 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6698>>. Acesso em: 30 jul. 2010.

¹⁴⁶ VON MYRBACH-RHEINFELD, Franz. *Précis de Droit Financier*. Paris: Bibliothèque Internationale de Science et de Législation Financières, 1910, p.38: “Il n’y a guère de matières juridiques pour lesquelles la partie de la législation qui règle les formes, présente plus d’importance que pour les matières de finances; cela tient, d’une part, à l’intérêt majeur qu’offre, pour les personnes publiques, le recouvrement des sommes sans lesquelles il leur est impossible de remplir leurs fonctions; d’autre part, cela tient à la gravité que présentent, au point de vue de la vie économique de la nation entière, les emprises exercées sur l’activité économique des particuliers, spécialement les prestations qu’on leur impose; en effet, il s’agit toujours ici d’une opposition d’intérêts entre les personnes publiques, représentées par les pouvoirs publics, et les contribuables, - opposition qui conduit aux soulèvements, à la résistance passive, aux manœuvres les plus diverses, et, comme contre-partie, à l’emploi de moyens de contrainte.”

dessas funções são extremamente diversificadas, e isto é devido, em primeiro lugar, a própria situação destes órgãos e, por outro lado, pela grande variedade de instituições financeiras existentes.

Destarte, na maioria dos estados modernos, o orçamento não é apenas um financiamento ordem aritmética, e tem um significado legal.

Jèze já defendia que, em primeiro lugar, deve ficar claro para resolver o problema da natureza jurídica do orçamento, é necessário livrá-lo de todos os atos de outra natureza que foram colocados no mesmo lado dele. Assim, nos modernos Estados civilizados, onde o orçamento é votado pelas Câmaras Legislativas, não é raro que o Parlamento insira na lei orçamentária não só matérias dessa natureza, mas as regras da legislação relativa à execução do orçamento, ou seja, cobrança de receitas ou ao pagamento de despesas, ou a criação de impostos, permissão de empréstimo dinheiro ou de venda de imóveis, etc., etc. . - Antes de procurar determinar com precisão a natureza jurídica do orçamento, é preciso primeiro eliminar esses atos que tenham ou possam ter uma natureza jurídica diferente do próprio orçamento.¹⁴⁷

A evolução das idéias acerca da função do Estado na atividade econômica, singularmente acelerada tem ocorrido no decorrer do século, tem determinado modificações substanciais no conceito de orçamento.

Assim como aquele tem mudado sua qualidade de espectador e transformando-se em ator do processo vital da nação, assim também o orçamento tem deixado de ser um mero documento de caráter administrativo e contábil, para assumir a significação de elemento ativo com gravitação primordial sobre as atividades gerais da comunidade.

O orçamento tem passado a ser um instrumento mediante o qual o Estado atua sobre a economia, sendo que ele era apenas concebido como um ato que contém a aprovação prévia dos ingressos e gastos públicos.

Naquela época predominavam o aspecto político, relacionado com o exercício da soberania pelo parlamento, herdado da tradição britânica originada nos séculos

¹⁴⁷ JÈZE, Gaston. *Cours Élémentaire de Science des Financés et de Législation Financière Française*. Paris: M. Giard & E. Briere Libraires - Éditeurs, 1912, p.28: “D’abord, il convient, pour dégager nettement le problème, de débarrasser le budget de tous les actes de nature différente qui ont pu être placés dans le même document à côté du budget. Ainsi, dans les Etats civilisés modernes où le budget est voté par les Chambers, c’est-à-dire par l’autorité qui fait les actes législatifs, il n’est pas rare que le Parlement inscrive dans les mêmes documents non seulement le budget, mais encore des règles de droit relatives à l’exécution du budget (recouvrement des recettes ou paiement des dépenses) ou à l’établissement d’impôts, des autorisations de contracter des emprunts ou de vendre des immeubles, etc., etc.. – Avant de s’attacher à déterminer d’une manière précise la nature juridique du budget, il faut commencer par éliminer ces différents actes qui ont ou peuvent avoir une nature juridique différente de celle du budget proprement dit.”

XVII e XVIII, e o financeiro vinculado com a ordenação da fazenda; mais tarde se considerou o aspecto jurídico, mas nunca concebia-se o orçamento como instrumento de ação direta sobre a economia.

O impacto produzido nas concepções tradicionais pelas novas condições econômicas e sociais e também, justo é reconhecê-lo, pela ação de novos economistas, tem conduzido ao que se chama de profunda crise do direito orçamentário.

Segundo as novas idéias, a ação estatal deve cumprir-se conforme um plano, do qual é manifestação essencial o orçamento, cuja noção tradicional se amplia no tempo, através do orçamento plurianual ou cíclico, e no espaço, por meio do orçamento econômico ou orçamento nacional, com alteração de certos princípios considerados básicos pela ortodoxia financeira.

Assim, conforme Giuliani Fonrouge, não é possível se crer duvidoso que o orçamento se trata de uma lei perfeita, com efeitos jurídicos normais.¹⁴⁸

Disso tem-se que é inadequado extrair conclusões jurídicas da estrutura do orçamento, uma vez que não pode estabelecer-se uma separação entre a parte que contém o plano financeiro ou os estados de previsão e o texto legal que os aprova, porque ambos constituem fragmentos de um todo orgânico, pois a lei orçamentária é um ato unitário.

A função legislativa não se reduz a aprovar ou autorizar o que propõe o Executivo, pois é exercitada em toda sua plenitude, já que as Câmaras não recebem um ato concluído ou definitivo, senão um projeto de orçamento a considerar, como pode ocorrer com qualquer outra matéria.

Em caso de sobrevir contingências que façam inconveniente cumprir o sancionado, o Poder Executivo pode expor ao Congresso suas observações e requerer uma reconsideração da lei, mas não omitir seu cumprimento por seu arbítrio.

A lei do orçamento pode modificar o chamado direito objetivo e também os direitos subjetivos de terceiros, porque não existem limitações à ação do poder legislativo, salvo as que possam resultar dos direitos e garantias essenciais assegurados pela Constituição.

Pode dizer-se a maneira de conclusão, que o orçamento é um ato de transcendência que regula a vida econômica e social do país, com significação jurídica e não meramente contábil; que é manifestação integral da legislação, de caráter unitário em sua constituição, fonte de direitos e obrigações para a administração e produtor de efeitos com

¹⁴⁸ FONROUGE, Carlos M. Giuliani. *Derecho Financiero*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1962, v.1, p. 128: “No creemos dudoso que se trata de una ley perfecta, con efectos jurídicos normales.”

relação aos particulares.

5.5 A LEI ORÇAMENTÁRIA

O orçamento, tal como existe no mundo de hoje, não era conhecido na antiguidade, uma vez que confundia-se o orçamento do rei com o do Estado.

O processo inicial era de concentração de poderes nas mãos do Príncipe, e basicamente, existia o *aerarum*, confiada ao Senado e o *fiscus*, em mãos dos reis.

Na antiguidade, pois, não se pode falar em orçamento nos moldes atuais, somente podendo-se imaginar seu início em 1215, quando os barões impingiram a Magna Carta a João Sem-Terra, a partir de quando os tributos não lhes poderiam ser exigidos, salvo quando de sua concordância.

Tal dispositivo foi reforçado em 1689 pelo Bill of Rights, mas, efetivamente, apenas se pode pensar no orçamento quando do início do regime representativo, pois o Parlamento passa a ser um órgão de controle do rei e começa a discutir o destino dos recursos públicos.

Na Petition of Rights de 1628 e na Declaração de Direitos de 1689 foi que se estabeleceu que as despesas com o exército deveriam ser aprovadas pelo Parlamento.

Já na Revolução Francesa de 1789 foi que se estabeleceu o princípio da periodicidade da votação e a autorização pelo Parlamento para arrecadação de impostos.

A grande revolução ocorreu com o início do Estado liberal clássico e término do Estado absolutista, já que, a partir do Estado liberal e do advento da responsabilidade do Estado e de seus governantes, nasce o orçamento como noção importante para o controle dos gastos públicos.

Régis Fernandes de Oliveira esclarece que:

Pode-se entrever o orçamento sob aspecto político, isto é, como fazer funcionar o respeito ao funcionamento dos três Poderes, assegurando-lhes recursos para que cumpram suas finalidades. De sua elaboração participam todos os Poderes, sendo certo que ao Presidente da República compete encaminhar a proposta orçamentária do plano plurianual, do projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento (inciso XXIII do art. 84 da CF). Em sendo assim, o Poder Executivo, através de seu chefe, tem a competência para iniciar os projetos de lei orçamentária. Ao Poder Judiciário, igualmente é assegurado o poder de iniciativa para elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias (§1º do art. 99 da CF). O Judiciário não elabora o plano plurianual, nem a LDO, nem o orçamento

anual. Tais leis, como reza o art. 165 da CF, são de iniciativa do Poder Executivo.¹⁴⁹

Portanto, tem-se que questionar como interpretar harmonicamente o texto se dois são os poderes de iniciativa, porque o Executivo é que tem condições de saber quanto irá ser a arrecadação no próximo exercício.

Logo, pode, melhor que ninguém, estruturar as despesas que se seguirão, no entanto, ao Poder Executivo não estão subordinados os demais Poderes, nem se segue que deverão encaminhar ao Executivo as respectivas propostas.

São elas encaminhadas diretamente ao Poder Legislativo, o mesmo ocorrendo no caso do Ministério Público, conforme disposto no §3º do art. 127 da Constituição Federal, cabendo ao Legislativo, então, efetuar a composição das receitas e despesas, harmonizando-as.

O Congresso Nacional participa através da deliberação, alteração, modificação e aprovação dos diversos projetos encaminhados, nos termos do inciso II do art. 48 da Carta Magna.

Ainda, pode-se falar em espécies orçamentárias, analisando seu conteúdo, ou seja, sobre que está dispondo o projeto de lei, já que há os tipos, quais sejam, o plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual, e as espécies que, são o orçamento fiscal, o de investimento e o de seguridade social.

O orçamento fiscal que contém o que se arrecada e o que se gasta, e é mera peça financeira de receita e despesa, sem qualquer tipo de incursão sobre os interesses em jogo.

Deve conter toda a arrecadação referente aos poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

O orçamento de investimento engloba o orçamento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto.

Por fim, existe o orçamento da seguridade social abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Prestam-se também as discussões para indagar qual a natureza jurídica do orçamento, e como já visto, instaurou-se a controvérsia, pois, enquanto afirmam alguns

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.331.

que se cuida de simples ato administrativo, sem caráter de lei, para outros, é lei em sentido formal, lei em material, lei material e formal.

Por fim, alguns sustentam que é lei em relação à receita e ato-administrativo no tocante à despesa, sendo que a última classificação que surgiu coloca-o como ato-condição.

Formalmente, não há distinção das demais leis, uma vez que ele é aprovado pela mesma forma dos demais projetos, ainda que possa ter, em seu conteúdo, atos específicos, sendo formalmente lei.

Se analisarmos o orçamento por outro ângulo, ter-se-á que é lei que difere das outras, pois, em primeiro lugar, há prazos para que seja encaminhado pelo executivo ao Legislativo (art. 35, §2º, do ADCT).

Ademais, não pode ser objeto de lei delegada (art. 68, §1º, III, da CF), e o descumprimento da lei orçamentária resulta em responsabilidade do Presidente da República (art. 85, VI), cabendo-lhe iniciar o processo legislativo (art. 84, XXIII).

Há uma série de restrições previstas na destinação de recursos (art. 167), bem como as emendas são limitadas (art. 166, §3º) e tem tramitação própria perante o Congresso Nacional, tem conteúdo limitado à despesa e receita (art. 165, §8º), não sendo, portanto, uma lei comum, ou seja, é uma lei diferente.

Tem, pois, o caráter de generalidade e abstração, e inova, primariamente, no ordenamento jurídico e essa é a nova concepção da lei orçamentária como vinculativa da ação do Estado.

O Estado, através de seus governantes, tem o dever de planificar a peça orçamentária, de forma a identificar a intenção de cumpri-la e não pode estabelecer previsões irreais ou fúteis, apenas para desincumbir-se de determinação constitucional, já que a peça orçamentária há de ser real.

A positivação não só do ideário político, mas da concretude da peça orçamentária passa a vincular a ação administrativa e a ação política, já não se podendo admitir um orçamento sem compromissos, apenas para cumprir determinação legal.

Já não se aceita o governante irresponsável, até mesmo porque já longe vai o tempo em que se cuidava de mera peça financeira, descompromissada com os interesses públicos, e já é passado o momento político em que as previsões frustravam a esperança da sociedade.

Excepcionalmente, o administrador pode deixar de saldar suas contas, justificadamente, quer dizer, na presença de motivos extraordinários que o obriguem a não

pagá-las.

Mesmo nesse caso extremo, não há lugar para discricionariedade, pois, se estiverem presentes os motivos determinantes para a não execução do orçamento, não se afiguraria defensável o pagamento.

Nesse caso, ressalta-se que a inconveniência do pagamento prende-se à execução do orçamento, relativo a fatos ocorridos após a concretização do negócio, com a emissão da competente nota de empenho e a previsão da verba necessária para efetuar a despesa e a sua inclusão no orçamento não admite justificativa para desconsiderá-la.

Por outro lado, tem-se que o orçamento, sob certo ponto de vista, é um quadro de técnica contábil para coordenar comparativamente despesas e receitas públicas, de sorte que o Estado possa imprimir ordem e método na administração.

Do quadro contábil, para ordenamento racional da administração e do Tesouro, o budget inglês e francês passou ao papel do instrumento do equilíbrio político entre os órgãos executivo e legislativo da soberania nacional.

Os reis, presidentes de república e ministros compreenderam que só por uma transação com os legisladores poderiam obter as autorizações para receitas e gastos sem os quais nenhum governo é praticamente possível.

O mesmo ocorreu em todos os países que, no século passado, sofreram as influências da Inglaterra, da França e dos Estados Unidos e restauraram o princípio do imposto consentido.

O orçamento é essencialmente um ato político, pois todo governo no poder tem necessariamente um plano de ação e, no estado moderno, os partidos políticos opõem seus programas e suas concepções, até mesmo porque um governo não está no poder senão para realizar o programa do partido político que o sustenta.

A realização do programa político se traduz necessariamente em despesas novas ou reduções de despesas, mas, por outro lado, há que achar os meios de pagar as despesas.

O caráter eminentemente político dos orçamentos pode ser observado ainda na evolução dos regimes democráticos modernos, uma vez que o Poder Executivo, para aprovação de seu programa de governo consubstanciado no orçamento anual, necessita de maioria parlamentar e, para obtê-la, transige com os desejos desta ou passa a ser mero órgão da vontade dela.

A esse fato não é estranho o reconhecimento dos partidos políticos como órgãos de governo que asseguram a coordenação dos grupos da opinião pública para

entrosamento dos Poderes Legislativo e Executivo.

Veja-se o que nos ensina Aliomar Baleeiro:

O estudo do orçamento compreende quatro aspectos fundamentais:

- a) O jurídico, isto é, a natureza do ato orçamentário à luz do direito e, especialmente, das instituições constitucionais do país, inclusive as consequências daí decorrentes para os direitos e obrigações dos agentes públicos e dos governados;
- b) O político, pelo qual o orçamento revela com transparência em proveito de que grupos sociais e regiões ou para solução de que problemas e necessidades funcionará precipuamente a aparelhagem de serviços públicos. Por exemplo, se o custeio respectivo será suportado com mais sacrifício por esses mesmos grupos sociais ou por outros; enfim, a maior ou menor liberdade de ação do Poder Executivo na determinação de todos esses fatos do ponto de vista de regiões, classes, partidos, interesse e aspirações etc.;
- c) O econômico, através do qual se apreciarão, sobretudo os efeitos recíprocos da política fiscal e da conjuntura econômica, assim como as possibilidades de utilizá-los o governo no intuito deliberado de modificar as tendências da conjuntura ou estrutura;
- d) O técnico, finalmente, que envolve o estabelecimento das regras práticas para realização dos fins indicados nos itens anteriores e para classificação clara, metódica e racional de receitas e despesas, processos estatísticos para cálculo tão aproximado quanto possível duma e doutros, apresentação gráfica e contábil do documento orçamentário etc.¹⁵⁰

Os governos contemporâneos não se resignam a planejar apenas a administração, querem planejar a economia e colocá-la como centro da política, resultando que o orçamento já não é apenas político: tende a envolver toda a economia nacional, inclusive o setor privado.

Mas até algumas décadas passadas, o equilíbrio orçamentário era a regra de ouro das finanças públicas, e todos os governantes se acanhavam de confessar o déficit.

Sobretudo em países dependentes em grande parte do mercado externo, como é o caso do Brasil, muito mais importante é o problema do equilíbrio do balanço de pagamentos, que pode inexistir, a despeito de as receitas públicas cobrirem os gastos governamentais.

Esquemáticamente, as principais aplicações do orçamento como alavanca de comando da economia dinâmica ou da conjuntura poderiam ser sumariadas do seguinte modo: política de redistribuição da renda nacional; política contra a depressão; política antiinflacionária.

A autorização orçamentária para a aplicação das leis de receita vincula

¹⁵⁰ BALEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciências das Finanças*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.387-388.

os funcionários; nem estes nem os governistas gozam de faculdade discricionária de cobrar ou não cobrar os impostos, pois são obrigados a arrecadá-los.

Quanto às despesas, há que distinguir se são fixas ou variáveis, sendo que as primeiras só poderão ser alteradas por efeito de lei anterior, evidentemente porque resultam da execução da Constituição ou de leis, como os subsídios do Presidente da República e congressistas, vencimentos dos funcionários, obrigações da dívida pública etc.

Nesses casos, os agentes públicos têm a sua competência vinculada e o Presidente da República incorrerá em crime de responsabilidade se suspender a realização de tais dispêndios, bem como o próprio Congresso encontra-se vinculado e não poderá evadir-se do dever de incluí-los no orçamento.

5.6 FUNÇÕES DO ORÇAMENTO E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

O orçamento tem três funções precípuas: a política, a econômica e a reguladora, e devem elas ser examinadas em suas conotações com o Direito e a Constituição.

Do ponto de vista político o orçamento do Estado de Direito sempre constituiu forma de controle da Administração, que por seu intermédio fica adstrita à execução das despesas no período e nos limites estabelecidos pelo Legislativo.

A questão política do orçamento, por conseguinte, versa a respeito do relacionamento entre os Poderes do Estado e se deixa afetar por algumas ordens diferentes de problemas: o do sistema de governo, quais sejam, parlamentarista ou presidencialista, o da democracia versus autoritarismo e o da ideologia dos grupos e partidos políticos.

O orçamento está no vértice do relacionamento entre a Constituição Política e a Financeira e há um novo ajustamento entre os Poderes do Estado, único capaz de conduzir ao equilíbrio econômico.

A história recente do orçamento nos Estados Unidos, por exemplo, denota sobretudo a nova posição do Congresso no corte dos gastos públicos e na reorientação das políticas sociais, enquanto que na Alemanha é vigorosa a crítica à regulação econômica através da ação administrativa, com a preeminência do Executivo.

No Brasil a questão política se move pendularmente em todo o período republicano, caminhando de períodos de centralismo e preponderância do Executivo para os de descentralização e assunção de maiores responsabilidades pelo Congresso.

Ricardo Lobo Torres afirma:

Questão importante para a teoria do equilíbrio orçamentário é a da

interdisciplinarietà. Os estudos sobre o orçamento público têm que ser desenvolvidos tanto por juristas quanto por economistas, cada qual a partir dos pontos de observação de suas disciplinas. Os juristas se preocuparão com os aspectos principiológicos e constitucionais e com a própria análise da natureza e da eficácia da lei orçamentária. O economista se concentrará no estudo macroeconômico e na perspectiva dos efeitos do equilíbrio orçamentário sobre a economia, eis que uma quarta parte PIB passa pela lei de meios.¹⁵¹

É importante considerar que pela função reguladora modifica-se o relacionamento entre os Poderes do Estado, sendo que a função reguladora do orçamento, manifestação do Estado Democrático e Social Fiscal, implica, pois, diminuição da exagerada competência de que gozava a Administração no Estado de Bem – estar Social.

Os economistas vêm examinando melhor o problema e ressaltam que é muito questionável a necessidade de uma lei específica para expor aquilo que normalmente já deveria constar do próprio orçamento, cuja hierarquia é idêntica.

Por possuir uma multiplicidade de aspectos, como o político, o contábil, o jurídico, o financeiro, o administrativo, o econômico, etc., o orçamento público tem sido objeto de muitos conceitos, e todos eles registram um ponto em comum, a declaração de prévio estabelecimento da receita e da despesa.

Do ponto de vista político, supõe-se a adoção de decisões de grande transcendência no andamento do Estado; do ponto de vista econômico representa um plano da atividade financeira e portanto uma ordenação das necessidades públicas segundo suas prioridades; e do ponto de vista jurídico, que é o que nos interessa, é um ato pelo qual o Poder Legislativo autoriza o Poder Executivo, por um certo período e, em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros afins adotados pela política econômica e geral do país, assim como, à arrecadação das receitas criadas em lei.

Seguindo a linha de pensamento de desenvolvimento anterior, Dejalma de Campos aduz que:

O estudo do orçamento público compreende vários aspectos: o político, o econômico, o técnico e o jurídico:

Aspecto político – por este aspecto o orçamento revela um proveito de que grupos sociais ou para solução de que problemas e necessidades, funcionará precipuamente a aparelhagem dos serviços públicos;

Aspecto econômico – através deste aspecto são apreciados os efeitos recíprocos da política financeira e da conjuntura econômica, assim como as possibilidades de o governo utilizá-los;

Aspecto técnico – este aspecto envolve o estabelecimento das regras práticas para realização dos fins indicados anteriormente e para a classificação clara,

¹⁵¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. v.V. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.58.

metódica e racional da receita e despesas;
Aspecto jurídico – este aspecto corresponde ao estudo da natureza do documento orçamentário à luz do Direito e, especialmente, das instituições constitucionais do país.¹⁵²

Importante notar nesse passo a ligação estreita existente entre o orçamento e a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar 101/2000, que visa, sobretudo, e falando mais especificamente sobre sua estrutura, estabelecer princípios, vazados em normas e regras, de um regime que chama de gestão fiscal responsável, a serem observadas por todas as esferas da Administração, assim entendidas a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e nestes compreendidas as respectivas Administrações diretas, autárquicas, fundacionais e empresas públicas.

Além disso, a Lei de Responsabilidade Fiscal traz conteúdo inovador no sentido de estabelecer condutas gerenciais de responsabilidade e de transparência e estabelece sanções, institucionais e pessoais visando dar consequência às hipóteses normativas que veiculo.

De acordo com Carlos Pinto Coelho Motta et. al:

“Dúvida não há que o endividamento público, os gastos com pessoal, a administração financeira e patrimonial e o aumento dos gastos com a seguridade e demais ações de duração continuada informam a estrutura da gestão responsável, merecendo particularizações da LRF.”¹⁵³

Nessa linha, o art. 9º da referida lei determina que os Poderes e o Ministério Público limitem, por ato próprio, os empenhos e a movimentação financeira, desde que se constate que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, e verificada a potencial insuficiência de receita, a limitação deverá ser feita nos trinta dias subsequentes e seguir os critérios fixados pela LDO.

O §3º do mencionado dispositivo legal, de duvidosa constitucionalidade, traz uma exceção à regra do caput, estabelecendo a primazia impositiva do Executivo na limitação dos valores, quando esta não for promovida pelos demais Poderes.

E, por fim, de acordo com o art. 12, o Poder Executivo de cada ente obriga-se a colocar à disposição dos demais Poderes e do Ministério Público seus estudos e estimativas de receita para o exercício seguinte, com memória de cálculo, em pelo menos

¹⁵² CAMPOS, Dejalma de. *Direito Financeiro e Orçamentário*. São Paulo: Atlas, 1995, p.72.

¹⁵³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho; SANTANA, Jair Eduardo; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; ALVES, Léo da Silva. *Responsabilidade Fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.26.

trinta dias antes do prazo final para encaminhamento de suas propostas orçamentárias.

5.7 A CONCEPÇÃO MODERNA DE ORÇAMENTO

Pode-se separar o processo em quatro fases, sendo a primeira a de preparação, fase precedida de pesquisas, dá condições ao planejador para um diagnóstico visando a fixação de metas, programas e planos de ação.

A segunda é a execução, fase da realização do planejamento, de confirmação ou não de sua exequibilidade, e a terceira a de acompanhamento, que objetiva coleta de dados relativos ao comportamento ou andamento dos programas, sendo o suporte ou pré-requisito para a avaliação.

Por fim, tem-se a fase de avaliação, que é o mecanismo de controle da execução que possibilita uma análise do desempenho, demonstrando os óbices e as distorções, exigindo novas alternativas de execução.

No orçamento tradicional as preocupações restringiam-se a previsão dos custos para a manutenção da ação pública, sem um programa de trabalho que traduzisse a pormenorização de planos, e formulava-se somente a questão dos gastos, apenas classificando a despesa por objeto.

Com a evolução para o orçamento – programa, passou-se a utilizar este como um instrumento do planejamento, com objetivos claramente definidos em função do que se pretende realizar, classificando a despesa por atividades de governo, através dos planos, servindo de instrumento de adequação entre o que foi planejado e os setores de execução, envolvendo as fontes de financiamento.

Veja-se o que nos dizem Oswald Otto Stephanes e Aladim Tadeu Ferreira:

A aplicação da técnica do Orçamento – Programa tem por finalidade adequar o processo orçamentário em sua fase de elaboração, execução e controle a um sistema no qual possa assimilar, com clareza e precisão, os objetivos a serem cumpridos, correlacionando-se a aplicação de recursos com a obtenção desses objetivos, introduzindo elementos de racionalidade no processo administrativo.¹⁵⁴

Como se percebe, constitui-se em instrumento decisivo para a execução dos planos, já que compreende tanto as ações previstas, como também deve refletir

¹⁵⁴ STEPHANES, Oswald Otto; FERREIRA, Aladim Tadeu. Planejamento, orçamento, programação financeira: o sistema atual, críticas e alternativa. *Interciência*, Rio de Janeiro, 1978, p.61.

o impacto do uso dos instrumentos de política econômica em sua ação indutora e orientadora.

Sendo um instrumento do planejamento operativo anual, o orçamento constitui-se em elemento fundamental, devido à capacidade que tem de produzir e transferir efeitos, tanto através de seu esquema financeiro como de sua ação real, ou seja, na utilização de bens e serviços.

Pode condicionar, em grande medida, o comportamento dos demais agentes econômicos, orientando suas funções de consumo, poupança e investimentos, de acordo com as prioridades estabelecidas.

Dessa forma, verifica-se que o orçamento clássico, cuja origem se identifica com a das instituições democráticas representativas, era uma peça de previsão das receitas e autorização das despesas públicas, classificadas estas por objeto, sem se cogitar das necessidades reais da administração e da população, nem dos objetivos econômico – sociais a atingir com sua execução.

Informado pelos princípios do liberalismo, o orçamento tradicional refletia a idéia de que a atividade financeira do Estado deveria restringir-se ao indispensável à satisfação das necessidades primárias do Estado, como segurança interna e externa, justiça, e era vedada qualquer ingerência na ordem econômica e social.

A função fundamental do orçamento clássico, historicamente, foi sempre o de assegurar o controle político das atividades governamentais; controle que se fazia através dos órgãos legislativos sobre as atividades financeiras dos órgãos executivos.

Era um orçamento político, contábil e financeiro apenas, não tinha outra pretensão, não visava a outra finalidade, no entanto, mais tarde, considerou-se também o aspecto jurídico, mas nunca se havia concebido o orçamento como instrumento de ação direta sobre a economia.

Finanças funcionais dizem-se da moderna concepção das finanças públicas em oposição a finanças neutras ou estáticas da concepção clássica, e teve imediata aceitação para caracterizar um tipo de finanças públicas que se orientam no sentido de influir sobre a conjuntura econômica.

As finanças funcionais não se preocupam com o equilíbrio orçamentário anual, mas seu objetivo é conseguir o equilíbrio da economia como um todo, pelo ajustamento dos fluxos de receitas e de despesas públicas em função das flutuações da atividade privada e em vista da obtenção de certo nível de renda e do emprego.

Essa transformação teria necessariamente que provocar o surgimento de novas fórmulas e técnicas orçamentárias, que adequassem os orçamentos públicos àqueles

princípios funcionais, e mais; aparelhassem os orçamentos para a execução desses princípios com vista a alcançar os objetivos por eles colimados.

A diferença essencial entre orçamentos privados e públicos é a de que nos primeiros se investiga a possibilidade da obtenção de lucros mediante um excesso das receitas sobre as despesas.

Nos orçamentos do Estado o objetivo é a satisfação das necessidades coletivas, que correspondem às despesas, por meio de receitas que poderão cobri-las, em situação de equilíbrio, ou não, o que geraria déficit.

Daí se poder afirmar em princípio, que nas empresas particulares as rendas condicionam as despesas e que no Estado são as despesas públicas que determinam a extensão das receitas.

A função básica do orçamento consiste em ordenar e coordenar os meios, ou seja, receitas e despesas, em relação com os fins das finanças públicas, vale dizer, tem por função ordenar e coordenar sistematicamente os meios necessários à satisfação das necessidades públicas e regulação econômica e social.

O legislador constituinte brasileiro tomou partido na disputa, para definir o orçamento como lei, por isso que a Constituição Federal fala em lei orçamentária, o que se repete em vários de seus dispositivos.

Como já visto, a questão da natureza jurídica do orçamento no Brasil precisa ser reelaborada em face das modificações ocorridas no direito e na técnica orçamentários, pois, o problema da natureza jurídica do orçamento é, primordialmente, de direito positivo, e neste plano há de ser resolvido.

Ora, sendo o orçamento – programa concebido como uma etapa do planejamento e como instrumento de regulação econômica, parece iniludível que a lei que o institui se enquadra na classe das leis de impulso.

Mas o orçamento das despesas, que, na técnica moderna, não pode mais ser assim tão simplesmente indicado, pois, não é só de despesas, porque também é de programação da ação governamental, constitui hodiernamente mais do que simples ato – condição, aplicando-se-lhe o conceito de lei de impulso.

A doutrina mais recente voltou sua atenção ao problema e retomou a tese de que o orçamento é lei em sentido material, especialmente depois que considerou-se o orçamento uma lei de organização, a maior entre as leis de organização.

Dessa forma, o orçamento é um ato de transcendência que regula a vida econômica e social do país, com significação jurídica e não meramente contábil.

Assim, constitui inegavelmente um sistema de limites de atuação do Poder Executivo, reforçando a idéia de que se fosse materialmente ato administrativo, certamente que o Executivo poderia modificá-lo, sem autorização legislativa.

É certo que os funcionários administrativos devem cumprir as metas previstas na programação orçamentária, e não o podem fazer livremente, mas nos termos e limites fixados na lei de orçamento.

Não podem deixar de cumprir as atividades e projetos constantes da lei de orçamento, sem razão justificativa para tanto, ou com a simples justificativa de que não eram obrigados a executá-los, porquanto a lei não lhes dá mais do que uma autorização para isso, ficando sua efetivação dependendo de vontade exclusivamente.

Afinal, conforme José Afonso da Silva:

A Lei de Orçamentos tem um caráter coativo, imperativo, de normação de condutas da administração e dos cidadãos, típico de toda norma jurídica. E se a isso se acrescentar que a emanação do orçamento se faz pelo Poder Legislativo seguindo o iter constitucionalmente estabelecido para a emanação das leis, há de concluir-se forçosamente que o orçamento é uma lei formal e material, ou melhor, simplesmente uma lei.¹⁵⁵

No Brasil, assim como nos demais países latino – americanos, a idealização do orçamento moderno está representada no chamado Orçamento programa, conjunto de conceitos e disposições técnicas sistematizadas originalmente pela Organização das Nações Unidas (ONU).

De acordo James Giacomoni:

A concepção básica desse sistema foi extraída da experiência federal americana obtida com a implantação do Orçamento de Desempenho (performance budget), sistema pioneiramente experimentado durante a Segunda Guerra Mundial e recomendado pela Primeira (1949) e pela Segunda Comissão Hoover (1955) para adoção por todo o serviço público. No final dos anos 50 e início dos anos 60, a ONU, através de seus diversos organismos, inclusive a Comissão Econômica para a América latina (CEPAL), patrocinou intensa programação de reuniões e debates das novas propostas visando à sua assimilação pelas equipes de orçamento dos países – membros.¹⁵⁶

A originalidade do orçamento – programa estava na sua organicidade, isto é, possuía todos os componentes bem articulados, o que lhe possibilitava reais chances de implantação generalizada em substituição ao antigo e arraigado orçamento tradicional.

Outrossim, a necessidade de que os objetivos governamentais sejam claramente definidos é a primeira condição para a adoção do orçamento – programa.

¹⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Orçamento – programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p.274.

¹⁵⁶ GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. São Paulo: Atlas, 1985, p.125.

O orçamento – programa acaba sendo um instrumento importante de coordenação com vistas na unidade, pois reúne, para decisão superior, a programação de todas as entidades, oportunidade em que as necessárias avaliações e compatibilizações podem ser efetuadas.

Dessa forma, o elemento básico da estrutura do Orçamento – programa é o Programa. Bastante empregado no âmbito do planejamento e da administração.

CONCLUSÃO

Os três poderes que compõem o aparato governamental dos Estados contemporâneos, sejam ou não definidos como poderes, estão inadequados para a realidade social e política do nosso tempo.

Isso pode ser facilmente explicado pelo fato de que eles foram concebidos no século dezoito, para realidades diferentes, quando, entre outras coisas, imaginava-se o Estado Mínimo, pouco solicitado, mesmo porque só uma pequena parte das populações tinha a garantia de seus direitos e a possibilidade de exigir que eles fossem respeitados.

Em relação ao Poder Judiciário, apenas tem havido preocupações por parte da sua cúpula abordando questões processuais e, ainda assim, de modo prejudicial à independência dos juízes e tribunais.

No entanto, o Poder Judiciário tem situação peculiar, pois, ou por temor reverencial ou por falta de reconhecimento de sua importância social e política, o Legislativo e o Executivo nunca deram a devida atenção aos problemas relacionados com a organização judiciária e o acesso do povo aos juízes.

Poucos percebem que isso tem muita importância num sistema político que pretende ser democrático, pois, enquanto Legislativo e Executivo dialogam permanentemente, muitas vezes exigindo a satisfação de seus respectivos interesses como condição para apoiar ou realizar um objetivo de interesse público, o Judiciário tem sido mantido à margem, num honroso isolamento.

Destarte, deve-se opor firme resistência aos que, usando os argumentos da modernização e dinamização, ignoram que o Judiciário deve ser um serviço para todo o povo, e querem que prevaleçam cúpulas dóceis e submissas que procuram neutralizar os juízes, a fim de que eles não se oponham às investidas injustas dos poderes político e econômico.

Nos Estados Unidos da América se procurou aplicar de maneira bem acentuada e com rigor lógico, o princípio da separação de poderes, criando-se um sistema que foi chamado de freios e contrapesos, que reservou ao Judiciário uma função, precipuamente, de controle, mas sem se afastar totalmente dos padrões ingleses, ao mesmo tempo em que se

procurava assegurar o caráter democrático das instituições, inclusive da magistratura.

Um indicador importante, da concepção que se tinha do papel dos juízes entre os líderes da independência americana e fundadores dos Estados Unidos da América, é a verificação das ideias de Thomas Jefferson e de suas divergências com John Marshall, o notável presidente da Suprema Corte.

Graças às concepções e à firmeza do juiz Marshall, no ano de 1803, quando Jefferson ocupava a presidência da República, firmou-se a competência daquele tribunal supremo para controlar a constitucionalidade dos atos do Congresso Nacional e do Executivo.

A consolidação dessa diretriz, liderada por Marshall, foi fundamental para assegurar um papel ativo à magistratura, o que tem sido extremamente benéfico para a proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos nos Estados Unidos, e, além desse aspecto, essa orientação deu coerência à definição do Judiciário como um dos Poderes da República.

Está a raiz do sistema que perdura ainda hoje e que sintetiza três pontos fundamentais: o Judiciário é um Poder do Estado, independente dos demais e igual a eles; em respeito ao federalismo, os Estados devem ter grande margem de liberdade para a definição de seus respectivos sistemas judiciários; os juízes e tribunais devem estar mais próximos de agentes do povo, para solucionar com justiça os conflitos, do que de profissionais especializados, presos a padrões técnicos.

De modo positivo ao Judiciário, especialmente pelo papel que ele poderia exercer como salvaguarda dos direitos fundamentais dos indivíduos, e, por esse motivo, em 1801, o Congresso aprovou uma lei sobre a magistratura, o Judiciary Act, o qual, entre outras coisas, afirmava que os juízes eram irremovíveis.

Além disso, Thomas Jefferson foi sempre favorável à independência dos juízes, enquanto que para John Marshall, a Suprema Corte era uma espécie de guardião da república, um tribunal destinado a unir e integrar os princípios da justiça natural e a regra da decisão nacional.

Tudo isso mostra que, de início, os criadores dos Estados Unidos da América achavam necessária a existência de um Judiciário que funcionasse como fator de equilíbrio para impedir excessos do Legislativo ou do Executivo.

Consideravam fundamental a independência da magistratura e pretendiam que os juízes fossem neutros na disputa entre os dois outros Poderes, até mesmo porque, nas sociedades democráticas modernas, submetidas ao império do direito, a proteção

dos direitos humanos no caso de grave ameaça, como também o castigo dos responsáveis por toda ofensa a esses direitos, é tarefa que incumbe ao Poder Judiciário de cada Estado.

Para que o Poder Judiciário garanta os direitos e realize a justiça é necessário que ele seja materialmente bem aparelhado, mas isso apenas não é suficiente, sendo extremamente relevante que os juízes tenham preparo adequado e sejam conscientes de suas responsabilidades, mas além disso tudo e como requisito prévio e essencial é indispensável que a magistratura seja independente.

Longe de ser um privilégio para os juízes, a independência da magistratura é necessária para o povo, que precisa de juízes imparciais para harmonização pacífica e justa dos conflitos de direitos.

A rigor, pode-se afirmar que os juízes têm a obrigação de defender sua independência, pois sem esta a atividade jurisdicional pode, facilmente, ser reduzida a uma farsa, uma fachada nobre para ocultar do povo a realidade das discriminações e das injustiças.

A discussão sobre a independência da magistratura aparece com frequência ligada às questões da liberdade, da justiça social e da democracia, e existem casos em que os inimigos da magistratura independente agem abertamente contra ela, mas há situações em que a destruição dessa independência é feita com disfarces mais ou menos sofisticados, podendo até assumir a aparência de homenagem a juízes e tribunais.

Questiona-se por qual motivo a magistratura deve ser independente, e responde-se logo que a magistratura independente é que pode garantir a eficácia das regras de comportamento social inspiradas na busca da justiça.

Essa independência é do interesse dos que irão beneficiar-se dela, que são os indivíduos, os grupos sociais baseados em interesses humanos fundamentais e, em última análise, a sociedade como um todo.

A magistratura deve ser independente para que se possa orientar no sentido da justiça, decidindo com equidade os conflitos de interesses, pois o juiz não pode sofrer qualquer espécie de violência, de ameaça ou de constrangimento material, moral ou psicológico.

Ele necessita da independência para poder desempenhar plenamente suas funções, decidindo com serenidade e imparcialidade, cumprindo verdadeira missão no interesse da sociedade.

Assim, pois, segundo essa visão ideal do juiz, mais do que este, individualmente, é a sociedade quem precisa dessa independência, o que, em última análise, faz o próprio magistrado incluir-se entre os que devem zelar pela existência da magistratura

independente.

As ditaduras de todas as espécies são contrárias à independência da magistratura, visto que, por sua própria natureza, os sistemas de governo totalitários não podem admitir limitações de qualquer natureza, não podendo aceitar que um ato de governo seja declarado inconstitucional ou ilegal.

Nesses casos a lei suprema é a vontade do indivíduo ou grupo que governa, e os juízes tribunais são tolerados e respeitados na medida em que são úteis para dar aparência de legalidade aos atos governamentais e ao sistema político vigente.

Também são contrárias à existência da magistratura independente as estruturas sociais e políticas que, embora não se caracterizem como ditaduras, são intrinsecamente antidemocráticas ou não favoráveis à democracia, mantendo mecanismos de decisão política que asseguram a supremacia de grupos sociais determinados.

Essas formas políticas, geralmente classificadas como oligárquicas ou autoritárias, costumam utilizar formalidades democráticas sem conteúdo democrático, inclusive uma legalidade aparente, para legalizar injustiças.

Pela maioria de seus membros, a magistratura, satisfeita com o comodismo e a irresponsabilidade do formalismo, aceita docilmente uma posição de dependência política e financeira, embora necessite permanentemente da boa vontade de outro ou de outros poderes para o atendimento de suas necessidades essenciais.

São inimigos da magistratura os violentos, os intolerantes, os egoístas, os corruptos, os imorais de todas as espécies que, favorecidos pelo poder econômico, pela força política ou militar ou por uma situação social privilegiada não se preocupam com a dignidade humana e hostilizam quanto podem todos os que pretendem a prevalência da justiça.

Criando embaraços ao funcionamento normal dos órgãos judiciários, ameaçando os juízes e chegando mesmo a agredi-los de várias formas, promovendo a desmoralização pública daqueles que contrariem seus interesses, de um modo ou de outro esses inimigos da justiça muitas vezes conseguem comprometer com certa gravidade o desempenho da magistratura independente.

Essa interferência tem atingido, em alguns casos, o ponto extremo da ousadia, com o assassinato de magistrados que corajosamente decidiram enfrentar a delinquência poderosa e não se deixaram corromper nem intimidar.

O exemplo mais eloquente desse desencadeamento de violência contra magistrados pode ser encontrado na Itália de nossos dias, atingindo o seu ápice com o

assassinato do notável juiz Giovanni Falcone.

Entre os inimigos da independência da magistratura estão os próprios magistrados que, por ações e omissões, renunciam à sua independência, pois afirmam que o magistrado não é legislador, e que se não obedecerem rigorosamente a letra da lei, desaparece a uniformidade das decisões e se abre caminho para o excesso de subjetividade dos magistrados.

Com argumentos dessa ordem, afirmando-se escravos da lei, procuram ocultar o temor, o comodismo, as conveniências pessoais ou a falta de consciência da extraordinária relevância de sua função social.

A magistratura independente é necessária para garantir a possibilidade de novas conquistas sociais, para a eliminação das injustiças existentes e para que os avanços no sentido da justiça sejam consolidados.

Por esses motivos, deve ser dado todo o apoio para que a magistratura possa conquistar e manter sua independência, que deve ser institucional, concreta e bem protegida dos efeitos de eventuais oscilações políticas.

Entre as medidas que devem ser adotadas para que se tenha e mantenha a magistratura independente, é muito relevante procurar conhecer a realidade da magistratura, e, quando for o caso, reconhecer honesta e serenamente suas eventuais falhas de organização e funcionamento.

Assim, por exemplo, em vários Estados brasileiros existem muitas pequenas comarcas em que as condições de moradia do juiz e de sua família, ou então as instalações forenses, ou ainda ambas, são muito deficientes.

Esse ponto deve ser ressaltado porque, por uma série de razões, a magistratura foi envolvida numa aura de sacralidade; os juízes adquiriram a imagem de seres perfeitos, livres de necessidades e limitações, superiores a todos os mortais e especialmente iluminados, merecedores de um respeito vizinho da veneração religiosa.

Os próprios magistrados acabaram sendo vítimas dessa superestimação, pois nem mesmo se admitia que se falasse publicamente de suas necessidades humanas e profissionais e que eles fizessem reivindicações para melhoria de suas condições de vida e de trabalho.

Só recentemente foi rasgado o véu de aparências que ocultava a realidade da magistratura, e verificou-se tal situação nas últimas décadas, de modo mais enfático na Itália e na França, o aparecimento de movimentos e organizações de magistrados dispostos ao reconhecimento e ao debate público das falhas e necessidades dos juízes e da

organização judiciária.

Na Itália, um grupo de juízes decidiu, corajosamente, rebelar-se contra os excessos de conservadorismo, formalismo e oportunismo da magistratura, que, protegida por um manto de solenidade, procurava abafar suas falhas e deficiências e ocultar sob uma máscara de respeitabilidade sua colaboração para as injustiças sociais.

E assim surgiu o movimento “Magistratura Democrática”, que teve extraordinária influência na modernização e moralização da magistratura, e na França foi o primeiro Sindicato da Magistratura que desempenhou papel semelhante, abrindo a possibilidade de discussão pública dos problemas ligados à magistratura.

De início esses movimentos causaram escândalo, sobretudo nos círculos mais conservadores da magistratura, que, na melhor das hipóteses, estavam convencidos, como alguns ainda estão, de que seu prestígio depende do mistério, da sacralidade, do ritual, das aparências.

E coerentes com a retórica habitual nas solenidades judiciárias, quando é comum ouvir-se dizer da missão divina dos juízes, falaram, em relação aos movimentos democratizantes e modernizadores, numa rebelião de juízes.

Mas passada a surpresa do primeiro impacto e serenados os ânimos dos magistrados que consideravam escandalosa e degradante essa nova postura, começaram a surgir os bons resultados práticos do aparecimento dessa magistratura corajosa e autêntica.

A experiência da Itália e da França demonstrou que, em lugar da desmoralização do Judiciário e de sua perda de autoridade, prevista pelos tradicionalistas, o que ocorreu foi justamente o contrário, começando a definir-se uma nova imagem dos juízes, muito mais positiva.

Na imprensa e na opinião pública os juízes passaram a ser vistos como independentes das oligarquias tradicionais e, por isso mesmo, capazes de exercer o papel de ativos defensores da moralidade pública.

A magistratura começou a ser avaliada como a única instituição com autoridade moral e força judicial suficientes para enfrentar a criminalidade organizada, infiltrada nos mais importantes órgãos públicos.

E a independência da magistratura passou a ser vista como relevante para o interesse público, muito mais do que para os próprios juízes, sendo preciso reconhecer, antes de tudo, que existe grande distância entre a afirmação formal de independência, solenemente declarada nas Constituições, e a prática de restrições e de submissão, que é generalizada.

Embora sempre se afirme a independência e equivalência dos Poderes do Estado, é fácil verificar que o Judiciário, dependendo dos recursos que lhe forem destinados e entregues pelo Legislativo e pelo Executivo, sendo ainda um Poder sem iniciativa e desarmado, fica em posição de inferioridade.

Deve-se discutir amplamente esse ponto, especialmente, para que a magistratura possa promover o seu próprio aperfeiçoamento, bem como para que ela possa desempenhar suas funções sem o risco de represálias e permanecendo motivada, garantindo-se afinal, em todas as circunstâncias e sejam quais forem os interessados, a possibilidade de decisões livres, imparciais e plenamente eficazes.

Deve-se fazer, sem rodeios e sem disfarces, a afirmação da natureza política do problema da independência da magistratura, e o tratamento desse assunto como questão de natureza exclusivamente técnica tem facilitado a negativa ou o adiamento da superação de falhas fundamentais.

Os que poderiam contribuir para a ampliação e garantia da independência, mas que por motivos diversos não estão interessados nisso, escudam-se em argumentos técnicos e desse modo escamoteiam as verdadeiras razões de inexistência da magistratura independente.

Felizmente já são bem perceptíveis os sinais de aparecimento de uma nova magistratura, que deseja realmente a independência e que não tem medo de se expor e de assumir responsabilidades.

O sinal mais evidente é a existência de juízes sensíveis às exigências da justiça social, comprometimento autêntico com a dignidade da pessoa humana e com a democracia, sem fazer discriminações e passando das afirmações formais à prática.

Ora, o juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas.

No Estado moderno, os governos, como Poder Executivo, também ficam sujeitos ao que for decidido por juízes tribunais, além de serem obrigados a fornecer meios para a execução das decisões.

O que tornou popular a expressão decisão de juiz se cumpre, não se discute é o fato de que, nos sistemas constitucionais modernos, os tribunais são independentes do Parlamento ou do Executivo e as decisões judiciais são ordens, não pareceres ou sugestões.

A consagração do Judiciário como verdadeiro Poder, capaz de

interferir eficientemente na vida política do Estado, tornou-se definitiva com o famoso caso *Marbury vs. Madison*, decidido pela Suprema Corte em 1803.

Nessa oportunidade, um voto magistral do então presidente da Corte, John Marshall, afirmou a doutrina do amplo poder de controle judiciário sobre atos do Executivo e do Legislativo, através de interpretação das normas constitucionais, podendo até declarar nulos os atos dos demais Poderes julgados inconstitucionais.

É necessária a mudança de atitude do Judiciário no relacionamento com os demais ramos do governo, saindo da acomodação em que tem vivido até hoje, para que possa promover seu próprio aperfeiçoamento.

Embora definido na Constituição como um dos Poderes da República, desde 1891, o Judiciário tem sido submisso ao Executivo, e a maior evidência da acomodação está no orçamento, tanto no plano federal quanto no estadual.

O Judiciário elabora sua proposta orçamentária, prevendo o aumento do número de juízes, a ampliação e modernização de seu equipamento material e outras coisas que ajudariam a melhorar seu desempenho.

Essa proposta sofre cortes substanciais no Executivo, que prepara o projeto geral de lei orçamentária, e, às vezes, também no Legislativo, que emenda e vota o projeto, e o Judiciário aceita passivamente esses cortes, como se não fosse um dos Poderes do mesmo nível dos demais.

Existe aí um paradoxo, pois a elaboração de uma proposta orçamentária prevendo inovações importantes autoriza a suposição de que os órgãos dirigentes dos tribunais estão conscientes de seu atraso e querem a modernização.

Entretanto, a passividade com que recebem os cortes orçamentários dá a impressão de que ficam felizes por terem a possibilidade de transferir a responsabilidade, mantendo as coisas como estão e alegando que a culpa é dos outros Poderes, que lhes negam os recursos.

A alegação de que o Poder Judiciário é um Poder desarmado e sem a possibilidade de impor sua vontade é absolutamente inaceitável, no entanto, reconhecendo publicamente suas deficiências e dando publicidade às suas propostas de modernização, o Judiciário terá a seu lado a opinião pública, e, sendo reconhecido e respeitado como tal, o Judiciário passará a ter a força necessária para defender com eficiência sua própria melhoria.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *O novo controle de constitucionalidade municipal*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ANDRADE, Paulo Bonavides Paes. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra Política, 1989.

APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

_____. NBR 6024: informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento escrito: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

_____. NBR 10520: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

_____. NBR 14724: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

BACON, Francis. *Novum Organum*. Tradução: José Aluysio Reis de Andrade. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciências das Finanças*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BANDRÉS, José Manuel. *Poder Judicial y Constitución*. Barcelona: Casa Editorial, 1987.

BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira – Comentários*. 2.ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia. Editores, 1924.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Editora

Saraiva, 1996.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 09 out. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v.3. t. 3. São Paulo: Saraiva, 1992.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Tradução: Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2004.

_____. *Liberalismo e Democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 6.ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000.

_____. *O Futuro da Democracia – Uma Defesa das Regras do Jogo*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1986.

_____. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia de Direito*. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BRITO, Edvaldo. Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na lei tributária. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 3, 2003.

_____. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

_____. Problemas Constitucionais da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante em Matéria Tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2009, v.13.

BROCHIER, H.; TABATONI, P. *Economia Financeira*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1960.

BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução Francesa*. Tradução de Renato de Assumpção Faria, Denis Fontes de Souza Pinto e Carmen Lidia Richter Ribeiro Moura. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6.ed. T.I. Coimbra: Almedina, 2010.

CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. v.1. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 1984.

CAMPOS, Dejalma de. *Direito Financeiro e Orçamentário*. São Paulo: Atlas, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. *Os Poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CHALITA, Gabriel. *O Poder*. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América*. Versão de Alcides Cruz. Porto Alegre: Livraria Universal, 1909.

COSSIO, Carlos. *La Valoración Jurídica y La Ciencia Del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Sobre a importância do Poder Judiciário na configuração do sistema da separação dos poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 30. Ano 8, jan./ mar., 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. Salvador: Juspodivm Editora, 2006.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos – Da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

_____. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução: Maria Ermantina Galvão São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes de. A Autonomia Financeira e Administrativa do Poder Judiciário: mito e realidade. *VII Conferência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro*. Congresso Sobral Pinto, 1991.

DÓRIA, A. de Sampaio. *Problemas de Direito Público*. São Paulo: Ed. Sibi/USP, 1919.

DUVERGER, Maurice. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 1.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1955.

_____. *Les Finances Publiques*. 3.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1964.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2010.

ESTEVES, João Luiz M. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Editora Método, 2007.

FACHIN, Zulmar. As Funções do Estado no Pensamento de Aristóteles, John Locke e Montesquieu: breve resgate histórico. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*. Londrina: IDCC, v. 1, 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o Desenvolvimento Sócio Econômico. *In: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

FARIA, Sylvio Santos. *Iniciação Financeira*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1979.

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. *In: O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

_____; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988. Legitimidade. Vigência e eficácia. Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 17.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

_____. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1968.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964.

FONROUGE, Carlos M. Giuliani. *Derecho Financiero*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1962, v.1.

FURTADO, Celso. *O Mito do Desenvolvimento Econômico*. São Paulo: Círculo do Livro, 1974.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia – O Guardião das Promessas*. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. São Paulo: Atlas, 1985.

GOMES, Luiz Flávio. *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Comissões Parlamentares de Inquérito – Poderes de Investigação*. 1.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v.1. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Federalistas*. 1.ed. São Paulo: Editora Abril, 1973.

HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2009.

HESPANHA, A. M. Lei e Justiça: história e perspectiva de um paradigma. In: *Justiça e Litigiosidade: História e Perspectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

_____. Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução. In: *Justiça e Litigiosidade: História e Perspectiva*. 1.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HUSSEL, Edmund. *Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. Tradução: Márcio Susuki. São Paulo: Editora Ideias & Letras, 2006.

JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

JELLINEK, G. *Teoria General Del Estado*. México: Compañia Editorial Continental, 1956.

JÈZE, Gaston. *Cours Élémentaire de Science des Financés et de Législation Financière Française*. Paris: M. Giard & E. Briere Libraires - Éditeurs, 1912.

JHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Coleção Mosaico. Tradução: João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1953.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2.ed. Tradução de Alexandre Drug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2008.

- LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Liberjuris, 1988.
- LEAL, Aurelino Leal. *Theoria e Prática da Constituição Federal Brasileira, Parte Primeira*. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia. Editores, 1925.
- LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Tradução Alex Marins. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. 2.ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.
- LONGO, Carlos Alberto. O Processo Orçamentário: Tendências e Perspectivas. *Revista de Economia Política*, v.14, n. 02, abr./ jun., 1994.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à Reforma Administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.
- MACHADO NETO, A. L. *Introdução à Ciência do Direito*. v.1. São Paulo: Saraiva, 1960.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 57. Rio de Janeiro, CEDEC, 2002.
- MARKS JR., Thomas C.; COOPER, John F. *State Constitutional Law*. Minnessota: West Publishing Co., 1988.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Poder Executivo. In: *A Constituição Brasileira de 1988 – Interpretações*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948.
- MEIRA, Castro. Teoria e Prática do Poder Judiciário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1943.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: *Os Clássicos da Política*. v. 1. 8.ed. Editora Ática, 1997.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOREIRA ALVES, J.C. A Jurisdição constitucional estadual e as normas constitucionais federais reproduzidas nas constituições dos estados – membros. As vertentes do direito constitucional contemporâneo. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, ano 26, n.103. Senado Federal, Brasília, jul./ set., 1989.

MORIN, Edgar. *A Cabeça Bem - feita*. 18.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; SANTANA, Jair Eduardo; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; ALVES, Léo da Silva. *Responsabilidade Fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Curso de Direito Financeiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NIÑO, Antonio Suárez. Los Derechos Humanos del juez em America Latina. In: *Justiça e Democracia*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.2, Jul./dez., 1996.

NITTI, F. *Princípios da Ciência das Finanças*. v.1. Rio de Janeiro: Atena Editora, 1937.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Deve o orçamento ser cumprido?* Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 672, 8 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6698>>. Acesso em: 30 jul. 2010.

ORTEGA Y GASSET, José. *A Desumanização da Arte*. 6.ed. São Paulo: Cortez Editora, 2008.

_____. *O Homem e a Gente*. 2.ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero - Americano, 1973.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PRITHEIT, C. Herman. A Supremacia Judicial. In: *Ensaio Sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Tradução de Elcio Gomes Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. v.1. t.I. Título IX. São Paulo: Saraiva, 1973.

_____. _____. v.1. t.II. Título IX. São Paulo: Saraiva, 1973.

_____. *Teoria do Direito e do Estado*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

RIBEIRO, Hércio. *Justiça e Democracia – Judicialização da Política e Controle Externo da*

- Magistratura. *Síntese*, Porto Alegre, 2001.
- ROUSSEAU. *O Contrato Social*. Tradução Ciro Mioranza. 2.ed. São Paulo: Editora Escala, 2008.
- RUSSOMANO, Rosah. *Dos Poderes Legislativo e Executivo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1976.
- SÁ FILHO, Francisco. *Relação entre os Poderes do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1959.
- SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e A Separação de Poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- SALVETTI NETTO, Pedro. *Curso de Ciência Política*. v.1. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1975.
- SAMPAIO, Egas Rosa. *Instituições de Ciência das Finanças – Uma abordagem econômico - financeira*. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. *Ideologia e Ciência Política*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1953.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 4.ed. São Paulo: Cotez Editora, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. *Hermenêutica – Arte e Técnica da Interpretação*. 4.ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003.
- SCHMITT, Carl. *La Defensa de La Constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, Madrid, 1983.
- _____. *Teoria de La Constitucion*. México: Editora Nacional, 1966.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de Escrever*. Porto Alegre: L&PM, 2011.
- SIEYÈS, Emmanuel. *Qué es el Tercer Estado?* 1.ed. Madrid: Aguilar, 1973.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- _____. *Orçamento – programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- _____. *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1964.

SILVA, Lino Martins da. *Contabilidade Governamental – Um enfoque administrativo*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1991.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais – Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação*. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

SILVEIRA, Delfim M. *Orçamento e Planificação*. Pelotas: Oficinas Gráficas da Tipografia do Centro S.A. Pelotas, 1960.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e Contrapesos (Checks and Balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

OLON, Ari Marcelo. *Teoria da Soberania como Problema da Norma Jurídica e da Decisão*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

STEPHANES, Oswald Otto; FERREIRA, Aladim Tadeu. Planejamento, orçamento, programação financeira: o sistema atual, críticas e alternativa. *Interciência*, Rio de Janeiro, 1978.

SUNSTEIN, Cass R. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

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

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Organizado e atualizado por Maria Garcia. 2.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 10.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. v.V. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VON MYRBACH-RHEINFELD, Franz. *Précis de Droit Financier*. Paris: Bibliothèque Internationale de Science et de Législation Financières, 1910.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: Crises, Acertos e Desacertos*. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.