

**Instituto Brasiliense de Direito Público**  
**Mestrado em Direito Constitucional**

**Separação de poderes e exercício da função política no  
Brasil**

**José Augusto Dias de Castro**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Moreira Gomes Junior

**Brasília – DF**

**2010**

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**José Augusto Dias de Castro**

**Separação de poderes e o exercício da função política no Brasil**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Moreira Gomes Junior

Aprovado em: \_\_\_\_\_

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luiz Moreira Gomes Junior - Orientador

Instituto Brasiliense de Direito Público

Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho

Instituto Brasiliense de Direito Público

Prof. Dr. Bruno Amaral Machado

Universidade de Brasília

Para João e Beth, meus pais.

“O lugar que o Estado ocupa em nossa vida cotidiana é tamanho que não poderia ser retirado dela sem que, ao mesmo tempo, ficassem comprometidas nossas possibilidades de viver. Nós lhe atribuímos todas as paixões humanas: é generoso ou avaro, engenhoso ou estúpido, cruel ou bonachão, discreto ou invasivo. E, como o consideramos sujeito a esses movimentos da inteligência ou do coração que são próprios do homem, dirigimos a ele os sentimentos que, comumente, nos inspiram as pessoas humanas: a confiança ou temor, a admiração ou desprezo, amiúde o ódio, mas por vezes também um respeito temeroso em que uma atávica e inconsciente adoração do poder se mescla à necessidade que temos de acreditar que nosso destino, por mais misterioso que seja, não está abandonado ao acaso.” (Georges Burdeau, 2005)

## RESUMO

CASTRO, José Augusto Dias de. *A separação de poderes e o exercício da função política no Brasil*. Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2010.

A separação de poderes é um fenômeno moderno, que se desenhou a partir do século XVII, e, surgiu como um instrumento de contenção de abusos do poder, e foi fundamental para o surgimento do Estado liberal, como medida de restrição a ingerências governamentais na esfera privada. A função política, por sua vez, consiste no processo de interpretação e realização do interesse comum, e conforme o princípio democrático e a clássica separação tripartite entre poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, caberia ao primeiro, que seria a fonte das políticas a serem desenvolvidas pelo Executivo. A criação do sistema presidencialista, e o surgimento do Estado de bem estar social, operaram mudanças nesta lógica, fazendo emergir um Poder Executivo centralizador das iniciativas públicas. No Brasil, as medidas provisórias têm servido para conferir poder normativo pleno ao Executivo, reforçando o protagonismo presidencial. O Judiciário, eleito o guardião da Constituição, vem fazendo uso de suas prerrogativas para enquadrar os demais poderes quando deixam de realizar os direitos constitucional e legalmente previstos, exercendo, assim, função política, embora complementar, por vezes extrapolando o arquétipo constitucional, legislando e criando políticas públicas indevidamente. O desafio da nova separação de poderes é delimitar a atuação dos três poderes no campo político.

Palavras-chave: Separação de poderes. Funções de Estado. Política. Função política. Executivo. Legislativo. Judiciário. Princípio democrático. Direitos fundamentais. Presidencialismo. Parlamentarismo. Constituição.

## ABSTRACT

CASTRO, José Augusto Dias de. *The separation of powers and the exercise of political function in Brazil*. Dissertation (Masters degree). Brazilian Institute of Public Law – IDP, Brasília, 2010.

The separation of powers is a modern phenomenon, started in the seventeenth century and came out as an instrument to constrain the abuse of power, and was important to the emerging of liberal State as a restraint to governmental interference in private sphere. Political function, at its turn, consists of the interpretation and realization of common interest, and according to democratic principle and the classic threefold separation between Legislative, Executive and Judiciary powers, the first one would be the main source of politics to be developed by the Executive. The creation of the presidencialism and the welfare State promoted changes to this institutional behavior, making the Executive power the central role concerning public initiatives. In Brazil, the temporary measures are serving to provide Executive branch with full normative power, strenghtening the presidential main role. Judiciary power, chosen to be the Constitution's guardian, is using its prerogatives to force the other power to make effective the legal and constitutional rights, what makes him an executor of political function too, although in a supporting role, and sometimes going beyond its constitutional limits, creating legal obligations and public policies in an undue way. The challenge of the new separation of powers is to create the framework of the three State power in the political field.

Key words: Separation of powers. State functions. Politics. Political function. Executive. Legislative. Judiciary. Democratic principle. Fundamental rights. Presidencialism. Parlamentarism. Constitution.

## SUMÁRIO

RESUMO .....	5
ABSTRACT .....	6
SUMÁRIO .....	7
INTRODUÇÃO .....	9
<b>CAPÍTULO 1 – SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO TEORIA E PRINCÍPIO: ORIGEM E EVOLUÇÃO .....</b>	<b>14</b>
1.1. <b>O surgimento do Estado Moderno – Absolutismo.....</b>	<b>14</b>
1.2. <b>O Estado liberal.....</b>	<b>19</b>
1.3. <b>A Inglaterra e a primeira versão da separação de poderes.....</b>	<b>25</b>
1.4. <b>A balança de poderes (<i>balanced constitution</i>) .....</b>	<b>30</b>
1.5. <b>A inovação de Montesquieu.....</b>	<b>36</b>
1.6. <b>O modelo norte-americano.....</b>	<b>41</b>
1.7. <b>As atuais formas de separação de poderes .....</b>	<b>43</b>
1.7.1.    O parlamentarismo.....	44
1.7.2.    O presidencialismo.....	47
1.8. <b>A experiência brasileira.....</b>	<b>49</b>
<b>CAPÍTULO 2 – FUNÇÕES DE ESTADO E FUNÇÃO POLÍTICA .....</b>	<b>51</b>
2.1. <b>Funções de Estado.....</b>	<b>51</b>
2.2. <b>Delimitação terminológica do termo ‘política’ .....</b>	<b>58</b>
2.3. <b>A função política .....</b>	<b>65</b>
2.4. <b>Elementos característicos da função política.....</b>	<b>70</b>
2.4.1.    Exercício por órgãos estabelecidos pela Constituição.....	70
2.4.2.    Competência conferida pela Constituição para seu exercício .....	71
2.4.3.    Exercício segundo procedimentos constitucionalmente indicados .....	72
2.4.4.    Exercício mediante opções feitas em temas fundamentais .....	72

2.4.5.	Exercício mediante atos materialmente conformes à Constituição.....	74
2.4.6.	Exercício não sujeito a prazos .....	75
<b>2.5.</b>	<b>Distinção entre função política e função administrativa.....</b>	<b>76</b>
<b>CAPÍTULO 3 – O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO POLÍTICA NO BRASIL: EXECUTIVO E LEGISLATIVO .....</b>		<b>79</b>
<b>3.1.</b>	<b>A função política nos poderes Executivo e Legislativo .....</b>	<b>79</b>
3.1.1.	A legitimação popular como critério .....	80
3.1.2.	O Poder Executivo .....	81
3.1.3.	O Poder Legislativo.....	101
<b>CAPÍTULO 4 – O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO POLÍTICA NO BRASIL: JUDICIÁRIO .....</b>		<b>113</b>
<b>4.1.</b>	<b>Poder Judiciário, democracia e direitos fundamentais .....</b>	<b>114</b>
<b>4.2.</b>	<b>Poder Judiciário e a constitucionalização do direito.....</b>	<b>123</b>
<b>4.3.</b>	<b>Outros argumentos contrários e favoráveis.....</b>	<b>130</b>
4.3.1.	Argumentos contrários à função política dos tribunais.....	130
4.3.2.	Argumentos favoráveis à função política dos tribunais .....	131
<b>4.4.</b>	<b>Concepções sobre a função política exercida pelo Judiciário.....</b>	<b>132</b>
<b>4.5.</b>	<b>Limites à função política exercida pelo Judiciário .....</b>	<b>135</b>
4.5.1.	O princípio democrático e a separação de poderes .....	136
4.5.2.	A reserva do possível .....	140
4.5.3.	Questões políticas.....	146
<b>4.6.</b>	<b>Considerações finais sobre Judiciário e função política.....</b>	<b>148</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>		<b>151</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>		<b>155</b>



## INTRODUÇÃO

A história é composta, em boa parte, por relatos e interpretações sobre a busca incessante do homem pelo poder, seja ele exercido sobre a família, seja sobre grandes nações e impérios. Ives Gandra da Silva Martins<sup>1</sup>, em interessante obra em que analisa a evolução deste fenômeno, menciona que sobrevivência e procriação são os dois instintos que justificam a vocação do homem para o poder: instintivamente, o ser humano, a exemplo dos outros animais, lança-se à conquista sobre algo ou alguém para manter-se vivo e para garantir a existência de sua prole.

A partir desta origem primitiva, o poder evoluiu em suas formas, e invadiu a vida em sociedade, estando presente desde os resquícios mais remotos de civilização, como fruto de uma junção entre o desejo do homem, a que nos referimos, com a necessidade social de um poder central. As teorias contratualistas a partir do século XVII dão conta disso: o homem abre mão de parte de sua liberdade, para melhor conservar o que restar dela, concedendo a um ente dotado de poder coercitivo a faculdade de intervir, até certo nível, em sua esfera privada.

Da sofisticação, e consequente institucionalização deste poder central, surge a figura do Estado; nobre e indispensável em seus fins, perigoso em seus meios. Perigoso porque, se àquele a quem se atribui sua condução não forem opostos instrumentos de contenção, fatalmente sucumbirá ele à fraqueza humana de abusar do poder que tem ao alcance de suas mãos. O princípio da separação de poderes veio a socorrer as civilizações modernas exatamente neste objetivo: manter o exercício do poder estatal sob rédeas curtas, controlável frente à inevitável tentação do homem de pôr o interesse individual à frente do coletivo.

A política, por sua vez, exprime-se pela necessidade de os sujeitos discutirem e definirem como deve o Estado agir para melhor defender e institucionalizar seus interesses. São políticos os atos e os processos tendentes a promover uma alteração no meio social; é político, da mesma forma, o cenário dentro

---

<sup>1</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A separação de poderes no Brasil*. Brasília: Iasp, 1985. 68 p.

do qual se desenrola a inafastável briga por este poder de assumir o Estado e conduzi-lo, algo que tanto inebria o homem.

Cruzam-se, aqui, os dois fenômenos. De um lado, a divisão funcional do poder de Estado, para frear os anseios autoritários tendentes a promover investidas indevidas contra a esfera individual, e também para melhor organizar sua atuação; de outro, a função sublime deste mesmo Estado, de definição e busca do interesse público, a qual precisa ser desempenhada, em maior ou menor medida, pelos poderes divididos que o compõem. Diante da constatação de que se faz necessário partilhar o poder em mais de uma mão, e, ao mesmo tempo, desempenhar a função política, surge, então, a questão central deste estudo: consolidada que está a separação, a quais poderes, e em que medida, cabe a realização desta função?

Este trabalho toma por base dois pressupostos: primeiro, de que o poder controla o poder, razão pela qual a estrutura do Estado precisa cindir-se e irradiar seu domínio a partir de mais de uma fonte; segundo, de que, aos titulares destes poderes cindidos, cabe a definição dos rumos do Estado, e a perseguição do interesse público.

É preciso levar em conta, de início, que o mundo está muito mais politizado que outrora, especialmente comparando-se com o período pré-moderno, quando a figura central do Estado encontrava-se distante, ou mesmo inexistente, se considerarmos períodos mais remotos. O fortalecimento da centralização estatal fez com que, em muitos casos, os rumos de uma sociedade não surgissem mais espontaneamente de movimentos da sociedade, mas sim de decisões políticas de Estado. A forma como atualmente o mundo tem seu destino selado em grande medida por decorrência de atos políticos, está bem ilustrada por Karl Deutsch:

Se a civilização for destruída, e a maior parte do gênero humano morrer dentro dos próximos vinte ou trinta anos, não terá sido de praga ou de peste; seremos mortos pela política. A política tornou-se, literalmente, um caso de vida ou de morte.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> DEUTSCH, Karl. *Política e Governo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 28.

A quais poderes, então, e dentro de que molduras, cabe o desempenho desta função política, de potencial tão arrebatador?

Desde a criação da ideia de separação de poderes, que, como veremos, nos moldes modernos, deu-se na Inglaterra do século XVII, até o início do século XX, esta questão parecia encontrar resposta facilmente dedutível, a partir da lógica que norteou o surgimento deste princípio, de separação pessoal e funcional bem definida dos poderes: ao Legislativo, como representante do povo, caberia sintetizar o interesse público e transformá-lo em lei; ao Executivo, caberia a aplicação das decisões legislativas; e ao Judiciário, restaria a função acessória de dirimir conflitos decorrentes da aplicação das leis, pelo Estado ou pelos particulares.

Ao longo do século passado, dois fatores surgiram para borrar as linhas que dividem o campo de atividade dos poderes. De um lado, o Estado de bem estar social, e o surgimento de novas demandas sociais a exigirem estruturas administrativas mais poderosas e móveis, normalmente personificadas em figuras políticas fortes e centralizadoras a ocuparem os principais cargos do Executivo, surgindo a tendência de uma proeminência deste poder, a avançar sobre a esfera dos demais; de outro, a constitucionalização do Estado, observada a partir do fim da 2ª Guerra Mundial, e a escolha do Poder Judiciário como o guardião da Constituição, o que lhe conferiu prerrogativas especiais. Executivo e Judiciário adquiriram proeminência frente ao Legislativo, o qual, desde sua origem, era tido como órgão superior, por sua ligação direta com a vontade popular.

O Estado atual, portanto, inclusive o brasileiro, tem as fronteiras entre os poderes não tão bem delineadas como em outras ocasiões. O Poder Legislativo, composto pelos representantes do povo, a quem, em tese, caberia ser o nascedouro das principais políticas públicas e palco das grandes discussões nacionais, assiste a um crescimento vigoroso das atribuições do Executivo, que, hipertrofiado, atropela atribuições parlamentares, e tem sido o grande responsável pela condução do país. O Poder Judiciário, por sua vez, historicamente tapanho em termos políticos, e visto simplesmente como a boca que pronuncia as palavras da lei, vem levando a sério sua atribuição constitucional de defesa dos direitos fundamentais e outros mais previstos na Carta, usando de seu poder mandamental para enquadrar governantes

e parlamentares que insistam em passar ao largo do cumprimento de suas obrigações constitucionais.

Neste contexto é que a Constituição de 1988 tenta equalizar a divisão de poderes, procurando reservar a cada um deles as atribuições mais afeitas a suas características. Por um lado, procura manter o parlamento, órgão de representantes do povo que é, como leitor dos objetivos comuns, porém sem estabelecer vinculação rígida demais do Executivo em relação à lei, e concedendo a este último prerrogativas como as medidas provisórias, que tentam lhe conferir mobilidade para agir, mas que terminam por lhe dar um protagonismo exagerado. Por outro, confere ao Judiciário amplos poderes de controle, muitas vezes mal compreendidos pelos juízes, em certos casos flagrados em invasões ilegítimas ao campo de atuação dos demais órgãos.

Não há como negar, então, que o Brasil destes dias, embora estável institucionalmente, vive um cenário de indefinições quanto à forma de atuar de seus poderes, o que tem gerado crises constantes entre eles. Propomo-nos, neste trabalho, a analisar o atual estado da separação de poderes, especialmente em nosso país, e a tentar identificar a qual deles, Executivo, Legislativo e Judiciário, é dado exercer a função primordial de Estado, a política, e dentro de que limites, levando-se em conta especialmente aspectos da Ciência Política e do Direito Constitucional. Cabe observar que o enfoque está na separação de poderes e relação entre eles em nível federal, não tendo sido abordadas as relações regionais, embora possam em grande parte ser aplicadas a elas, dada a estrutura de nossa Federação.

E em momento de tensões constantes entre os poderes, é fundamental a compreensão sobre o que, de fato, gerou o princípio que os fez separarem-se. Inclusive para analisarmos se tal divisão, como foi proposta, ainda faz algum sentido. Para tanto, no Capítulo 1, é feito um apanhado histórico do princípio da separação de poderes, desde seu surgimento na Inglaterra do século XVII, até os dias atuais.

Aliás, é oportuno observar aqui a enorme lacuna existente na doutrina brasileira sobre as origens deste princípio. Há, quando muito, referências rápidas ao

contexto de seu surgimento, porém sem a profundidade merecida, o que fez com que boa parte da pesquisa realizada para esta parte fosse buscada em autores estrangeiros. Pretendemos ajudar a preencher esta lacuna existente na doutrina brasileira, sobre a gênese remota deste princípio que hoje está presente na quase totalidade dos Estados.

O Capítulo 2 ocupa-se de desfazer o imbróglio terminológico que cerca os termos 'política' e, conseqüentemente, 'função política'. Sem nos socorrermos da Ciência Política para aclarar os conceitos, não há como avançar na hipótese proposta por este trabalho, e julgamos importante um capítulo próprio para tanto.

No terceiro capítulo, inicia-se a análise particularizada da titularidade para o exercício da função política, que é o centro deste estudo, iniciando-se pelo Executivo e pelo Legislativo. Estes dois poderes foram inseridos no mesmo capítulo pelo fato de, no Brasil, ambos terem seus titulares escolhidos pelo povo, o que, em tese, lhes confere a legitimidade para colher junto à sociedade os seus anseios, e transformá-los em leis e programas de governo. Nesta oportunidade, é analisada a forma atual de realização da função em estudo por estes dois poderes, com a abordagem dos principais pontos críticos de uma relação que vem enfrentando dificuldades notáveis, por vezes a afrontar o princípio democrático e o da separação.

Deixamos para um capítulo apartado o estudo da atuação do Poder Judiciário, pois é onde reside talvez a maior polêmica em volta do exercício da função política no país, muito em decorrência da sua suposta falta de legitimidade popular para tanto. Esta questão é abordada neste ponto do trabalho, bem como outros pontos que julgamos necessários à melhor compreensão do problema, à luz da doutrina e da jurisprudência disponíveis. Veremos que, hoje, discute-se muito menos a possibilidade de o Judiciário exercer função política, do que o enquadramento deste exercício.

## CAPÍTULO 1 – SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO TEORIA E PRINCÍPIO: ORIGEM E EVOLUÇÃO

A separação de poderes é um fenômeno moderno. Apesar de o tema ter indícios rudimentares na Antiguidade, e de ter sido abordado indiretamente por estudiosos da Grécia Antiga e da Roma Medieval<sup>3</sup>, inclusive com obras que representam legado para a cultura ocidental, a separação dos poderes, tal qual a conhecemos hoje, adotada na quase totalidade dos Estados, é tema recente na história do pensamento político<sup>4</sup>.

Logo, se estamos tratando de um fenômeno moderno, cabe, para um entendimento menos superficial das condições em que surgiu a teoria em estudo, ter em conta o contexto do Estado Moderno, responsável por uma mudança profunda do pensamento político ocidental e na forma de as sociedades da Europa, posteriormente, do resto do mundo, se estruturarem.

### 1.1. O surgimento do Estado Moderno – Absolutismo

Este novo modelo de Estado teve sua origem na exaustão das estruturas feudais que dominavam o cenário europeu até o séc. XV, as quais se caracterizavam

---

<sup>3</sup> Na Grécia e em Roma, a separação dos poderes manifestou-se de forma muito embrionária por meio da teoria da *Constituição Mista*, conforme veremos adiante. Neste sentido: VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998. Disponível em: [http://files.libertyfund.org/files/677/Vile\\_0024\\_EBk\\_v4.pdf](http://files.libertyfund.org/files/677/Vile_0024_EBk_v4.pdf), p. 20; e PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 31.

<sup>4</sup> Karl Loewenstein anota que o constitucionalismo da Antiguidade funcionou sem a separação de poderes e frequentemente em conflito com dito princípio. É certo que tanto na *polis* como na República romana se designavam determinadas tarefas a funcionários eleitos; no entanto, funções materialmente diferentes – execução, legislação, jurisdição – estavam frequentemente unidas na pessoa de uma mesma magistratura. Na Grécia, a *ekklesia* realizava simultaneamente funções legislativas, executivas e judiciais; em Roma, a magistratura (cônsules, pretores, tribunais do povo) reunia estas três funções. Além disso, nem gregos nem romanos, por mais avançados que fossem seus sistemas, reconheciam uma esfera de direitos individuais invioláveis pelo Estado, tão cara ao constitucionalismo moderno, e que é a base da separação de poderes. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 56.

predominantemente pela existência de feudos localizados e independentes, tanto econômica quanto administrativamente, espalhados e descentralizados<sup>5</sup>. Tratava-se de um complexo esquema de hierarquias entrelaçadas e de posse de terra, a qual era o fundamento do poder político, bem como base da economia, caracteristicamente fechada e adstrita ao feudo, ainda sem as características capitalistas.<sup>6</sup> Embora muitas vezes subordinados a um rei, que exercia seu poder de forma distante, sua relação era basicamente tributária, pois estavam os feudos obrigados a pagar tributos, em troca da manutenção do feudo e da segurança, especialmente contra invasões externas<sup>7</sup>. De resto, havia grande independência, inclusive jurídica<sup>8</sup>.

O Estado Moderno começa a desenhar-se a partir do esgotamento desse modelo, que já não atendia mais a características crescentes das civilizações ocidentais. Nelson Saldanha menciona o surgimento de uma sociedade nova, móvel, latentemente individualista, condicionada pela ascensão da burguesia e pela consolidação do capitalismo<sup>9</sup>, que não encontra mais no quadro existente as condições para seu desenvolvimento.

Luiz Moreira, por sua vez, ressalta como característica marcante desta modernidade nascente o especial protagonismo assumido pelos *sujeitos*, que constituem entre si uma ordem estatal marcada pela associação entre livres e iguais

---

<sup>5</sup> O surgimento das estruturas feudais na Europa dos séculos deu-se muito em função das invasões normandas, muçulmanas e húngaras nos séculos IX e X, que, em tempos de insegurança quase total, e para sair de um tal estado de anarquia, obrigaram os senhores de terras a formar alianças defensivas e a associar aos seus domínios fundiários homens que se punham ao seu serviço e recebiam sua proteção. Neste sentido, SOUSA, José Pedro Galvão de. *O totalitarismo nas origens da moderna teoria do Estado: um estudo sobre o defensor Pacis de Marsílio de Pádua*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 146 a 149.

<sup>6</sup> SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 14.

<sup>7</sup> Cfr. SOUSA, José Pedro Galvão de, *op. cit.*, p. 148.

<sup>8</sup> Jellinek explica que os tribunais dos senhores, donos da terra, possuíam direito próprio e, do mesmo modo que a justiça eclesiástica, ainda quando reconhecida e limitada pelo Estado, não podia ser criada por este. JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Buenos Aires: Albatros, 1981, p. 243.

<sup>9</sup> SALDANHA, Nelson, *op. cit.*, p. 14-15.

definida em termos jurídicos. Neste novo momento, as relações medievais entre indivíduos dão lugar a três ordens de mudanças: ao vínculo comunitário feudal sucede o *político-jurídico*; à relação de subordinação entre vassalos e senhor, uma estrutura marcada pela *titularidade de direitos* inerente a cada sujeito que é membro associado de uma sociedade civil; por sua vez, o direito consuetudinário, com jurisdição fragmentada em feudos regidos pelos suseranos, transforma-se em uma *unidade jurídico-estatal* elaborada, em *co-autoria*, pelos *sujeitos de direito*<sup>10</sup>.

Jellinek reforça o entendimento, observando que, mesmo no período do absolutismo sem limites, jamais deixou de existir a convicção de que o indivíduo era um ser de direitos frente ao Estado e que, portanto, havia de ser reconhecido moral e juridicamente por este<sup>11</sup>.

Pode-se observar nesta época, assim, dois movimentos paralelos, que caracterizaram a formação da ordem jurídico-política do Estado Moderno: um de centralização do poder, substituindo a existência de diversos focos pulverizados, por um Estado único, de onde se dominaria o território unificado; e outro de centralização de funções em um único centro, inclusive com a ruptura junto a impérios e à Igreja.

De forma a atender a esta estrutura estatal nascente, a solução que terminou por ser adotada na maior parte da Europa foi a do enfeixamento do poder estatal nas mãos de um monarca<sup>12</sup>. Para Jellinek, a monarquia absoluta foi a primeira a realizar no Ocidente, depois da época romana, a ideia da unidade do

---

<sup>10</sup> MOREIRA, Luiz. *A Constituição como Simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1. Grifos do autor.

<sup>11</sup> Ainda segundo o autor, foi de fundamental importância para esta valorização do indivíduo o dualismo Estado-Igreja vigente desde a Idade Média. A luta travada entre as duas instituições fez o Estado convencer-se de que os limites reais do *imperium* estão radicados na intimidade religiosa dos indivíduos, tendo a Reforma ajudado a moldar este pensamento. JELLINEK, *op. cit.*, p. 245 e 246.

<sup>12</sup> Como veremos adiante com mais aprofundamento, a exceção a esta regra nas nações europeias foi a Inglaterra. O país resistiu às investidas absolutistas do Rei Jaime I, que assumiu o trono quando o Reino da Inglaterra uniu-se ao Reino da Escócia. Influenciado pelas teorias de Hobbes e Maquiavel, Jaime I deu início a uma campanha para instauração do absolutismo na Inglaterra, o que culminou na Guerra Civil Inglesa, em 1642, que terminou com a condenação à morte do então Rei Carlos I, em 1648, e com o fim das pretensões absolutistas na Inglaterra, muito antes do restante da Europa, que só conquistou tal feito ao final do século XVIII. PIÇARRA, Nuno, *op. cit.*, p. 45-46.



Estado. Formou uma unidade interior de territórios que estavam originariamente separados uns dos outros; criou um exército, não sujeito às contingências da fidelidade ao vassalo; colocou abaixo de seu amparo a administração da justiça em todos os territórios que o Estado abarcava, ou ao menos submeteu ao seu poder a administração da justiça feudal. No dizer do autor, “la historia interna de los Estados modernos tiene como contenido las luchas sostenidas para fijar el poder del príncipe frente a los estamentos.”<sup>13</sup>

Não obstante as reformas do Estado posteriores, que conduziram ao modelo contemporâneo, o modelo absolutista, considerado a gênese do Estado Moderno, deixou como importante legado o unitarismo<sup>14</sup>. Embora modelos absolutistas já não sejam mais bem vindos, fato é que, entre os séculos XVI e XVIII, a força com que foram impostos garantiu a consolidação dos modernos Estados, e permitiu forjar suas características atuais: unificação territorial, base nacional estável e homogênea, unificação administrativa (inclusive orçamento, moeda, exército), poder soberano, ordenamento jurídico unificado, com a substituição do direito costumeiro pelo escrito.<sup>15</sup>

Paulo Bonavides ensina que o unitarismo “é ainda dos mais fortes sopros que animam a vida dos ordenamentos estatais nestes tempos, exprimindo tendência manifesta em inumeráveis corpos vivos de sociedades políticas”<sup>16</sup>. Já a este tempo, carente que se encontrava esta ordem nascente de uma teoria política a justificar este novo poder, centralizado e absoluto, posto que desde as ideias de secularização promovidas por Marsílio de Padua e Guilherme de Occam já haviam

---

<sup>13</sup> Tradução livre: “A história interna dos estados modernos tem como conteúdo as lutas para fixar o poder do príncipe frente aos estamentos.” JELLINEK, *op. cit.*, p. 243.

<sup>14</sup> Na Espanha e na França, assim como em Brandenburgo, na Prússia, e na monarquia de Habsburgo, a ideia do Estado único e indivisível foi realizada pelos monarcas. Mesmo na Rússia, normalmente avessa às coisas do Ocidente, leva a cabo a unificação de seu Estado por meio do absolutismo dos Romanows. Onde não existiu um poder absoluto não tendente à concentração, não se obteve a unidade do Estado, como no caso da Suíça e dos Países Baixos. JELLINEK, *op. cit.*, p. 244.

<sup>15</sup> A substituição do direito costumeiro pelo escrito atingiria o máximo à época da Revolução Francesa, com as codificações e o constitucionalismo, conforme veremos adiante.

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 149.

se passado dois séculos<sup>17</sup>, levantam-se as vozes de autores como Maquiavel<sup>18</sup> e Bodin, no século XVI, e Hobbes, já no século XVII, que encontram justamente na necessidade de manter a coesão do território e dos súditos sob a égide do Estado a legitimação para o absolutismo.<sup>19</sup> Surge, assim, a Teoria Absolutista, que foi o que garantiu sustentáculo doutrinário, ainda que frágil, ao período dos monarcas soberanos<sup>20</sup>.

Surge neste momento, portanto, o Estado<sup>21</sup> como entidade de organização do poder. À dispersão dos ordenamentos medievos sucedeu o centralismo que

---

<sup>17</sup> Para Simone Goyard-Fabre, os primeiros sinais doutrinários do que viria a ser o Estado Moderno datam já do séc. XIV, especialmente nas obras de Guilherme de Occam e Marsílio de Pádua. Na obra destes autores já se pode identificar o reconhecimento de uma ordem sociopolítica independente da eclesiástica, o que é uma característica do Estado Moderno, e que possibilitou o surgimento do Absolutismo. GOYARD-FABRE. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 10-11. Quentin Skinner descreve bem a briga comprada por Marsílio de Pádua com o papado, tratando como um equívoco da Igreja a suposição de que fosse ela uma instituição capaz de exercer qualquer tipo de poder legal, político, ou alguma outra espécie de 'jurisdição coercitiva'. Marsílio defendia inclusive o fim de prerrogativas clericais, como a imunidade tributária exigida pelos membros da Igreja. SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 41. No mesmo sentido, fazendo menção às referências de Marsílio de Pádua à soberania popular, VILE, M.J.C., *op. cit.*, p. 23. Entretanto, estes sinais da *via moderna* só devem ser apreendidos e interpretados com infinita prudência. Afinal, faltam ainda elementos importantes que vieram a caracterizar o Estado Moderno. Grifo do autor.

<sup>18</sup> É curioso anotar as circunstâncias em que o clássico *O Príncipe* de Maquiavel foi escrito. A República florentina, da qual Maquiavel era secretário, capitulara perante a monarquia dos Medici, e assim o autor se viu subitamente desempregado, e precisava conquistar as boas graças dos novos senhores da cidade com urgência, e escreveu a obra neste intuito. Embora tenha fracassado em seu plano, o livro terminou por revolucionar o pensamento político da época. Cfr. SKINNER, *op. cit.*, p. 138-139.

<sup>19</sup> Sobre a obra destes três autores, tidos como os principais doutrinadores do absolutismo, Simone Goyard-Fabre faz análise comparativa de cada um deles. Para a autora, o surgimento da obra destes autores no século XVI, embora ainda não fosse suficiente para um desabrochar de uma teoria *moderna* (grifo do autor) do direito político, marcou seu aparecimento ou primeiro nascimento. GOYARD-FABRE, *op. cit.*, p. 13.

<sup>20</sup> Martin Kriele elenca as seguintes características da teoria, especialmente com base nas ideias de Hobbes: 1. O soberano pode dispor ilimitadamente sobre o Direito; 2. O soberano pode romper o Direito; 3. O soberano sempre pode convocar qualquer competência para si; 4. A soberania do soberano é absoluta, irrevogável e temporalmente ilimitada; e 5. A soberania do soberano tem conteúdo ilimitado. KRIELE, Martin. *Introdução à teoria do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009, p. 81-82.

<sup>21</sup> O termo *Estado*, no sentido atual, foi primeiramente cunhado por Maquiavel. Já a primeira frase de *O Príncipe*, embora não seja uma definição rígida, designa uma configuração política que implica a

preparou o terreno para a próxima fase do Estado moderno, intimamente ligada ao surgimento da teoria e do princípio da separação dos poderes, que é a fase do surgimento do Estado liberal.

Paulo Bonavides ensina:

O Estado centralizador cede e decai historicamente quando prepara as modalidades descentralizadoras e até mesmo federativas; quando as concepções mais democráticas e menos autoritárias do poder, fundadas nos postulados do consentimento, de algumas doutrinas contratuais (...), abalam todo o eixo do autoritarismo estatal, contrapõem a supremacia individual à hegemonia do ordenamento político, fazem o Estado meio e não fim, rebaixam-lhe a valorização social, democratizam a concepção do poder, nas suas origens, no seu exercício e nos seus titulares, separam o Estado da pessoa do soberano. Graças a essa transpersonalização do princípio político (...), acaba o Estado por objetivar-se socialmente como produto do consenso das vontades individuais.<sup>22</sup>

Assim, conforme Kriele, salvar o absolutismo só seria possível se a Teoria da Soberania tivesse prevalecido por toda parte e absolutamente tivesse, assim, substituído radicalmente o velho fundamento da legitimidade.<sup>23</sup>

## 1.2. O Estado liberal

Se é reconhecida a importância do absolutismo para a consolidação do Estado, também é fato que, uma vez sobreposta a forma de se organizarem as sociedades na Idade Média por um modelo unitário e centralizador do poder, iniciam-se, ao final do século XVII, movimentos para que se impusessem limites à atuação

---

organização da relação de forças entre o comando e a obediência: “Todos os Estados e todos os governos que exerceram ou exercem certo poder sobre a vida dos homens foram e são repúblicas ou principados”. MAQUIAVEL, Nicólo di Bernardo dei. *O Príncipe*. Tradução de Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 5.

<sup>22</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, p. 150.

<sup>23</sup> KRIELE, *op. cit.*, p. 91.

dos soberanos, frente ao crescente sentimento estimulado pelas teorias contratualistas e liberais.

O surgimento de um modo de vida urbano, que substituiu o isolacionismo dos tempos medievais, associado ao desenvolvimento da burguesia e do capitalismo, propiciou a criação de novos padrões mentais e religiosos. O ambiente urbano era apropriado para discussões acerca de uma nova condição humana, de reconhecimento de uma esfera intangível do indivíduo, protegida por direitos naturais básicos, que deveriam ser reconhecidos.

Antigos dogmas passam a ser questionados. O Iluminismo, movimento que procurou enaltecer a razão humana e o conhecimento crítico como formas de melhoria do Estado e da sociedade,<sup>24</sup> deu início a um processo de secularização da cultura, em que o centro do universo deixou de ser Deus, passando a ser o próprio homem<sup>25</sup>, notadamente após a reforma protestante<sup>26</sup>. O escritor e jornalista britânico Francis Wheen, em livro no qual exalta os valores iluministas (e comenta como vêm eles sendo abandonados e traídos sistematicamente), aponta características comuns a todos os pensadores iluministas, que explicam a razão de terem significado uma virada abrupta no pensamento humano, como “a insistência na autonomia do intelecto, a rejeição da tradição e da autoridade como fontes infalíveis da verdade, o

---

<sup>24</sup> Em setembro de 1784, uma revista berlinense convidou diversos intelectuais a responderem à pergunta “O que é o Iluminismo?”, entre eles o filósofo Immanuel Kant, que assim respondeu: “Iluminismo é a emergência do homem da imaturidade a que ele mesmo se submete. Imaturidade é a incapacidade de usar a própria compreensão sem a orientação de terceiros. Essa imaturidade é algo que o próprio indivíduo se impõe, quando sua causa não é a falta de entendimento, mas a falta de determinação e coragem para usá-lo sem a orientação de outrem. *Sapere aude!* Atreve-te a saber! É este o lema do Iluminismo”. KANT, Immanuel, in WHEEN, Francis. *Como a picaretagem conquistou o mundo – Equívocos da modernidade*. Rio de Janeiro e São Paulo: Editora Record, 2007, p. 18.

<sup>25</sup> Marsílio de Padua, já no século XIV, defendia a secularização do Estado. Entretanto, não houve uma ruptura completa, e na obra do autor há ainda uma camada teológica significativa; o Príncipe continua sendo o “Ministro de Deus”. Ademais, àquela época, suas ideias não passaram do campo doutrinário. Já no século XVI, Maquiavel voltou a defender com afinco a ideia da laicização, desta vez para valer. Na visão pragmática do autor sobre como devem proceder os príncipes na busca pela manutenção da união do Estado, ele nega qualquer fundamento transcendental da organização e da vida política. GOYARD-FABRE, *op. cit.*, p. 16.

<sup>26</sup> Sobre a reforma protestante, Luiz Moreira explica a tese de Martin Lutero, que criticou a noção de que só por meio da Igreja é que se poderia estabelecer uma relação entre Deus e os fiéis. Sendo a Igreja, portanto, tão somente uma congregação de fiéis, sem o monopólio sacramental, não teria poder de presidir e regular esta congregação, tampouco ter poder de comando sobre assuntos seculares, inclusive de Estado. MOREIRA, Luiz, *op. cit.*, p. 4 a 6.

horror ao fanatismo e à perseguição, o compromisso com a liberdade de investigação e a convicção de que saber realmente é poder.”<sup>27</sup>

Também as explicações metafísicas para a legitimação dos monarcas não mais convenciam, e passou-se a exigir novos fundamentos para a legitimação do poder. A teoria do ‘Contrato Social’, já presente nas obras de Hobbes, quando já servira para legitimar o poder absoluto, agora ganhava nuances distintos. Diferente da concepção da primeira fase do Estado Moderno, em que a legitimação para o exercício do poder soberano encontrava inspiração divina, a partir do contratualismo houve um radical deslocamento desta lógica para o homem; o Estado seria fruto de um pacto social entre seres de uma determinada comunidade, que abririam mão de parte de sua liberdade inata para melhor protegê-la<sup>28</sup>.

Para o português Nuno Piçarra, o surgimento do liberalismo representou a ruptura com a ‘unidade dialética’ entre indivíduo e a sociedade política que caracterizou o período medieval e o início do Estado moderno:

Tal ideário, cuja forma mais acabada lhe foi dada pelo Iluminismo, tem como premissa essencial não essa unidade medieval, mas, muito ao contrário, a antinomia radical entre o indivíduo, com a sua liberdade natural, considerado em si mesmo e não previamente inscrito em ‘ordens naturais’, gozando reflexamente os direitos ou os privilégios que destas fossem atributo, e a sociedade, que lhe impõe obrigações e o coage com o seu poder.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Prossegue o autor: “O Iluminismo teve muitos críticos, mas sua influência esclarecedora e suas realizações evidenciaram-se na história dos dois séculos seguintes – o declínio do absolutismo e da superstição, a ascensão da democracia secular, a compreensão do mundo natural, a transformação dos estudos históricos e científicos e a nova ressonância política de ideias como “progresso”, “direitos” e “liberdade”. WHEEN, Francis, *op. cit.*, p. 21 e 22.

<sup>28</sup> John Locke, autor inglês considerado um dos principais teóricos do Contrato Social, assim ensina: “Sempre que, pois, certo número de indivíduos se reúne em sociedade, de tal modo que cada um abra mão do próprio poder de executar a lei da natureza, transferindo-o à comunidade, nesse caso, e somente nele, haverá uma sociedade civil ou política. E tal ocorre sempre que certo número de homens, no estado de natureza, se associa para constituir um povo, um corpo político sob um governo supremo, ou então quando qualquer indivíduo se junta ou se incorpora a uma sociedade já constituída.” LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martins Claret, 2009. p. 62.

<sup>29</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 143.

A liberdade surge, então, como o valor primordial a ser perseguido pelos novos modelos de Estado e formas de poder político, que deveriam procurar proteger a afirmação do indivíduo enquanto tal, assegurando sua autonomia perante o Estado e a sociedade.

O poder, portanto, só é válido na medida em que é exercido em nome do 'soberano', usando termo de Jean Jacques Rousseau<sup>30</sup>, que é o corpo político formado pela união dos membros de uma nação, o qual, apesar de composto pela soma dos seres individuais, possui uma personalidade única, que se eleva à condição de soberana. O magistrado, rei ou príncipe, nesta concepção, são meros agentes do interesse público<sup>31</sup>. Se em Hobbes, uma vez celebrado o contrato, os interesses e a segurança individuais seriam garantidos com o custo do sacrifício da liberdade individual, e a soberania é transferida para uma entidade (um rei, por exemplo), para Rousseau e seus seguidores esta soberania permanece no corpo coletivo, fracionada em quantas partes quantos os seus membros, e a liberdade individual só seria sacrificada na medida da necessidade de sua garantia por parte do Estado.<sup>32</sup>

Assim, a realização do ideário da liberdade e da soberania popular, até hoje princípios elementares de sociedades democráticas, e que formaram o arcabouço ideológico das revoluções liberais levadas a cabo no final do século XVIII (a Francesa e a Americana), tem sua gênese neste período, embora com clara influência de ideias do período greco-romano<sup>33</sup>. O contexto era propício, portanto,

---

<sup>30</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. S.L: Europa-América, 1974, p. 23.

<sup>31</sup> Rousseau, ao definir a atividade do *governador*, ou *príncipe*, deixa clara a noção do poder do povo: "Assim, os que pretendem que o ato pelo qual um povo se submete a chefes não constitui um contrato têm inteira razão. Não é absolutamente mais nada do que uma comissão, um emprego no qual, simples oficiais do soberano, exercem em seu nome o poder de que ele os fez depositários e que pode limitar, modificar e retomar quando quiser, uma vez que a alienação de um tal direito é incompatível com a natureza do corpo social e contrária ao objetivo da associação." ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 60.

<sup>32</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 128.

<sup>33</sup> Aristóteles já defendia na Grécia a noção chamada pela doutrina de *constituição mista*, segundo a qual a forma de governo deveria ser tal que promovesse o equilíbrio entre as várias classes da sociedade, enfatizando que os diferentes interesses da comunidade deveriam estar refletidos nos diferentes órgãos do governo. A melhor forma de se governar seria uma combinação entre oligarquia (governo dos ricos) e democracia (governo dos pobres), e tanto ricos e pobres deveriam ter acesso ao

para que surgissem instrumentos que defendessem esta liberdade, tão cara aos cidadãos, perante um Estado até então tradicionalmente ilimitado no que tocava à relação com os súditos.

Neste momento, o Direito toma uma importância singular, visto que foi considerado o principal instrumento de contenção de arbitrariedades. O Estado passou a ser condicionado não mais pela arbitrariedade absoluta de um monarca, mas sim por regras jurídicas, tomadas por escrito em processo regular. O *Estado de Direito*<sup>34</sup> tornou-se uma forma de organização estatal capaz de garantir as conquistas que vinham sendo fundadas à época<sup>35</sup>.

Então, reconhecido o fato de que o Estado precisava encontrar seus limites no Direito, e de forma a fixar, verbal e institucionalmente, esta conquista da liberdade do indivíduo, o Estado liberal precisou criar um documento escrito capaz de sedimentá-la em definitivo e de forma concreta, capaz de vincular o poder estatal, ganhando força assim a *Constituição* escrita, a qual, no dizer de Nelson Saldanha, converteu o Estado liberal em *Estado Constitucional*.<sup>36</sup> O constitucionalismo moderno afirma-se com as revoluções chamadas burguesas, posto que encarnavam os princípios liberais defendidos pela burguesia nascente, especialmente na Inglaterra de 1688, Estados Unidos em 1776, e França, em 1789. Podemos, entretanto, encontrar o embrião deste constitucionalismo já na Magna Carta inglesa,

---

órgão deliberativo, tido como o verdadeiro soberano do Estado. No período romano, por sua vez, Políbio e Cícero foram propagadores dos mesmos ideais. VILE, *op. cit.*, p. 23; PIÇARRA, *op. cit.*, p. 33 e 34.

<sup>34</sup> Sobre a expressão *Estado de Direito*, vale registrar a crítica de Kelsen, que a considera equivocada, afinal, pressupõe a existência de um Estado que não seja de Direito, o que, para ele, é impensável. Um Estado só passaria a existir no momento em que o Direito o reconhecesse; até então, existiria uma comunidade, uma unidade sociológica, que não poderia ser chamada de Estado. Logo, Estado de Direito seria uma expressão tautológica, e as palavras Estado e Direito teriam uma gênese comum; o Estado cria o Direito, que cria o Estado. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 261-277.

<sup>35</sup> Para Mendes, Coelho e Branco, o que hoje caracteriza o Estado de Direito são os seguintes elementos: a) império da lei, como expressão da vontade geral; b) divisão de poderes: legislativo, executivo e judicial; legalidade da administração: atuação segundo a lei, com suficiente controle judicial; e d) direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 44.

<sup>36</sup> SALDANHA, *op. cit.*, p. 38

de 1215. Não que a Magna Carta seja a primeira constituição moderna, mas nela já estão presentes os elementos essenciais deste moderno constitucionalismo: limitação do poder do Estado e a declaração dos Direitos fundamentais da pessoa humana. Na síntese didática de Canotilho:

A constituição em sentido moderno pretendeu, como vimos, radicar duas ideias básicas: (1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades individuais. Os temas centrais do constitucionalismo são, pois, a *fundação* e a *legitimação* do poder político e a *constitucionalização* das liberdades.<sup>37</sup>

Loewenstein, no mesmo sentido, afirma:

Limitar el poder político quiere decir limitar a los detentadores del poder; esto es el núcleo de lo que em la historia antigua y moderna de la política aparece como el constitucionalismo. Um acuerdo de la comunidad sobre una serie de reglas fijas que obligan tanto a los detentadores como a los destinatários del poder, se há mostrado como el mejor medio para dominar y evitar el abuso del poder político por parte de sus detentadores.<sup>38</sup>

Embora possa se considerar a existência de ideais constitucionalistas no mundo antigo<sup>39</sup>, como conjunto de princípios a reger a sociedade e o poder político, ainda que de forma consuetudinária, só ao tempo do Estado liberal é que se passou a insistir na lavratura de um documento escrito, capaz de consolidar a defesa de uma autonomia pessoal refratária às expansões do Poder (direitos fundamentais ‘negativos’, ou de ‘primeira geração’, conforme classificação atual<sup>40</sup>).

---

<sup>37</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 54 e 55.

<sup>38</sup> LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 29.

<sup>39</sup> Canotilho separa *constitucionalismo moderno* de *constitucionalismo antigo*, sendo o primeiro o surgido no Estado liberal acima descrito, e o segundo sendo o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca, e, simultaneamente, limitadores de seu poder. CANOTILHO, *op. cit.*, p. 52.

<sup>40</sup> MENDES, COELHO e BRANCO, *op. cit.*, p. 233.



É neste contexto que surgem os primeiros lampejos sobre a noção de separação de poderes.

### 1.3. A Inglaterra e a primeira versão da separação de poderes

O princípio da separação dos poderes, com as características modernas, foi concebido na Inglaterra do século XVII. Embora tradicionalmente se atribua a Montesquieu a paternidade da teoria, fato é que sua contribuição, apesar de fundamental, como veremos mais à frente, não foi o marco inicial da divisão de poderes<sup>41</sup>.

Ao se falar em Inglaterra, é preciso como primeiro passo observar que, enquanto na Europa Continental o Absolutismo avançava, neste país ele foi relegado, em um nível de consciência jurídica e de visão teórica das condições constitucionais de liberdade do povo inglês que até hoje impressiona<sup>42</sup>. Nas tradicionais *Cato's Letters*, publicadas no *London Journal* ao longo do século XVIII, fica claro o orgulho dos britânicos quanto aos seus consolidados ideais de liberdade, a qual, segundo o seguinte excerto, os tornava superiores em relação a outros povos: "It is the Root of our Felicity, and all our Civil Advantages grow from it. By it we exceed almost all other Nations many more Degrees, than some of them exceed us in Sun and Soil: We are Men, and they are Slaves".<sup>43</sup>

Dado este extraordinário desenvolvimento das instituições representativas na Inglaterra ao tempo do século XVII, o país era o único que nesta época conseguiu

---

<sup>41</sup> O próprio Montesquieu, no *Espírito das Leis*, busca na Inglaterra a inspiração para a sistematização da divisão de poderes que promoveu. Tanto que o Capítulo em que se encontra o centro da teoria chama-se *Da Constituição da Inglaterra* (Livro Décimo Primeiro, Capítulo VI). MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espíritos das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 167.

<sup>42</sup> Neste sentido, KRIELE, *op. cit.*, p. 133.

<sup>43</sup> Tradução livre: "Ela é a Raiz para nossa Felicidade, e todas nossas Vantagens Civis crescem a partir dela. Por ela, nós superamos quase todas as outras Nações em muitos Níveis, enquanto outras nações nos superam em Sol e Terra: Nós somos Homens, e eles são Escravos". In GWYN, W.B. *The meaning of the separation of powers*. New Orleans: Tulane University, 1965, p. 11.

adotar algo similar à *Constituição mista*, herança do mundo antigo, como teoria política. Esta teoria, cujas origens remontam a Aristóteles, é uma espécie de separação de poderes, porém não com foco em uma divisão orgânico-funcional, com diferentes órgãos realizando diferentes funções. Pregava, sim, que os vários grupos ou classes sociais que compunham uma sociedade participassem do exercício do poder político, ou que o exercício da soberania ou o governo, ao invés de estarem nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, fossem comuns a todas, em um poder compartilhado. Conforme o americano M.J.C. Vile:

Thus the major concern of ancient theorists of constitutionalism was to attain a balance between the various classes of society and so to emphasize that the different interests in the community, reflected in the organs of the government, should each have a part to play in the exercise of the deliberative, magisterial, and judicial functions alike. The characteristic theory of Greece and Rome was that of mixed government, not the separation of powers.<sup>44</sup>

Pois bem: a Inglaterra, dada sua já citada forte tradição constitucional, construída desde a Magna Carta de 1215<sup>45</sup>, adotava como sistema de governo o *King in Parliament*, variante da Constituição Mista, que consistia no fato de a função legislativa ser atribuída a colegiado misto, composta pelo Rei, pela Câmara dos Lordes e pela Câmara dos Comuns, ou seja: todos os estratos sociais, quais sejam, o monarca, a nobreza e o povo, representados na função legislativa. É preciso

---

<sup>44</sup> Tradução livre: “A principal preocupação das teorias antigas do constitucionalismo era atender ao equilíbrio entre as várias classes da sociedade de forma a enfatizar que os diferentes interesses na comunidade, refletidos nos órgãos do governo, deveriam cada uma ter uma função a desempenhar no exercício das funções deliberativas, magisteriais e judiciais. A teoria característica de Grécia e de Roma era a do governo misto, não da separação dos poderes”. VILE, *op. cit.*, p. 21.

<sup>45</sup> A *Magna Carta*, de 1215, é tida como uma origem remota do Constitucionalismo que ganhou maior força a partir do século XVIII. À época de sua promulgação, pelo Rei João Sem Terra, a Carta não foi seguida, dado que foi imposta à força ao Rei por barões que exigiam a limitação dos poderes do monarca. Conta-se que, tão logo os barões deixaram Londres, João Sem Terra a ignorou, o que terminou por gerar uma guerra civil na Inglaterra. Após uma série de modificações, a Carta foi incorporada definitivamente ao sistema jurídico inglês, e ajudou a sedimentar a ideia de que aquele país, mesmo sem uma Constituição escrita, desde o século XIII já era um Estado constitucionalizado. Sobre o contexto histórico do surgimento da Magna Carta: McKECHNEI, William Sharp. *Magna Carta: A Commentary on the Great Charter of King John, with an Historical Introduction*. Glasgow: Maclehose, 1914. Disponível pela internet em: [http://files.libertyfund.org/files/338/McKechnie\\_0032\\_EBk\\_v4.pdf](http://files.libertyfund.org/files/338/McKechnie_0032_EBk_v4.pdf).

anotar que esta função legislativa era algo muito específico, e até mesmo restrito, pois muito do Direito à época era dito pelos tribunais da *Common Law*, e não pelo Parlamento. Este poder da *Common Law* era tão vistoso, que a função executiva era vista basicamente como a de tornar efetivas as decisões das cortes do Rei. A atividade estatal, portanto, era basicamente desempenhada pelos tribunais.<sup>46</sup> A noção de poder executivo como responsável pela função governativa não se apresentava ainda.

Vile ensina:

The modern notion of an executive power distinct from the machinery of law enforcement through the courts, could hardly be envisaged in an age when almost the only impact of government upon the ordinary citizen was through the courts and the law-enforcement officers. The “executive power” meant, then, either the function of administering justice under the law, or the machinery by which the law was put into effect.<sup>47</sup>

Mas, obviamente, chegaram à Inglaterra os escritos dos autores franceses acerca do Absolutismo, e entre os reis e os que o cercavam, incomodados com seu poder enfraquecido e com o fato de terem de submeter-se às decisões tanto do Parlamento quanto dos tribunais da *Common Law*, aquelas ideias foram absorvidas, e passaram a ser defendidas com bastante afinco. A situação gerou um antagonismo fervoroso no país, que se viu em meio a um turbilhão de teorias sobre a forma de

---

<sup>46</sup> Demonstra claramente isso o fato de o século XVI ter sido uma grande época para o exercício da profissão legal na Inglaterra. A partir de 1530, mas especialmente a partir de 1560, houve um aumento espetacular no número de litigâncias perante as cortes centrais, de forma que por volta de 1600 a taxa de litigância nas cortes reais por 100 mil habitantes era quatro vezes maior do que o número verificado em 1993. Conforme BROOKS, Christopher W., in SANDOZ, Elliz (org). *The Roots of Liberty: Magna Carta, Ancient Constitution, and the Anglo-American Tradition of Rule of Law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2008. Disponível pela internet em: [http://files.libertyfund.org/files/2180/lfSandoz1470\\_EBk\\_v4.pdf](http://files.libertyfund.org/files/2180/lfSandoz1470_EBk_v4.pdf). P. 36.

<sup>47</sup> Tradução livre: “A noção moderna de um poder executivo distinto da máquina de efetivação do direito através dos tribunais, mal podia ser notada em uma época em que quase o único impacto do governo sobre o cidadão comum era por meio das cortes dos oficiais de aplicação do direito. O poder executivo significava, assim, tanto a função de administrar a justiça sob o Direito, quanto a máquina pela qual o Direito era levado a efeito.” VILE, *op. cit.*, p. 24.

governo e qual seria a opção mais adequada a ser adotada como forma de exercício do poder político. De um lado, membros do Parlamento e a população em geral, defensores do *rule of Law*, sistema vigente, que privilegiava o Direito, legitimamente constituído, como a referência a ser seguida, inclusive pelo monarca; e de outro, os defensores do Absolutismo, conduzidos pelo pensamento político de autores como Thomas Hobbes, principal teórico a defender o poder absoluto do soberano.

Kriele expõe bem as dúvidas que inquietavam a sociedade inglesa neste período:

Deve continuar a valer – materialmente – a antiga concepção inglesa da *Rule of Law*, ou a antiga concepção estatal continental do Absolutismo deve se impor também na Inglaterra? Deve ser – formalmente – possível uma reforma dos Direitos somente no *processo legislativo* constitucionalmente *legitimado* (que previa a cooperação entre rei e parlamento), ou deverá uma filosofia estatal jusnaturalista que revogue as normas relativas à cooperação entre o rei e o parlamento e confira amplos poderes a uma autoridade adentrar diretamente no lugar da ordem jurídica até então vigente?<sup>48</sup>

Se, por um lado, a monarquia investia constantemente contra as prerrogativas parlamentares, o Parlamento, em revide, passou a adotar igualmente uma postura autoritária. Se, até então, tanto na Inglaterra como no Continente, o abuso de poder estava normalmente ligado ao monarca, a atuação do Parlamento nesta primeira metade do século XVII possuía características similares<sup>49</sup>.

O acirramento destes debates no turbilhão de ideias políticas em que se transformara a Inglaterra naqueles dias, o notável apego do povo inglês ao Estado de Direito, e as constantes investidas dos monarcas contra as prerrogativas do Parlamento e do povo, bem como contra as decisões das cortes da *Common Law*<sup>50</sup>,

---

<sup>48</sup> KRIELE, *op. cit.*, p. 138. Grifos do autor.

<sup>49</sup> Conforme PIÇARRA, *op. cit.*, p. 48. O autor menciona, de forma a exemplificar este autoritarismo, que de 1625 a 1649, época do Terceiro Parlamento de Carlos I, foram vítimas de *impeachment*, por decisão do Parlamento, 98 funcionários do rei.

<sup>50</sup> Conforme Kriele, outras razões ajudaram a determinar a eclosão da Guerra Civil, como disputas religiosas, embora não tenham sido as razões centrais.

tiveram como desfecho a Guerra Civil inglesa (1642-1649), com a conseqüente execução do então rei Carlos I e a instauração da República no país. Mas logo em seguida, a procura por um novo modelo de poder voltou a dominar o debate, entre os defensores do modelo republicano e aqueles que pretendiam uma volta à monarquia, porém reformada.

Gwyn relata que, com o eclodir da guerra, o pensamento político e constitucional floresceu na Inglaterra como nunca antes, e proveu a si, suas colônias e seus vizinhos com um grande estoque de ideias, sendo muitas delas debatidas até hoje.<sup>51</sup>

Com o triunfo dos defensores do Parlamento na Guerra Civil, surge uma leva de cabeças moderadas a defender a instituição de mecanismos de controle contra prováveis abusos de poder provenientes da Casa, dada a condição de subjugo em que se encontrava o monarca. Entre estas ideias<sup>52</sup>, surge com destaque especial a necessidade de limitar a atuação do Parlamento à função legislativa, tão somente, deixando para outra entidade a função de aplicar a legislação. Eis a primeira versão da teoria da separação de poderes, já em seus traços autônomos fundamentais, sem o caráter político da teoria da constituição mista, e sim prescritiva de um arranjo orgânico-funcional, com base em análise das funções essenciais do Estado<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Conforme GWYN, *op. cit.*, p. 37. Datam deste momento histórico, por exemplo, as teorias que defendiam a criação de um *gabinete* para conduzir o governo, separado da estrutura do Parlamento, embora a ele visceralmente ligado, o que veio a ser realizado mais tarde.

<sup>52</sup> Sobre alguns dos diferentes juristas e cientistas políticos seiscentistas na Inglaterra, a partir dos quais se iniciou o desenho da teoria da separação dos poderes : VILE, *op. cit.*, p. 20-39.

<sup>53</sup> W. B. Gwyn ainda aponta diferenças importantes entre a Constituição Mista e o que veio a ser depois a separação de poderes, contrariando quem entende serem dois fenômenos quase similares: a separação de poderes é baseada em uma análise das funções governamentais, enquanto a Constituição Mista, ou Monarquia Mista, baseava-se nos “três estamentos”, dois dos quais eram grupos sociais, participando do processo político; a separação de poderes não se preocupa com a ideia de equilíbrio, enquanto a outra é essencialmente preocupada com o equilíbrio das instituições governamentais, classes sociais e qualidades morais; fora isso, quem propôs a separação de poderes foram republicanos, querendo ver o poder político supremo investido em uma legislatura unicameral eleita, uma noção incompatível com a Monarquia Mista. GWYN, *op. cit.*, p. 26 e 27.

#### 1.4. A balança de poderes (*balanced constitution*)

Após o período do Protetorado, e com o retorno de Carlos II de seu exílio em 1660, marco da retomada da monarquia inglesa, aquela separação de poderes radical desenhada na época da República, sem lugar para um Rei com poderes na formação das leis, nem para uma Câmara de Lordes, precisou ser adaptada para a nova realidade monárquica. Entretanto, a separação de poderes precisava, de alguma maneira, estar contemplada no novo formato a ser criado, pois já fazia parte inseparável do pensamento político inglês, não podendo ser deixada de lado.

A solução encontrada foi uma mistura complexa entre governo misto, soberania legislativa e separação de poderes. Era preciso acomodar a separação dos poderes, que previa uma separação orgânico-funcional entre legislativo e executivo na época, dentro da ideia da monarquia mista, que continha três poderes, e não dois: rei, nobreza e povo. Sendo que, conforme já observado, a função executiva neste momento da Inglaterra era basicamente ligada à entrega da prestação jurisdicional, teóricos passaram a defender a divisão desta função executiva em duas: uma de julgamento propriamente dito; e outra de execução. A Câmara dos Comuns (povo), portanto, ficaria com a função legislativa; e a função executiva ficaria dividida entre a Câmara dos Lordes (nobreza) e o rei, cabendo à primeira o julgamento, e ao último o trabalho de dar efeito às decisões.

Desta forma, seria possível casar a ideia que caracteriza o nascedouro da separação de poderes, segundo a qual quem elabora a lei não pode executá-la, com a ideia da monarquia mista, que prevê as diferentes forças que compõem uma sociedade representadas no exercício do poder político<sup>54</sup>.

O americano W.B. Gwyn, autor de uma das principais obras sobre as origens do princípio ora em estudo na Inglaterra, e que realizou uma das mais amplas pesquisas sobre os documentos e escritos ingleses dos séculos XVII e XVIII,

---

<sup>54</sup> Conforme VILE, op cit, p. 41-43; e GWYN, op cit, p. 67.

ensina que neste período, apesar da referida conexão entre a noção de separação de poderes e de monarquia mista, havia a partir de 1660 uma notável ausência de referências ao princípio nas obras dos teóricos. Entre as possíveis explicações, a de que o princípio já seria tão amplamente aceito, que ninguém teria se preocupado em tomar a pena para dedicar-lhe algumas palavras. Como ela se tornou uma convenção para explicar a liberdade e a segurança dos ingleses em conformidade com sua constituição mista, os escritores não teriam sentido necessidade de fornecer qualquer explicação.<sup>55</sup>

Há, portanto, nesse momento histórico de retomada da monarquia, a necessidade de uma teoria a justificar a separação dos poderes como instrumento de reação contra o poder absoluto das monarquias européias. Surge neste momento a obra de John Locke, a quem se pode atribuir boa parte do protagonismo pela concepção do princípio, tendo sua obra *Segundo Tratado Sobre o Governo* logo passado a ser considerada por seus contemporâneos e pelas gerações seguintes o “ABC da política”<sup>56</sup>.

A defesa que o autor faz da noção de separação de poderes tem por base a teoria contratualista, segundo a qual o Estado tem origem em um ajuste entre os cidadãos para garantir o que no estado de natureza não era mais possível, que é salvaguardar a propriedade e a segurança dos homens. Neste objetivo é que reside a fundamentação e também o limite do Estado, cujo poder de ingerência na esfera privada não pode ir além do estritamente necessário para atingi-lo.

Fracionar o poder, portanto, é medida de contenção para Locke. Quanto à divisão defendida pelo autor, embora já contivesse três poderes, deixou de prever um poder específico para a atividade judiciária, contendo tão somente um poder *legislativo*, ao qual cabe “a tarefa de definir o modo com que se deverá utilizar a força da comunidade para a preservação dela própria e dos seus membros”; um *executivo*, dado que as leis precisam de “execução e assistência constante”; e um terceiro poder, chamado de *federativo*, que seria o “poder de guerra e de paz, de

---

<sup>55</sup> GWYN, *op. cit.*, p. 67.

<sup>56</sup> Conforme GWYN, *op. cit.*, p. 69.

fazer ou desfazer ligas ou alianças, e todas as transações com as pessoas e comunidades estranhas à sociedade.”<sup>57</sup>

Pode-se afirmar, portanto, que em Locke o ideário liberal que norteou o surgimento do princípio, de limitação do poder frente à liberdade dos indivíduos, já estava presente. Da mesma forma, a divisão básica de funções estava clara, embora não previsse uma função judicial que merecesse tratamento separado da executiva, por mais que enfatizasse a necessidade de juízes independentes e imparciais. Além disso, as funções legislativas e as executivas não poderiam confundir-se nas mãos das mesmas pessoas.

Para tanto, Locke partiu do reconhecimento de uma fraqueza do ser humano, animal que é. No *Segundo Tratado Sobre o Governo*, uma das pedras fundamentais da teoria da separação dos poderes, o autor lança frase que define com clareza singular a essência do princípio, afirmando que:

Poderia ser tentação excessiva para a fraqueza humana a possibilidade de tomar conta do poder, de modo que os mesmos que têm a função de elaborar as leis também tenham nas mãos o poder de executá-las.<sup>58</sup>

Loewenstein, três séculos mais tarde, expôs de forma similar o perigo representado pelo poder ilimitado:

Es evidente, y numerosas son las pruebas de ello, que allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede. Rara vez, por no decir nunca, há ejercido el hombre un poder ilimitado con moderación y comedimiento. El poder lleva en sí mesmo un estigma, y sólo, los santos

---

<sup>57</sup> LOCKE, *op. cit.*, p. 98 e 99.

<sup>58</sup> LOCKE, *op. cit.*, p. 98. Gwyn observa que este pessimismo em relação à natureza humana era lugar comum na Europa do Século XVI. O homem era visto como um ser predominantemente irracional, dotado de uma corrupção inata, e isso tornou-se um dos principais tópicos da literatura secular, o que terminou por auxiliar na legitimação da ideia de separação de poderes, como instrumento de contenção do poder. GWYN, *op. cit.*, p. 22.



entre los detentadores del poder – y donde se pueden encontrar? – serían capaces de resistir a la tentación de abusar del poder.<sup>59</sup>

A divisão defendida por Locke, entretanto, não era radical. Embora o rei não pudesse legislar, seu aval era necessário para que leis entrassem em vigência; o Parlamento supervisionava a execução da lei, embora não pudesse ele próprio legislar. Este sistema, conhecido por *King in Parliament*, já antes referido, que era a base da *balança dos poderes*, diferia da ideia defendida pelos teóricos da República, que não admitiam influências na atividade do Parlamento. O equilíbrio entre os poderes, então, deveria ser *intra-orgânico*, com as forças político-sociais nivelando-se dentro da própria função legislativa. Assim, a balança de poderes é uma teoria que pode ser considerada uma separação parcial dos poderes, dado que havia um compartilhamento da autoridade legislativa, porém com uma fundamental divisão orgânico-funcional entre executivo e legislativo.<sup>60</sup>

Locke, assim, teve fundamental importância para consolidar o pensamento vigente à época na Inglaterra, e ajustá-lo à nova realidade da restauração da monarquia. Em breve síntese, partindo de seu pressuposto de que quem cria a lei jamais pode também ser o responsável pela sua execução, entendia ele ser necessária uma separação orgânico-funcional entre um órgão legislativo, e outro executivo, admitindo que este último pudesse ter alguma participação no processo de formação da lei, embora não esclareça como seria esta participação<sup>61</sup>.

Outra característica marcante em seu *Segundo Tratado*, e que de fato torna sua teoria tão influente, é a defesa consistente que faz, com base no sentimento político da época, da supremacia do poder legislativo sobre os demais, que é uma marca do sistema inglês, e parlamentar em geral, até hoje. Se para os

---

<sup>59</sup> LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 28.

<sup>60</sup> Conforme VILE, *op. cit.*, p. 48.

<sup>61</sup> As referências à possibilidade de participação do representante do executivo no processo legislativo são esparsas, como ao tratar da subordinação de um ao outro: “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” (LOCKE, *op. cit.*, p. 102) grifo nosso; e em outro trecho, no mesmo sentido: “Se o legislativo, todo ou parte dele, for composto de representantes escolhidos pelo povo para certo período (...)” (LOCKE, *op. cit.*, p. 103).

absolutistas e seus teóricos, após o contrato social, a soberania é entregue a um príncipe com poderes absolutos, em Locke esta soberania permanece com o povo, que a exerce por meio do parlamento. No Capítulo XIII, “Da subordinação dos poderes da comunidade”, este protagonismo do poder legislativo fica muito claro:

Em qualquer caso, enquanto vigora um governo, o legislativo é o poder supremo; o que deve fazer as leis para os demais deve necessariamente ser-lhe superior; e uma vez que o legislativo é superior apenas pelo trabalho de fazer leis válidas para todos os membros da sociedade, prescrevendo regras às suas ações, e acionando o poder executivo quando as transgridem, o legislativo necessariamente terá de ser supremo, e todos os outros poderes vigentes na sociedade, dele derivados ou a ele subordinados.<sup>62</sup>

Logo, a obra de Locke traz claros sinais do que viria adiante, com a depuração dos sistemas políticos ocidentais, e pode ser considerada já parte integrante da teoria da separação dos poderes<sup>63</sup>. Conforme Piçarra,

Só não verá em Locke um teórico da separação dos poderes quem partir de versões posteriores, que nesta doutrina incluam um poder judicial autônomo e sublinhem ideias de equilíbrio entre os vários poderes de Estado, culminando num sistema de freios e contrapesos. Tais ideias são estranhas à versão originária da doutrina da separação dos poderes e decorrem da sua associação à ideia de constituição mista.<sup>64</sup>

Locke e outros autores, com seus ideais de superioridade do parlamento, forneceram parte do arcabouço teórico para o varrimento definitivo das pretensões absolutistas na Grã-Bretanha, que veio com um novo conflito, a Revolução Gloriosa, de 1688. Embora novamente o conflito tivesse como pano de fundo uma questão religiosa, dado o catolicismo assumido pelo então Rei Carlos II, este foi um dos

---

<sup>62</sup> LOCKE, *op. cit.*, p. 102.

<sup>63</sup> Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o pensador inglês não pode ser tido como o pai da separação dos poderes, ao menos tal qual esta foi consagrada pelo constitucionalismo. Certamente, teve ele o mérito de revigorar a ideia de divisão do Poder, mas sua receita é diferente da que foi seguida nas Constituições a partir do final do século XVIII.” FERREIRO FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009., p. 250.

<sup>64</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 78.

eventos mais importantes na longa evolução dos poderes do parlamento e da Coroa inglesa.

Com a passagem da *Bill of Rights* (declaração de direitos), uma das conquistas da Revolução, foi tornado impossível o retorno à monarquia por um católico, e minaram-se as tentativas de retomada do absolutismo monárquico nas ilhas britânicas, ao circunscrever os poderes do monarca. A partir dali, os novos monarcas devem a sua posição ao parlamento.

Voltando à separação de poderes. A esse tempo, portanto, duas conquistas ainda pendiam de realização para a plena consagração deste princípio, tal qual passou-se a conhecê-lo a partir do final do século XVIII.

Primeiramente, a desvinculação entre as funções de governo e a qualidade política dos titulares dos órgãos a que correspondem. A separação ainda refletia a característica de sociedade estamental da época, e os fatores equilibrantes eram as forças político-sociais de então – rei, nobreza e povo, que precisavam ser acomodados na estrutura institucional vigente, de forma que todos pudessem ter sua fatia de poder.

À medida que começava a surgir uma sociedade politicamente mais nivelada, o foco da separação cada vez mais passaria a ter como fator de equilíbrio não mais forças sociais, mas sim os diferentes órgãos, notadamente legislativo e executivo à época. Aos poucos, o rei deixava de participar da função legislativa, passando a ter tão somente uma *negative voice*, o veto; e o Parlamento passa a dispor cada vez mais do *impeachment*, seu instrumento para controlar a atuação do executivo<sup>65</sup>.

Para tanto, fazia-se necessário um rompimento definitivo com a teoria política da monarquia mista, com o poder sendo formalmente dividido entre diferentes classes sociais. Vile, um dos principais estudiosos do princípio em análise, bem define a transição em andamento:

---

<sup>65</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 79-83.

But of the two doctrines, the doctrine of the separation of powers represented the thought of the future, the theory of mixed government the thought of the past. The ascendancy of the doctrine of the separation of powers in America and on the continent of Europe was to come as the result of the work of Montesquieu, and on the wave of new revolutions which again swept away the assumptions underlying the theory of mixed government, just as they had been swept away in England, for a time at least, when Charles I laid his head upon the block.<sup>66</sup>

A segunda conquista pendente era a sistematização de uma separação tripartite das funções do governo, com a divisão do poder executivo, até então uno, em dois poderes distintos, um executivo propriamente dito, ocupando-se de funções políticas e governamentais; e outro que seria responsável por dirimir conflitos na aplicação da lei.

O responsável por sistematizar este novo formato foi Montesquieu.

### **1.5. A inovação de Montesquieu**

Pelo que já se analisou do pensamento político predominante na Inglaterra desde o século XVII, já parece estar claro que Montesquieu não foi o inventor da teoria da separação dos poderes, podendo a paternidade ser dividida com escritos ingleses que o antecederam, notadamente John Locke<sup>67</sup>. Há, inegavelmente, pontos de convergência significativos na obra dos dois autores, como bem aponta Rogério Gesta Leal:

---

<sup>66</sup> Tradução livre: “Das duas doutrinas, a da separação dos poderes representava o pensamento do futuro, e a teoria do governo misto, o pensamento do passado. A ascendência da doutrina da separação dos poderes na América e no continente europeu viria como resultado do trabalho de Montesquieu e na onda das revoluções que novamente varreram do mapa os princípios que sustentavam o governo misto, assim como haviam sido varridos na Inglaterra, ao menos por um tempo, quando a cabeça de Carlos I rolou pelo chão.” VILE, *op. cit.*, p. 54. O autor faz alusão ao evento da decapitação de Carlos I, quando se instalou a república na Inglaterra, ao final da Guerra Civil, em 1649, a qual deu lugar novamente à monarquia, no ano de 1660.

<sup>67</sup> Neste sentido, LOEWENSTEIN, para quem boa parte da teoria de Montesquieu já podia ser visto na obra de John Locke, quase um século antes. *op. cit.*, p. 55.

Historicamente, da idade moderna aos dias de hoje, são as obras de Locke e Montesquieu que inauguram uma preocupação mais sistemática com o tema, representando uma reação contra o poder absoluto das monarquias européias, pretendendo, com a separação/divisão de poderes, encontrar um equilíbrio de interesses conflitantes – fundamentalmente entre burguesia e monarquia.<sup>68</sup>

Discute-se, portanto, o que, em Montesquieu, teria sido inovador na construção desta teoria, que possa explicar tamanha identificação de seu nome com o tema, e a resposta parece vir em duas linhas: primeiramente, por ter organizado de forma sistemática a teoria, como até então não se tinha feito; e, em segundo lugar, a concessão de *status* de independência ao poder de julgar.

Como já dito, o princípio tem sua origem na Inglaterra do século XVII, e neste país é que Montesquieu inspirou-se para escrever sua teoria da separação tripartite<sup>69</sup>. Montesquieu viveu em Londres de 1728 a 1731, onde teve contato com o sistema político inglês, o qual pesquisou neste tempo, passando a ser seu modelo de organização de Estado<sup>70</sup>. E de fato, a forma de organização política dos ingleses parecia ser uma referência para os demais países europeus, a ponto de David Hume, contemporâneo de Montesquieu, em determinado momento referir-se à constituição política inglesa como “essa nobre instituição, orgulho da Bretanha, inveja dos vizinhos, erguida pelo trabalho de tantos séculos, melhorada à custa de tantos milhões, e consolidada pelo derramamento de tanto sangue”.<sup>71</sup>

Não por acaso o Capítulo VI do Livro Décimo Nono do *Espírito das Leis*, trecho em que se encontra o cerne da separação dos poderes na obra, chama-se ‘Da Constituição da Inglaterra’. O autor enxergava nos ingleses uma sociedade

---

<sup>68</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: Cidadania e Poder Político na Modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 139.

<sup>69</sup> Para Loewenstein, a teoria de Montesquieu é fruto de uma má interpretação da ordem constitucional inglesa vigente à época, pois neste tempo, legislativo e executivo eram virtualmente uma coisa só, o que representa a origem do sistema parlamentarista até hoje vigente. LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 60.

<sup>70</sup> FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 251.

<sup>71</sup> HUME, David. *Ensaios Políticos*. São Paulo: Ibrasa, 2003, p. 21.

voltada para a liberdade, a ponto de afirmar, em determinado ponto da obra, que, assim como Roma tinha como objeto de Estado o crescimento; a Lacedemônia, a guerra; Marselha, o comércio; a Inglaterra tinha como objeto de sua constituição a liberdade política de seus cidadãos<sup>72</sup>.

Neste sentido, a divisão orgânico-pessoal das funções do Estado seria um reflexo direto desta busca pela liberdade, pois seria a forma mais eficaz de evitar abusos de poder. O pessimismo antropológico que já se percebia em Locke, segundo o qual é uma tendência do ser humano abusar do poder que possui nas mãos, marca presença também no pensamento de Montesquieu, para quem “trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites”; e, já justificando o sentido da separação dos poderes, afirma Montesquieu que “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”.<sup>73</sup>

Sendo que o exercício do poder não pode estar concentrado nas mãos de uma única entidade, o autor afirma que a divisão é a que contempla um poder de legislar, um de executar, e um de julgar. Tendo em mente a questão da liberdade, afirma que “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 mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente”. E, prosseguindo em seu raciocínio, lança a ideia que é sua principal contribuição para a teoria da separação dos poderes:

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 167.

<sup>73</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 166.

<sup>74</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 168.

Já foi dito que, até então, na Inglaterra, onde a separação orgânico-funcional já era uma realidade, as funções executiva e judicial estiveram sempre muito próximas, sendo por muito tempo confundidas. Assim, a função de julgar, nas mãos dos tribunais da *common law*, apesar de os juízes gozarem de considerável independência, estava vinculada ao rei; e a Câmara dos Lordes, a quem cabia os julgamentos em última instância, era vinculada ao Parlamento. A noção de um terceiro poder independente, não vinculado nem a legislativo, nem a executivo, é uma inovação trazida pelo *Espírito das Leis*.

Os juízes, entretanto, não deveriam dispor, segundo Montesquieu, de margem alguma para interpretação dos textos legais. É célebre a afirmação sua segundo a qual “os juízes da nação são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”.<sup>75</sup>

Especificamente neste ponto, a teoria de Montesquieu difere significativamente da realidade inglesa: são bem conhecidas, quer a função inequivocamente criadora e constitutiva de Direito dos juízes ingleses, quer a sua margem de autonomia decisória, no quadro do sistema de precedentes da *common law*.

Não é ainda em Montesquieu, entretanto, que se obtém a conquista da independência da separação de poderes em relação às forças político-sociais que compõem a sociedade. O autor ainda defendia uma participação equilibrada das forças sociais – rei, nobreza e povo – no exercício do poder, especialmente nos

---

<sup>75</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 175. Neste sentido, o Professor Newton Pereira Ramos Neto afirma que “nessa época, a filosofia positivista atribuía ao juiz o papel de mero ventríloquo, a quem cabia apenas enunciar o conteúdo linguístico dos Códigos, cuja literalidade supostamente seria capaz de dar solução aos mais variados litígios.” RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: Instituto de Direito Público. Ano 3, 2009/2010. Disponível em: [www.idp.edu.br/observatorio](http://www.idp.edu.br/observatorio). Acesso em: 13 de janeiro de 2010.

poderes executivo, que deveria ser exercido por um monarca; e legislativo, que deveria ser composto por uma casa de nobres, e uma de representantes do povo:

Sempre há, num Estado, pessoas distintas pelo nascimento, pelas riquezas ou pelas honras; mas se elas estivessem confundidas no meio do povo e só tivessem uma voz como a dos outros a liberdade comum seria sua escravidão, e elas não teriam nenhum interesse em defendê-la, porque a maioria das resoluções é contra elas. A parte que lhes cabe na legislação deve então ser proporcional às outras vantagens que possuem no Estado, o que acontecerá se formarem um corpo que tenha o direito de limitar as iniciativas do povo, assim como o povo tem o direito de limitar as deles.<sup>76</sup>

Independente disso, a teoria tripartite tornou-se, a partir do *Espírito das Leis*, o formato de separação dos poderes abraçado por revolucionários constitucionalistas no continente e além-mar, tendo adquirido caráter de imprescindibilidade para a formação de Estados constitucionais, e sido consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 16º: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.”

As ideias de soberania popular e de defesa de uma sociedade política e juridicamente homogênea passam ao plano prático-institucional a partir das revoluções setecentistas, tendo surgido o Estado liberal. Neste modelo de Estado, o princípio da separação de poderes não assume a dimensão social ou horizontal, ou de equilíbrio de diferentes classes, e passará a referir-se única e exclusivamente a órgãos estaduais. Opera-se, no surgimento do Estado liberal, o rompimento definitivo com o ideário da constituição mista. Não havendo mais necessidade de um encaixe de grupos sociais nas estruturas do poder, posto que não deveria mais haver grupos com relevância política maior que de outros, o princípio da separação de poderes apenas passaria a ter um caráter técnico-organizatório, inserido em uma sociedade politicamente igual.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 172.

<sup>77</sup> Neste sentido, PIÇARRA, *op. cit.*, p. 177.



## 1.6. O modelo norte-americano

A ideia do governo misto e da balança de poderes dominava a cena na América, como na Inglaterra dos anos de 1640, até ser varrida pelo fervor democrático da revolução, na segunda metade do século XVIII, quando a constituição mista tornou-se totalmente inadequada para lidar com uma situação na qual a resistência ao poder monárquico ou aristocrático era a principal característica.<sup>78</sup>

Com a independência americana, a sociedade daquele país lançou-se a amplo debate sobre qual seria a melhor forma de governo, para garantir a liberdade dos cidadãos, valor extremamente caro à população do país. Entre as obras clássicas da época, está um apanhado de artigos escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, no *Independent Journal*, tendo o primeiro sido publicado em 1787, que mais tarde foram compilados e deram origem ao histórico *O Federalista*.

Entre estes instrumentos de contenção do poder, consta com bastante força na ideia dos autores o princípio da separação de poderes, defendido por Montesquieu, o qual, para Madison, colocando ainda mais lenha na fogueira relativa à autoria do princípio, “se não foi o autor deste inestimável preceito da ciência política, pelo menos tem o mérito de tê-lo divulgado e recomendado, fazendo com que fosse objeto da universal atenção.”<sup>79</sup>

Assim, à medida em que as contendas ideológicas avançavam, a teoria da balança dos poderes tornava-se cada vez mais irrelevante, pois pouco refletia a ideia de uma sociedade homogênea idealizada pelos americanos, e a separação dos poderes parecia a única alternativa viável para um governo constitucional. E, embora Montesquieu, como vimos, defendesse regalias a certas classes no poder, sua obra

---

<sup>78</sup> Conforme VILE, *op. cit.*, p. 83.

<sup>79</sup> MADISON, James, in HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JOY, John. *O federalista*. Brasília: UnB, 1984, p. 394.

era citada, como visto acima, como referência especificamente na parte em que defendia a separação orgânico-funcional, deixando-se o resto de lado.

Portanto, embora tivessem recentemente travado luta sangrenta de independência com os ingleses, não se pretendia abrir mão de parte significativa do aprendizado obtido acerca de como se organizar um Estado, em especial no tocante à separação dos poderes, surgida na Inglaterra. Era necessário, entretanto, reinventá-la, sobre outros pilares, de forma a adequar-se a sua realidade, o que trataram de fazer. Para Vile,

The remarkable achievement of the Americans was that they not only accepted and understood the constitutional theory and experience that they were heirs to, but that they took this heritage and refashioned it, effectively and successfully, to meet a new and extraordinarily difficult situation.<sup>80</sup>

Duas correntes confrontaram-se no país às vésperas da proclamação da Constituição Federal. Para uma delas, com influência claramente rousseuniana, e dos princípios da república inglesa (de morte prematura no século XVII, como vimos), as assembleias legislativas, por serem a legítima representação do povo soberano, não poderiam encontrar limites ao exercício de seu poder, senão no próprio povo. A ideia do veto presidencial, figura central da teoria dos *checks and balances*, era abnegada, em nome da democracia. Só o povo, por meio do voto, poderia fazer o controle da atuação de seus representantes.

Em resposta a este entendimento, defendia-se que deveria haver um contraponto constitucional para as hipóteses em que a maioria representada no Congresso viesse a se tornar arrogante e interesseira, e decidisse legislar não de acordo com as ordens da justiça, mas apenas pela sua força majoritária. O Executivo, assim, deveria estar imbuído de um poder especial.

---

<sup>80</sup> Tradução livre: “A conquista notável dos americanos foi que eles não somente aceitaram e compreenderam a experiência e teoria constitucional que haviam herdado, mas pegaram esta herança e a remodelaram, efetivamente e com sucesso, para fazer frente a uma nova e extraordinariamente difícil situação.” VILE, *op. cit.*, p. 85.

Mas como conferir-lhe este poder sem que houvesse ofensa ao princípio democrático? Germinava neste ponto a ideia de que o chefe do Executivo deveria ser democraticamente eleito também, para que então os dois poderes estivessem legitimados a exercer controle recíproco. Trata-se da ideia básica da República Presidencialista, criada pelos americanos, e depois difundida por inúmeros países, inclusive o Brasil.

Tendo as duas posições se confrontado à época da aprovação da Constituição, triunfou a segunda, e, novamente de acordo com M.J.C. Vile, “the division of functions between agencies of government who will exercise a mutual check upon each other *although both are elected, directly or indirectly, by the same people*, is a unique American contribution to modern constitutional theory.”<sup>81</sup>

### 1.7. As atuais formas de separação de poderes

A Inglaterra e os Estados Unidos, como vimos, são países que inovaram bastante em termos de organização do poder. O primeiro, por ter sido a nascente da forma atual de separação de poderes, com separação orgânica, estando cada função básica colocada nas mãos de um poder distinto; e o segundo, pela criação da figura do Chefe do Executivo eleito, e da ideia de *checks and balances*, ou sistema de freios e contrapesos.

Não por acaso, as duas formas de se organizar a atividade do Estado hoje são, predominantemente, as formas nascidas nestes dois países, que são o *parlamentarismo* e o *presidencialismo*. Há, obviamente, diferenças de um país para outro, mas, em geral, nos Estados democráticos de Direito, uma destas duas formas de governo é adotada. Isso obriga-nos a dar uma passada rápida pelas características centrais destes dois sistemas, pois a distinção tem impacto no tema deste trabalho, como será visto nos capítulos posteriores.

---

<sup>81</sup> Tradução livre : “A divisão de funções entre agências de governo que irão exercer um mútuo controle um sobre o outro, embora ambos eleitos, direta ou indiretamente, pelo mesmo povo, é uma contribuição única dos americanos para a moderna teoria constitucional”. VILE, *op. cit.*, p. 86. Grifo do autor.

### 1.7.1. O parlamentarismo

Já vimos que a tradição parlamentar e de representação na Inglaterra vem de longa data. Especificamente em relação ao parlamento, as lutas para a formação de uma instituição representativa em face de uma monarquia de tendências não raro absolutistas, vêm desde o século XIII. A formação mais embrionária do parlamento encontra-se nos *concilium*, ou *curia regis*, que assistiam os reis em suas deliberações. Esta formação evoluiu, no século XIV, para os *magnum commune consilium regni*, ou ‘Grande Conselho’, formado pelos barões feudais e a alta aristocracia inglesa, que já a este tempo começavam a tentar limitar o poder soberano. Com a cisão entre os barões feudais e a aristocracia, tendo aqueles ficado em volta do rei, e esta última fundado a Câmara dos Comuns, foi que o Parlamento começou a tomar sua forma atual.

Aos poucos, a Câmara dos Comuns passou a ganhar em representatividade, deixando de ser somente um fórum da aristocracia. Os combates a ser travados pelo rei eram, agora, contra um Parlamento composto de várias camadas sociais. Estes entraves caracterizaram a Inglaterra a partir do século XV, e atravessaram dinastias (os Tudors, no século XVI, os Stuarts, no início do século XVII). Paulo Bonavides descreve:

Ao longo de largo período que se estende por cerca de trezentos anos, até a “Gloriosa Revolução” (1688), o Parlamento inglês adquire o sentimento de sua força, toma consciência de seu prestígio, apresenta-se resolutamente como o poder nacional diante do rei, discute com energia os assuntos de governo, faz do imposto o grande instrumento de sujeição do poder, sustenta nas afamadas petições do séc. XVII os princípios básicos de garantias das liberdades, direitos e franquias já auferidas pelas camadas economicamente mais ponderáveis do povo inglês.<sup>82</sup>

Atravessadas as revoluções do século XVII, que foram o embate decisivo entre os anseios populares e o absolutismo (conforme já visto antes neste capítulo),

---

<sup>82</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, p. 320.

que terminaram por fazer rolar a cabeça de um rei e banir uma dinastia, surgia na Inglaterra um sistema representativo bastante consolidado, já com uma trilha aberta para a implementação do sistema parlamentar.

É normal, portanto, após uma história com tais características, que o Parlamento seja a figura central da cena política inglesa, e daí tenha emergido um sistema como o parlamentar, no qual o parlamento possui toda a representação popular. Em função da magnitude do poder deste órgão, e da negligência dos detentores da Coroa<sup>83</sup>, criou-se a figura do *gabinete*, que é o responsável pelo Poder Executivo no sistema parlamentar, e indicado pelo partido, ou coalizão partidária, que detenha a maioria no Poder Legislativo<sup>84</sup>.

Desde o final do século XVIII, o Primeiro Ministro, que é o Chefe do Poder Executivo e líder do gabinete, é responsável não apenas criminalmente por seus atos, mas também politicamente, perante o Parlamento. Caso sua atuação não venha agradando a opinião pública ou os seus representantes, pode ser retirado e substituído por outro. Muitos defendem serem estas as características centrais do sistema parlamentar: a falta de eleição direta do Chefe do Executivo, e sua responsabilidade política perante o Parlamento.<sup>85</sup>

Existe, portanto, uma atuação conjunta entre os poderes executivo e legislativo no sistema parlamentar, que o torna muito diferente do sistema presidencialista, em que o executivo precisa constantemente estar negociando o

---

<sup>83</sup> Sobre os erros dos reis ingleses ao negligenciar o aumento do Poder do Parlamento na direção política e administrativa do país, ver BONAVIDES, *op. cit.*, p. 321.

<sup>84</sup> Ao rei, no sistema inglês, cabe referendar a formação do gabinete, embora tenha criado-se a tradição de que tal aprovação é imperativa, e não mais facultativa, recaindo a escolha, portanto, inteiramente sobre o Parlamento. BONAVIDES, *op. cit.*, p. 322.

<sup>85</sup> Neste sentido: BAGEHOT, W., in BONAVIDES, *op. cit.*, p. 321.

apoio do parlamento para aprovar políticas públicas. Robert Cooter<sup>86</sup>, fazendo análise sobre esta questão, observa que o sistema parlamentarista privilegia o controle do executivo pelo legislativo; ao passo em que o sistema presidencialista privilegia a barganha, com todos os inconvenientes daí decorrentes.

Entretanto, se por um lado, o sistema parlamentar permite uma melhor governabilidade<sup>87</sup>, pois exclui a necessidade de constante barganha com o parlamento, por outro, gera o que Cooter chama de *erros de representatividade*, pois há apenas um poder escolhido diretamente pelo povo. O poder executivo, responsável por boa parte da função política de Estado, e por defender o interesse geral, não é escolhido diretamente, o que potencializa a hipótese destes buracos de representação, e eventual distanciamento em relação à vontade popular<sup>88</sup>.

Esta razão leva Bruce Ackerman a defender o que chamou de *Parlamentarismo Limitado*, em que, para diminuir tais problemas em relação à

---

<sup>86</sup> COOTER, Robert D. *The strategic constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2002. Para o autor, quanto mais atores no processo de decisão maior o custo de transação e a dificuldade para se governar. Assim, em uma ditadura, em que há só um ator, o nível de dificuldade é o mais baixo; no presidencialismo, são quatro (presidente, câmara, senado, judiciário), o que representa dificuldade máxima; e no parlamentarismo, são dois (parlamento+primeiro ministro e judiciário), sendo um meio termo.

<sup>87</sup> Esta afirmação é uma tendência, porém pode não se confirmar, a depender das peculiaridades do sistema. Na Itália, por exemplo, diferente da Inglaterra (que conta somente com dois partidos representativos, os *Whigs* e os *Tories*), há uma grande fragmentação partidária, e muitas vezes a coalizão vencedora é composta por inúmeros partidos. Assim, a instabilidade do gabinete é muito maior, dada a alta probabilidade de mudança na formação majoritária que dá sustentabilidade ao governo. Não por acaso, de 1945 a 1996, o Gabinete italiano durou, em média, 1,28 anos. Conforme ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 24.

<sup>88</sup> Se democracia 'de menos' pode gerar erros de representatividade, autores defendem que democracia 'de mais' é perigo ainda maior. Norberto Bobbio afirma que "nada ameaça mais a democracia do que o excesso de democracia", posto que a indeterminação e imprevisibilidade que gera constrangem o espaço democrático possível. BOBBIO, Norberto, *apud* GENRO, Tarso. *Crise democrática e democracia direta*. Disponível em: [http://www.origem.ppg.br/clientes/tarso/index.php?p=p\\_48&sName=Crise%20Democr%20e%20Democracia%20Direta](http://www.origem.ppg.br/clientes/tarso/index.php?p=p_48&sName=Crise%20Democr%20e%20Democracia%20Direta). Acesso em: 14 de janeiro de 2010.

representação, sugere a inserção de consultas públicas, via referendos e plebiscitos, em sistemas parlamentares, para questões cruciais, como emendas à Constituição.<sup>89</sup>

Por fim, em relação ao sistema parlamentar, é importante mencionar que ele pode ser encontrado tanto em monarquias, em que o Rei, não eleito, exerce basicamente uma função de representação do Estado, sem ingerência direta na coisa administrativa, além de poder promover a dissolução do parlamento e convocar novas eleições, como forma de desfazer formações parlamentares que julgue contrárias à vontade popular, e dando ao povo a oportunidade de ratificar ou não determinado coalizão majoritária; quanto em repúblicas, com um parlamento e um presidente eleitos, porém, ficando este último com funções muito similares à do rei, permanecendo a função de indicar o Primeiro Ministro ao parlamento. A justificativa para este sistema é que ele mantém as virtudes do parlamentarismo, eliminando a legitimação metafísica dos monarcas, já supostamente algo ilegítimo.

### 1.7.2. O presidencialismo<sup>90</sup>

Quando tratamos da herança americana para o princípio da separação de poderes, traçamos algumas características do presidencialismo. Como principal diferença em relação ao parlamentarismo, está o fato de o Chefe do executivo ser escolhido diretamente pelo povo, o que faz com que, em tese, não haja uma atuação conjunta e orquestrada entre executivo e legislativo. Como já visto, esta criação americana deu-se em função da necessidade que viam os constituintes na época de criarem-se mecanismos de controle recíproco dos poderes, o que só poderia ser

---

<sup>89</sup> Ackerman dá como bons exemplos os sistemas alemão (apesar de, após a Segunda Guerra, os alemães estarem bastante resistentes à utilização de referendos, sua Constituição os prevê para certos casos), sueco, espanhol e suíço, que requerem consultas populares, em certos casos em dois turnos, para que a Constituição seja alterada. ACKERMAN, *op. cit.*, p. 43 e 44.

<sup>90</sup> O presidencialismo, especialmente no Brasil, será novamente abordado quando tratarmos do Poder Executivo como um dos responsáveis pela função política, o que será feito no Capítulo 3.

atingido mediante a escolha popular dos ocupantes tanto de um, quanto de outro poder.

Como consequência, outra característica do sistema presidencialista é a independência política do Presidente em relação ao Congresso. No parlamentarismo, os membros do gabinete, inclusive o Primeiro Ministro, são responsáveis politicamente perante o legislativo, já que este é quem os indica, e pode retirá-lo quando desaparecer a harmonia na atuação. O Presidente, no presidencialismo, por sua vez, só pode ser retirado do cargo por falha grave apurada no seu exercício, que o leve ao *impeachment*.

Fora isso, o Presidente da República, em decorrência desta característica de atuação independente dos poderes, não tem apoio garantido do parlamento, e precisa fazer uso da barganha para ver suas iniciativas aprovadas. Especialmente quando há o que Ackerman chamou de *impasse*<sup>91</sup>, quando o Presidente não possui a maioria no Congresso, e pode ter todas as iniciativas governamentais que dependem de aprovação congressional travadas<sup>92</sup>. Esta é uma das principais fontes

---

<sup>91</sup> Conforme Ackerman, três são os cenários possíveis a partir de uma situação de impasse. O primeiro, acentua a acomodação. Os parlamentares de oposição não querem parecer crianças chatas e pirracentas perante os eleitores, e, em vez disso, realizam uma outra combinação de raciocínio e barganha que podem resultar em um conjunto atraente de resultados, mais atraente para muitos cidadãos que qualquer outro arranjo que fosse alcançado pelo sistema parlamentarista (é o cenário ideal). No segundo, ocorre o colapso constitucional, em que os poderes tomam de assalto a constituição para destruir seu concorrente, e a situação torna-se ingovernável. No terceiro cenário, embora não haja uma guerra aberta entre legislativo e executivo, ambos cedem a uma calúnia infinita, recriminação mútua e impasse partidário. Os poderes contendores usam instrumentos constitucionais à disposição para tornar miserável a vida de um e de outro: obstruções de pauta no legislativo, governo por decreto no executivo, e assim por diante. Este seria o cenário de países como Brasil e Argentina, conforme o autor. ACKERMAN, *op. cit.*, p. 14-16.

<sup>92</sup> Ilustra bem esta hipótese a atual situação política dos Estados Unidos. O Presidente Barack Obama, à época de sua eleição, contava com uma "supermaioria" de 60 membros do Senado, a qual, embora suficiente para que as medidas governistas fossem todas aprovadas sem risco de obstrução pela oposição, era frágil, pois a mudança de um único parlamentar para o outro lado inverteria a balança. A morte do senador Ted Kennedy, do Estado de Massachusetts, e a captura pelos Republicanos da cadeira Democrata após a realização de eleições especiais no estado, com a eleição de Scott Brown, representou a criação de uma situação de impasse no Senado. Os Republicanos, conforme noticiado pela imprensa, já anunciaram que medidas como a reforma do sistema de saúde pública, a grande bandeira do governo Democrata, serão derrubadas no Senado, já que a mudança requer maioria qualificada. Um ano de Obama aumenta racha nos EUA. *Folha de São Paulo*, Mundo, p. A14, 20 de Janeiro de 2010.



de corrupção do sistema presidencialista, pois é comum que este apoio na aprovação de tais iniciativas venha em troca de favores, recursos ou cargos na Administração Pública.

Outra possível consequência desta lógica presidencialista é o autoritarismo: presidentes frustrados por não conseguirem aprovar o que querem dissolvem congressos intransigentes e instalam a si mesmos como 'caudilhos', com o auxílio de militares e/ou plebiscitos, constitucionais ou extra-constitucionais. Não por acaso é que, dos cerca de trinta países que adotam o sistema presidencialista hoje no mundo, todos eles, em algum momento, sucumbiram ao autoritarismo.<sup>93</sup>

Por fim, vale lembrar que não necessariamente um sistema que tenha um Presidente eleito seja presidencialista. O que caracteriza o presidencialismo é o fato de o Presidente, além de ser eleito, ser o Chefe do Poder Executivo e do governo, e não um Chefe de Estado tão somente, contando com um gabinete, como ocorre nas Repúblicas de sistema parlamentarista, a exemplo da França.

## **1.8. A experiência brasileira**

A chegada do princípio da separação dos poderes ao Brasil deu-se logo após a proclamação de sua independência, em 1822. Já haviam chegado ao Brasil os ideais liberais e de garantias individuais, e à luz do consagrado art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, não se poderia pensar em uma

---

<sup>93</sup> Cf. ACKERMAN, *op. cit.*, p. 15. É interessante a comparação com sistemas parlamentaristas, feito por Giovanni Sartori: segundo pesquisa, uma série de países, 93 no total, tornaram-se independentes entre 1945 e 1979. Durante o período de dez anos, subsequentes, entre 1980 e 1989, somente 15 dos 93 foram democracias contínuas. Impressiona o fato de que, não importava qual a forma inicial da sua constituição, nenhum dos 52 países de categorias não-parlamentares desenvolveram-se em democracias contínuas durante o mesmo período (1980-89), embora 15 de 41 sistemas (36%), que verdadeiramente funcionaram como sistemas parlamentares no seu primeiro ano de independência, não somente desenvolveram-se em democracias contínuas, mas foram os únicos países do conjunto inteiro a assim fazerem. SARTORI, Giovanni, In: ACKERMAN, *op. cit.*, p. 15-16.

nação livre sem uma Constituição, e em uma Constituição sem a garantia dos direitos individuais, e sem a determinação da separação dos poderes.<sup>94</sup>

Sob forte influência do ambiente europeu e norte-americano, portanto, surgiu a *Constituição do Império do Brasil*, de 1824, que trouxe inovação insólita no tocante ao princípio da separação dos poderes. Afinal, possivelmente foi o único a adotar a separação em quatro poderes, pois além dos tradicionais Legislativo, Executivo e Judiciário, juntava-se um *Poder Moderador*, “delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos demais Poderes Políticos”, nos termos do art. 98 da Carta. Assim, este quarto Poder seria responsável por dirimir eventuais contendas surgidas entre os demais poderes, e tinha como titular o próprio Imperador, o qual segundo os constituintes, pairaria acima das diferenças políticas.<sup>95</sup>

Esta variação inusitada na teoria tripartite de Montesquieu foi descartada na *Constituição da República*, de 1891, a partir da qual o país passou a adotar a separação tradicional. Também a partir deste momento o país adotou o sistema presidencialista, substituindo o parlamentarismo que vinha da época do Império, tendo, desde então, com apenas alguns lapsos de continuidade, se consolidado como sistema de governo<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Neste sentido, sobre o ambiente do surgimento da Constituição do Império, MENDES, COELHO e BRANCO, *op. cit.*, p. 163.

<sup>95</sup> Sobre as contendas doutrinárias ligadas à natureza e conveniência deste quarto poder, ver SALDANHA, *op. cit.*, p. 105.

<sup>96</sup> O parlamentarismo no Brasil, na época do Império, teve seu fracasso ligado ao excesso de poderes concentrados nas mãos do Imperador. Detentor do poder Moderador, nenhum freio ou contrapeso era posto à sua atuação. Tanto é que, no período que foi da Constituição de 1824 até a República, houve 35 formações de ministério diferentes, sempre dissolvidas e reestruturadas conforme vontade pessoal do monarca, a quem todos procuravam agradar. Proclamada a República, houve alguns suspiros parlamentaristas rápidos, que tiveram como desfecho o Ato Adicional de 1961, que instituiu o parlamentarismo no Brasil, rapidamente derrubado em plebiscito, em 1963. Bonavides atribui à forma atabalhoada com que foi introduzido o parlamentarismo no país o seu fracasso, pois não houve a correta preparação da opinião pública, nem tampouco uma correta distribuição das atribuições entre Presidente e Primeiro Ministro, o que gerou a crise institucional que devolveu o sistema presidencialista ao país. Conforme BONAVIDES, *op. cit.*, p. 338-342.

## **CAPÍTULO 2 – FUNÇÕES DE ESTADO E FUNÇÃO POLÍTICA**

### **2.1. Funções de Estado**

Da análise feita no Capítulo 1 sobre a evolução da teoria e do princípio da separação de poderes, percebe-se que, especialmente a partir do século XVII, na Inglaterra, a antiga noção de Constituição Mista, em que o poder estatal era dividido não entre órgãos, mas entre diferentes estamentos (notadamente rei, nobreza e povo), passa a admitir a ideia também de que a separação precisa levar em conta não somente um fundamento social, mas também um fundamento funcional.

De forma a evitar a preponderância de determinada força político-social no exercício do poder, viu-se que teóricos passaram a defender o desempenho de cada função por um poder diferente, aí estando a semente da separação de poderes. O próximo passo seria a ruptura ocorrida no Estado liberal, com o surgimento de sociedades homogêneas, permanecendo a separação de poderes como instrumento técnico-jurídico de organização do Estado.

A identificação de diferentes funções a serem desempenhadas pelo Estado está, portanto, no cerne da separação de poderes, e vem desde Aristóteles, como vimos. Através do tempo, consolidou-se a existência de três funções preponderantes, quais sejam, legislativa, executiva e judicial, atraindo cada uma para si um poder específico de Estado. E foi esta a divisão consagrada pelo constitucionalismo pós-revolucionário, e à exceção de alguns esparsos modelos experimentais (como a divisão em quatro promovida pela Constituição do Império no Brasil), é a que predomina mundo afora.

Mas esta separação clássica de funções, embora seja a utilizada para organizar o funcionamento do Estado, não é única, tendo uma série de teóricos esforçado-se em encontrar formulações que lhes parecessem mais precisas. Leonardo Paixão, em sua tese de doutoramento pela Universidade de São Paulo, menciona que:

alguns autores do século XX se esforçaram para identificar de modo original as funções do Estado, para retratar melhor as reais condições políticas vivenciadas. (...) Não por acaso, portanto, a análise das observações feitas a respeito do tema, por autores do século XX, permite identificar no pensamento de todos eles a rejeição da tradicional tripartição das funções, porque é inaplicável ao Estado contemporâneo nos termos em que foi originalmente proposta.<sup>97</sup>

Na busca desta precisão, Jorge Miranda identificou certa confusão terminológica no termo 'funções', e como primeiro esforço sobre o tema, procurou desfazê-la, de maneira que é importante reproduzi-lo. Para Miranda, são dois os sentidos possíveis de *função do Estado*: como fim, tarefa ou incumbência, correspondente a certa necessidade coletiva, ou a certa zona da vida social; e como atividade com características próprias, passagem à ação, modelo de comportamento.

A função como tarefa, no dizer do autor, seria um fim do Estado, concretizado em certa época histórica, em certa situação político-constitucional, em certo regime ou Constituição material. Por sua vez, a função no sentido de atividade pode definir-se como um complexo ordenado de atos (interdependentes ou aparentemente independentes uns em relação aos outros), destinados à perseguição de um fim ou de vários fins conexos, por forma própria.<sup>98</sup>

Segundo esta classificação, pode-se classificar como função-tarefa o atendimento dos direitos fundamentais, pelo fim das desigualdades sociais, preservação do meio ambiente, promoção do bem estar social, entre outros, como os previstos no art. 3º da Constituição Federal do Brasil.<sup>99</sup> Sobre as funções-atividades,

---

<sup>97</sup> PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/>, p. 37 e 38.

<sup>98</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: atividade constitucional do Estado*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. v. 5, p. 7-11.

<sup>99</sup> MIRANDA cita como exemplo o art. 9º da Constituição portuguesa, das "tarefas fundamentais do Estado", onde estão, entre outras, as funções de assegurar a independência nacional, garantir as liberdades, e promover a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. MIRANDA, *op. cit.*, p. 10.

existem as normas de organização do poder político, com competência de órgãos, e o regramento de todos os procedimentos de agir da máquina estatal, a distribuição de competências, e o regramento das atividades que fazem mover-se a máquina pública na direção das funções-tarefas.

Esta distinção de Miranda, visivelmente derivada de classificação adotada pela Constituição portuguesa, é de fundamental importância para o tema de que pretende se ocupar este trabalho, pois a função política aqui abordada é exatamente uma função-atividade de direcionamento, planejamento e definição do interesse comum, ou seja, é por meio dela que se pretende atingir as funções-tarefas de Miranda.

Marcello Caetano faz divisão similar. O autor observa que o termo 'funções' está presente em diferentes áreas do conhecimento, como a matemática, a biologia e as ciências sociais. Mesmo no campo exclusivo da ciência política, apresenta significados distintos, como no sentido de 'fins' do Estado, no mesmo significado da função-tarefa de Miranda; e no sentido de 'tarefa', esta com o significado da função-atividade<sup>100</sup>. O que parece comum na obra dos dois professores portugueses é a existência de dois significados, um no sentido de *fins* do Estado; e outro de atividades administrativas e de governo necessárias ao atingimento deste fim.

Para Iris Eliete Teixeira Neves de Pinho Tavares, do ponto de vista jurídico, especificamente em Direito Constitucional, é pacífica a interpretação que atribui à expressão *função* o exercício de algumas atividades desenvolvidas por detentores do poder (poder entendido como competência do Estado para, utilizando-se da força, exercer suas tarefas), tendo em vista o cumprimento de determinado papel.

De forma a melhor elucidar o conceito, a autora faz distinção entre duas possíveis concepções do termo *poder*, quais sejam: poder como capacidade

---

<sup>100</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 148.

soberana de se auto-governar, exercida pela vontade geral que se manifestar através dos representantes indicados pelo eleitorado (*puissance*); e poder como órgão ao qual se atribui a competência de que o Estado se investe, para, no exercício de uma de suas três tarefas, utilizar-se da força para conseguir seus objetivos (*pouvoir*), que é o sentido presente na expressão 'separação dos poderes'. Assim, funções seriam as atividades desenvolvidas pelo poder (*pouvoir*, órgão) no exercício do Poder (*puissance*) soberano.<sup>101</sup>

Pois bem: feitas estas observações sobre o sentido do termo, cumpre observar, para estabelecimento de um marco terminológico, que é no sentido de 'função-atividade' de Miranda, ou seja, os atos necessários ao alcance dos fins do Estado, que se aplica o termo 'funções de Estado' neste estudo.

Kelsen, embora não tenha feito considerações sobre diferentes acepções do termo 'função de Estado', também as tomou como objeto de análise. Ao estudá-lo, deparamo-nos de forma muito clara com um entendimento desafiador da separação tripartite, clássica desde Montesquieu. Para Kelsen:

(...) não há três, mas duas funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do Direito, e essas funções são infra e supra-ordenadas. Além disso, não é possível definir fronteiras separando essas funções entre si, já que a distinção entre criação e aplicação de Direito – subjacente ao dualismo de poder legislativo e executivo (no sentido mais amplo) – tem apenas um caráter relativo, a maioria dos atos do Estado sendo, ao mesmo tempo, atos criadores e aplicadores de Direito. É impossível atribuir a criação de Direito a um órgão e sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> Iris Tavares, com base em Spagna Musso, autor italiano, ainda anota que na linguagem corrente se utilizam indistintamente os termos *atividade* e *função*, de modo que são empregados com significado equivalente, e oferece um sentido jurídico específico para o termo. TAVARES, Iris Eliete Teixeira Neves de Pinto Tavares. *O conceito de funções e de órgãos de Exercício do Poder*. In Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 81, de julho de 1995. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, p. 78.

<sup>102</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 386.

Kelsen, como se vê, retoma a classificação bipartite da primeira versão da separação de poderes na Inglaterra, quando executivo e judiciário eram entendidos como uma função única, de aplicação do Direito criado pelo parlamento. Também está presente na passagem acima citada a noção de que as fronteiras entre os poderes do Estado são tênues, não cabendo, exclusivamente, somente ao legislativo a função de legislar, ao executivo a função de executar, e ao judiciário a função de julgar. O autor questiona o pressuposto básico do princípio, segundo o qual os três poderes poderiam ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que seria possível definir fronteiras separando cada uma das três funções. Faticamente, este pressuposto não se sustentaria.<sup>103</sup>

Jellinek também anota críticas às tentativas de separação absoluta das funções estatais e de encaixar todas e qualquer atividade desempenhada pelo Estado em algum dos três poderes centrais. Para o autor alemão,

Una construcción tan complicada como la del Estado, puede ser considerada desde distintos puntos de vista, y por esto es dable someterla a diversas divisiones, atendiendo a los diferentes fenómenos que ofrece. Pero ninguna división puede ofrecer una perfección lógica, porque se trata de comprender la vida y no una materia muerta, y todo lo vivo, aun cuando se dirija a la práctica, está a menudo privado de lógica.<sup>104</sup>

Assim, mesmo nos países que reconhecem a separação de poderes, não é possível realizá-la de uma maneira completa, havendo desvios conscientes do princípio. Nos Estados Unidos, citado como exemplo por Jellinek (sendo o caso do Brasil também), o Congresso declara a guerra e o Senado está encarregado de aprovar certos atos administrativos do Presidente, julga delitos contra o Estado, e enfeixa em si, portanto, as três funções primordiais. O Presidente, por sua vez,

---

<sup>103</sup> KELSEN, *op. cit.*. 385.

<sup>104</sup> Tradução livre: “uma construção tão complicada como a do Estado, pode ser considerada de diversos pontos de vista, e por isto é possível submetê-la a várias divisões, atendendo aos diferentes fenômenos que oferece. Entretanto, nenhuma divisão pode oferecer uma perfeição lógica, porque se trata de compreender a vida, e não uma matéria morta, e tudo que é vivo, ainda quando se dirija à prática, está, em princípio, privado de lógica.” JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Buenos Aires: Albatros, 1981, p. 459.

possui o poder de veto, além da possibilidade de legislar via decreto em matérias de sua competência. E o Judiciário, ao poder julgar a constitucionalidade de normas, exerce função claramente legislativa.<sup>105</sup>

Ante a insuficiência da classificação tri-funcional, o autor propõe diferentes classificações, iniciando pela separação entre funções *materiais* e *formais*. As materiais são aquelas que dizem respeito às grandes direções da atividade do Estado, e nascem da relação destas atividades e seus fins; as formais dizem respeito às atividades isoladas dos órgãos, responsáveis por dar suporte às funções materiais, e não dizem respeito a formação de um direcionamento político-estratégico do Estado.<sup>106</sup>

Além desta classificação, Jellinek propõe outra, intimamente ligada ao tema deste trabalho. Segundo o autor, em todo Estado há uma oposição no exercício de todas as suas funções, a saber: a oposição entre a atividade *livre* e a atividade *regrada*. A primeira se definiria pelo interesse comum, mas não mediante uma regra específica; já a segunda, propõe-se a satisfazer obrigações estritamente definidas pelo direito. Assim, a atividade livre, por sua importância, constitui o fundamento de todas as demais atividades:

Por ella afirma el Estado su propia existência, pues la fundación de éste no significa jamás la ejecución de principios de Derecho. Por ella obtiene el Estado dirección y objetivo en su movimiento histórico; toda transformación y progreso en su vida, parte de ella; un Estado cuya actividad fuera totalmente reglada, es una concepción irrealizable.<sup>107</sup>

Em Georges Burdeau, encontramos duas funções fundamentais do Estado: a governamental e a administrativa. Na primeira, percebe-se semelhança

---

<sup>105</sup> JELLINEK, *op. cit.*, p. 460-461.

<sup>106</sup> JELLINEK, *op. cit.*, p. 461-466.

<sup>107</sup> Tradução livre: “Por ela (a atividade livre) afirma o Estado sua própria existência, pois a fundação dele não significa jamais a execução de princípios de Direito. Por ela o Estado obtém direção e objetivo em seu movimento histórico; toda transformação e progresso em sua vida, parte dela; um Estado cuja atividade fora totalmente reglada, é uma concepção irrealizável.” JELLINEK, *op. cit.*, p. 467.



com a função livre de Jellinek: é função incondicionada, criadora e autônoma, e divide-se em função *legislativa* e *governamental* em sentido estrito. Assim, a própria feitura da lei seria também função governamental. A função administrativa, por sua vez, não está ligada a um direcionamento para um fim de Estado, estando adstrita a atos legalmente vinculados, podendo ser jurisdicional e regulamentar.<sup>108</sup>

Retornando a Marcello Caetano, que também se ocupou da sistematização das funções estatais, encontra-se a distinção genérica entre as *jurídicas* e as *não jurídicas*. Jurídicas seriam aquelas de criação e de execução do direito, compreendendo a função legislativa e a executiva, dividindo-se esta última em jurisdicional e administrativa, na mesma linha proposta por Kelsen. As não jurídicas, segundo o autor, não possuem conteúdo jurídico, desdobrando-se em função política, de conservação da sociedade política e definição e perseguição do interesse geral; e função técnica, de produção de bens e prestação de serviços.<sup>109</sup>

Por fim, Karl Loewenstein, que se auto-denomina um iconoclasta do que chama de ‘dogma da separação de poderes’, dizendo que não pode sentir-se satisfeito com somente remover do pedestal o ideal da separação tripla; em seu lugar, está obrigado a colocar outra análise da dinâmica do poder mais de acordo com a sociedade pluralista de massas de seu século.<sup>110</sup>

Ao dizer isso, propõe uma nova divisão tripartite, que muito interessa ao objeto de estudo deste trabalho, assim como as demais classificações já expostas. Divide as funções do Estado em *decisão política fundamental (policy determination)*; *execução da decisão (policy execution)*; e *controle político (policy control)*.

A análise feita pelo autor quanto a quem cabe o exercício desta função, o que é o tema deste estudo, será abordada nos Capítulos 3 e 4. Por enquanto, cumpre dizer que à decisão política fundamental equivale ao que temos chamado de

---

<sup>108</sup> BURDEAU, Georges. *Remarques sur la classification des fonctions étatiques*, in *Revue du droit public*, 1945, p. 202 e seguintes.

<sup>109</sup> CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol. I, p. 196 e seguintes.

<sup>110</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 62.

‘função política’, que consiste “na eleição de uma, entre várias possibilidades políticas fundamentais frente às quais se encontra a comunidade estatal”.

Tomada a decisão fundamental, entram em cena as outras duas funções listadas por Loewenstein. Uma de execução de política apontada pelos detentores do poder de tomar a decisão fundamental; e outra de controle deste poder, de forma a impedir abusos e ofensas a princípios constitucionais e abusos, o que é feito tanto pelos outros poderes (*checks and balances*) quanto pelo eleitorado, através do voto em eleições, plebiscitos e referendos<sup>111</sup>.

## 2.2. Delimitação terminológica do termo ‘política’

O vocábulo *política*, tal qual o termo *função*, de que já tratamos, também é fonte de confusão terminológica constante. É oportuno, portanto, antes de prosseguir na análise da *função política*, desfazer o imbróglio de diferentes acepções do termo, e definir aquele que interessa a este estudo.

O termo *política* caracteriza-se por uma extensa gama de possíveis significados, e de forma genérica, refere-se a um tipo de fenômeno notadamente relacional. Para Maurício Godinho Delgado, autor de elucidativo artigo de introdução à conceituação do fenômeno:

o termo só é compreensível se considerada uma certa relação humana, seja inter-individual, seja de corte plúrimo ou coletivo, e estendeu-se à designação de uma multiplicidade de fenômenos ou situações genericamente envolventes do relacionamento humano.<sup>112</sup>

Assim, está clara a necessidade de um procedimento seletivo mínimo, dado que os sentidos coloquiais com que se usa a palavra, seja como referência a

---

<sup>111</sup> LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 62-72.

<sup>112</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Política: Introdução à conceituação do fenômeno*. In Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 76, de janeiro de 1993. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, p. 55.

uma qualidade pessoal daquele que bem se relaciona e que possui notável capacidade de convencimento; ou a táticas de conduta pessoal ou grupal, como aquelas levadas a cabo por grupos de pressão para atingir seus objetivos, não são pertinentes a um exame sistemático do tema.

Carl Schmitt ainda lembra que o termo ‘política’ é geralmente justaposto à ideia de ‘Estado’, pois é nas relações de poder estatal em que se encontra com maior profusão as menções ao termo<sup>113</sup>. Assim, conforme o autor, o Estado aparece como algo político, e a política como algo pertinente ao Estado, o que seria um círculo insatisfatório.<sup>114</sup>

De forma a conceituar política, parece ser um bom ponto de partida a definição proposta por Karl Deutsch. Em seu tradicional livro *Política e Governo*, o autor define política, de forma muito sintética, como sendo “a tomada de decisões através de meios públicos”<sup>115</sup>. Nota-se que para este autor o caráter elementar da política é o fato de ser um processo de tomada de decisão que extrapola a esfera individual. Assim, a política estaria em contraste com a tomada de decisões pessoais, adotadas particularmente pelo indivíduo, e com as decisões econômicas, geradas como resposta a influências pessoais, tais como o dinheiro, condições do mercado e escassez de recursos. Para o autor, o conjunto de todas as decisões, implementadas através de meios públicos, constitui o *setor público* de um país ou de uma sociedade, deixando transparecer uma certa confusão entre política e Estado, a mesma apontada por Schmitt e referida linhas atrás.

Como será visto, com o devido respeito a Deutsch, falta ao seu conceito lacônico o elemento de projeção social do ato, que parece ser a característica central da política (ao menos para o sentido que está sendo utilizado para este estudo, que parece ser predominante).

---

<sup>113</sup> É notadamente o caso do presente estudo, em que nos referimos a função política como a desempenhada por órgãos estatais no exercício de suas funções. Entretanto, o conceito de política não se restringe à atuação estatal.

<sup>114</sup> SCHMITT, Carl. *The concept of the political*. New Brunswick: Rutgers Univ., 1976, p. 20.

<sup>115</sup> DEUTSCH, Karl. *Política e Governo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 27.

Tentativa bem sucedida para um conceito mais completo parece ser a de Godinho Delgado. No sentido próprio à palavra, Godinho Delgado define *política* (que deriva da matriz grega *polis*, *politikós*, relativa a cidade, ou seja, sociedade política, embora na obra de Aristóteles estes termos não tenham o mesmo sentido do vocábulo ‘política’ que hoje se lhe emprega<sup>116</sup>) como:

a ação humana, revestida de poder, acionada a partir de interesses ou valores concretos existentes na sociedade, tendente a gerar normas que conformem essa mesma comunidade. Ação (e dinâmica) voltada a produzir efeito normativo na comunidade.<sup>117</sup>

Desta conceituação, depreende-se inicialmente a noção clara de que se trata de uma *ação*, em que o que se busca é atuar na transformação ou manutenção de determinada situação. Para Michel Debrun:

O simples fato de agitar ideologias, ou de querer criar ideologias – mesmo que essas ideologias tenham como objeto as sociedades globais e suas possíveis transformações – não passa de uma ocupação inconsistente de mandarins, para os quais “povo”, a “classe” etc. se tornam temas de discussões acadêmicas. Não há política senão onde o indivíduo ou o grupo estão efetivamente em relação com a totalidade social.<sup>118</sup>

Logo, a política pressupõe a passagem do campo das ideias para o campo da ação prática transformadora, ou defensora do estado atual das coisas.

---

<sup>116</sup> Neste sentido, o cientista política italiano Giovanni Sartori observa que Aristóteles, ao tratar o homem como um animal político (*zoon politikon*), não se referia a um ser engajado em atingir a promoção social de seus feitos e ideias, mas sim a um ser que vivia a *polis*, um ser que convivia socialmente. Ao falar em animal político, Aristóteles expressava a concepção grega da vida, ou seja, uma concepção que fazia da *polis* a unidade constitutiva e a dimensão completa de existência. Portanto, diferente da noção atual, o grego não via no viver político uma parte, ou um aspecto da vida, e sim e todo e a essência da vida. O ser ‘não político’ era um ser defeituoso, um *ídion* (origem de nossa palavra ‘idiota’), um ser carente, cuja insuficiência estava, precisamente, em ter perdido, ou em não ter adquirido, a dimensão e a plenitude da simbiose com a *polis*. SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoría política*. Madrid: Alianza, 1992, p. 205. Ainda sobre o sentido de *polis*, ver DEBRUN, Michel. *O fato político*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1962, p. 21; e DEUTSCH, *op. cit.*, p. 28-29.

<sup>117</sup> DELGADO, *op. cit.*, p. 56.

<sup>118</sup> DEBRUN, *op. cit.*, p. 64.

Como próximo elemento essencial da ação humana dita política, consta a intenção, por parte de seu autor, de projetar-se socialmente, ou seja: não se trata de um simples ato visando a atingir determinado interesse individual, sem repercussão social; a ação, para que seja política, deve ter como fim uma mudança que promova impacto em todo um determinado grupo social. Nesta linha, Georges Burdeau, ao tratar do Poder Político no clássico *O Estado*, menciona que:

uma vez que há Poder em todo fenômeno em que se revela a capacidade de um indivíduo de obter de um outro um comportamento que ele não teria adotado espontaneamente, os fatos do Poder são inumeráveis. Para que assumam um caráter político, é necessário que sua finalidade seja socializada.<sup>119</sup>

Portanto, na política, insere-se um fim que não se esgota nas relações interindividuais dos envolvidos. Há o que Burdeau denomina “finalidade socializada”.<sup>120</sup>

O autor Harold Lasswell, importante cientista político americano, reforça este elemento de operação de mudanças no contexto social que caracteriza a política, ao afirmar:

Os atos de mais forte interesse político são os que mudam o meio social. Os atos políticos são, portanto, atos “externalizados”, uma vez que afetam o ambiente na medida em que buscam completar-se. Os atos internalizados envolvem apenas o organismo em si mesmo. Se observarmos um indivíduo

---

<sup>119</sup> De forma a demonstrar o elemento que confere caráter político à ação, Burdeau fornece o exemplo lúdico de duas crianças, Pedro e Paulo, que disputam uma bola. Pedro a exige de Paulo somente pelo prazer de chutá-la. Se Paulo se submete ao convite de Pedro, este incontestavelmente terá exercido um poder mas este poder evidentemente não terá nenhum caráter político. Seria muito diferente o caso de os dois meninos fazerem parte de um time e que Pedro pede um “passe” a Paulo porque se julga mais bem colocado para enviar a bola às traves do campo adversário. Então, entre o pedido de Pedro e a resposta de Paulo insere-se um interesse coletivo, do time, que será beneficiado como um todo. BURDEAU, Georges. *O Estado*. Coleção ‘Justiça e Direito’. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 2-3.

<sup>120</sup> BURDEAU, *O Estado*, p. 3.

durante um certo período de tempo notaremos que ele estimula seu meio, do mesmo modo em que é diretamente estimulado pelo meio.<sup>121</sup>

Retornando ao conceito proposto por Godinho Delgado, percebe-se como outro elemento da ação política o fato de ser ação humana *revestida de poder*. Este, mais do que a intenção de promover o bem comum, parece ser o grande atrativo da atividade política para aqueles que resolvem a seguir, dada a fascinação do homem pela detenção do poder e suas conseqüências, e as poderosas pressões íntimas que levam as pessoas a dominar as outras. Não por acaso, Loewenstein resume política à “luta pelo poder”<sup>122</sup>.

Política e poder, portanto, estão visceralmente ligados, pois sem a possibilidade de imposição de determinada conduta à força, não se tem uma relação política. Esta afirmação tem guarida em Max Weber, um dos mais importantes sociólogos modernos, o qual afirmou que uma associação deve ser considerada política na medida em que “a implementação da sua ordem é levada a cabo continuamente, dentro de uma certa área, mediante a aplicação e a ameaça da força física por parte dos administradores”.<sup>123</sup>

Vale anotar que este poder manifesta-se não somente pelo uso efetivo da força, porém também por sua potencialidade. Esta característica do poder político está bem posta em Michel Debrun, para quem “um fenômeno não se torna político senão quando seu aparecimento, desenvolvimento, permanência ou conseqüências, implicam o recurso à força material ou a possibilidade desse recurso”.<sup>124</sup> Assim, a ação tendente a promover uma alteração social proposta por quem não tenha poder,

---

<sup>121</sup> LASSWELL, Harold. *Política: quem ganha o que, quando, como*. Brasília: UnB, 1984. 172 p. (Coleção Pensamento político ; 64)., p. 133.

<sup>122</sup> LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 23.

<sup>123</sup> WEBER, Max, apud DAHL, Robert A. *Análise Política Moderna*. Brasília: Universidade de Brasília, 1976, p. 3.

<sup>124</sup> DEBRUN, *op. cit.*, p. 41. Para o autor, “o que separa as formações políticas dos agrupamentos apolíticos é bem menos uma diferença de objetivo do que a proclamada vontade dos segundos, de não apoiar sua ação numa demonstração de força, de não tentar conquistar o poder pela força, bem como de apelar para uma persuasão puramente espiritual, no caso de lhe caber o poder.”. P. 42.

ou seja, não esteja em posição de impor certa conduta, ou ao menos de influenciar o grupo social, não será política, mas tão somente uma ação vazia, embora muitas vezes bem intencionada.

Por fim, consta do conceito trazido por Godinho Delgado o elemento dinâmico. Sendo a política a ação humana voltada a gerar um efeito normativo e vinculante em determinado nicho social, insere-se neste conceito, também e conseqüentemente, a dinâmica envolvendo esta ação, ou, no dizer do autor, “o processo global que envolve esta ação”.<sup>125</sup>

Tem-se caracterizadas como ações políticas, portanto, todas as tratativas tendentes a produzir uma alteração no meio, nas quais se contrapõem os mais diversos interesses e pontos de vista ligados à alteração que se pretende operar, com cada grupo representativo da sociedade tentando fazer com que seu interesse possa a ser atendido da maneira mais ampla possível.

Aqui é possível estabelecer uma conexão com a teoria discursiva de Habermas, segundo a qual o direito, ou os rumos da sociedade, só serão legítimos na medida em que surgirem como fruto de um amplo processo discursivo, em que todos os interessados possam democraticamente opinar e manifestar sua vontade. Conforme o autor:

Sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos. Estes, por seu turno, só podem perceber, de maneira adequada, sua autonomia pública, garantida através de direitos de participação democráticos, na medida em que sua autonomia privada for assegurada.<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> DELGADO, *op. cit.*, p. 56.

<sup>126</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, v. II, p. 146.

A política, portanto, seria o processo e conjunto de procedimentos dentro do qual se dá este discurso legitimador das normas que regem a sociedade e que formam a base normativa que rege o convívio. Na conceituação de Habermas:

Política é entendida como forma de reflexão de um contexto vital ético – como *medium* no qual os membros de comunidades solidárias, mais ou menos naturais, tornam-se conscientes de sua dependência recíproca e, na qualidade de cidadãos, continuam e configuram, com consciência e vontade, as relações de reconhecimento recíproco já existentes.<sup>127</sup>

Daí vem a inquestionável ligação entre o termo ‘política’ e as noções de negociação e influência, pois cada parte interessada irá agir voltada a fazer com que eventual novo efeito normativo atenda da melhor forma possível o seu próprio interesse. Para Habermas, a função primordial do direito é procedimental, no sentido de garantir que este debate político cuide de proporcionar o mais amplo discurso, possibilitando que estes diversos interesses se manifestem. Tão mais legítima serão a política e o direito, quanto maiores suas bases democráticas.

Esse jogo dinâmico de interesses diversos que buscam voz no ambiente discursivo levou Lasswell a afirmar que “uma das habilidades do político é calcular as prováveis mudanças de influência e de quem é influente”.<sup>128</sup>

A noção de política, como um cenário de conflito e polêmica, pode ser encontrada de forma bem fundamentada também em Carl Schmitt. O autor alemão afirma que, primeiramente, todos os conceitos, imagens e termos políticos possuem um sentido polêmico, e estão focados em um conflito específico de uma situação concreta. O resultado, segundo o autor, é o agrupamento entre amigos e inimigos, que seria tão indispensável para a ideia de política que, quando esta situação desaparece, ela torna-se “vazia e uma abstração fantasmagórica.”<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> HABERMAS, *op. cit.*, v. II, p. 353.

<sup>128</sup> LASSWELL, *op. cit.*, p. 9

<sup>129</sup> SCHMITT, *op. cit.*, p. 30. Neste mesmo sentido, Luiz Sanches Agesta, ao definir *política* em seu *Dicionário de Ciências Sociais*, afirma que a ação política tem por característica a circunstância de ser ‘livre e polêmica’. AGESTA, *apud* DELGADO, *op. cit.*, p. 57.



Em sentido muito próximo dos elementos da política acima mencionados, na conceituação proposta por Michel Debrun, pode ser considerado um *fenômeno político* todo fenômeno social que preenche, simultaneamente, os três seguintes critérios:

a) Trata-se de intervenção nas estruturas fundamentais das sociedades globais<sup>130</sup>, visando quer à sua manutenção, quer à sua transformação, quer à sua criação;

b) Constitui uma manifestação de força, ou conduz a uma tal manifestação, ou decorre dela ou apenas implica no reconhecimento da legitimidade da utilização da força, pelo menos em determinadas circunstâncias;

c) Constitui quer um projeto consciente, individual ou coletivo, quer a consciência de tal projeto, sendo ele voltado para a ação concreta e por ela inspirado.<sup>131</sup>

Em síntese, temos por política o conjunto de intervenções humanas conscientes e tendentes a adquirir projeção social, contando com o aparato da força para que sejam implementadas.

### **2.3. A função política**

O que fica muito claro ao se fazer análise geral das classificações das funções de Estado propostas no item 2.1, é que a tradicional tríade executivo,

---

<sup>130</sup> Ao mencionar que o fenômeno político opera-se no âmbito das sociedades globais, Debrun exclui da esfera política os fenômenos de nível regional e pouco abrangentes. Para o autor, qualquer comunidade que inclui um grande número de outras coletividades, organicamente interligadas, sem constituir ela própria elemento componente de uma sociedade mais vasta, é uma sociedade global. As sociedades globais são envolventes, e não envolvidas. São sociedades globais, por exemplo, as nações modernas, que compreendem uma teia complexa de agrupamentos familiares, profissionais, religiosos, etc, e não constituem, por seu lado, partes componentes de totalidades mais amplos. DEBRUN, *op. cit.*, p. 22.

<sup>131</sup> DEBRUN, *op. cit.*, p. 18.

legislativo, judiciário é insuficiente para contemplar a totalidade das atividades que cabem ao Estado. Assim, para que o modelo atual possa contemplar a integralidade de possíveis ações estatais, é necessário que a cada um destes três poderes caiba o exercício de atividades outras que não aquelas intimamente ligadas a alguma das três funções centrais.

Para Vile, a tripartição clássica emergiu após um longo período em que o homem pensava principalmente em termos de 'tarefas' que determinado governo precisava exercer, como conduzir a guerra e a diplomacia, ou manter a ordem. Entretanto, este esforço pouco tinha a ver com uma análise da natureza essencial de um governo e seu norte de atuação, e preocupava-se muito mais com o desejo de, por meio da delimitação de certas áreas funcionais, tornar possível restringir o governante a um aspecto particular do governo, de forma a exercer limites sobre seu poder<sup>132</sup>.

A organização estrutural proposta ao Estado a partir do séc. XVII, como se viu no Capítulo 1, tinha como fim especial impedir a concentração de poder em mãos únicas, o que é claramente justificável, dada a sombra absolutista da qual as sociedades ocidentais, com particular empenho, buscavam livrar-se em definitivo. Logo, a ideia de se conferir determinado grau de discricionariedade ao governante era fortemente combatida nas primeiras versões do Estado de Direito, ou *rule of law*, e quem quer que estivesse ocupando cargos de comando deveria ver-se limitado de forma exclusiva a normas jurídicas, sem margem de manobra.

Concretizado o ideal democrático no ocidente, percebeu-se que reduzir tudo ao direito é uma visão descolada da realidade e das necessidades de se governar com agilidade e de se conferir um direcionamento ao Estado fundamentado no interesse social. Aos poucos, passou a ser construída a noção de que, para que se opere a busca do interesse geral, um certo grau de discricionariedade é não só desejável, mas também indispensável para se governar, devendo existir funções a serem desempenhadas sem base em regras prévias.

---

<sup>132</sup> VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998. 321 p. Disponível em: [http://files.libertyfund.org/files/677/Vile\\_0024\\_EBk\\_v4.pdf](http://files.libertyfund.org/files/677/Vile_0024_EBk_v4.pdf), p. 223.

Esta noção de margem discricionária remonta a John Locke e a Inglaterra do século XVII. Como visto, este país varreu o ideário absolutista muito antes do restante do continente europeu, o que lhe permitiu fazer surgir teorias sobre o livre arbítrio do governante, sem o temor de que isto pudesse conduzir ao poder absoluto. Neste sentido, o *Segundo Tratado* de Locke reflete este amadurecimento, ao propor que “quando os poderes executivo e legislativo não estão nas mesmas mãos, (...) o bem da sociedade requer que várias questões sejam encargo da discricção do poder executivo”.<sup>133</sup>

Esta liberdade conferida ao governante estava, portanto, intimamente ligada à confiança nele depositada pelo povo, de que esta margem de atuação livre seria desempenhada no interesse geral. A este poder sobejante, que para Locke era inclusive capaz de contrariar a lei quando necessário<sup>134</sup>, o autor nomeou “poder de prerrogativa”, definido como “poder de agir pela discricção a favor do bem público, sem a prescrição da lei e, com freqüência, até contra ela.”<sup>135</sup>

Avançando algumas décadas no tempo, vê-se que além-mar, ao tempo da promulgação da Constituição da Virgínia, em 1776, Thomas Jefferson dizia que não se concebia o exercício de nenhum poder a não ser que sujeito estritamente à lei, e ao Presidente não era dada nenhuma prerrogativa especial na Constituição Federal.

---

<sup>133</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martins Claret, 2009, p. 108.

<sup>134</sup> Sobre esta possibilidade defendida por Locke, de o chefe do Executivo poder inclusive contrariar a lei em casos extremos de forma a preservar o bem comum, Gwyn observa que Locke defendia um poder ao monarca muito maior do que seus contemporâneos pareciam querer admitir, visto que muitos ainda encontravam-se alarmados com os atos de Jaime II. Inclusive, os argumentos de Locke pareciam muito similares àqueles utilizados pelos defensores do absolutismo. Conforme o autor, “o *Segundo Tratado*, tão comumente referido como uma defesa da Revolução, era certamente inapropriado neste ponto. Seu ponto de vista ultrapassado neste assunto, escrito uma década antes da Revolução, estranhamente estava mais afinado com aquele dos reis derrotados e seus seguidores.” GWYN, W.B. *The meaning of the separation of powers*. New Orleans: Tulane University, 1965, p. 80-81.

<sup>135</sup> LOCKE, *op. cit.*, p. 109. Prossegue o autor: “Sabemos que em alguns governos o poder legislativo nem sempre está ativo e é, em geral, numeroso e lento para acompanhar a rapidez que a execução requer, e também porque é impossível prever, e portanto contemplar com leis, as infinitas vicissitudes que afetam o público; nem tampouco fazer leis que, se executadas rigorosamente não causem dano em nenhuma ocasião e sobre todas as pessoas que a elas fiquem expostas; por isso existe certa flexibilidade no poder executivo para levar a efeito muitas ações que as leis não prescrevem ditadas pela discricção.”

Entretanto, mesmo Jefferson, ele próprio tão preocupado com a pureza da divisão funcional clássica do poder governamental, quando assumiu o governo dos Estados Unidos, logo se apercebeu da importância de uma reserva de poder discricionário.<sup>136</sup> E, de fato, ao passar do tempo, o Presidente dos Estados Unidos passou a contar com uma margem de discricionariedade, especialmente em definição de políticas públicas e assuntos externos, que o torna muito mais do que alguém que executa e propõe leis.<sup>137</sup>

Para Nuno Piçarra, mesmo no século XIX, quando a expressão por excelência do poder do Estado era realmente a lei, a ideia de uma atividade ou função estatal não redutível ao Direito, de natureza essencialmente política, não deixou de se fazer sentir. Até os expoentes mais radicais do entendimento apenas jurídico-funcional, ou da versão do Estado de Direito da separação de poderes, não ignoravam a necessária existência, em qualquer Estado, de uma função irreduzivelmente política e não apreensível normativamente.<sup>138</sup>

Para o autor português,

entende-se dela (a função política) a orientação e a direção da sociedade política em geral, a determinação do interesse público, a interpretação dos fins do Estado, a fixação das suas tarefas e a escolha dos meios materiais, técnicos e organizatórios adequados para as realizar e, ainda, a manutenção e o desenvolvimento da ordem jurídica estadual.<sup>139</sup>

No mesmo sentido, é bastante clara a colocação de Leonardo Paixão:

A esta altura, (...) mostra-se recorrente a identificação de um momento, na atividade do Estado, em que seus principais órgãos estão livres para optar, subordinados apenas a disposições constitucionais, geralmente versadas em

---

<sup>136</sup> VILE, *op. cit.*, p. 223.

<sup>137</sup> Veremos no Capítulo 3 as repercussões deste aumento considerável das atribuições do chefe do executivo na questão do exercício da função política por este poder.

<sup>138</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 250.

<sup>139</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 252.

termos bastante vagos. Os autores não são unânimes ao indicar a qual das funções do Estado pertence esta atividade, nem são unânimes ao indicar quais órgãos estatais podem exercer essa função, e nem mesmo concordam quanto ao grau de liberdade em relação ao texto constitucional de que o órgão desfruta. **Mas todos os autores convergem para a existência de uma função do Estado que consiste exatamente em optar por um dentre vários (ou pelo menos dois) caminhos possíveis.**<sup>140</sup>

Esta função, exercida com grau de liberdade, e que visa à definição do direcionamento da atuação do Estado, tem sido caracterizada e denominada por *função política*.

Para Canotilho, a função política ou de governo “é um complexo de funções legislativas, regulamentares, planificadoras, administrativas e militares, de natureza econômica, social, financeira e cultural, dirigidas à individualização e graduação dos fins constitucionais estabelecidos.” O autor complementa com o que parece ser a característica central das funções políticas: “Em geral, esta função caracteriza-se por uma grande margem de *liberdade de conformação*.”<sup>141</sup>

Esta ‘liberdade de conformação’ mencionada por Canotilho decorre de serem funções decorrentes de um diálogo estabelecido diretamente entre o agente público e a Constituição, e por dizerem respeito às escolhas básicas para formulação de políticas, que necessitam de amplo grau de discricionariedade. Esta noção está presente em Marçal Justen Filho, fazendo menção à *função de governo*, para quem:

a expressão *função de governo* indica um conjunto de competências não relacionadas propriamente à satisfação de necessidades individuais, vinculadas aos direitos fundamentais. São aquelas atinentes à existência do Estado e à formulação de escolhas políticas primárias.<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> PAIXÃO, *op. cit.*, p. 48. Grifo nosso.

<sup>141</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 648. Grifo do autor.

<sup>142</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 31-32.

Embora isso seja objeto dos próximos capítulos deste estudo, cumpre já deixar claro que esta função política não possui sua natureza estritamente vinculada a determinado tipo de ato, expedido por um poder específico. Esta função, independente de quem a exerça (legislativo, executivo ou judiciário), não é caracterizada pelo tipo de ato, mas sim por seu alcance: se tiver a finalidade de estabelecer uma escolha de definição do interesse público e de estratégias para buscá-lo, será função política, independente de ter sido, por exemplo, um decreto presidencial, a aprovação de uma lei ou uma decisão de corte judicial.

## **2.4. Elementos característicos da função política**

Da abordagem da função política feita até aqui, algumas características destacam-se, e podem auxiliar na sua identificação, o que será importante ao tratar-se dos responsáveis pela sua execução, nos Capítulos 3 e 4.

Leonardo Paixão fornece de forma muito clara os elementos que compõem a noção de função política<sup>143</sup>. Vejamos:

### **2.4.1. Exercício por órgãos estabelecidos pela Constituição**

Por se tratar da função mais elevada de Estado, e mais ligada à definição dos rumos que sua atuação deverá seguir, de forma a promover o bem comum, parece lógico que, em um Estado de Direito, os órgãos que estão aptos a desempenhá-las devem ser instituídos pela própria Constituição do país. Na maioria das democracias, como prevalece a separação tripartite de poderes, o exercício desta função está nas mãos do parlamento, quando legisla sobre temas fundamentais; do poder Executivo, personificado na pessoa do Presidente da República, Governador do Estado ou Prefeito Municipal, assistido pelos órgãos que o cercam; e do Poder Judiciário, notadamente a suprema corte do país, responsável

---

<sup>143</sup> PAIXÃO, *op. cit.*, p. 51 a 63.

pela decisão final em assuntos constitucionais (esteja ou não ligada ao Poder Judiciário).<sup>144</sup> O próprio povo pode exercer a função política, por meio da iniciativa popular, ou referendos e plebiscitos. Entretanto, não pode ser considerado um órgão a compor a estrutura do Estado.

Não há, todavia, como afirmar que um Estado que possua uma Constituição que preveja diferentes órgãos para o exercício da função em comento seja uma democracia. Mesmo ditaduras podem prevê-los, embora de fato seu exercício seja centralizado nas mãos de um único líder. Nestes casos, a separação de poderes é ineficaz em um de seus fins, qual seja, o de evitar o abuso de poder.

#### 2.4.2. Competência conferida pela Constituição para seu exercício

Não basta, entretanto, que a Constituição somente preveja a existência dos órgãos titulares do poder mencionado: deve ela, igualmente, estabelecer a quem cabe cada tipo de ato. É verdade que o texto constitucional não prevê de forma pormenorizada o teor dos atos de cada órgão; caso contrário, a margem discricionária, que é uma das características centrais da função política, desapareceria, ou ficaria bastante diminuída. Entretanto, deve estabelecer, em linhas gerais, o que cabe a qual órgão, e dentro deste espaço grande de conformação, o agente desempenha sua atividade como achar mais conveniente para atingir o bem comum.

Assim, por exemplo, não tivesse a Carta Constitucional determinado a quem cabe a ratificação de tratados internacionais, haveria conflito entre Executivo e Legislativo para que se chegasse a uma definição, que poderia ser tanto positivo, quando ambos reivindicam o poder; quanto negativo, quando nenhum dos órgãos

---

<sup>144</sup> Veremos no capítulo 4 que o exercício da função política pelo Poder Judiciário é tema polêmico, especialmente pela falta de representatividade popular deste Poder, que não é escolhido pelo povo, ao contrário dos representantes do Executivo e do Legislativo. Entretanto, optamos por listá-lo neste item, pois, de fato, este Poder vem exercendo esta função, independentemente de possuir legitimidade democrática ou não.

pretendo exercê-lo. Ao não silenciar a este respeito, a Constituição garante estabilidade nas relações entre os poderes, e preserva o interesse geral.

#### 2.4.3. Exercício segundo procedimentos constitucionalmente indicados

Embora sem riqueza de detalhes, o texto constitucional estabelece a forma como cada um dos órgãos constitucionalmente estabelecidos poderão executar suas funções. Assim, prevê a Carta as diretrizes centrais do processo legislativo; as formas pelas quais o Supremo Tribunal Federal (no caso do Brasil) se pronuncia em matérias constitucionais (Recurso Extraordinário, Ações Diretas de Constitucionalidade, entre outros), além dos atos que podem ser levados a cabo pelo Executivo, como decretos, assinatura de tratados, encaminhamento de projetos ao parlamento, entre outros exemplos.

#### 2.4.4. Exercício mediante opções feitas em temas fundamentais

Esta parece ser a característica central da função política, que é a possibilidade de livre escolha pelo agente político, dentre as opções que se colocam à sua frente, daquela que lhe parece a mais adequada para o alcance do fim pretendido. Portanto, são dois os elementos presentes nesta característica, a dizer: a liberdade de escolha; e a ocorrência de um tema fundamental.

Jellinek ensina que “sobre la dirección de la actividad que da al Estado el Gobierno, jamás puede decidir una regla de derecho”. Assim, ainda segundo o autor, “la administración posee, por tanto, un campo de libre iniciativa, que puede ser limitado por reglas jurídicas, pero cuyo contenido no es determinable por estas reglas”. O que justificaria esta liberdade na função em análise, conforme já mencionamos antes, seria o fato de que por ela afirma o Estado sua própria



existência, pois a fundação dele não significa jamais a execução de princípios de Direito, e que por ela obtém o Estado direcionamento e objetivo.<sup>145</sup>

Requer-se, deste modo, que para que se caracterize a função exercida como política, que se trate de tema de fundamental relevância. Neste contexto, como delimitar o que pode ser considerado um tema atinente à função política passa a ser importante.

Paixão estabelece como bom critério para tanto a presença ou não desta matéria no corpo da Constituição<sup>146</sup>. É certo que, em geral, as constituições apresentem-se em termos genéricos, dada sua característica sintética, e que há ampla liberdade de interpretação sobre se determinados assuntos podem ou não ser enquadrados como matéria de relevância constitucional. Mas, de fato, sendo ela a síntese dos princípios norteadores de uma nação constituída como Estado, parece ser razoável aceitar que a busca da execução de seus preceitos seja matéria política. Ratificando este entendimento, Debrun ensina que “os fenômenos políticos por excelência seriam, como na concepção jurídica clássica, as lutas em redor da Constituição do Estado”. E indaga o autor:

Não é a Constituição o meio mais poderoso de que os governantes dispõem para orientar globalmente a sociedade em um certo sentido, assegurando, por exemplo, prioridade aos objetivos religiosos sobre os objetivos econômicos, ou aos objetivos educativos sobre os objetivos religiosos, etc.?<sup>147</sup>

Tomando-se como exemplo a Constituição brasileira, pode-se admitir como temas fundamentais os atinentes à geração de empregos, à diminuição das desigualdades sociais, à promoção da educação e saúde, a manutenção da paz no

---

<sup>145</sup> Tradução livre: “Sobre a direção da atividade que o Governo dá ao Estado, jamais pode decidir uma regra de Direito.” (...) “A administração possui um campo de livre iniciativa, que pode ser limitado por regras jurídicas, mas cujo conteúdo não é determinável por estas regras”. JELLINEK, *op. cit.*, p. 467-468.

<sup>146</sup> PAIXÃO, *op. cit.*, p. 57.

<sup>147</sup> DEBRUN, *op. cit.*, p. 16.

plano internacional, à proteção do meio ambiente, à promoção da livre iniciativa, entre tantos outros itens.

#### 2.4.5. Exercício mediante atos materialmente conformes à Constituição

Viu-se que função política é juridicamente livre, havendo ampla margem de criação para seus agentes. Isso, entretanto, não representa autorização para que sua execução desvincule-se dos preceitos constitucionais. A regra geral de que todo ato, seja público ou privado, deve conter-se nos limites do texto constitucional vale também para a função em estudo, pois a liberdade de conformação que a caracteriza refere-se a outra esfera, devendo o atendimento à Constituição estar sempre intacto.

Esta ideia encontra guarida no posicionamento atual das cortes constitucionais, que vem cada vez mais trazendo para o espectro de sua atuação a análise de questões políticas à luz da Constituição, especialmente o Supremo Tribunal Federal. Gilvan Correia Queiroz Filho faz boa síntese da questão, afirmando que:

inegavelmente existe uma tendência a judicializar as questões políticas, submetendo-as ao controle dos órgãos judiciais, momento em que o 'político' se submete ao império da Constituição, embora seja inegável, também, a necessidade de garantir a existência de um núcleo político onde seja concedida ao agente a discricionariedade inerente ao exercício de suas funções constitucionais.<sup>148</sup>

A forma como o Tribunal Pleno do STF vem enxergando a necessidade de controle dos atos tidos por políticos está bem ilustrada no julgamento da Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 25.579-0/DF, julgado em 2005, relatada por Sepúlveda Pertence, conforme o seguinte trecho da ementa:

---

<sup>148</sup> QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. *O controle judicial de atos do poder legislativo: atos políticos e interna corporis*. Brasília: Brasília jurídica, 2001, p. 47.

Na qualidade de guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem a elevada responsabilidade de decidir acerca da juridicidade da ação dos demais Poderes do Estado. No exercício desse mister, deve esta Corte ter sempre em perspectiva a regra de auto-contenção que lhe impede de invadir a esfera reservada à decisão política dos outros dois Poderes, bem como o dever de não se demitir do importantíssimo encargo que a Constituição lhe atribui de garantir o acesso à jurisdição de todos aqueles cujos direitos individuais tenham sido lesados ou se achem ameaçados de lesão. À luz deste último imperativo, os atos ministeriais do parlamentar licenciado se submetem à jurisdição censória da respectiva câmara legislativa, pois a matéria tem manifestamente estatura constitucional, e não *interna corporis*. Mandado de segurança conhecido.<sup>149</sup>

Portanto, conforme Nuno Piçarra,

a constituição do Estado de Direito contemporâneo vincula juridicamente todo o poder estadual, que ela própria funda originariamente, e fica excluída a possibilidade de a função política ser considerada juridicamente livre e constitucionalmente desvinculada, pois todo e qualquer acto estadual carece e habilitação constitucional.<sup>150</sup>

#### 2.4.6. Exercício não sujeito a prazos

A liberdade para agir delegada ao agente da função política diz respeito não somente à matéria e ao conteúdo do ato, mas também ao momento mais conveniente para ação. Por vezes, a ação requerida pede urgência (por exemplo, um plano de emergência para atendimento a vítimas de chuvas excessivas), e em outras, há uma margem maior de tempo para ação. Em ambos os casos, o agente possui liberdade para tomar a providência quando julgar mais conveniente.

---

<sup>149</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 25.579-0/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 19 de outubro de 2005. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: novembro de 2009.

<sup>150</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 252-253.

Por esta razão é que a Constituição apenas lança normas-diretrizes, e o agente público irá definir o momento de atuar. Obviamente que, ao deixar de agir no momento mais adequado, ou ao agir no momento inadequado, estará sujeito ao julgamento da opinião pública, porém não estará sujeito a cominações legais por descumprimento de função política.

## 2.5. Distinção entre função política e função administrativa

A função política é exercida por meio de atos políticos. Igualmente com o fim de manter-se o rigor terminológico, cabe aqui deixar clara a distinção entre estes *atos políticos* e os *atos administrativos*, distinção que também é fonte de possíveis atropelos. Para tanto, é preciso um breve ingresso na esfera do Direito Administrativo.

Embora muita tinta já se tenha vertido para distinguir atos meramente *administrativos* (ou *públicos*), de atos *políticos* (ou *de governo*, quando provenientes do Poder Executivo), o dilema persiste: confundem-se? Quando o ato deixa de ser administrativo para tornar-se político?

A noção de *ato administrativo* já foi bem trabalhada por publicistas diversos e notáveis. Como não é intuito deste trabalho o aprofundamento neste tema, fiquemos, portanto, com dois dos clássicos. Para Caio Tácito, “quando a Administração Pública, por intermédio de seus agentes, exprime uma manifestação de vontade que visa à produção de um efeito jurídico, temos um *ato administrativo*.”<sup>151</sup> Como se vê, o conceito de Caio Tácito, embora tradicional, é absolutamente amplo e impreciso, englobando a quase totalidade dos atos de agentes públicos, seja qual for sua natureza, e não fornece, portanto, os elementos para uma diferenciação.

---

<sup>151</sup> TÁCITO, Caio. *Ato e Fato Administrativo*. In: Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres). 1º volume. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997, p. 297.

O complemento é fornecido por Celso Antônio Bandeira de Mello, outro nome notório do Direito Administrativo. Ato administrativo é:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviços público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.<sup>152</sup>

Percebe-se a inclusão de novos elementos ao conceito, especialmente interessando ao tema deste trabalho o caráter vinculado do ato, pois devem ser executados dentro dos exatos ditames da lei, salvos casos em que há espaço para discricionariedade por parte do agente, e, mesmo nestes casos, a margem de manobra é legalmente estabelecida.

Bandeira de Mello ainda estabelece uma distinção interessante entre *atos da administração* e *atos administrativos*, que é bastante útil para o estudo do que são atos políticos. Segundo o autor, há uma série de atos praticados pela Administração que não são atos administrativos: atos de direito privado, como a locação pelo Estado de uma casa para instalação de uma repartição pública; atos materiais (ou fatos administrativos), como a pavimentação de uma rua; e, por fim, *atos políticos ou de governo*, “praticados com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função puramente política, tais como o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto, etc.”<sup>153</sup>

Desta forma, os atos administrativos são aqueles praticados por agentes públicos em observância a ditames legais, devendo seu autor ater-se a seus termos. Faltam-lhe, portanto, duas características essenciais para que possa ser considerado um ato típico do exercício da função política: primeiramente, a liberdade de conformação do ato, que deve obediência tão somente à Constituição; em segundo lugar, quiçá mais importante, a inexistência de uma opção política de Estado.

---

<sup>152</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 358.

<sup>153</sup> MELLO, *op. cit.*, p. 357-358.

Logo, exerce um ato político o agente público que cria determinado programa social de assistência à população; exerce um ato meramente administrativo o agente que realiza o pagamento da folha de salários do funcionalismo de determinado órgão.

Feito estas considerações acerca do sentido da expressão *função política* para os fins deste trabalho, de forma a evitar falta de apuramento terminológico, parece-nos ser agora possível tratar da questão do exercício desta função pelos diferentes poderes do Estado.

## **CAPÍTULO 3 – O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO POLÍTICA NO BRASIL: EXECUTIVO E LEGISLATIVO**

Até aqui, viu-se que o modelo de Estado contemporâneo consagrou o princípio da separação dos poderes como forma de organização do poder, tendo ele surgido inicialmente como uma ferramenta eficaz de controle de abusos, e tendo sido mantido, mesmo com o afastamento cada vez mais definitivo da ameaça absolutista, pois foi reconhecido como uma forma aceitável e racional de divisão das funções estatais.

Em seguida, ao se analisar as funções típicas de Estado, foi possível verificar, conforme as diversas classificações apresentadas por autores importantes de Teoria Geral do Estado, que a tradicional classificação tripartite (executivo, legislativo e judiciário), apesar de sua consagração, não pode ser encarada como uma classificação definitiva. Há importantes funções que, a princípio, não são típicas de nenhuma das três esferas, e que precisam ser alocadas em alguma delas, ou em mais de uma. Entre estas funções não classificáveis de acordo com a separação de funções tradicional, está a política, que é a função sublime de Estado, pois por meio de seu exercício é que se definem os valores a serem seguidos e a estratégia pública para atingi-los.

Esta função pode tomar diversas feições, pois não há um ato político típico pelo qual ela se manifesta, podendo ser um decreto, uma nova lei, ou, no caso de tribunais com caráter político, uma decisão judicial. Propositadamente, quando analisamos as características da função política, passamos ao largo da discussão acerca da titularidade para o seu exercício, pois se trata do tema central deste estudo, merecendo este capítulo a parte e o seguinte, que se propõem fundir os temas até aqui abordados.

### **3.1. A função política nos poderes Executivo e Legislativo**

### 3.1.1. A legitimação popular como critério

Já foi dito que é por meio da função política que as diferentes esferas do poder definem o interesse público, e também elaboram os pontos críticos de Estado, que irão orientar toda a atuação do corpo público de um país ou região. Sem dúvida, trata-se da função de Estado por excelência. Como desde Rousseau e seus contemporâneos, por cujos pensamentos passamos rapidamente no Capítulo 1, persiste como princípio a noção de que o poder estatal pertence ao povo, e em seu nome deve ser exercido, o ideal seria que o próprio povo pudesse definir o que é de seu interesse, e o norte que gostaria de ver o Estado tomar em sua atuação.

Dada a impossibilidade prática de uma democracia direta nestes moldes<sup>154</sup>, gerada pelo crescimento em quantidade e complexidade das sociedades, criou-se o sistema representativo, em que representantes eleitos pelo povo, que é o verdadeiro titular do poder, embora não o exerça diretamente, tomam as decisões estratégicas.<sup>155</sup> Logo, só seria legítimo o poder e só seriam aceitáveis as resoluções se atendessem ao interesse do soberano, qual seja, o povo.

A conclusão lógica deste raciocínio, que é um dos elementos do princípio democrático, é de que, em tese, o desempenho da função política, por ser a atribuição primordial conferida pelo povo a seus representantes, não poderia ser desempenhada por quem não possua mandato popular, decorrente de eleições diretas. Sendo que, em um sistema presidencialista como o brasileiro, só são eleitos

---

<sup>154</sup> Apesar de haver hipóteses de exercício da participação popular em decisões públicas, como em referendos e plebiscitos, ou a iniciativa popular de projetos de lei, respeitados os requisitos constitucionais. Veremos também, mais adiante, que há autores defendendo um aumento da participação popular nas decisões de Estado.

<sup>155</sup> Rogério Gesta Leal reforça: “A democracia direta, desde as notícias históricas da Grécia clássica, com Atenas precipuamente, não tem uma tradição de desenvolvimento histórico, mas, ao contrário, por diversas justificativas – entre as quais, que as sociedades, com o passar do tempo, vão crescendo quantitativamente, tornando-se complexas para permitir a participação de todos -, vai desenvolvendo formas diversificadas de participação, implantando a representação política como substitutivo operacional ao método antigo.” LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: Cidadania e Poder Político na Modernidade*. 2 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, p. 144.



por sufrágio direto os representantes do Poder Executivo e do Poder Legislativo, em uma interpretação rasa do princípio democrático, somente a estes caberia a tarefa de exercer a função política.

Loewenstein, ao tratar da decisão política fundamental, como vimos no Capítulo anterior, ensina que:

Aunque las decisiones políticas están frecuentemente inspiradas e influídas por detentadores del poder invisibles, su formulación y realización están em las manos de los detentadores del poder legítimos, es decir, del gobierno y, en su caso, del parlamento.<sup>156</sup>

Partindo deste critério, a análise da distribuição da execução da função política entre os poderes será iniciada por estes dois poderes, Executivo e Legislativo, possuidores da legitimação popular. Retomaremos este ponto, bem como o princípio democrático, como critérios para definição da titularidade para o exercício desta função, no Capítulo 4, quando tratarmos do Poder Judiciário como órgão executor da função política, onde reside grande polêmica doutrinária e jurisprudencial.

### 3.1.2. O Poder Executivo

A medida da participação destas duas esferas de poder, Executivo e Legislativo, na função política, está diretamente ligada à noção de separação de poderes, aqui entendida como princípio de adequação dos órgãos constitucionais às respectivas funções. Como vimos no Capítulo 2, não houvesse uma separação bastante clara entre as atribuições de cada poder, o que é feito diretamente pela Constituição, e seriam ainda mais freqüentes os conflitos de competência, que já acontecem e são fontes de crises institucionais. Para Nuno Piçarra, as atribuições de

---

<sup>156</sup> Tradução livre: “Ainda que as decisões políticas estejam frequentemente inspiradas e influídas por detentores de poder invisíveis, sua formulação e realização estão nas mãos dos detentores de poder legítimos, é dizer, do governo e, em outros casos, do parlamento.” LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitucion*. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 64-65.

competências variam conforme a estrutura, os procedimentos e a legitimação dos órgãos, devendo eles atuar de maneira complementar. Assim, na distinção de atribuições do parlamento e do governo, deve-se levar em conta o caráter mais expedito da tomada de decisões no Executivo, diferente da lentidão que normalmente caracteriza os debates e negociações que levam à aprovação de leis pelo Legislativo. Neste sentido, ensina Piçarra:

Com efeito, a imediata legitimidade democrática do parlamento complementa-se com a “dianteira” de informação e de “margem de manobra” sobre a administração pública por parte do governo, e a adequada prossecução da função política no Estado de Direito democrático tanto requer um órgão cuja estrutura, legitimação e procedimento permitam o confronto entre as decisões políticas tomadas no seu exercício e as alternativas mais representativas a estas, como o parlamento, como requer um órgão cuja estrutura, legitimação e procedimento possibilitem decisões e atuações rápidas, para poderem ser eficazes, como o governo.<sup>157</sup>

E esta distribuição de atribuições para o exercício da função política é feita pela Constituição. Especialmente no caso brasileiro, os critérios bem listados por Piçarra podem ser claramente vistos no texto da Carta constitucional. Certas atividades, que requerem tomada de decisão ágil, de forma a atingirem plena eficácia, são de competência dos ocupantes do Poder Executivo, por exemplo, do Presidente da República ou de Ministros de Estado, que podem realizá-las por meios expeditos, como decretos e portarias. Assim, entre as atribuições do Presidente da República, no art. 84 da Constituição Federal, encontra-se a possibilidade de nomear e exonerar Ministros; exercer, com o auxílio dos Ministros, a direção superior da administração federal; via decreto, pode extinguir cargos ou funções públicas, quando vagas; estabelecer relações internacionais e nomear representantes diplomáticos; decretar o Estado de defesa e declarar guerra; editar medidas provisórias; propor projetos de lei de sua iniciativa, entre outros.

---

<sup>157</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 251-252.

O sistema presidencialista, adotado pelo Brasil desde sua primeira Constituição republicana de 1891<sup>158</sup>, privilegia de forma muito enfática a idéia do Presidente como protagonista da condução do Estado. Os poderes que lhe são conferidos são de uma vastidão quase autoritária, a ponto de o cientista político Paulo Bonavides, comentando a herança estadunidense, afirmar que “Luis XIV, redivivo, trocava talvez sem titubear o manto real de seu poder pela faixa presidencial de qualquer presidente dos Estados Unidos”.<sup>159</sup>

No sistema brasileiro, sumariamente, estes poderes do Presidente envolvem nada mais, nada menos do que a chefia da administração, através de ministérios e serviços públicos federais, entregues a pessoas de sua confiança, responsáveis perante ele, que livremente os escolhe e demite; o exercício do comando supremo das forças armadas; e a direção e orientação da política exterior com atribuições de celebrar tratados e convenções, declarar guerra e fazer paz, debaixo das ressalvas do controle exercido pelo poder legislativo, nos termos da Constituição.<sup>160</sup>

Como vimos no Capítulo 1 (item 1.6), este sistema, herança norte-americana, surgiu da necessidade de se impedir a ditadura do parlamento, sendo necessária a existência de um poder que lhe contra-balançasse em suas investidas contra o interesse público, devendo este contra-poder ser igualmente eleito, para que tivesse legitimidade similar à casa legislativa.

Este sistema leva a uma concentração das esperanças coletivas em uma única figura, algo que o Professor de Yale, Bruce Ackerman, define como ‘culto da personalidade’<sup>161</sup>. Pela proeminência da figura política única, ao invés da imagem pulverizada e multifacetada de um parlamento, torna-se normal que o centro das

---

<sup>158</sup> Sobre a evolução do presidencialismo nas constituições brasileiras, sugere-se ver MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 439; e MORAES, Alexandre de. *Presidencialismo*. São Paulo: Atlas, 2004.

<sup>159</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 299.

<sup>160</sup> Conforme BONAVIDES, *op. cit.*, p. 298.

<sup>161</sup> ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 28.

decisões políticas fundamentais de Estado recaiam sobre esta pessoa, passando o Poder Legislativo a exercer um papel coadjuvante e pouco propositivo. Para Ackerman:

É francamente embaraçoso para uma constituição requerer de cidadãos livres e iguais o depósito de tamanha confiança na integridade pessoal e nos ideais de um único ser humano. Muito melhor para a constituição seria estimular os cidadãos a se engajarem em uma política de principio, discutindo qual dentre os partidos políticos existentes melhor expressa seus ideais coletivos, trabalhando para revisar estes ideais para modificá-los com o tempo e formando coalizões sensatas quando nenhum partido ganha o apoio da maioria.<sup>162</sup>

Trata-se de sistema muito diferente do Parlamentarismo, cujo modelo de referência é o inglês, em que Poder Executivo e Legislativo encontram-se visceralmente ligados, sendo somente o parlamento eleito diretamente pelo povo, e o Primeiro Ministro, chefe do Executivo, indicado pela coalizão partidária majoritária entre os representantes eleitos. Assim, o chefe do Executivo só está garantido no cargo enquanto seu trabalho estiver em conformidade com o ideário traçado pelo parlamento, devendo constantemente estar prestando contas de seus atos perante o órgão de representantes.

A diferença em relação ao modelo presidencialista é clara: o protagonismo na definição do interesse público e no exercício da função política desloca-se da pessoa única do Presidente da República para o corpo de parlamentares, o que é herança da doutrina de Locke e seus seguidores, para quem o Poder Legislativo sempre deveria ser o principal ator no cenário democrático, e o Executivo, tão somente um executor de suas diretrizes.

No sistema presidencialista, por sua vez, o que se tem é cada vez menos um 'Executivo', no rigor do termo, executor de leis, e sim o principal realizador da função política de Estado, o que representa ofensa mortal à separação de poderes clássica. Afinal, como vimos no Capítulo 1, o principal fundamento da criação do

---

<sup>162</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, p. 35.

princípio é sua função de distribuir o poder em mais de uma mão, de forma a evitar o abuso em seu exercício, o que se torna uma tendência em função da típica fraqueza humana. Um sistema que não proporciona este equilíbrio de forças configura uma separação de poderes ineficaz, que não atinge seu propósito.

Casos mais extremos desta hipertrofia executiva levaram o cientista política argentino Guillermo O'Donnell a teorizar sobre um novo tipo de democracia, a que chamou de 'democracia delegativa', uma espécie de evolução degenerada da democracia representativa, e que parte de uma premissa básica: quem ganha uma eleição presidencial é autorizado a governar o país como lhe parecer conveniente, e, na medida em que as relações de poder existentes permitam, até o final de seu mandato. O presidente, no dizer do autor, é "a encarnação da nação, o principal fiador do interesse nacional, o qual cabe a ele definir"<sup>163</sup>.

Neste cenário, outras instituições, como o Congresso e o Judiciário, são incômodos que acompanham as vantagens internas e internacionais de ser um presidente democraticamente eleito. A ideia de obrigatoriedade de prestar contas a essas instituições, ou a outras organizações privadas ou semi-privadas, é vista como um impedimento desnecessário à plena autoridade cuja delegação para exercer o presidente recebeu.

Esta delegação quase absoluta, além de exagerada e ofensiva à separação de poderes, traz outros riscos. Se, por um lado, em uma democracia sólida as políticas públicas devem passar por uma série de poderes relativamente autônomos, a tomada de decisões é lenta e incremental, por outro, ela é normalmente vacinada contra erros grosseiros, e a responsabilidade por eventuais equívocos tende a ser amplamente partilhada. A democracia delegativa, por sua vez, tem a aparente vantagem de permitir uma elaboração rápida de políticas, mas à custa de uma alta probabilidade de erros grosseiros, de implementação incerta, e de uma altíssima concentração da responsabilidade pelos resultados no presidente.

---

<sup>163</sup> O'DONNELL, Guillermo. Democracia Delegativa? In: *Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo: Editora Brasileira de Ciências, n. 31, p. 25-40, outubro de 1991.

O'Donnell, por esta razão, observa que “não é de surpreender que esses presidentes sofram vertiginosas variações em sua popularidade: hoje são aclamados como salvadores providenciais, amanhã são amaldiçoados como só acontece aos deuses caídos.”<sup>164</sup> Mas, embora tais características possam ser similares às de um regime autoritário, estão dentro do leque de formas democráticas, devido à existência de escolha popular e de instituições, ainda que fragilizadas, como Judiciário e Legislativo. Todavia, “mesmo que a democracia delegativa pertença ao gênero democrático, seria difícil encontrar algo que seja mais estranho, quando não hostil, à construção e ao fortalecimento de instituições políticas democráticas.”<sup>165</sup>

Analisando-se esta situação ainda sob o prisma da separação de poderes, vale observar que o Chefe do Executivo carece inclusive de legitimidade para tomar a dianteira, de forma quase exclusiva, na determinação política do Estado. Tomando o presidencialismo em sua gênese, nos Estados Unidos, conforme feito no Capítulo 1, pode-se perceber que a figura do Presidente eleito surgiu não para criar uma nova instância de representação popular, mas tão somente uma posição popularmente legítima com duas funções centrais: exercer contraponto ao exercício de poder pelo Poder Legislativo; e execução dos mandamentos legislativos por meio do uso do poder.

Ou seja: o Presidente, em tese, não é um representante do povo, no rigor do termo, e sim um mandatário legítimo para equilibrar abusos do Legislativo e conduzir a máquina pública.

Fabio Konder Comparato dá amparo a este argumento:

No regime presidencial, o Chefe do Executivo deve ser eleito pelo povo, mas ele não pode, nunca, ser considerado representante do povo, pela boa razão de que a representação popular nada mais é do que um mecanismo de defesa do povo, perante o Poder Executivo. Este tem, com efeito, a prerrogativa que os romanos denominavam *imperium*. Ele concentra em suas mãos todos os poderes coativos em relação ao povo: a polícia judiciária e a

---

<sup>164</sup> O'DONNELL, *op. cit.*, p. 33.

<sup>165</sup> O'DONNELL, *op. cit.*, p. 33.

administrativa, o poder de tributar, o poder de expropriar *et alii*. A função essencial dos parlamentares, enquanto representantes do povo, consiste, justamente, em *limitar os poderes de coação do governo e fiscalizar o seu exercício*.<sup>166</sup>

Em princípio, portanto, não seria função executiva definir o que é o interesse público, cabendo a ela tão somente executar as leis e a Constituição. O tradicional publicista Caio Tácito deixa isso claro ao afirmar que “a lei prevê, a administração executa e a justiça garante um certo número de obrigações e faculdades que visam a atender ao interesse público e às conveniências dos administrados”<sup>167</sup>. Seu campo de atuação se realiza dentro em normas criadas pela função *legislativa*, por vezes asseguradas pela função jurisdicional.

Assim, o predomínio do Executivo para o exercício da função política, relegando ao Legislativo a simples função de ratificar suas iniciativas, não se legitima em função do voto popular. Há, sim, uma ampla margem de liberdade para a consecução dos fins determinados pela Constituição, o que não o torna o Poder único e incontestável, mas sim, antes de tudo, um legítimo possuidor da força para ordenar condutas e executar políticas.

Embora o caso do Brasil não pareça ser o de uma ‘democracia delegativa’<sup>168</sup>, de O’Donnell, o mal-estar quanto ao hiper-dimensionamento dos poderes executivos existe, e não é novo, acompanhando o sistema presidencialista

---

<sup>166</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A ‘questão política’ nas medidas provisórias: um estudo de caso. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 31, de 2000.

<sup>167</sup> TÁCITO, Caio. O abuso do poder administrativo no Brasil. In: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 39.

<sup>168</sup> A afirmação é do próprio Guillermo O’Donnell, em entrevista ao Jornal Estado de São Paulo. Para ele, o Brasil movimenta-se no sentido de uma “democracia representativa, ainda que imperfeita”, diferente de países como Equador, Argentina, Bolívia e Venezuela, que nitidamente parecem mais caracterizadas como democracias delegativas. Uma constatação empírica, segundo O’Donnell, é a de que “esses presidentes nascem de profundas crises de seu país, quando cresce a demanda por algum tipo de ordem e poder. Alguns presidentes chegam ao topo e fracassam rapidamente.” Um exemplo claro disso seria Fernando Collor de Mello, no Brasil. Poderosas tentações. *Estado de São Paulo*, Caderno Suplementos, 16 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,poderosas-tentacoes,372210,0.htm>. Acesso em: 20 de janeiro de 2010.

há tempos. Rui Barbosa, um dos grandes defensores do sistema copiado dos americanos, do alto de sua desilusão com os rumos por ele tomados no Brasil, afirmou, em discurso proferido em 1914, que “o Presidencialismo Brasileiro não é senão a ditadura em estado crônico, a irresponsabilidade geral, a irresponsabilidade consolidada, a irresponsabilidade sistemática do Poder Executivo.”<sup>169</sup>

Além de Rui Barbosa, vale lembrar aqui o ilustre deputado sergipano e antigo membro da Academia Brasileira de Letras Sílvio Romero, um dos mais ferrenhos críticos do presidencialismo na virada do século XIX para o século XX, e defensor incontestado da instalação do parlamentarismo no Brasil, o qual igualmente denunciava o achincalhamento da representação popular e da separação de poderes promovido pelo sistema presidencialista:

No sistema presidencial a representação nacional é alguma coisa que se aceita, que se inclui na constituição, como que a contragosto, como uma espécie de cortesia ao gênio democrático e liberal dos modernos tempos, mas uma coisa de que há uma espécie de receio latente, tanto que mostra-se todo o empenho em afastá-la de qualquer ingerência nos negócios e procura-se de sua ação deixar inteiramente livre o campo do executivo.(...) Daí resulta considerável depressão na importância social e política dos representantes da nação.<sup>170</sup>

Entretanto, os tempos mudaram, e o papel de simples executor conferido ao executivo sofreu modificações. Entre as possíveis razões para a hipertrofia do papel do governo, Loewenstein aponta o desenvolvimento do Estado de bem estar social e a proteção aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, na transformação de um Estado ‘legislativo’ em um Estado ‘administrativo’:

En la sociedad estatal del siglo XX, se puede considerar como el fenómeno más digno de ser resaltado la transformación del Estado legislativo en el Estado administrativo. Por el enorme crecimiento que han experimentado las intervenciones administrativas llevadas a baco por el Estado de bienestar en

---

<sup>169</sup> BARBOSA, Rui, *apud* COMPARATO, *op. cit.*, p. 14.

<sup>170</sup> ROMERO, Sílvio. *Realidades e ilusões no Brasil: parlamentarismo e presidencialismo e outros ensaios*. Petrópolis: Vozes, 1979, p. 82.



la vida de la comunidad, há habido necesidad de delegar la mayor parte de la función legislativa del parlamento en el gobierno y en las autoridades.<sup>171</sup>

De fato: analisando-se a evolução do constitucionalismo brasileiro, percebe-se na Constituição Federal de 1988 o apogeu dos direitos individuais, não somente negativos, de proteção da esfera individual do cidadão contra as ingerências do Estado, mas também direitos fundamentais positivos, que obrigam o Estado a fornecer à população o que se convencionou chamar de 'mínimo existencial'<sup>172</sup>, que é um conjunto de prestações vindas do Estado necessárias para garantir vida digna a seus destinatários. O efeito disso é o excesso de demandas sociais sobre a estrutura governamental. Novamente em Tácito, vemos que:

As condições sociais atribuem ao Estado uma posição de tutela e comando de interesses gerais e particulares. A manutenção e sobrevivência do indivíduo, a sua proteção contra riscos sociais, a própria defesa da soberania nacional, impõem a revisão dos alicerces: a propriedade, a família, o trabalho e a empresa obedecem a novos pressupostos de inspiração coletiva.<sup>173</sup>

Portanto, o Estado de bem estar social ajuda a explicar a atuação destacada do Poder Executivo, embora não sirva para justificar de forma razoável seu gigantismo e o solapamento das atribuições do Poder Legislativo.

Outra explicação provém da existência de mecanismos que concedem ao Chefe do governo poderes normativos. Aliás, estas prerrogativas normativas retratam o fato de a divisão de funções não ser estanque, podendo o Executivo

---

<sup>171</sup> Tradução livre: "Na sociedade estatal do século XX, se pode considerar como o fenômeno mais digno de ser ressaltado a transformação do Estado legislativo em Estado administrativo. Pelo enorme crescimento que experimentaram as intervenções administrativas levadas a cabo pelo Estado de bem estar na vida da comunidade, houve a necessidade de delegar a maior parte da função legislativo do parlamento ao governo e às autoridades". LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 66-67. No mesmo sentido, Paulo Bonavides: "Com o presidencialismo contemporâneo, dada a crescente ampliação das funções estatais em virtude da multiplicidade de fins cada vez mais volumosos, que o Estado de contínuo é chamado a prover, as responsabilidades do Presidente se têm tornado penosas, esmagadoras, opressivas." BONAVIDES, *op. cit.*, p. 298.

<sup>172</sup> Fazemos referência novamente ao mínimo existencial no Capítulo 4, quando tratarmos da função política desempenhada pelos tribunais.

<sup>173</sup> TÁCITO, *op. cit.*, p. 40.

legislar, embora somente nas matérias devidamente fixadas pelo poder constituinte, e por meio de atos de hierarquia constitucional inferior às leis editadas pelo Congresso Nacional<sup>174</sup>. Tais mecanismos, se extrapolados os limites fixados constitucionalmente para sua utilização, terminam por transformarem-se em ferramentas perigosas de execução de função política sem a necessária legitimação anterior pelos representantes do povo.

O primeiro destes poderes é o poder regulamentador, exercido por meio de decretos, que em princípio deveriam ter natureza meramente derivada<sup>175</sup>. Embora tenha a função única e exclusiva de tornar concretizáveis disposições constitucionais e legais, detalhando como serão executadas, não raro o decreto é utilizado para inovar em sentido legislativo. O Poder Executivo, nestes casos, aproveita-se de uma zona cinzenta existente entre o campo legal e regulamentar, bem definida por Rui Barbosa, desta vez em seus comentários à 1ª Constituição da República, de 1891:

A Constituição nitidamente separa da função de legislar e de regular, comettendo cada uma, como privativa, a um só poder. Mas as duas, verdade seja, não se podem considerar substancialmente distintas e rigorosamente delimitáveis. Do regular ao legislar, do legislar ao regular, nem sempre são claras as raias. Entre as duas competências medeia uma zona de fronteira, indecisa, mixta, por ventura *commum*, em que ora as leis regulamentam, ora os regulamentos legislam.<sup>176</sup>

---

<sup>174</sup> Kelsen ainda classifica como exercício da função legislativa pelo chefe do departamento executivo quando tem direito de impedir, por meio de veto, que normas pronunciadas pelo órgão legislativo se tornem leis, ou quando tais normas não podem se tornar leis sem antes receber sua aprovação. Além disso, exerce função legislativa o executivo igualmente quando tem o direito de tomar a iniciativa no processo legislativo, podendo submeter ao parlamento um projeto de lei para apreciação. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 388-389.

<sup>175</sup> Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando compara-se *leis* e *decretos*, tem-se que a lei é um ato normativo originário (porque cria direito novo originário de órgão estatal dotado de competência própria derivada da Constituição); e o decreto regulamentar é ato normativo derivado (porque não cria direito novo, mas apenas estabelece normas que permitam explicitar a forma de execução da lei). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2002. 14ª ed, p. 222.

<sup>176</sup> BARBOSA, Rui. *Comentarios à Constituição Federal Brasileira: das disposições preliminares*. São Paulo: Saraiva, 1932. v.1, p. 409-410.

Decretos há, entretanto, que fogem à regra da mera regulamentação de uma lei já existente, e estabelecem contato direto com a Constituição. Esta possibilidade, entretanto, requer previsão constitucional, como é típico da função política, por sinal. Em matéria tributária, por exemplo, as possibilidades conferidas ao Poder Executivo pelo texto constitucional são amplas, ainda mais se levarmos em conta que, nos primórdios da instituição do parlamento, sua função primordial era autorizar ao administrador a cobrança de impostos.

Aliás, especificamente neste campo (tributário), percebe-se exemplo claro do protagonismo conferido pelo legislador constituinte ao Executivo na tarefa de criação de políticas públicas, e por meio de decretos. Tanto é que, no art. 153 da Constituição, o qual lista os tributos que podem ser instituídos pela União, foi deixada uma exceção generosa à regra de que a majoração de tributos requer aprovação por meio de lei, ao estabelecer, em seu §1º, que os impostos sobre importação, exportação, produtos industrializados e operações de crédito, câmbio e seguro, poderão ter suas alíquotas livremente alteradas pelo Poder Executivo. São os chamados tributos de caráter 'extrafiscal', os quais possuem clara função política, posto que não têm viés simplesmente arrecadatório, e sim de gerar estímulos no meio social e econômico. Para Miguel Hilu, "emerge a extrafiscalidade como instrumento sobremaneira utilizado para obtenção de fins outros da atividade impositiva do Estado, não meramente arrecadatórios, transformando o mundo social".<sup>177</sup>

Portanto, quando o governo pretende estimular determinado setor econômico, de forma a gerar emprego e renda, atrair investimentos financeiros, estimular exportações e importações, estimular determinado tipo de consumo pela população, tem em sua mão um dos mais eficientes instrumentos de criação de políticas públicas, que é a tributação.

---

<sup>177</sup> HILU, Miguel. Comentários aos arts. 19 a 28. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 223.

Outra forma de poder normativo conferido ao Executivo, especificamente no Brasil, são as medidas provisórias. Pela sua importância no atual cenário das relações entre os poderes no Brasil, especialmente no tocante ao exercício da função de definição do interesse público, as medidas provisórias merecem que se passe os olhos sobre elas em ponto específico, pelo desequilíbrio que vêm causando ao princípio em estudo.

### 3.1.2.1. *As medidas provisórias*

Nada traduz melhor o quadro institucional de hipertrofia do Executivo no Brasil do que a forma como se vem lançando mão das medidas provisórias, possibilidade aventada pela Constituição em seu art. 62, e que consiste em poder normativo conferido ao Presidente da República, do qual pode ele utilizar-se, em tese, em casos de relevância e urgência.

Os perigos deste instrumento já eram discutidos à época da Assembléia Nacional Constituinte. Na transcrição dos debates travados pelos constituintes, é possível ver colocações como a do Deputado Adylson Motta (PDS-RS), que à época apresentou mais de uma emenda supressiva ao art. 64 do que era o então projeto da Constituição, e que fazia referência às medidas provisórias como o “haraquiri do Congresso Nacional, uma auto-podação, uma auto-mutilação, uma transferência de competência”. Após, fazendo referência a declaração do ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Leitão de Abreu, afirmou que “A Constituinte deu um cheque em branco a Sarney (então Presidente). Eu diria que aos Presidentes futuros.”<sup>178</sup>

---

<sup>178</sup> Outros, como o então Deputado Roberto Freire (PCB-PE), consideravam a medida provisória um avanço: “Sr. Presidente, por considerar a grande conquista que significa a medida provisória, porque arma o Executivo e extingue o Decreto-Lei, valorizando o Legislativo, votaremos contrários ao destaque (supressivo, que pretendia retirar a medida provisória do texto)”. Diários da Câmara dos Deputados. Disponível em:

<[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20a.asp?DataIn=25/08/1988&txPagina=13024&txSuplemento=0&seICodColecaoCsv=R](http://imagem.camara.gov.br/dc_20a.asp?DataIn=25/08/1988&txPagina=13024&txSuplemento=0&seICodColecaoCsv=R)>. Consultado em 24 de fevereiro de 2010. P. 60 e 61.

Este aumento das prerrogativas normativas do Presidente da República reflete de forma clara o aumento do ‘Estado administrativo’ referido por Loewenstein, em detrimento do equilíbrio da separação dos Poderes de Estado.<sup>179</sup>

A finalidade da Constituinte era nobre com a criação deste instituto, inspirado no modelo da Constituição italiana de 1948<sup>180</sup>, e que floresceu largamente como fonte de direito na sucessão de regimes políticos marcados pelo fortalecimento do Poder Executivo. Esta agilidade necessária para a execução de medidas emergenciais é destacada por Leon Szklarowsky:

O Estado moderno não pode prescindir de certos instrumentos que lhe dêem agilidade bastante para a realização de atividades que não possam aguardar o desenlace moroso da via normal. As Constituições modernas dispõem de certos mecanismos que permitem ultrapassar as barreiras impostas pela rígida divisão de poderes, que hoje não mais comporta a severa intangibilidade desses mesmos poderes.<sup>181</sup>

---

<sup>179</sup> E, de fato, em seu nascedouro, na Constituinte de 1988, o objetivo da medida provisória era mesmo o de servir como instrumento do Executivo para atender ao bem estar social em determinados casos. O Relator Geral Bernardo Cabral, ao rechaçar emenda supressiva que pretendia retirar do texto final da Carta o artigo referente à medida provisória, argumentou que “as medidas provisórias com força de lei, em caso de relevância e de urgência, constituem instrumentos importantíssimos para o moderno *welfare state*, desde que utilizados com parcimônia, propriedade e com a eficácia.” Diários da Câmara dos Deputados. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20a.asp?DataIn=25/08/1988&txPagina=13024&txSuplemento=0&seICodColecaoCsv=R](http://imagem.camara.gov.br/dc_20a.asp?DataIn=25/08/1988&txPagina=13024&txSuplemento=0&seICodColecaoCsv=R)>. Consultado em 24 de fevereiro de 2010. P. 61.

<sup>180</sup> A transcrição do texto do diploma italiano deixa clara a semelhança das medidas provisórias com os *provvedimenti provvisori con forza de legge* (segunda parte do art. 77): “O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, emitir decretos que tenham valor de lei ordinária. Quando, em caso extraordinário de necessidade e de urgência, o Governo adota, sob sua responsabilidade, provimentos provisórios com força de lei, deve no mesmo dia apresentá-los para conversão às Câmaras que, ainda se dissolvidas, serão expressamente convocadas e se reunirão dentro de cinco dias. Os decretos perderão eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei dentro de 60 dias de sua publicação. As Câmaras poderão, todavia, regular em lei as relações jurídicas constituídas com base nos decretos não convertidos”. Conforme TÁCITO, Caio. As medidas provisórias na Constituição de 1988. In: TÁCITO, *op. cit.*, p. 516.

<sup>181</sup> SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias: instrumento de governabilidade*. São Paulo: NDJ, 2003, p. 84-85.

Inspirada no Decreto-Lei<sup>182</sup>, a criação da medida provisória pretende manter a mobilidade que o caracterizava, igualmente para casos emergenciais, retirando seus resquícios autoritários, pois há a possibilidade de reversão dos efeitos jurídicos já criados, os quais não podiam ser desfeitos no caso do Decreto-Lei.

Kelsen destaca o perigo deste tipo de prerrogativa dada pelas constituições ao Executivo, apontado à época da Constituinte, pois ameaça a proeminência da função legislativa em relação às demais como fonte geradora de normas gerais. Ao comentar o decreto-lei, o autor critica as constituições que o prevêm, pois possibilita que outros órgãos, que não o legislativo, possam intrometer-se em uma esfera em que o Legislativo optou por silenciar:

Caso o chefe de Estado seja autorizado pela constituição a regulamentar, por meio de decreto-lei, matérias anteriormente não regulamentadas pela ordem jurídica, as matérias em vista são as que nunca foram regulamentadas por normas impondo deveres jurídicos ao sujeito, mas que foram regulamentadas de modo negativo porque estão incluídas em uma esfera de liberdade dos indivíduos juridicamente protegida.<sup>183</sup>

Por esta razão é que o chefe do governo, ao fazer uso de instrumentos normativos desta modalidade, precisa verificar se a matéria que pretende regular não irá inserir norma em um campo em que o Legislativo optou por silenciar. Daí a extraordinariedade, para normatizar situações especiais.

---

<sup>182</sup> São duas as principais diferenças entre o Decreto-Lei do período autoritário brasileiro, criado pela Constituição militar de 1967, e as medidas provisórias da Constituição de 1988. Primeiramente, em relação à matéria que lhes serve de objeto: no Decreto-Lei, as medidas deveriam versar somente sobre segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias, e criação de cargos públicos e fixação de vencimentos; enquanto o escopo das medidas provisórias é mais amplo, podendo tratar em princípio de todos os assuntos de competência legislativa da União, salvo as exceções do art. 62, Parágrafo 1º da Constituição. A segunda diferença refere-se aos efeitos de rejeição. No regime do Decreto-Lei, a rejeição pelo Congresso não implicava a nulidade dos atos praticados durante sua vigência, traço caracteristicamente autoritário; ao passo que no modelo das medidas provisórias, a rejeição opera efeitos *ex tunc*, devendo o Congresso disciplinar as relações jurídicas decorrentes desta situação. Conforme TÁCITO, Caio. As medidas provisórias na Constituição de 1988. In: TÁCITO, *op. cit.*, p. 513-514.

<sup>183</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 388.

Entretanto, esta prerrogativa, em princípio extraordinária, passou a ser percebida e aproveitada como um facilitador da governabilidade, o que, do ponto de vista do governante, parece racional: ao invés de submeter o tema ao Congresso, e aguardar o deslinde das desgastantes negociações envolvendo a aprovação de um projeto, edita-se a medida provisória com o conteúdo pretendido, a qual passa a vigor e gerar efeitos imediatamente, e obriga-se o parlamento a apreciá-la em curto espaço de tempo, constringendo-o a aprová-la, sob pena de ter de reverter efeitos já difundidos e concretizados.

Diante desta oportunidade, o uso que se tem feito deste instrumento por parte dos ocupantes do cargo de chefia do Executivo no Brasil torna ainda maior a distância entre o nível de participação dos dois poderes na tomada de decisões cruciais de Estado<sup>184</sup>. A frouxidão com que se tem interpretado os termos ‘relevância’ e ‘urgência’<sup>185</sup> tem feito das medidas provisórias a principal forma de realização de políticas públicas no Brasil, sendo o Poder Executivo atualmente o responsável pela definição da agenda de discussões travadas no Congresso Nacional, dado que a não apreciação destas medidas em até quarenta e cinco dias a partir de sua publicação trava a apreciação de quaisquer outras deliberações legislativas nas

---

<sup>184</sup> O número de medidas provisórias editadas desde a promulgação da Constituição Federal deixa clara a afirmação, e demonstra que todos os presidentes a utilizaram como instrumento de governo. Levando-se em conta somente as medidas provisórias originárias (sem levar em conta reedições), os números são os seguintes: no governo José Sarney, foram 125 MPs originárias; no governo Fernando Collor, 89 MPs; no governo Itamar Franco, 142 MPs; no primeiro mandato do governo Fernando Henrique Cardoso, foram 160 MPs; no segundo mandato de Fernando Henrique, foram 103 MPs; Lula é o campeão absoluto no uso de medidas provisórias, com 240 apenas em seu primeiro mandato; e, até a data de 15 de novembro de 2009, já haviam sido 128 MPs em seu segundo mandato. Dados disponíveis na internet, pelo site oficial da Presidência da República. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: novembro de 2009.

<sup>185</sup> A justificativa apresentada na exposição de motivos da medida provisória n. 437 de 2008 (posteriormente revogada pela MP n. 439 de 2009), no trecho em que trata da transformação da Secretaria Especial de Aqüicultura e Pesca em Ministério da Pesca e Aqüicultura, dá uma noção da absoluta falta de rigor no uso dos requisitos de relevância e urgência que justificam as MPs, com afirmações vazias e sem fundamentação: “Especialmente no que tange à criação do Ministério da Pesca e Aqüicultura, acreditamos que a necessidade de conferir celeridade aos processos de desenvolvimento da pesca e aqüicultura no Brasil, além da crise dos alimentos no mundo, justificam a urgência para a utilização da prerrogativa prevista no art. 62 da Constituição. A urgência da medida justifica-se, também, pelo enorme passivo histórico relativo à matéria de pesca e aqüicultura no Brasil. Assim, são necessários ajustes na legislação, de modo a garantir a efetividade de programas já em desenvolvimento.” Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: novembro de 2009.

casas legislativas (art. 62, §6º da Constituição). E por mais que a vagueza dos termos ‘relevância’ e ‘urgência’ abra amplo campo interpretativo, não há como conferir caráter de urgência à grande parte das medidas editadas pelos diferentes Presidentes da República que ocuparam o cargo desde que o instrumento foi criado.<sup>186</sup>

A gravidade da situação, entendida pelo parlamento como ofensa ao princípio da separação de poderes, levou a Câmara dos Deputados recentemente, por meio de sua presidência, a adotar interpretação ousada do texto do art. 62, §6º. Ao responder à Questão de Ordem n. 411 da 53ª Legislatura, o Presidente da Casa, Michel Temer<sup>187</sup> (que, além de parlamentar, é respeitado constitucionalista), entendeu que a medida provisória só pode sobrestar a pauta do Congresso no tocante àquelas matérias que podem ser objeto de medida provisória, ou seja, basicamente as leis ordinárias. Logo, as hipóteses do art. 62, §1º, que não podem ser objeto deste instrumento (por exemplo, matéria reservada a lei complementar, emendas constitucionais) poderiam seguir sua tramitação livremente.

Na justificativa de sua decisão, muito em consonância com o tema deste trabalho, Temer traz à tona a indisposição do parlamento com o fato de estar atuando como mero coadjuvante no cenário das decisões fundamentais do país, com um gigantismo do Poder Executivo, e menciona o sistema constitucional brasileiro,

---

<sup>186</sup> Entre outros exemplos de medidas provisórias distantes do preenchimento do pré-requisito da urgência, pode-se citar a 1964, de 2000, que tinha como objeto alterar a Lei 8.112/90, relativo o regime dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais; a MP 2192-70, de 2001, que estabelece mecanismos objetivando incentivar a redução da presença do setor público estadual na atividade financeira bancária e dispõe sobre a privatização de instituições financeiras; MP 2208, 2001, que dispõe sobre a comprovação da qualidade de estudante e de menor de dezoito anos; medidas em matéria tributária para alteração de alíquotas ou de procedimentos rotineiros para pagamento de tributos, como a n. 2199-14, de 2001, a n. 75 de 2002, a n. 135/2003, a n. 449 de 2008; medidas para criação de cargos e órgãos públicos, reestruturação de carreiras, como a n. 86 de 2002, a n. 106 de 2003, a n. 145 de 2003, a n. 441 de 2008; a n. 61 de 2002 e a 126 de 2003, que, mesmo não havendo qualquer ameaça de o Brasil envolver-se em conflito armado, dispõem sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: novembro de 2009.

<sup>187</sup> Vale observar que Michel Temer, durante a Constituinte, havia sido autor de emenda supressiva da medida provisória, na Comissão de Sistematização. Conforme Diários da Câmara dos Deputados, *op. cit.*, p. 60.



que privilegia uma separação de poderes em que não há predominância de um poder sobre outro:

Esta interpretação, como V.Exas. percebem, é uma interpretação do sistema constitucional. O sistema constitucional nos indica isso, sob pena de termos que dizer o seguinte: olha aqui, a Constituinte, de 1988, não produziu o Estado Democrático de Direito; a Constituinte, de 1988, não produziu a igualdade entre os órgãos do Poder. A Constituinte, de 1988, produziu um sistema de separação de Poderes, em que o Poder Executivo é mais relevante, é maior politicamente do que o Legislativo, tanto é maior que basta um gesto excepcional de natureza legislativa para paralisar as atividades do Poder Legislativo. Poderíamos até exagerar e dizer: na verdade o que se quis foi apenas o Poder Legislativo. Ou seja, se o Legislativo não examinou essa medida provisória, que nasceu do sacrossanto Poder Executivo, o Legislativo paralisa suas atividades e passa naturalmente a ser chicoteado pela opinião pública.<sup>188</sup>

A preocupação com esta usurpação do princípio da separação dos poderes também preocupa o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal. Levada a mencionada decisão de Questão de Ordem da Presidência da Câmara ao Tribunal, a liminar em Mandado de Segurança preventivo foi negada em cognição sumária pelo Relator Ministro Celso de Mello, para quem o ato da Mesa busca:

(...) **neutralizar** ensaios de centralização orgânica **capazes** de submeter, **ilegitimamente**, o Parlamento **à vontade unipessoal** do Presidente da República, **cuja hegemonia** no processo legislativo **tende**, cada vez mais, **a inibir o poder de agenda** do Legislativo, **degradando-o**, enquanto instituição **essencial** ao regime democrático, à condição de aparelho estatal **inteiramente** subordinado aos desígnios do Executivo, **precisamente em decorrência** da prática **imoderada** do poder de editar medidas provisórias.

E continua:

---

<sup>188</sup> A íntegra da Questão de Ordem n. 411 está disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/639343.pdf>. Acesso em: 11 de novembro de 2009.

As razões expostas pelo Senhor Presidente da Câmara dos deputados põem em evidência um fato que não podemos ignorar: o de que a crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem causado profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo.<sup>189</sup>

A situação das medidas provisórias representa, atualmente, uma das principais deturpações ao equilíbrio entre poderes no Brasil. O impacto desta situação no exercício das funções políticas é direto, pois a agenda de discussões sobre a definição do interesse público, que é o que lhe caracteriza, vem sendo posta pelo Poder Executivo, quase em sua totalidade.

Analisando-se a recente história política do Brasil, pós Constituição de 1988, percebe-se que muitos dos acontecimentos mais decisivos em termos de definição do interesse público e dos rumos do Estado tiveram sua origem em uma medida provisória. Um exemplo interessante são os planos econômicos: desde 1989, todos estes planos, que representam a escolha econômica fundamental de um país, deram-se por meio de medidas provisórias: o Plano Cruzado, criado em 1986 via Decreto-Lei, porém reeditado após a Constituição de 1988 na forma de medida provisória<sup>190</sup>, o planos Verão, Collor I e II<sup>191</sup>, e finalmente, Plano Real<sup>192</sup>.

---

<sup>189</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 27.931-1/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 27 de março de 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: novembro de 2009. Grifos no documento original.

<sup>190</sup> Instituído pelo Dec.-lei nº 2.284, de 10-3- 86, que revogou e substituiu o Dec.-lei nº 2.283, de 27-2-86, modificando a denominação do sistema legal brasileiro, instituindo o 'cruzado', posteriormente alterado para 'cruzado novo', pela MP nº 32, de 15-1-8, depois convertido na Lei nº 7.730, de 31-1-89. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: novembro de 2009.

<sup>191</sup> Plano Verão: MP n. 32, de 15 de janeiro de 1989, convertida na Lei n. 7730, de 31 de janeiro de 1989; Plano Collor I: MP n. 168, de 15 de março de 1990, convertida na Lei n. 8.024, de 12 de abril de 1990; Plano Collor II: MP n. 294, de 31 de janeiro de 1991, convertida na Lei n. 8177, de 1º de março de 1991. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: novembro de 2009.

<sup>192</sup> O Plano Real teve seu início com a MP 434, de 27 de fevereiro de 1994, que criou a Unidade Real de Valor (URV), reeditada por duas vezes até sua conversão na Lei 8880, de 27 de maio de 1994; e posteriormente veio a MP que criou o Plano, 542, de 30 de junho de 1994, reeditada por 12 vezes, até que a MP 1027, de 20 de junho de 1995, sua 13ª edição, foi convertida na Lei 9069 de 29 de junho de 1995, que dispunha sobre "o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e

A privatização do setor elétrico brasileiro, que lançou o país em furiosas discussões políticas e ideológicas no final dos anos 1990, tendo como tema o tamanho do papel do Estado na economia, também teve sua gênese em uma sucessão de edições deste mesmo tipo de dispositivo legal. Embora a Constituição Federal possibilite a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica mediante autorização, concessão ou permissão (art. 21, XII, 'b'), a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras – Eletrobrás, até então uma empresa pública, teve de se dar por meio de medida provisória.<sup>193</sup>

Programas sociais de transferência de renda, que vêm promovendo mudanças estruturais importantes no perfil econômico da população brasileira, também tiveram sua criação mediante medida provisória. Foi assim com o programa “Bolsa Escola”, de 2001, que garantia renda mínima associada a ações sócio-educativas dos beneficiários; o programa “Bolsa Alimentação”, que visava a fornecer um complemento à renda familiar para melhoria da saúde e nutrição de gestantes, nutrizes e crianças de seis meses a seis anos e onze meses de idade; o programa “Cartão Alimentação”, com objeto bastante similar; e o programa “Bolsa Família”, que promoveu a junção de todos estes programas e outros, e que é o maior programa de transferência de renda da história do país.<sup>194</sup>

Fora isso, vale mencionar o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, concebido para tentar resolver os gargalos de infra-estrutura no Brasil, que teve como mecanismo introdutor também uma avalanche de sete medidas

---

condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL”. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: novembro de 2009.

<sup>193</sup> MP n. 1981, de 28 de julho de 1995, reeditada nada menos do que 35 vezes, até ser convertida Lei 9648 de 27 de maio de 1998. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: novembro de 2009.

<sup>194</sup> Bolsa Escola: criado pela MP 2140, de 13 de fevereiro de 2001, posteriormente convertida na Lei 10.219, de 11 de abril de 2001; Bolsa Alimentação: criada pela Medida Provisória 2206 de 10 de agosto de 2001, não convertida em lei, porém ainda vigente, nos termos da Emenda Constitucional n. 32 de 2001; Cartão Alimentação: criado pela MP n. 108, de 27 de fevereiro de 2003, convertida na Lei 10.689, de 13 de junho de 2003; Bolsa Família: criado pelo MP n. 132, de 20 de outubro de 2003, convertida na Lei 10.836 de 9 de janeiro de 2004. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: novembro de 2009.

provisórias<sup>195</sup>; e o programa Minha Casa, Minha Vida, que visou ao tempo de sua criação conceder subsídios para a construção de um milhão de casas para famílias com renda de até dez salários mínimos<sup>196</sup>.

Há de se reconhecer, sim, o que adverte Caio Tácito, segundo o qual “a realidade política e social não comporta o retorno ao monopólio da função legislativa pelo Congresso, conforme a posição clássica da rígida separação de poderes”<sup>197</sup>. Mas a Constituição federal já é bastante generosa ao conceder meios legítimos para o exercício de certo poder normativo pelo Executivo, sendo as medidas provisórias exemplo claro disso. Porém, é exigir demais do já tão desfigurado princípio da separação de poderes que se tolere a edição de normas que entram em vigência imediatamente, sem o cumprimento dos requisitos de urgência e relevância, gerando efeitos para a sociedade, e obrigando o parlamento a apreciá-las imediatamente, pressionados para não alterar uma realidade já posta.

A possibilidade de aqueles que efetivamente são representantes do povo terem de deliberar muitas vezes sobre direitos já alcançados e em pleno usufruto pelos cidadãos mediante medidas provisórias, compromete a formação do discurso, de que fala Habermas, na medida em que o custo político de derrubar uma medida desta natureza impede um amplo debate nas casas parlamentares, constrangidas no mais das vezes a simplesmente cancelar algo que já é efetivo e irreversível:

Quando, porém, a administração assume outras funções, que não as administrativas, há uma submissão de processos da legislação e da jurisprudência sob *condições limitadoras*. Tais intervenções ferem os pressupostos comunicativos de discursos legislativos e jurídicos, estorvando

---

<sup>195</sup> MP n. 347, 348, 349, 350, 351, 352 e 353, todas de 22 de janeiro de 2007, convertidas, respectivamente, nas Leis 11.485, de 13 de junho de 2007; 11.478 de 29 de maio de 2007; 11.491 de 20 de junho de 2007; 11.474, de 15 de maio de 2007; 11.488, de 15 de junho de 2007; 11.484, de 32 de maio de 2007; e 11.483, de 31 de maio de 2007. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: novembro de 2009.

<sup>196</sup> Introduzido pela MP n. 459, de 25 de março de 2009, convertida na Lei 11.977, de 7 de julho de 2009. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: novembro de 2009.

<sup>197</sup> Conforme TÁCITO, Caio. As medidas provisórias na Constituição de 1988. In: TÁCITO, *op. cit.*, p. 513.

os processos de entendimento dirigidos pela argumentação, que são os únicos capazes de fundamentar a aceitabilidade racional de leis e decisões judiciais.<sup>198</sup>

Isso, obviamente, não significa que planos e programas como aqueles mencionados jamais tivessem de ser criados, posto que são decisivos para os rumos do país. Entretanto, parece-nos que, em matérias que não preencham, simultaneamente, relevância e urgência (planos desta magnitude, apesar de relevantes, não são urgentes), o Chefe do Executivo deve ater-se à sua legitimidade para propor temas ao Congresso Nacional (ou às Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores, nos casos de Estados e Municípios), conforme consta do texto constitucional, evitando exercer função política com poder normativo antes da necessária discussão pelos representantes do povo.

### 3.1.3. O Poder Legislativo

O parlamento é o órgão que melhor representa o princípio da soberania popular, pois é neste ambiente que se manifesta a idéia tão cara ao mundo moderno de que o poder do Estado existe em função do povo, e por ele deve ser conduzido, ainda que de forma indireta. O Poder Legislativo, portanto, é um importante termômetro da democracia. Será sólida a democracia onde o parlamento representa os mais diversos setores de uma sociedade, participa de forma decisiva na escolha dos desígnios do país, estado ou região, e controla o exercício do poder pelo Executivo; será trôpega, no entanto, onde o Legislativo não retrate, da forma mais fiel possível, as características da sociedade em que se situa, sua participação nas decisões fundamentais tenha pouca relevância e seja visto como um estorvo para os projetos imaginados pelo Executivo.

Como dito no item anterior, o Legislativo é o corpo de representantes do povo, sendo outra a atribuição do Poder Executivo, mesmo quando escolhido por

---

<sup>198</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, vol I, p. 217.

meio do voto popular. Somente aquele poder é capaz de realizar um princípio inatacável como a igualdade, pois, sendo todos os homens iguais, o poder de decidir sobre o que pode afetar a coletividade só a ela própria pode pertencer. Assim, para Ana Paula de Barcellos, a soberania popular democrática é, antes de mais nada, um corolário da ideia de igualdade, e a separação de poderes é um instrumento seu:

De logo já se pode observar que se a separação de poderes é, em si, basicamente instrumental, a regra da maioria democrática realiza um valor próprio que é a manifestação da igualdade no exercício do poder político. Mesmo em países, como o Brasil, em que o chefe do Executivo também é escolhido através de eleições diretas, o parlamento continua a representar de forma mais fiel os diferentes grupos que compõem a sociedade.<sup>199</sup>

Independente das diferentes acepções sobre a natureza do alcance dos poderes conferidos aos representantes, em duplicidade ou identidade com os representados<sup>200</sup>, é ao Legislativo que cabe a leitura do interesse público, e a captação das diretrizes a serem seguidas por quem administra o Estado. Silvio Romero, com a legitimidade de quem atuou como representante, e com o entusiasmo de um grande defensor da relevância parlamentar, em uma de suas cartas a Rui Barbosa, resumiu:

---

<sup>199</sup> BARCELLOS, Ana Paulo. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 32, 2000, p. 201.

<sup>200</sup> Sem entrar amiúde nesta fértil discussão, vale mencionar a existência de contenda entre cientistas políticos sobre o conteúdo da representação. Pela doutrina da “duplicidade”, surgida junto com o constitucionalismo no século XVIII, o representante não estava obrigado a seguir o interesse de seu representado, pois uma vez eleito, tinha liberdade para escolher, dentro de sua convicção, a opção que entendia ser a mais adequada ao interesse público como um todo. Se a opção que entendesse mais adequada ao bem da coletividade colidisse com a vontade daqueles que lhe escolheram, poderia segui-la, dado que não recebia qualquer mandato ou condicionante em sua atividade parlamentar. Esta ideia partia da noção de que o representante possuía muito mais preparo e condições para fazer a leitura do interesse público do que o próprio cidadão. Por outro lado, a doutrina da “identidade” defendia a plena identificação entre os anseios do representado e a atuação do representante, e surgiu com o declínio do Estado liberal, e a ascensão da classe obreira e de participação popular cada vez maior na formação dos desígnios do Estado. Conforme JELLINEK (1981), p. 429-449; BONAVIDES, *op. cit.*, p. 201-227; HABERMAS, *Direito e democracia*, v. 1, p. 221-232; LEAL, *op. cit.*, p. 139-151.

Um congresso, porém, que sabe ser o guia e o termômetro da opinião pública, que sabe que as suas ideias, as suas resoluções vão influir diretamente na marcha geral do país; que sabe que os seus homens de talento, de merecimento, de posição conquistada na luta, de serviços reais à causa pública, vão ser necessariamente os auxiliares, os diretores do chefe do Estado, tal congresso está engrandecido implicitamente a seus próprios olhos, e é uma força real na vida da nação.<sup>201</sup>

Vimos, entretanto, no item anterior (3.1.2), que o sistema presidencialista tem como característica central a concentração de amplos poderes nas mãos do Poder Executivo, que é a figura pública central do país e, diferente do que ocorre no Parlamentarismo, possui liberdade em relação ao parlamento, sendo igualmente legitimado pelo voto direto. Pelas características do presidencialismo, e pelos instrumentos normativos à disposição do governante, tolhe-se boa parte do protagonismo do congresso, advogado por Rui Barbosa e Silvio Romero, acima citados. Resta ao colegiado uma função muito mais de chancela de iniciativas do chefe do Executivo, e eventualmente de controle, do que propriamente a tarefa propositiva inicial.

É curioso observar que, na gênese deste sistema, nos Estados Unidos, os papéis encontravam-se invertidos. À época em que se concebia a constituição americana, entendia-se a separação de poderes como a ferramenta que seria capaz de deter o despotismo legislativo. Tomando as palavras de James Madison, no *Federalista*, o temor do abuso de poder pelos representantes fica latente:

Em uma república representativa, porém, onde a atuação do Executivo é cuidadosamente limitada, tanto na extensão como na duração de seu poder; onde o Legislativo é exercido por uma assembléia, credenciada por uma suposta influência sobre o povo e com uma absoluta confiança em seu

---

<sup>201</sup> ROMERO, *op. cit.*, p. 82. Ainda neste mesmo sentido, comentando os pressupostos em que se funda a organização da representação política no modelo de Estado Liberal, Rogério Gesta Leal: “O Parlamento é o instituto jurídico e político criado para que se tomem as decisões sobre a administração da sociedade, e onde, teoricamente, se dão os debates e estudos para o estabelecimento das prioridades públicas, através de representantes de toda a comunidade em questão”. LEAL, *op. cit.*, p. 148.

poderio; sendo suficientemente numerosa para perceber as tendências que atuam sobre a massa, mas não tanto que se torne incapaz de perseguir os objetivos de suas ambições, utilizando os meios prescritos pela razão – é contra os abusos deste legislativo que o povo deve orientar suas suspeitas e concentrar todas as suas precauções. (...) Seus poderes constitucionais, sendo desde logo mais abrangentes e menos suscetíveis de uma limitação precisa, mascara, sob medidas complicada e indiretas, as intromissões que ele se permite fazer nos demais ramos.<sup>202</sup>

Ainda para ilustrar o enorme poder de que já gozou o poder em comento, vale referir Paulo Gonet Branco, Gilmar Mendes e Inocêncio Coelho, ao tratarem da origem dos direitos fundamentais, os quais lembram ainda que, mesmo os documentos surgidos na Inglaterra a partir do século XIII para defender direitos individuais (*Magna Carta* de 1215; *Petition of Rights*, de 1628; *Habeas Corpus Act*, de 1679; *Bill of Rights*, de 1689), e que se tornaram paradigmas de proteção do indivíduo, vinculavam apenas os atos do monarca, porém não os do parlamento, que seguia soberano e sem limites materiais, portanto.<sup>203</sup>

Mas mesmo tendo o Legislativo perdido muito deste espaço no cenário político, notadamente em sistemas presidencialistas, como no caso do Brasil, a função legislativa é ainda o instrumento elementar pelo qual se exerce a função política. Mesmo no caso das medidas provisórias, que, como se comentou, tem sido o principal instrumento de criação de políticas públicas, é necessário que passem pelo crivo do parlamento, para só então incorporarem-se em definitivo ao ordenamento jurídico do país<sup>204</sup>.

O conceito de lei, entretanto, teve de ser redimensionado para que se tornasse esse instrumento fundamental de construção do interesse público, pois em sua concepção inicial, seu critério exclusivo era o caráter geral e abstrato, destinado

---

<sup>202</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JOY, John. *O federalista*. Brasília: UnB, 1984, p. 402-403.

<sup>203</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 106.

<sup>204</sup> Conforme art. 62, caput, da Constituição, em que se estabelece o procedimento para edição de medidas provisórias pelo Presidente, devendo imediatamente encaminhá-las ao Congresso Nacional.



a fixar duradouramente os direitos e os deveres individuais. Era objetivo principal da lei o de fixar estatutos, não possuindo intenção reformadora, pois não era vista como mecanismo para atingimento de conquistas sociais. Nuno Piçarra expõe com clareza esta mudança:

A lei deixa no Estado de Direito contemporâneo, de ser apenas regra de Direito para passar a instrumento político por excelência. Esta evolução do conceito de lei, de conceito essencialmente jurídico para conceito também essencialmente político traduz, com particular acuidade, as relações entre o jurídico e o político em tal Estado, totalmente diversas das relações entre ambos no modelo normativo do Estado de Direito liberal. É que, enquanto este procurou reduzir o político ao jurídico, assiste-se actualmente a uma instrumentalização do jurídico pelo político.<sup>205</sup>

A partir desta significativa evolução em seu sentido, o autor faz distinção entre dois tipos de lei, a qual é importante para o assunto aqui estudado:

Foi, de facto, ao serviço de “objetivos sociais” prosseguidos no âmbito do Estado democrático-social que progressivamente se foi apagando a distinção entre leis cujo conteúdo são regras de conduta, necessariamente gerais e abstratas, aplicadas aos casos concretos por tribunais independentes, e leis cujo conteúdo são “ordens à administração”, numa relação meio-fim com aqueles objetivos sociais, e que por esta devem ser executadas. No âmbito do Estado de Direito democrático-geral, ambos os tipos de lei têm forçosamente seu lugar.<sup>206</sup>

Importa-nos aqui a lei no segundo sentido atribuído por Piçarra, que é a lei como “ordem à administração”. Esta noção, entretanto, precisa ser alargada, pois não necessariamente o exercício da função política por meio de leis precisa ser uma ordem à administração, podendo consistir em mandamentos direcionados a

---

<sup>205</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 254.

<sup>206</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 257.

particulares, mas que igualmente representam escolhas fundamentais de uma sociedade, decorrentes diretamente do texto constitucional<sup>207</sup>.

Ademais, a evolução do conceito de lei possui outro viés a ser mencionado. Se é verdadeiro que a nova concepção contém orientações voltadas a fins sociais a serem atingidos, também o é que se alargou o campo interpretativo concedido pelo legislador ao administrador, permitindo-lhe espaço mais privilegiado de liberdade opinativa ao executar preceitos legais. Isso é, igualmente, reflexo da passagem de um modelo liberal de se organizar os poderes, que concebia a lei de maneira a diminuir o máximo possível a margem de manobra do executor, e que considerava atendido o princípio da legalidade quando o ato administrativo limitava-se rigorosamente a concretizar certo conteúdo normativo geral; para um modelo intervencionista, em que o aumento das garantias e direitos fundamentais a serem entregues pelo Estado obriga o sistema de separação de poderes a conferir poder de ação maior ao administrador.

Este aspecto da nova concepção de lei pode encontrar novamente amparo no pensamento de Habermas, para quem “o esquema clássico da divisão de poderes perde sua atualidade à medida que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais, assumindo a forma de programas finalísticos”. E continua:

Também estas leis materializadas surgem, via de regra, como normas gerais, formuladas sem nomes próprios e dirigidas a muitos destinatários indeterminados. Elas contêm, todavia, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados ou concretos, finalidades que servem de medida, que abrem à administração um amplo espaço de opinião. Como consequência do desenvolvimento que culminou no intervencionismo estatal, foram se materializando espaços cada vez mais amplos do direito; por isso, uma administração planejadora, executora e configuradora não pode mais

---

<sup>207</sup> Como exemplo, pode-se mencionar a Lei de Defesa do Consumidor, que proporcionou mudanças radicais nas relações de consumo no Brasil, com amplo impacto social, e que, embora possua mandamentos direcionados ao governo, é em grande parte direcionada à forma de atuar das empresas em relação a seus consumidores. A Lei concretiza previsão constitucional, que consta dos arts. 5º, XXXII (defesa do consumidor como direito fundamental); e 170, V (defesa do consumidor como princípio geral da atividade econômica).

restringir-se à implementação técnica de normas gerais e suficientemente determinadas, sem levar em conta questões normativas.<sup>208</sup>

Mudando o conceito de lei, muda, por óbvio, a forma de equilibrarem-se os poderes, especialmente em relação à atuação do Poder Legislativo. Os dois novos elementos do conceito de lei parecem chocar-se: se, por um lado, a lei passou a possuir conteúdo transformador e dirigente, o que, em princípio, confere ao parlamento papel mais importante no desempenho da função política; por outro, esta mesma lei teve de conferir ao administrador poder maior, sob pena de obstruir a entrega de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, mitigando, assim, parte da importância do órgão legiferante.

A fixação destes limites entre poderes em Estados de Direito, como já visto, é dada pela Constituição. E foi tomando este sentido transformador e de apreensão do interesse social, que o legislador constituinte atribuiu à lei especial papel na realização da função política no Brasil. No ato fundador dos princípios norteadores da sociedade, que é a Assembléia Constituinte<sup>209</sup>, pelos critérios que julgou convenientes à época, listou ela matérias que, por sua significância, precisam ter como seu veículo introdutor ao sistema jurídica a *lei*. Mesmo que no campo de órbita das medidas provisórias, em algum momento precisarão da chancela do parlamento.

Assim, fez-se a distinção entre os atos que estão dentro da alçada do Executivo, para que possam ser expedidos de forma mais expedita, em exercício

---

<sup>208</sup> HABERMAS, *Direito e democracia*, v. 1, p. 236-237.

<sup>209</sup> Sobre esta característica de instrumento de re-fundação de uma sociedade que é atribuído à Constituição, vale fazer referência aqui à tese defendida por Luiz Moreira, em seu livro 'A Constituição Como Simulacro', para quem a Constituição, tida como um ato extraordinário da soberania popular, é um simulacro, posto que o poder constituinte e a assembléia por ele instalada se revertem de caráter ordinário. Assim, este tratamento quase mitológico que se atribui ao poder constituinte não passaria de um embuste, pois a formação deste poder se dá por meio de uma convenção ordinária, como é a formação normal de um parlamento, por exemplo. Conforme o autor, "a simulação consiste na tentativa de transformar um consenso sobre a forma de constituir e ordenar o sistema jurídico, obtido em um dado momento histórico, em algo atemporal, configurando um processo comum de formulação de normas jurídicas em ato fundador, a partir do qual os questionamentos e os problemas posteriores são solucionados pela remissão incontestada e necessária a tal estrutura". MOREIRA, Luiz. *A Constituição como Simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 92-105.

típico da função executiva<sup>210</sup>; e aqueles que, revestidos de significância maior, precisam de apreciação do parlamento. Vê-se aqui, claramente, dentro do documento fundamental atual, resquícios da ideia do parlamento como órgão soberano e superior, protagonista da cena democrática, advinda desde Locke, embora, em princípio, sejam os poderes harmônicos e independentes entre si, sem preponderância de um sobre outro (art. 2º da Constituição Federal).

Há matérias, portanto, em função de representarem escolhas fundamentais, que, por decisão do legislador constituinte, estão fora da alçada de decisão singular do Poder Executivo e seus mandatários, devendo ser objeto de deliberação do parlamento. Pode o Chefe do Executivo, sim, tomar a iniciativa de propor a discussão perante o órgão representativo (inclusive, em algumas matérias, somente ele pode ter a iniciativa, como nas hipóteses do art. 61, §1º da Constituição<sup>211</sup>), quando julgar conveniente, ou quando a Constituição obrigá-lo. Entretanto, a magnitude de tais temas não permite que se implementem medidas nestas matérias sem uma manifestação dos representantes do povo. Daí o porquê de as medidas provisórias só serem legítimas quando editadas em casos de relevância e urgência, em que a espera pela apreciação pelo parlamento possa gerar conseqüências graves ao cidadão. E, mesmo assim, a passagem pelo Legislativo é inevitável.

Pode-se citar, como exemplos, temas de inegável relevância, como aqueles previstos no art. 22 da Constituição, que dispõe sobre a competência privativa da União em matéria legislativa, entre eles os direitos civil, penal, comercial,

---

<sup>210</sup> Vimos no item anterior (3.1.2) o caso dos decretos, instrumento pelo qual o Poder Executivo exerce função normativa.

<sup>211</sup> Se analisarmos as hipóteses previstas no art. 61, §1º da Constituição, pode-se perceber que a iniciativa privativa do Presidente da República restringe-se a três matérias: organização de órgãos públicos como um todo (criação e extinção de cargos e funções, criação e extinção de órgãos, organização administrativa e judiciária, organização do Ministério Público e da Defensoria Pública); Forças Armadas (fixação e modificação de efetivos, regime jurídico dos militares, cargos promoções, etc); e matéria tributária e orçamentária. Entenderam o legislador constituinte originário e o derivado (o art. 61, §1º foi alterado duas vezes, pelas emendas n. 18/1998 e 32/2001) que a proposição de leis nestas matérias, por outras instituições, que não o Presidente da República, representaria intromissão indevida na esfera do Poder Executivo, que é quem tem a responsabilidade de exercer a chefia das Forças Armadas, da Administração Pública federal em geral, e de administrar a receita do país.

marítimo, eleitoral; águas, energia, informática, telecomunicações e radiofusão, sistema monetário, trânsito e transporte, diretrizes básicas da educação nacional, defesa; os previstos entre as atribuições do Congresso Nacional no art. 48, como sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas, plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado; entre outros exemplos que se pode retirar da Carta constitucional.

Ao falar-se de Legislativo e função política, não se pode deixar de mencionar também as competências exclusivas do Congresso Nacional, diferentes de sua tarefa predominante, que é a de legislar. Há matérias de inegável interesse público que requerem passagem obrigatória pelo crivo parlamentar, que são aquelas constantes do art. 49 da Constituição Federal, notadamente ligados a relações internacionais (resolução definitiva sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional); assuntos ligados à segurança nacional (autorização ao Presidente para declarar guerra ou celebrar paz; aprovação em situações de caráter extraordinário, como estado de defesa, intervenção federal e estado de sítio); fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo; entre outros.

Da mesma forma, possui o parlamento atribuições que extrapolam a função legislativa, podendo expedir atos administrativos que digam respeito à administração interna dos órgãos que o compõem, como é o caso da aprovação do regimento interno das casas (art. 51, III e art. 52, XII da Constituição). Fora isso, dá-se o exercício da função política por outros meios que não a aprovação de leis.

Percebe-se, portanto, que a Constituição pretende estabelecer um equilíbrio na distribuição de competências entre os poderes que contam com legitimação popular, muito embora requeira, para temas que julga fundamentais, apreciação ou chancela inafastáveis do Poder Legislativo.

Todavia, a realidade da vida política em um sistema presidencialista como o brasileiro deixa claro que a responsabilidade na condução das coisas do Estado volta-se inegavelmente para o Presidente da República. O Parlamento, longe de possuir uma agenda própria, tem tido como sua principal ocupação lograr a

aprovação das iniciativas presidenciais, ou derrubá-las, a depender da posição político-partidária ocupada.

Como efeito, o debate dos grandes temas nacionais não tem mais como palco o Congresso: não raro, o próprio Executivo promove amplo debate nacional, com diversos atores sociais, e uma vez atingido uma posição de consenso, encaminha o tema ao Congresso, que, constrangido a não retroceder no que já foi conquistado em termos de conjunção de interesses, no mais das vezes, nada mais tem a fazer, a não ser aprovar a matéria<sup>212</sup>. Não por acaso é que, pela sua exclusão de debates atinentes a temas de notório interesse público, leis de relevância discutível terminam por ser aprovadas<sup>213</sup>.

É neste sentido que surge interessante colocação do Professor Emerson Garcia, para quem, no presidencialismo, a clássica polaridade Legislativo-Executivo, em que aquele, como representante do povo, controlava os atos deste, característica elementar da separação de poderes, vem dando lugar a uma polaridade entre ‘blocos’, de governo e de oposição, muito similar ao que se vê no modelo parlamentarista, porém de forma não-institucionalizada, o que termina por gerar relações promíscuas de toda ordem<sup>214</sup>.

---

<sup>212</sup> O jornalista Merval Pereira, em crítica ao governo, menciona ser este um ardil recorrente “na tentativa de ultrapassagem do Congresso, com a criação de diversas instâncias de negociação em que os sindicatos e as organizações não-governamentais decidem o que o governo vai enviar para uma aprovação quase formal dos deputados e senadores, que passariam a ter um papel meramente simbólico, e são contemplados em troca com quinhões do orçamento e outras benesses governamentais.” PEREIRA, Merval. Democracia direta. *O Globo*, Seção ‘O País’, p. 4, 14 jan. 2010.

<sup>213</sup> Como exemplo, algumas leis curiosas recentemente editadas pelo Congresso Nacional: a Lei nº 12.132, de 17 de dezembro de 2009, institui 2009 como o “Ano Nacional Patativa do Assaré”; a Lei nº 12.136, de 18 de dezembro de 2009, que institui o “Dia Nacional de Conscientização e Divulgação da Fibrose Cística”; a Lei nº 12.199, de 14 de janeiro de 2010, institui o “Dia Nacional de Combate e Prevenção ao Escalpelamento”; a Lei nº 12.206, de 19 de janeiro de 2010, que institui o “Dia Nacional da Baiana do Acarajé”; e a Lei nº 12.208, de 19 de janeiro de 2010, que institui o “Dia do DeMolay”. Leis disponíveis em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/\\_Lei-Ordinaria.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/_Lei-Ordinaria.htm). Acesso em 20 de janeiro de 2010. Em nível estadual, vale referir a Lei Estadual nº 11.902, de 03 de abril de 2003, do Estado do Rio Grande do Sul, que instituiu o “Dia do Gremista”, em homenagem à torcida do Grêmio Football Porto-Alegrense, tradicional clube desportivo da capital gaúcha. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/Legis/Arquivos/11.902.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2010.

<sup>214</sup> GARCIA, Emerson. Entrevista à Rádio Justiça, em 05 de dezembro de 2009.

João Ubaldo Ribeiro, em livro no qual se arrisca como ensaísta político, assim sintetiza o problema:

Pode ocorrer até mesmo que a separação e a independência dos três Poderes não sejam claramente violadas, mas os acontecimentos na órbita dos bastidores do poder são capazes de tornar toda a estrutura formal apenas uma aparência, uma espécie de vitrine enganadora.<sup>215</sup>

Este enfraquecimento da instituição parlamentar traz consequências importantes: grande parte da cidadania não se interessa pela atividade política do país e pelos debates do parlamento, e poucos cidadãos têm noção de que estão exprimindo demandas ou escolhas políticas quando votam, tornando-se a eleição uma prática meramente quantitativa no fenômeno político, sem reflexão qualitativa. Embora não se possa fazer afirmação com base empírica de que este fenômeno observado no Brasil seja causado pelo privilégio dado ao Poder Executivo no sistema presidencialista<sup>216</sup> (e não enfrentaremos esta questão neste trabalho), o fato é que promove inegável ruptura entre representantes e representados.

Em função deste descolamento, especialmente em relação ao Poder Legislativo, abre-se espaço para que seus membros não tenham mais sua atuação pautada pelo interesse dos eleitores, mas muito mais pelo interesse de grupos de pressão bem estruturados. Como consequência, o exercício da função política dá-se com escopo diverso do coletivo, como bem observa o professor Rogério Gesta Leal:

Se a separação de poderes busca forjar um mecanismo de freios e contrapesos para demarcar as atividades e responsabilidades do Estado, tal desiderato não se implementa com certa globalidade porque, como instrumentos que são, tais institutos são acessados por grupos sociais que rompem com os vínculos de representação que originariamente os criaram,

---

<sup>215</sup> RIBEIRO, João Ubaldo. *Política: quem manda, por que manda, como manda*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998, p. 72.

<sup>216</sup> O Professor Rogério Gesta Leal, por exemplo, defende que esse desinteresse dos cidadãos pela coisa política dá-se por uma questão cultural casuística. LEAL, *op. cit.*, p. 148.

gerando uma apropriação do aparelho Estatal e, a partir daí, implementam políticas de desenvolvimento setorial da sociedade.<sup>217</sup>

Isso, aliado às constantes denúncias de corrupção e uso indevido do cargo parlamentar, fez surgir debates sobre a real importância do Congresso Nacional<sup>218</sup>, como se o problema fosse a instituição parlamentar em si, e não o momento que atravessa, ou o papel que desempenha no sistema republicano. Há autores, como o cientista político italiano Giovanni Sartori, que incitam a “refletir se o problema político não poderia ser o próprio presidencialismo” como forma de promover uma democracia contínua<sup>219</sup>.

Outros, ainda mais dramáticos, chegam a questionar se o problema não seria a própria democracia indireta, ou representativa, que já não seria suficiente para suprir os anseios populares, sendo outros os interesses a mover a atuação dos formadores das políticas públicas, o que estaria por demandar cada vez mais instrumentos de realização de escolhas públicas por consulta direta à população.<sup>220</sup>

---

<sup>217</sup> LEAL, *op. cit.*, p. 151.

<sup>218</sup> Em sessão plenária do Senado Federal de 06 de abril de 2009, o Senador Cristovam Buarque chegou a mencionar a ideia de realização de um plebiscito sobre o fechamento do Congresso Nacional: "Deixo o povo comentar quem é a favor ou contra um plebiscito se deve ou não fechar o Congresso. Até porque as razões para fechar não são apenas as dos escândalos. São as razões da inoperância e são as razões do fato de que estamos hoje em uma situação de total disfunção, diante do poder, de um lado, das medidas provisórias do Executivo e, de outro, das medidas judiciais do Judiciário. Somos quase que irrelevantes." Brasil. Senado Federal. Disponível em <http://legis.senado.gov.br/sil-pdf/Plenario/Senado/DocsPlen/Ata/20090406ND046.pdf>. Acesso em: 28 de novembro de 2009.

<sup>219</sup> SARTORI, Giovanni, *apud* ACKERMAN, *op. cit.*, p. 15.

<sup>220</sup> É o que defende Tarso Genro, em artigos sobre o tema. Para Genro, o atual sistema democrático está viciado pelos interesses trazidos pelo modelo neoliberal e capitalista, que transforma cidadãos em consumidores. A democracia, portanto, precisa promover uma reaproximação da vontade popular, por meio de mecanismos de consulta cada vez mais constantes, em matérias pré-definidas. No entanto, o autor prega cautela, ao afirmar que “ninguém pode defender com seriedade, nos dias de hoje, qualquer espécie de Comuna de Paris rediviva. O que é possível defender racionalmente, exercitando-a primeiro a níveis locais e regionais, é a combinação da representação com a democracia direta”. E complementa: “As experiências participativas com o “retorno” das decisões que se incorporam como conquistas da vida cotidiana, o aprimoramento das técnicas decisórias, a agregação das novas tecnologias informacionais e a formação de novas elites dirigentes (de extração popular direta) vão, paulatinamente, impondo-se como um aprendizado de longo curso. É um outro estágio do que ocorreu no longo período de formação das atuais elites profissionais que nos



## CAPÍTULO 4 – O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO POLÍTICA NO BRASIL: JUDICIÁRIO

Encontra-se neste ponto uma das questões mais polêmicas ligadas à separação de poderes no Brasil hoje, juntamente com o tema das medidas provisórias. E, ao se procurar fazer um enlace entre separação de poderes e exercício da função política, estudar a atual forma de atuar do poder Judiciário brasileiro torna-se imprescindível.

No Capítulo 3, iniciou-se a abordagem sobre a legitimidade para exercício da função política pelos poderes Executivo e Legislativo, utilizando-se como critério para tanto o fato de que, no Brasil, tanto o chefe do primeiro, quanto os membros do segundo, ocupam suas posições em função de terem sido escolhidos mediante eleições pela própria população, em sufrágio universal. Na oportunidade, foi mencionado que, se a modernidade consagrou a ideia da soberania popular, de que o poder pertence ao povo e em seu nome deve ser exercido, é absolutamente razoável que as escolhas fundamentais do Estado provenham dos representantes eleitos.

De pronto, tal raciocínio implicaria na exclusão do poder judicante como capaz de definir o interesse público e o prumo da entidade estatal, posto que seus ocupantes não se encontram legitimados de forma direta pelo povo, como ocorre com os demais poderes. Porém, a afirmação encontra resistência pesada quando confrontada com a existência de direitos fundamentais e a crescente constitucionalização do direito, sendo hoje unânime, em tempos de Estado Constitucional de Direito, que não há como deixar de se conferir aos juízes certo grau de politização. Vale destacar, também, que há bastante indefinição doutrinária e jurisprudencial sobre qual o nível aceitável para esta politização, com muitos ataques e defesas à atuação deste poder.

Há, também, outros argumentos contrários e favoráveis a uma atitude mais política do Poder Judiciário, que merecem ser analisados. Desta forma, para que se analise a atuação do Judiciário como órgão realizador de atividade política, é preciso: (i) inicialmente, verificar se, à luz do princípio democrático, dos direitos fundamentais, da constitucionalização do Estado, e de outros argumentos trabalhados pela doutrina, pode-se atribuir legitimidade a este Poder para exercer a função em comento; (ii) tentar estabelecer um marco sobre o que se tem entendido como 'função política' na perspectiva específica deste Poder, para, diante das formas de manifestação dos juízes, sabermos se estamos diante dela ou não; e (iii) tentar traçar os limites desta atuação.

Iniciaremos pela análise da relação entre Judiciário e democracia, que é central e base para outras abordagens.

#### **4.1. Poder Judiciário, democracia e direitos fundamentais**

Quando iniciamos a abordagem dos Poderes Executivo e Legislativo no Capítulo anterior, afirmamos que, em uma análise rasa do princípio democrático, seriam estes os únicos aptos a exercer função política. *Rasa* porque leva em conta somente o aspecto central do princípio democrático, que é o da escolha dos ocupantes destes poderes diretamente pela população. O princípio democrático, entretanto, envolve mais elementos, e na intensa polêmica em torno do poder judicante e seu ativismo, é principalmente a este argumento que se apegam seus defensores, de forma bastante razoável.

O cerne desta linha argumentativa consiste em reputar falsa a afirmação de que o legislador e o chefe do Executivo, em função da ideia de soberania popular, tudo podem. Há, sim, limites ao exercício das prerrogativas legiferantes e administrativas, especialmente quanto à existência de direitos considerados fundamentais e intocáveis, mesmo que esta seja a vontade da maioria ou de seus representantes. É neste sentido que Robert Alexy, cuja contribuição, ao falar-se em direitos fundamentais, é sempre decisiva, menciona um caráter dúplice na relação

entre direitos fundamentais e democracia, podendo aqueles ser democráticos ou ademocráticos:

Profundamente democráticos são os direitos fundamentais, porque asseguram, com a garantia dos direitos de liberdade e de igualdade, o desenvolvimento e a existência de pessoas que são capazes, no geral, de manter vivo o processo democrático; também porque asseguram, com a garantia da liberdade de opinião, de imprensa, de radiodifusão, de reunião e de associação, assim como com o direito eleitoral e as demais liberdades políticas, as condições funcionais do processo democrático. Por outro lado, segundo este modelo simples são profundamente ademocráticos os direitos fundamentais, pois, com a vinculação também do legislador, privam a maioria democraticamente legitimada de poderes de decisão. Com isto, exprimem uma desconfiança perante o processo democrático.<sup>221</sup>

Este dilema entre direitos fundamentais e princípio democrático possui raízes que vêm de longa data, desde as teorias naturalistas, com explicações metafísicas sobre a existência de direitos naturais inabaláveis, explicáveis pela simples condição humana. Kant<sup>222</sup>, por exemplo, mencionava a existência de liberdades subjetivas, equipadas com a permissão de coerção, e que competem ao homem graças à sua humanidade. Assim, a existência destes direitos não dependeria da autonomia política dos cidadãos, o que leva a presumir que sequer a soberania popular poderia derrubá-los. Em Rousseau, por sua vez, percebe-se a ruptura com explicações metafísicas para a existência de tais direitos. Para o autor, a explicação era terrena, e procurou ele estabelecer uma ligação entre soberania popular e direitos humanos. Assim, por meio de leis gerais e abstratas, a vontade unificada dos cidadãos está ligada a um processo de legislação democrática que exclui *per se* todos os interesses não universalizáveis, permitindo apenas regulamentações que garantem a todos as mesmas liberdades subjetivas.

---

<sup>221</sup> ALEXY, Robert. Os direitos fundamentais e a democracia no paradigma procedimental do direito de Jürgen Habermas. In: MOREIRA, Luiz, e FRANKENBERG, Günter (org). *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 132.

<sup>222</sup> Quanto ao apanhado que segue sobre as ideias de Kant e Rousseau: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, v. I, p. 133-139.

A esta tentativa, verificada a partir de Rousseau, de justificar o caráter de irrevogabilidade de um feixe mínimo de direitos, Habermas chama de *nexo interno* entre soberania popular e direitos humanos, ou fundamentais. E na obra do próprio Habermas, a ideia deste nexo interno é repercutida como desdobramento de sua teoria discursiva do direito, à qual iremos nos ater nas próximas linhas, por sua importância no pensamento jurídico moderno.

Segundo esta teoria, é tarefa do direito propiciar as condições para que se faça possível o discurso, que é o ambiente onde se forma a vontade racional, em que todos os possíveis interessados possam manifestar sua opinião, livre e sem vícios de consentimento, devendo prevalecer o argumento de melhor aceitabilidade.

Assim, ao criticar a teoria de Rousseau<sup>223</sup>, o autor afirma que só é válida a pretensão de que uma norma será do interesse simétrico de todos, se ela possuir aceitabilidade racional, ou seja: todos aqueles potenciais envolvidos devem poder consentir, baseados em boas razões. E é deste ambiente discursivo de formação da vontade racional, com a maior amplitude possível de opiniões e argumentos, que surge o nexo interno entre soberania popular e direitos fundamentais, como se verifica neste trecho:

O almejado nexo interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente.<sup>224</sup>

O caráter intocável dos direitos fundamentais, portanto, não é uma questão apriorística, que antecede a própria formação do discurso. Provém, sim, deste ambiente aberto de comunicação capaz de oportunizar ampla manifestação de interesses, em que, por razões claras, surge uma gama de direitos mínimos, que a

---

<sup>223</sup> Para o autor: “Tudo indica que o conteúdo normativo do direito humano originário não pode surgir, como pensa Rousseau, na gramática de leis gerais e abstratas. O sentido de igualdade do conteúdo do direito, contido na pretensão de legitimidade do direito moderno, e que é o que interessa a Rousseau, não pode ser esclarecido suficientemente através das qualidades *lógico-semânticas* de leis gerais.” HABERMAS, *op. cit.*, v. 1, p. 136. Grifo do autor.

<sup>224</sup> HABERMAS, *op. cit.*, v. 1, p. 136.

todos interessam. Este modelo de autolegislação, em que os destinatários dos direitos são simultaneamente seus autores, é, por sinal, corolário dos princípios democrático e da soberania popular:

A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica.<sup>225</sup>

Neste sentido, fica claro que este processo de formação jurídica da vontade racional é o próprio princípio democrático, como ensina Luiz Moreira, para quem em “Habermas, a dimensão de *validade* do Direito e a força *legitimadora* de sua *gênese democrática*, ou seja, o processo da política deliberativa, constituem o âmago do *processo democrático*”.<sup>226</sup> E embora Habermas não considere que o princípio democrático esteja condicionado pelos direitos fundamentais, esta relação acaba tornando-se necessária, na medida em que tais direitos brotam naturalmente do processo deliberativo juridicamente tutelado, que é um pilar da democracia. Para o autor, os direitos fundamentais assemelham-se à moral<sup>227</sup> em sua natureza, rompendo com a tradição kantiana de que a moral é subjetiva: estão ambos no campo das relações intersubjetivas.<sup>228</sup>

---

<sup>225</sup> HABERMAS, *op. cit.*, v.1, p. 139.

<sup>226</sup> MOREIRA, Luiz. *A Constituição como Simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 30. Grifos do autor.

<sup>227</sup> Esta posição é muito parecida com a ideia de Habermas quanto à moral, exposta no livro *Entre naturalismo e religião – estudos filosóficos* (HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião – estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 91-114). Para o autor, o princípio da democracia goza de autonomia em relação ao princípio da moral, que é apenas um referencial. O discurso racional é que fundamenta o direito, o qual se origina concomitantemente à moral, a qual não o antecede. Esta visão polêmica encontra resistência, como a de Karl-Otto Apel (APEL, Karl-Otto. *Dissolução da ética do discurso?* In: MOREIRA, Luiz (org). *Com Habermas, Contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004, p. 201-321), para quem o direito requer uma relação de adequação à moral para que tenha validade.

<sup>228</sup> Neste sentido, ensina Marcelo Neves: “Em Habermas, moral e direito referem-se aos mesmos problemas: a regulação legítima de relações interpessoais, a coordenação de ações mediante normas justificadas e a solução de conflitos com base em regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente.” NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 117.

Na mesma linha de raciocínio, pode-se afirmar que este problema guarda próxima relação com a distinção de Ronald Dworkin sobre duas diferentes formas de se conceber o direito<sup>229</sup>. A primeira centra-se no 'texto legal', e insiste em que, tanto quanto possível, o poder de Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos. O governo e os cidadãos comuns devem agir segundo essas regras públicas até que elas sejam mudadas, em conformidade com regras adicionais sobre como se operam tais mudanças. A segunda, centra-se nos 'direitos', e pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo, e não se limita ao texto legal.

Mas é ao falar especificamente sobre direitos e democracia, que Dworkin nos alcança ensinamento muito pertinente a este estudo. Ao responder à incômoda pergunta sobre se decisões judiciais com conteúdo político ofendem alguma teoria plausível da democracia, Dworkin presume que, se a resposta for positiva, é porque uma decisão do legislativo eleito pela maioria do público é, em última análise, a melhor maneira de decidir questões sobre os direitos que têm os cidadãos individuais, reciprocamente e perante a sociedade como um todo. E por quais razões? Inicialmente, o autor, afirma não ser por uma questão de exatidão da decisão:

Não consigo imaginar em que argumento se poderia pensar para demonstrar que decisões legislativas sobre direitos têm mais probabilidade de serem corretas que decisões judiciais. (...) Não conheço nenhuma razão pela qual seja mais provável um legislador ter opiniões mais precisas sobre o tipo de fatos que, sob qualquer concepção plausível de direitos, seriam relevantes para determinar o que são os direitos das pessoas. A técnica de examinar uma reivindicação de direito no que diz respeito à coerência especulativa é muito mais desenvolvida em juizes que em legisladores ou na massa dos cidadãos que elegem os legisladores.<sup>230</sup>

---

<sup>229</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 6-39.

<sup>230</sup> DWORKIN, *op. cit.*, p. 26-27.

Tampouco a estabilidade política, segundo o autor, seria esta razão. Pelo contrário: pelo fato de os representantes estarem atrelados a interesses dos eleitores, optam por deixar decisões que possam gerar polêmica para a esfera judicial, legislando em termos abertos e imprecisos, em nome de sua estabilidade política. Não é, igualmente, aqui, que reside o porquê de todos preferirem que, em princípio, o legislador tome as decisões.

Para Dworkin, a razão é de *equidade*:

A democracia supõe igualdade de poder político, e se decisões políticas genuínas são tiradas do legislativo e entregues aos tribunais, então o poder político dos cidadãos individuais, que elegem legisladores mas não juízes, é enfraquecido, o que é injusto.<sup>231</sup>

Por que, então, em Dworkin, levando-se em conta este princípio democrático-popular, seria correto, em determinadas situações, chamar os tribunais a decidirem? Vejamos:

Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. (...) Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis. Devemos levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais.<sup>232</sup>

E, prosseguindo, faz referência à concepção baseada nos 'direitos', a que nos referimos acima:

Pois os indivíduos têm poderes na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm na concepção centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus

---

<sup>231</sup> DWORKIN, *op. cit.*, p. 30.

<sup>232</sup> DWORKIN, *op. cit.*, p. 31.

direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los.<sup>233</sup>

Novamente, como se vê, desta vez em Dworkin, retornamos à questão da defesa dos direitos fundamentais e das minorias, que parecem ser o grande álibi do Poder Judiciário para que desempenhe a função que se comenta aqui.

Feitas estas notas, há elementos agora para um retorno mais seguro ao eixo inicial deste item do trabalho, que envolve a tensão entre princípio democrático e direitos fundamentais, essencial quando se analisa a atuação do Judiciário. Afinal, estando entendido que os direitos fundamentais não limitam a soberania do povo, não sobraria ao Poder Judiciário margem alguma para exercer função política.

E é exatamente assim que está posta a questão no positivismo extremado de Kelsen, para quem é inadmissível qualquer controle sobre o trabalho do poder legislativo sem que se ofenda o princípio democrático. Assim, a própria ideia de separação de poderes seria anti-democrática, pois se todo o poder deve estar concentrado no povo, e, onde não é possível a democracia direta, mas apenas a indireta, todo o poder deve ser exercido por um órgão colegiado cujos membros sejam eleitos pelo povo e juridicamente responsáveis para com o povo. E caso esse órgão tenha apenas funções legislativas, os outros órgãos que estão obrigados a executar as normas emitidas pelo órgão legislativo devem ser responsáveis para com ele, mesmo que também tenham sido eleitos diretamente.<sup>234</sup>

Em hipótese alguma, portanto, poderia o Judiciário controlar o trabalho legiferante do parlamento, nem mesmo com base em ofensa a direitos fundamentais. É o que facilmente se deduz do pensamento de Kelsen:

O controle dos órgãos das funções executiva e judiciária pelos órgãos da função legislativa corresponde à relação natural existente entre essas funções. Portanto, a democracia exige que ao órgão legislativo seja dado

---

<sup>233</sup> DWORKIN, *op. cit.*, p. 31.

<sup>234</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 403.



controle sobre os órgãos administrativo e judiciário. Se a separação da função legislativa das funções aplicadora de Direito, ou um controle do órgão legislativo pelos órgãos aplicadores de Direito, e, sobretudo, se o controle das funções legislativa e administrativa pelo tribunais está previsto pela constituição de uma democracia, isso só pode ser explicado por motivos históricos, não justificados como elementos especificamente democráticos.<sup>235</sup>

O Direito, entretanto, passou por transformações significativas desde o tempo do jurista austríaco<sup>236</sup>. Até 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, alinhado com a doutrina inglesa da supremacia do Parlamento (tratamos disso no Capítulo 1), e com a ideia francesa da lei como expressão da vontade geral. A Constituição, a esta época, era vista como um documento essencialmente político, um “convite à atuação dos Poderes Públicos”, como define Luis Roberto Barroso<sup>237</sup>, e sua concretização ficava condicionada à liberdade de conformação do legislador ou ao arbítrio do administrador. Ao Judiciário, não competia qualquer relevância na realização do conteúdo constitucional.

Este quadro começa a mudar com o término da 2ª Guerra Mundial, que representou o início de um processo de fortalecimento do texto constitucional, que passou a contar com uma ‘força normativa’, de que fala Konrad Hesse, para quem a Constituição, longe de ser um documento abstrato e uma carta de intenções, “converte-se na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida”.<sup>238</sup>

---

<sup>235</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 404.

<sup>236</sup> O breve histórico que segue, até o surgimento da jurisdição constitucional, tem base em: RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: Instituto de Direito Público. Ano 3, 2009/2010. Disponível em: [www.idp.edu.br/observatorio](http://www.idp.edu.br/observatorio). Acesso em: 13 de janeiro de 2010; e BARROSO, Luis. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 44 de 2003, p. 18 a 53.

<sup>237</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 21.

<sup>238</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 18.

A carta constitucional, portanto, passou a ser enxergada como um instrumento hábil a criar uma redoma em redor de direitos elementares que não poderiam mais correr o risco de ser barbarizados como outrora, durante a 2ª Grande Guerra. E a onda constitucional que se viu a partir daí trouxe consigo um novo modelo, de inspiração notadamente americana: a da supremacia da Constituição em relação às demais normas. Esta fórmula trazia em seu bojo a constitucionalização de direitos humanos e fundamentais, e, sendo suprema a norma constitucional, passaram eles a estar imunes em relação ao processo político majoritário.

Desta noção de imunidade, evoluiu-se para o pensamento de que não há somente uma relação de limitação, e sim de que direitos fundamentais e regra da maioria estariam imbricados na formação do conceito de princípio democrático. O Ministro Marco Aurélio Mello deixa isso evidente neste trecho:

No Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria, organizada em torno de qualquer ideário ou finalidade – por mais louvável que se mostre –, é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais dos grupos minoritários dentre os quais estão a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública, inclusive fiscalizando os atos determinados pela maioria. (...) Democracia que não legitima este convívio não merece tal *status*, pois, na verdade, revela a face despótica da inflexibilidade, da intransigência, atributos que, normalmente afetos a regimes autoritários, acabam conduzindo à escravidão da minoria pela maioria.<sup>239</sup>

---

<sup>239</sup> MELLO, Marco Aurélio. O Estado democrático de direito e as minorias. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 47, de 2004, p. 43. Nesta mesma linha, Ana Paula Barcellos: “A democracia exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária. É preciso que, juntamente com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não. É nesse ponto que a regra majoritária, longe de ser absoluta, encontra seus limites principais.” BARCELLOS, Ana Paula. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 32, de 2000, p. 201; e o professor Marcelo Figueiredo: “Não é sem razão, portanto, que a democracia e seu exercício vêm associados, v.g., à implementação e gozo dos chamados *direitos sociais*.” FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Judiciário no Brasil: uma visão geral. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 48, p. 117. Grifo do autor.

Reforçando o coro, e procurando agregar solidez ainda maior aos direitos fundamentais frente à democracia, Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet Branco afirmam que tais direitos “são hoje o parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade”. Pela tese dos autores, quanto mais ampla e efetiva for a proteção conferida por determinada sociedade a tais direitos, mais sólidas serão suas instituições democráticas.<sup>240</sup>

Por fim, vale destacar que a própria Constituição Federal de 1988 veio a pacificar de vez este vínculo indissolúvel entre os direitos fundamentais e a democracia, ao mencionar já em seu preâmbulo que a Assembléia Constituinte teve como propósito “instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança (...).”

Não há como negar, portanto, a existência de direitos cuja proteção representa elemento formador do princípio democrático. Não há mais espaço, em um momento de profusão de novos direitos, em que se constitucionaliza mundo afora a esfera inabalável de bem estar mínimo do indivíduo, para a defesa da regra da maioria como único ingrediente democrático.

Isso, por si só, afasta o argumento apontado no início deste item, segundo o qual o Judiciário não teria legitimidade para o exercício da função política por não ter seus membros escolhidos pelo povo. Desde que em defesa dos direitos considerados fundamentais (e é a própria Constituição, em seu Título II, que define os direitos e garantias fundamentais), pode o Judiciário atuar politicamente, embora haja limites, como veremos mais adiante.

#### **4.2. Poder Judiciário e a constitucionalização do direito**

Viu-se no ponto anterior que, no pós 2ª Grande Guerra, houve uma corrida pela positivação em documentos constitucionais dos direitos fundamentais do ser

---

<sup>240</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 104.

humano, como reação automática às ofensas graves contra a humanidade cometidas durante os conflitos mundiais do séc. XX. A Constituição, portanto, deixava de ser um documento referencial e sem aplicabilidade imediata, para tomar força normativa. O que se viu a partir daí foi um movimento maciço de *constitucionalização* do direito, com o Estado, o direito e as relações privadas passando a ser condicionadas por normas constitucionais.

Diferente do Estado Constitucional definido por Canotilho como o que tem como qualidades indispensáveis a atuação conforme o direito e a observância do princípio democrático<sup>241</sup>, a constitucionalização de que tratamos aqui é um movimento mais amplo, de invasão das mais diversas esferas da sociedade pela Constituição, que passa a ser o marco referencial supremo, devendo tudo estar dentro de seu campo de aceitação. Ricardo Guastini bem define este processo de constitucionalização do ordenamento jurídico como:

um processo de transformação de um ordenamento ao término do qual o ordenamento em questão resulta totalmente 'impregnado' pelas normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinal, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais.<sup>242</sup>

Luis Roberto Barroso aponta três condições fundamentais que permitiram a passagem para este modelo de direito constitucionalizado: a aproximação entre constitucionalismo e democracia, a que já nos referimos no item anterior; a força

---

<sup>241</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 92-93.

<sup>242</sup> GUASTINI, Ricardo, apud BARROSO, *op. cit.*, p. 28. No mesmo sentido, Glauco Salomão: "O *poder expansivo* ou *efeito de irradiação* das normas constitucionais encobre todos os quadrantes do sistema jurídico. O sistema jurídico se encontra *impregnado* pelas normas da constituição." LEITE, Glauco Salomão. A "politização" da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 16, n. 64, jul/set. 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 157. Grifos do autor.

normativa da Constituição, decorrente da busca pela realização plena dos direitos fundamentais; e, por fim, a difusão da jurisdição constitucional.<sup>243</sup>

A repercussão desta mudança na atuação dos poderes de Estado é direta. Pelo lado do Legislativo, não só restringe a liberdade de conformação para a elaboração de leis, como impõe uma agenda de assuntos de abordagem obrigatória para realização de direitos constitucionalmente garantidos; no Executivo, limita sua discricionariedade, impõe igualmente deveres de atuação e fundamenta a tomada de decisões de forma direta, sem necessidade de interposição do legislador ordinário; e, finalmente, ao Judiciário, serve como referência ao controle de constitucionalidade, condicionando a interpretação de todas as normas do sistema.

Em função deste caráter dogmático que assumem os dispositivos constitucionais a partir desta constitucionalização do direito, eles passam a ser, como já visto, imunes ao processo político majoritário. E para que tal imunidade seja assegurada, passam a ser protegidos por um novo guardião: o Poder Judiciário, rompendo-se a tradição de irrevogabilidade dos atos legislativos, agora sujeitos ao texto constitucional. Como resultado, inúmeras constituições passam a seguir fórmulas de controle de constitucionalidade, em geral associadas à criação de cortes constitucionais, dando-se início a um processo de franca expansão da jurisdição constitucional. A atribuição da tarefa de garantidor do texto constitucional a uma corte especial passou a ser vista como elemento básico para a instituição de regimes

---

<sup>243</sup> O autor aponta como marco inicial deste processo a promulgação da Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, não por acaso o país responsável pela 2ª Guerra Mundial. Foi a partir deste documento que passou a ser mencionada, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, a noção de uma 'ordem objetiva de valores', além da proteção de situações individuais subjetivas. Barroso ainda excetua deste processo de constitucionalização do pós-guerra três experiências constitucionais marcantes: as do Reino Unido, França e Estados Unidos. No primeiro, por até hoje o país não ter uma constituição escrita, embora seja um país constitucionalizado, porém com um sistema em que a supremacia é do Parlamento, e não da Constituição; o segundo, porque até hoje não há, a rigor, uma jurisdição constitucional na França, pois o Conselho Constitucional exerce majoritariamente um controle prévio das leis já aprovadas pelo parlamento, porém ainda não promulgadas; e os Estados Unidos, porque já contam com um sistema constitucionalizado, com aplicabilidade imediata da Constituição, desde 1787, e com controle de constitucionalidade da legislação desde o famoso julgamento *Marbury x Madison*, da Suprema Corte, ocorrido em 1803. BARROSO, *op. cit.*, p. 28-33.

democráticos, como se observa claramente nas democracias com nascente a partir da segunda metade do século XX.<sup>244</sup>

No Brasil, o controle de constitucionalidade está previsto desde a primeira Carta republicana, de 1891, porém só no molde incidental. O controle por via direta e abstrata foi introduzido no sistema jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional n. 16, de 1965. Porém, só a partir da Constituição de 1988 é que a jurisdição constitucional experimentou dimensões significativas, o que se deu por um conjunto de causas determinantes, especialmente: o ressurgimento da democracia, que encorajou os cidadãos a buscarem seus direitos; a ampliação significativa do rol de direitos constitucionalmente tutelados; a expansão do direito de propositura<sup>245</sup>; e a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, I, 'a' da Constituição), e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, dada pela Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

A legitimidade do Judiciário para exercer tal controle, entretanto, tema que é relevante para o tema deste estudo, é polêmica de longa data. É célebre o embate acadêmico envolvendo Carl Schmitt, autor do livro “O guardião da Constituição”<sup>246</sup>, de 1929, obra na qual o autor negava ao Judiciário a posição de guardião, pois somente o Presidente do *Reich* teria legitimidade para desempenhar semelhante função; e Hans Kelsen, que retrucou com ensaio intitulado “Quem deve ser o

---

<sup>244</sup> A tendência das cortes constitucionais verificou-se inicialmente na Europa, tendo como pioneiras a Alemanha (1951) e a Itália (1956), seguidos por Chipre (1960), Turquia (1961), e a partir da democratização em massa vista na década de 70, Grécia (1975), Espanha (1978), Portugal (1982) e Bélgica (1984). Depois foi a vez dos países da ex-União Soviética, entre eles Polônia (1986), Rússia (1991), República Tcheca (1992), e Eslovênia (1993), além de países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Na Europa, atualmente, somente o Reino Unido, a Holanda e Luxemburgo ainda mantém vivo o sistema de supremacia parlamentar, sem adoção de nenhuma modalidade de *judicial review*. Conforme BARROSO, *op. cit.*, p. 22-23.

<sup>245</sup> Até a vigência da Constituição de 1969, somente ao Procurador Geral da República era dado propor a representação de inconstitucionalidade. A Carta de 1988 ampliou significativamente o elenco de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, em seu art. 103.

<sup>246</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

guardião da Constituição?”<sup>247</sup>, de 1931, que defende o papel do Judiciário como protetor dos avanços democráticos e das minorias. Como aponta Gilmar Mendes, na apresentação do livro clássico de Schmitt, e como igualmente demonstra a história pós-guerra, a tese de Kelsen parece ter se sagrado vencedora<sup>248</sup>.

Consolidada esta posição, tem-se que, como consequência natural de um cenário de constitucionalização crescente de direitos, o poder ao qual incumbe zelar por sua efetivação termina por tomar especial destaque no cenário de decisões políticas, pois importantes contendas sociais precisam, ao fim e ao cabo, ser resolvidas pelas cortes constitucionais. Assim foi na França, onde o papel do *Conseil Constitutionnel* foi decisivo para a sorte de diversas iniciativas de reforma, tais como o programa de nacionalização patrocinado pelo governo de François Mitterrand, e a nova política universitária do país; na Alemanha, onde a atuação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (que não possui vínculo com o Poder Judiciário, mas o exemplo serve como referência, por se tratar do órgão responsável por guardar o texto constitucional) revelou-se de extrema importância para a determinação da dinâmica do processo político e de seus resultados em diversas áreas substantivas, que vão desde a política externa, até a política universitária e a política de relações industriais; na Inglaterra, sofreram intervenção dos tribunais a proibição administrativa, estabelecida pelo governo Margaret Thatcher, de formação de sindicatos no serviço público, bem como a política de fechamento de escolas do sistema público de ensino secundário, sem consulta prévia aos pais de alunos; e na Itália, onde houve a politização da magistratura judicial através de reformas na

---

<sup>247</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

<sup>248</sup> Ensina Gilmar Mendes: “Vencedor do embate judicial realizado no caso “Prússia contra Reich”, Carl Schmitt também ganhara, aparentemente, a disputa intelectual sobre quem realmente deveria ser o guardião da constituição. Em decisão de 25 de outubro, o Tribunal do Estado negara-se a definir os limites da atuação do Presidente e de seu Chanceler. Ambos ficaram livres, assim, para agirem contra as poucas instituições democráticas de Weimar que ainda desempenhavam algum papel relevante no cenário político alemão de 1932. A história mostraria, contudo, que a vitória de Schmitt não era definitiva. Três meses após a decisão do caso “Prússia contra Reich”, Hitler chegava ao poder sem romper com nenhum aspecto de legalidade existente à época. Concretizava-se, em certo sentido, a previsão de Schmitt: o sistema político de Weimar permitiria que seu maior inimigo assumisse o poder e destruísse, de dentro do sistema, todo o regime constitucional de 1919. A história parecia dar alguma razão a Kelsen!”. MENDES, Gilmar Ferreira. In SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição* (Apresentação de Gilmar Ferreira Mendes).

estrutura de carreira e dos órgãos de representação profissional a partir da década de 1960, o que determinou o aumento das intervenções judiciais em setores como as relações industriais, a defesa de interesses difusos e a repressão ao terrorismo, e mais recentemente à corrupção.<sup>249</sup>

O Professor Newton Pereira Ramos Neto observa bem que, se por um lado, essa perspectiva atual da jurisdição constitucional permitiu o reconhecimento de que, a partir de uma leitura axiológica do direito, cabe ao Judiciário realizar as promessas consagradas no texto constitucional, tornando-as realidade; por outro, ensejou a inclusão de argumentos políticos no discurso judicial, a partir de ferramentas argumentativas como a ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade<sup>250</sup>.

Neste momento em que o Judiciário é considerado um ‘terceiro gigante’, Ramos Neto ainda refere-se ao momento atual da jurisdição como uma ‘euforia constitucional’, posto que, ao mesmo tempo em que os direitos previstos constitucionalmente passam a ser levados a sério<sup>251</sup>, tendo força normativa, também são compostos por termos abertos, com ampla aceitação semântica. Para o autor, atualmente, todas as relações jurídicas podem ser discutidas sob o prisma da constituição, o que traz problemas sérios no campo hermenêutico, no que chama de ‘a era dos princípios’:

A era dos princípios, de seu turno, com a fluidez que é inerente ao exame de seus elementos, trouxe severas dificuldades no campo da interpretação constitucional. Assim, superados os esquemas lógico-dedutivos do positivismo, tornou-se hercúlea a tarefa de definição do conteúdo da norma regente do caso concreto, especialmente à luz de uma necessária

---

<sup>249</sup> Este rápido apanhado de temas que sofreram intervenções judiciais na Europa tem base em artigo do Professor Marcos Faro de Castro, da Universidade de Brasília. CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, n. 34, jun. 1997.

<sup>250</sup> RAMOS NETO, *op. cit.*, p. 7.

<sup>251</sup> A expressão é de Dworkin, e dá nome ao clássico livro chamado “Taking rights seriously”, ou “Levando os direitos a sério”, na tradução para o português. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.



racionalidade argumentativa e do reconhecimento de que o texto é a mera ponta do iceberg, sendo a posição do hermeneuta decisiva para a exata compreensão do preceito incidente na realidade social.<sup>252</sup>

Fato é que, diante de um amplo poder de dizer o que está ou não de acordo com a Constituição, e de um prato cheio como os textos constitucionais atuais, com abrangência singular de direitos e de princípios abertos, os guardiões constitucionais tornaram-se homens públicos poderosos, e figuras notáveis. Não por acaso a indicação de membros destes órgãos, normalmente feita pelo Chefe do Executivo em sistemas republicanos<sup>253</sup>, torna-se um importante ativo de governo, que tentará manipular a formação da Corte de forma que tenha juízes alinhados ideologicamente com as posições governistas para formação de políticas públicas.<sup>254</sup>

No caso brasileiro, o desenvolvimento exponencial da jurisdição constitucional pós Constituição de 1988, a que fizemos referência há pouco, acarretou uma revolução na forma de a sociedade relacionar-se com as instituições judiciais. Barroso menciona que “juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo”, tendo deixado de ser um departamento técnico especializado, e passado a desempenhar um papel político,

---

<sup>252</sup> RAMOS NETO, *op. cit.*, p. 2.

<sup>253</sup> No Brasil, conforme a Constituição de 1988, art. 101, Parágrafo Único: “Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”

<sup>254</sup> Esta importância de que se reveste a questão da indicação de membros da Suprema Corte pelo Presidente fica muito clara em recente ensaio de Ronald Dworkin para a *New York Review of Books*, em um debate de intelectuais sobre as eleições para Presidente dos Estados Unidos de 2008. Conforme o autor, “a eleição de McCain seria um desastre para nossa Constituição”, e elenca suas razões. A atual formação da Corte Suprema dos Estados Unidos tem conseguido, embora com votações apertadas, frear o ímpeto de extremo conservadorismo de alguns membros indicados pelas administrações republicanas. Em votações apertadas, de 5 votos a 4, os juízes adeptos de uma interpretação mais liberal do texto constitucional conseguiram vitórias importantes em assuntos ligados ao aborto, homossexualismo, pena de morte, ações afirmativas em educação e emprego, entre outros. Assim, a primeira indicação de juiz para a Suprema Corte por McCain criaria uma “sólida maioria conservadora que duraria por uma geração ou mais”, o que, para Dworkin representaria uma perda significativa para importantes conquistas constitucionais. DWORKIN, Ronald. *A Fateful Election*. *New York Review of Books*. Disponível na internet, em <http://www.nybooks.com/articles/22017#dworkin> – Acesso em: 14 de dezembro de 2009.

dividindo o espaço com o Legislativo e o Executivo<sup>255</sup>. O trabalho do Supremo Tribunal Federal, antes algo distante da rotina popular, passou a ser de interesse geral; os ministros do Supremo Tribunal Federal popularizaram-se<sup>256</sup>; e os julgamentos da Corte, cuja divulgação era antes restrita a boletins jurídicos, passaram a ser pauta constante na imprensa de massa.

### 4.3. Outros argumentos contrários e favoráveis

#### 4.3.1. Argumentos contrários à função política dos tribunais

O principal argumento a tentar minar a legitimidade do juiz detentor de poder para tomar decisões de ordem política já foi mencionado e trabalhado, que é o fato de não serem eles eleitos, o que lhes negaria possibilidade democrática para tanto. Outros, no entanto, podem ser trazidos à baila.

Pode-se, inicialmente, argumentar que o exercício da função política pelas cortes violaria o princípio da separação dos poderes, o que pode ser derrubado por duas ideias já aqui trabalhadas: a separação de poderes não é estanque, e exige constante controle recíproco entre os poderes, que são independentes, porém harmônicos entre si; fora isso, havendo ofensas à Constituição pelos demais poderes, concede-se ao Poder Judiciário poder extra, de corrigir eventual ação ou omissão, intrometendo-se em esfera que, em princípio, não é sua.

---

<sup>255</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 47.

<sup>256</sup> Essa popularidade fica bem demonstrada na capa da revista *Veja*, uma das mais lidas do país, datada de 05 de setembro de 2007, que estampa uma foto do rosto do Ministro do STF Joaquim Barbosa, relator do processo em que foi acolhida a denúncia contra os envolvidos no escândalo do 'Mensalão'. Comentando o perfil do Ministro, menciona a reportagem: "No julgamento histórico em que o STF pôs os mensaleiros (e o governo e o PT) no banco dos réus, Joaquim Barbosa foi a estrela – ele, o brasileiro que fala alemão, o mineiro que dança forró, o juiz que adora história e ternos de Los Angeles e Paris." Mais adiante, traça um perfil de cada um dos onze ministros que compõem a Corte. *O Brasil nunca teve um Ministro como ele*. Revista *Veja*, Edição 2024, de 5 de setembro de 2007. São Paulo: Editora Abril.

Segundo: a politização das decisões judiciais afasta o juiz da boa técnica jurídica, prejudicando a segurança e a previsibilidade das decisões. Para Leonardo Paixão<sup>257</sup>, esta objeção apoia-se em dois postulados falsos. Primeiro, de que é possível julgar sem um mínimo de atitude política. Especialmente em questões constitucionais, de termos amplos e abertos a interpretações diversas, obriga-se o juiz a criar, mesmo que com base a preceitos já dispostos na Constituição ou em lei. Quanto maior a imprecisão da norma, maior o arbítrio do julgador. O outro postulado falso é de que decisões eminentemente técnicas, no estrito sentido da lei, são sempre melhores, o que não é verdadeiro. Podem elas muitas vezes promover injustiças sem uma flexibilização mínima, além de poderem ofender a Constituição.

#### 4.3.2. Argumentos favoráveis à função política dos tribunais

Entre os argumentos que procuram fornecer base de sustentação à função política do Judiciário, merece destaque, fora aqueles já trabalhados, inicialmente, o que destaca o fato de a Constituição Federal atribuir ao Judiciário, especialmente à Corte Suprema, a atribuição de guardar seus dispositivos contra ataques, venham de onde vierem. Ante a altíssima carga axiológica do texto constitucional, não há como defendê-lo sem ser político, como já dito antes. Assim, para atender à incumbência constitucional, tem o Judiciário legitimidade para ser político.

Conta também a favor dos juízes, especialmente no caso dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o fato de terem de ser indicados pelo Presidente da República, e terem seus nomes ratificados pelo Senado Federal (art. 101, Parágrafo Único da Constituição). Se não são eleitos diretamente pelo povo, a circunstância de terem de ser chancelados por cidadãos que o foram enfraquece o argumento da ofensa ao princípio democrático, já trabalhado.

---

<sup>257</sup> PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/>, p. 82-84.

Ademais, o fato de não serem eleitos gera um novo argumento a defender a legitimidade do Judiciário para esta função, pois gera a vantagem de evitar os inconvenientes de disputa eleitoral pelo cargo, com o possível comprometimento da imparcialidade e independência que decorre disso. A eleição do juiz geraria conflitos de interesses intransponíveis. Neste sentido, Dworkin: “Os juízes não são eleitos nem reeleitos, e isso é sensato porque as decisões que tomam ao *aplicar* a legislação tal como se encontra devem ser imunes ao controle popular.”<sup>258</sup>

Além destes argumentos a guerrear em favor dos juízes, pode-se mencionar ainda: a ideia de proteção das minorias, já trabalhada quando tratamos do princípio democrático; o fato de todas as decisões judiciais terem de ser públicas e fundamentadas, o que muitas vezes não ocorre com os demais poderes; o baixo potencial lesivo dos julgamentos, se comparado com os atos dos demais poderes<sup>259</sup>; a possibilidade de controle através da vontade popular, pois como as decisões baseiam-se em leis e na Constituição, se estas não agradam mais, podem ser alteradas, no que for tocável.

Diante disso, adotamos a linha, neste trabalho, de que atividade política das cortes é legítima e democrática como forma de defesa do interesse público e da Constituição, dentro dos limites que trabalharemos adiante.

#### **4.4. Concepções sobre a função política exercida pelo Judiciário**

---

<sup>258</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 17. Grifo do autor.

<sup>259</sup> Vale transcrever, neste sentido, este trecho do *Federalista*: “Quem analisar atentamente os diferentes ramos do poder, percebe desde logo que, em um governo em que eles são separados uns dos outros, o Judiciário, pela própria natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, pois será o de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los. O Executivo dispõe não apenas das honrarias, mas também da espada. O Legislativo, além de manter os cordões da bolsa, prescreve as normas pelas quais cada cidadão deve regular seus direitos e deveres. O Judiciário, porém, não tem a menor influência sobre a espada nem sobre a bolsa; não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem ‘força’ nem ‘poderio’, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo até do auxílio do ramo executivo para a eficácia de seus julgamentos”. HAMILTON, MADISON e JAY, *O Federalista*, p. 576.

Vimos nos itens anteriores que, à luz do princípio democrático, dos direitos fundamentais e do processo de constitucionalização do direito, é concebido aos juízes, que de fato o fazem, exercer função política, quando em defesa de direitos fundamentais e da Constituição como um todo. Este exercício, no entanto, tem características bastante peculiares, já que difere bastante daquele feito pelos Poderes Executivo e Legislativo. E é justamente quando o Judiciário procura fazer função política da mesma forma como fazem os outros dois poderes, é que surgem os problemas.

A ideia de função política, portanto, que já trabalhamos no Capítulo 2, merece um delineamento um pouco mais aprofundado quando se trata de Poder Judiciário, o que tentaremos fazer inicialmente.

O que significa, ao final das contas, afirmar que o Poder Judiciário exerce função política?

Glauco Salomão Leite<sup>260</sup>, em estudo sobre o que se vem chamando de ‘politização’ do poder judicante, promove interessante elenco de possibilidades para o termo, que são didáticas para o que se pretende aqui. Em um primeiro sentido, o juiz se politizaria na medida em que se afastasse de seu dever de imparcialidade. Trata-se de conotação bastante negativa para a função política desempenhada por tribunais, pois ela se exerceria quando o juiz cedesse diante de pressões de grupos políticos ou de partidos, em uma ‘partidarização’ da jurisdição. O equívoco nesta concepção parece claro, pois claramente reduz a política ao jogo que envolve partidos políticos e grupos de pressão, o que, como vimos no Capítulo 2, não é o sentido apreendido neste trabalho para ‘política’.

Em uma segunda concepção, a função política ocorreria quando o magistrado deixa de lado uma absoluta vinculação à lei, passando a basear-se em critérios ideológicos e pessoais, tornando sua decisão arbitrária. Aqui, só se pode considerar tal noção correta caso este alargamento decorra não de uma negação pura da lei, mas sim do alargamento de possibilidades jurídicas de solução que

---

<sup>260</sup> LEITE, *op. cit.*, p. 152-160.

podem ser tomadas pelo juiz, em função do processo de constitucionalização do direito que vimos no ponto anterior. Como lembra Salomão<sup>261</sup>, o Estado de Direito foi substituído pelo Estado *Constitucional* de Direito, e a submissão à lei, substituída pela submissão à Constituição.

A Carta Maior, por não ser um texto cerrado, e sim um complexo normativo aberto para o futuro<sup>262</sup>, comportando princípios muitas vezes antagônicos, confere ao juiz esta liberdade de conformação, que é característica essencial da função política.

Uma terceira acepção refere-se à ideia de o Poder Judiciário substituir os demais poderes, realizando funções atribuídas a eles de acordo com o sistema político. Conforme Tércio Sampaio Ferraz Jr., os litígios judiciais passam a admitir novas formas de ação pelo juiz:

Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas pela política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça.<sup>263</sup>

O Judiciário, assim, poderia suprir as falhas e deficiências praticadas pelos outros poderes no tocante ao atendimento dos direitos fundamentais e direitos constitucionais, em uma agressão consentida do princípio da separação dos poderes. A autorização para tal agressão, entretanto, é modulada. Veremos, adiante, que é nesta concepção de função política nas mãos do Judiciário que reside o maior bocado da celeuma em torno do tema.

---

<sup>261</sup> LEITE, *op. cit.*, p. 157.

<sup>262</sup> Sobre as diversas possibilidades interpretativas de uma Constituição, por diversos intérpretes diferentes, sugere-se ver HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. 55 p. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

<sup>263</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*. 11/355. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2000.

Outra concepção provém da noção que Lourival Vilanova<sup>264</sup> concede à política, segundo a qual todo ato de poder é político: atos no exercício de poder conferido constitucionalmente, seja pela administração, pelo parlamento, ou pelos juízes, são atos políticos. Parece-nos, todavia, pouco satisfatória esta concepção, com o que concorda Glauco Salomão, haja vista que a noção de política que trabalhamos aqui é mais restrita, e não qualquer ato de poder previsto constitucionalmente.

Por último, uma quinta concepção interessante: sendo que, como já visto, função política é definir o interesse coletivo de uma sociedade, entre as opções à livre disposição de quem o faz, e sendo a Constituição o documento que, em tese, contém as escolhas de uma sociedade, qualquer decisão feita com base na Constituição seria um exercício de função política. Há, portanto, um entrecruzamento do direito com a política por meio da Constituição, o que, conjuntamente com a sua força normativa, torna políticas quaisquer decisões ligadas à jurisdição constitucional. Esta ideia de função política, entretanto, é absolutamente imprecisa, já que qualquer decisão que tenha algum aspecto constitucional seria política, o que é aberto demais.

Em resumo, fazendo-se uma fusão das concepções acima enumeradas que estão de acordo com a função política que procuramos trabalhar até aqui, tem-se que: (i) no exercício da função política, o Judiciário amplia seu limite de arbítrio frente à lei, pois seu compromisso maior é com a Constituição, com seus termos de sentido amplo; (ii) o Judiciário recebe, dada a força normativa da Constituição, autorização para invadir a esfera dos demais poderes, no exclusivo caso de eles deixarem de cumprir preceitos constitucionais, e em limites que doutrina e jurisprudência procuram estabelecer, conforme analisamos a seguir.

#### **4.5. Limites à função política exercida pelo Judiciário**

---

<sup>264</sup> VILANOVA, Lourival, *apud* LEITE, *op. cit.*, p. 159-160.

Temos, portanto, que o Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, que possui o poder-dever de proteger o texto constitucional, pode praticar a função política<sup>265</sup>. Entretanto, dado que o excesso de politização deste poder seria tão prejudicial quanto sua absoluta neutralidade, convém ao menos tentar fixar os limites em que podem juízes manobrar no campo das escolhas políticas.

Do estudo feito a partir de jurisprudência e doutrina, verifica-se ampla imprecisão quanto a um alcance aceitável da atuação do Judiciário na realização da função política, embora haja tentativas louváveis. Entre elas, está a promovida por Leonardo Paixão, ao tratar da função política desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal. Utilizaremos alguns itens desta classificação aqui, embora não permaneçamos presos a ela, para procurar estabelecer um critério capaz de aferir as situações em que o Judiciário anda bem ou mal ao exercer função política.

#### 4.5.1. O princípio democrático e a separação de poderes

---

<sup>265</sup> Isso parece já estar sedimentado na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme decisão na Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45 MC/DF, relatada pelo Ministro Celso de Mello, assim emendada: “ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).” Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 04 de maio de 2004. No mesmo sentido: Gravo Regimental em Recurso Ordinário n. 410715, rel. Min. Celso de Mello, j. 22 de novembro de 2005; Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 271.286-8/RS, rel. Celso de Mello, j. 12 de setembro de 2000. Acórdãos disponíveis em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 10 de dezembro de 2009.



Já vimos que o princípio democrático não pode ser evocado para afastar por completo a apreciação pelo Judiciário de questões de ordem política, quando se trata de defender direitos constitucionalmente previstos. Entretanto, quando se pronunciam os demais poderes sobre questões ligadas ao interesse público, em exercício de função política legítima e em obediência à Carta, devem os juízes passar ao largo de qualquer ingerência.

Como vimos em Dworkin, não é a correção da decisão, e nem a promoção da estabilidade política, que fazem com que seja preferível sempre uma decisão do parlamento, ou do Executivo, sobre a decisão do Judiciário: é a promoção da igualdade em suas formações; o fato de o colegiado de legisladores ser formado, ainda que indiretamente, pelo próprio povo, e de o chefe do governo ser escolhido por ele. Então, o mesmo princípio democrático que concede ao juiz o poder de ser ativo na defesa de direitos fundamentais e da Constituição como um todo, podendo corrigir ações ou omissões administrativas ou legislativas, também é o que determina que a preferência na construção do interesse coletivo seja dos demais poderes.

Discordamos, então, de Ana Paula de Barcellos<sup>266</sup>, para quem caberia o controle jurisdicional em atividades que, a nosso ver, são atribuições típicas do Poder Executivo na construção de políticas públicas, e cujo controle judicial seria ofensa grave ao princípio da separação de poderes, tais como: a fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; o resultado final esperado das políticas públicas; a quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais, em termos absolutos ou relativos; o alcance, ou não, das metas fixadas pelo próprio Poder Público; e a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade.

---

<sup>266</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. In: *Revista de Direito do Estado*, n. 3, Ano 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 35 e ss.

Sílvio Rocha<sup>267</sup> vai além: para ele, pode o magistrado analisar se determinada política social recebeu um mínimo de recursos que considere suficiente, comparando com recursos destinados para publicidade, por exemplo; e, no caso de inexistência de uma política pública adequada para atender a determinada demanda, poderia o juiz estabelecer uma política mínima para vigorar enquanto não for implementada outra. Trata-se de juiz administrador e legislador, pondo-se muito além de qualquer limite razoável.

A prevalecer a perigosa tese dos autores mencionados, passa-se a um modelo de Estado judicial, em que a última palavra em matéria de administração e boa aplicação de recursos públicos pertence aos juízes, os quais nem possuem legitimidade popular para tanto, nem mesmo conhecimentos econômicos, contábeis e políticos para uma interferência desta natureza<sup>268</sup>. Parece-nos que o titular do exercício deste controle, sobre se a aplicação do recurso público está adequada ao interesse coletivo (salvo os casos de corrupção e desvio de recurso público, que devem ser coibidos judicialmente) deve ser feito pelo próprio destinatário do serviço público: o cidadão, por meio do sufrágio, quando terá a oportunidade de dar continuidade a determinado projeto de governo, ou não.

---

<sup>267</sup> ROCHA, Sílvio, *apud* FIGUEIREDO, Marcelo, *op. cit.*, p. 126.

<sup>268</sup> A ilustrar a forma equivocada como juizes podem fazer uso de sua função política, em afronta à separação de poderes, vale destacar a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que a Corte decidiu, por meio de liminar, por obrigar determinado ente público a realizar destaque orçamentário em valor designado pelo próprio juízo, de forma a garantir o fornecimento de água tratada. O argumento foi de que “O Estado, através de seus governantes, tem o dever de planificar a peça orçamentária, de forma a identificar a intenção de cumpri-la”, dando a entender que o valor designado em versão inicial do orçamento seria insuficiente, conforme critérios do magistrado, que fez análise típica de agente administrativo. Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 362.101.5/0-00, j. 19 de junho de 2004. In: FIGUEIREDO, Marcelo, *op. cit.*, p. 109. Em outro exemplo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, determinou que o governo federal realizasse obra de duplicação de uma estrada: “A moderna jurisprudência admite a intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública, viabilizando a antecipação de tutela para determinar a execução de obra relativa a duplicação de rodovia federal, ante a responsabilidade civil do Estado sobre mortes e mutilações decorrentes de acidentes de trânsito havidos na rodovia de sua competência.” Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 200404010145703-SC, rel. Edgard Antônio Lippmann Junior, j 23/06/2004. Disponível em <[www.trf4.jus.br](http://www.trf4.jus.br)>. Acesso em 24 de fevereiro de 2010.

Se é inegável o limite em relação ao Poder Executivo, também devem ser muito bem medidas, e evitadas ao máximo, as andanças dos magistrados pelos campos de atuação do Legislativo, especialmente em sua atividade legiferante. Só em casos de direitos fundamentais que estejam à míngua por falta de legislação, por reiteradas negativas do Legislativo em exercer sua função constitucional, é que se poderia admitir o Judiciário, por decisão judicial, estabelecendo obrigações de reserva legal. Neste sentido, parece exorbitante a recente decisão do Supremo Tribunal Federal relativa ao direito constitucional de greve dos servidores públicos<sup>269</sup>. Ao invés de simplesmente fazer as vezes de legislador, determinando que a lei de greve dos servidores privados passasse a regulamentar o direito dos servidores públicos, parece-nos que teria andado melhor o Supremo se tivesse fixado prazo para que o Parlamento legislasse a respeito e, só após vencido este prazo, é que a extensão dos efeitos de outra lei similar tomaria validade. Este era o entendimento da Corte até o MI n. 283/DF, de 14/11/1991, e que é situação bem menos ofensiva ao princípio da separação de poderes, posto que, por um lado, dá ao parlamento a oportunidade de cumprir sua função precípua de legislar, e por outro, garante um regramento ao direito vitimado pela inadimplência legislativa, porém após vencido o prazo estipulado.

Quanto aos atos chamados *interna corporis*, relativos a assuntos internos do Legislativo, embora não ligados à atividade legislativa, vale a mesma regra: só admite-se a intromissão nos casos de ofensa a direitos fundamentais ou de minorias, como feito no Mandado de Segurança n. 24831/DF, de 2005<sup>270</sup>, em que o Supremo garantiu o direito da minoria parlamentar de ver instaurada uma Comissão

---

<sup>269</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24 de maio de 2007. Sobre a evolução do pensamento da Corte no tocante ao Mandado de Injunção como forma de supressão de lacunas legislativas, vale analisar os seguintes acórdãos: Mandado de Injunção n. 107/DF, julgado em 21 de setembro de 1990; Mandado de Injunção n. 283/DF, de 20 de março de 1991 (passou a fixar prazo para que a mora legislativa fosse purgada pelo parlamento); Mandado de Injunção n. 232/RJ, 02 de agosto de 1991 (concedeu o direito de pleitear indenização pela mora após não cumprido o mandato). Acórdãos disponíveis em <www.stf.jus.br>, acesso em 24 de fevereiro de 2010.

<sup>270</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24831/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 22 de junho de 2005. Disponível em <www.stf.jus.br>, acesso em 24 de fevereiro de 2010.

Parlamentar de Inquérito; ou nos casos de *habeas corpus* concedidos a testemunhas intimadas, cujo depoimento possa alterar sua situação jurídica em outra ação penal, se o depoimento possa ter o caráter de confissão, resultando assim em auto-incriminação. Nestes casos, a Corte tem entendido por defender o direito fundamental segundo o qual ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, o que é reflexo direto dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa<sup>271</sup>.

#### 4.5.2. A reserva do possível

Entretanto, mesmo em se tratando de direitos fundamentais, é necessário ficar muito claro até onde pode ir o Judiciário. Aqui surge com importância a existência de três linhas de pensamento, apontadas por Marcelo Figueiredo<sup>272</sup>: a primeira, dos que entendem que todos os direitos sociais previstos como fundamentais na Constituição são exigíveis imediatamente, não sendo necessário aguardar medidas governamentais ou legislativas; a segunda, de que seriam exigíveis imediatamente apenas os direitos negativos, pois os positivos somente estariam disponíveis sob a reserva do possível, e ainda condicionados à mediação legislativa; e a terceira, para a qual existe um núcleo de direitos ligados a um *mínimo existencial* que seria sempre exigível, estando os demais direitos positivos sob a reserva do possível.

Esta distinção é importantíssima para a questão em estudo. A depender da linha a ser seguida, o Judiciário poderá mais ou menos. A nosso ver, a última parece ser a linha mais correta, pois leva em conta duas realidades: por um lado, que todo direito tem um custo, e que alcançar todo o rol de direitos constitucionais previstos a

---

<sup>271</sup> Neste sentido, os seguintes Habeas Corpus: n. 89.269/DF, j. 21 de novembro de 2005; HC 80.584/PA, j. 08 de março de 2001; HC 83.703/SP, j. 18 de dezembro de 2003; HC 83357/DF, j. 03 de março de 2004; HC 79812/DF, j. 08 de novembro de 2000. Acórdãos disponíveis em <www.stf.jus.br>, acessados em 10 de novembro de 2009.

<sup>272</sup> FIGUEIREDO, Marcelo, *Op. cit.*, p. 123.

todos os cidadãos, em sua plenitude, escapa ao realizável<sup>273</sup> (trata-se da ideia de *reserva do possível*, que tem nos autores americanos Stephen Holmes e Cass R. Sustein suas principais referências de origem<sup>274</sup>); por outro, reconhece que há um núcleo duro de direitos inafastáveis para que um ser humano possa sobreviver, e que precisam ser alcançados pelo Estado, sem condicionantes. Pode-se agregar a estes direitos de aplicabilidade imediata também os direitos fundamentais a prestações negativas do Estado, que, em princípio, independem de disponibilidade orçamentária.

No restante dos casos de prestações positivas previstas na Constituição, seu atendimento dependerá da disponibilidade orçamentária, devendo o agente público realizar as ‘escolhas trágicas’, de que trata Richard Posner<sup>275</sup>: como há mais necessidade do que recursos disponíveis, é preciso optar por tornar efetivo o direito ‘x’ ou ‘y’, opção esta chamada de trágica, pois terminará por gerar o preterimento de um dado direito, quiçá tão importante quanto o outro, mas em virtude da necessidade de se buscar o máximo de eficiência na efetivação dos direitos fundamentais, teve de ser deixado de lado.

Quanto à definição sobre o que comporia este mínimo existencial inafastável, embora seja outro tema de inegável abertura semântica, a grande parte das demandas judiciais que levam este argumento tem tido como objeto o direito à saúde<sup>276</sup>. Não por acaso: para Dworkin, em matéria de saúde, parece não haver escolha trágica, pois se trata de direito superior a qualquer outro, o ‘chefe de todos

---

<sup>273</sup> Sobre os custos dos direitos, recomenda-se o livro de Flávio Galdino, *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*, que contém o sugestivo subtítulo *direitos não nascem em árvores*. Para Galdino, um direito só se torna um direito na medida em que é economicamente realizável; antes disso, é um direito em potencial, sem eficácia, portanto, ainda não um direito. GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos - direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2005.

<sup>274</sup> HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights – why liberty depends on taxes*. Nova York/Londres: W. W. Norton & Co., 1999.

<sup>275</sup> POSNER, Richard. *Frontiers of legal theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 136.

<sup>276</sup> Ver acórdãos do STF: RE 410715 AgR/SP, de 22 de novembro de 2005; ADPF n. 45/DF, j. 04 de maio de 2004; STA n. 238/TO, j. 21 de outubro de 2008. Disponíveis em <www.stf.jus.br>, acesso em 24 de fevereiro de 2010.

os bens', pois é o mais intimamente ligado à ideia de vida. Educação, transporte, moradia, são importantes, mas não visceralmente ligados à vida como a saúde, e devem ser sacrificados em função dela<sup>277</sup>.

Geralmente, na negativa estatal em prover tais direitos mínimos, ou na inexistência de programação pública mínima para que sejam providos, tem o Judiciário legitimidade para determinar ao Poder Público que atenda a Constituição de forma imediata, que deverá priorizar o seu custeio em detrimento de quaisquer outras despesas orçamentárias. Todavia, mesmo nestes casos, a busca pela satisfação dos direitos deve vir colorida por ponderação e razoabilidade. Já existindo programas governamentais que atendam ao direito pretendido por quem vá ao Judiciário, embora não exatamente como pretende o demandante; ou sendo demandas que venham a gerar impacto financeiro de tal ordem, que prejudiquem um número significativo de outras pessoas de determinada comunidade, a presunção deve ser modulada<sup>278</sup>, para que se atenda ao interesse coletivo.

O tema é, de fato, complexo, o que tem deixado administração pública, sociedade civil, e, acima de tudo, juízes, confusos diante de direitos inadiáveis de um

---

<sup>277</sup> DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000, p. 309.

<sup>278</sup> Trata-se de algo bastante comum na área de saúde. Cibele Maciel Ferreira, em estudo sobre o fornecimento de medicamentos, menciona decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal (AGRRE n. 271286 – 2ª Turma – Relator Min. Celso de Mello – DJU 2/11/2000), em que o remédio solicitado via ação judicial, o ENBREL, possuía à época um custo de R\$ 4 mil por caixa, e o demandante necessitava de duas caixas por mês, totalizando um custo de R\$ 8 mil. A verba total de que dispunha o Município de Tapejara, pequena cidade do interior do Rio Grande do Sul, para aquisição de medicamentos para toda a comunidade, era de R\$ 15 mil, ou seja: mais da metade do orçamento municipal para medicamentos atenderia a uma única pessoa. Segundo o autor da ação, ele vinha fazendo uso de medicamentos disponíveis no mercado, até ter decidido juntamente com seu médico por um novo produto. Entretanto, já havia uma determinação do Ministério da Saúde – Portaria SAS/MS n. 865/02 – que recomendava a utilização do medicamento Infiximab para o tratamento daquela enfermidade, com eficácia melhor demonstrada por uma quantidade muito maior de testes realizados. O Judiciário, sem analisar as questões técnicas envolvidas, e a existência de regras do governo sobre aquele referido medicamento, concedeu a medida. FERREIRA, Cibele Maciel. *O fornecimento de medicamentos no âmbito da União: uma análise econômica e jurídica*. Monografia (Conclusão do curso de especialização em direito, economia e democracia constitucional) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

lado, e a escassez real de recursos de outro. Canotilho, sobre esta falta de clareza na forma como deve o Judiciário posicionar-se, diz:

Paira sobre a dogmática e teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da vaguides, indeterminação e impressionismo que a teoria da ciência vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de ‘fuzzismo’ ou ‘metodologia fuzzy’”. “Em toda a sua radicalidade, a censura de fuzzismo lançada aos juristas significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais.”<sup>279</sup>

As limitações relativas à reserva do possível já vem sendo reconhecidas pelas Cortes pátrias. Em recente e bem fundamentada decisão em sede de Suspensão de Tutela Antecipada<sup>280</sup>, a Corte Constitucional brasileira lançou bases para o que parece ser um bom encaminhamento a ser dado ao embate mínimo existencial *versus* reserva do possível. Inicialmente, reconhece o conflito entre princípios, sendo um de ordem constitucional, que garante aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, Parágrafo 1º da Constituição), e outro de ordem fática, relativo à real escassez:

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.

Reconhece, igualmente, que a despeito das previsões constitucionais, não há como afastar a necessidade das escolhas trágicas que mencionamos, seguindo critérios de ordem política, eleitas por governantes e representantes:

---

<sup>279</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In: Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 100.

<sup>280</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 238/TO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21 de outubro de 2008. Disponível em <www.stf.jus.br>, acesso em 24 de fevereiro de 2010.

Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macro-justiça.

Ante tal realidade conflituosa, torna-se impossível estabelecer padrões únicos de decisão, devendo a cada caso ser realizados juízos de ponderação, após averiguadas as circunstâncias peculiares:

De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos. (...) Portanto, ante a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstâncias específicas de cada caso que serão decisivas para a solução da controvérsia.

Feita esta constatação, passa a decisão a contemplar questões a serem analisadas caso a caso e que são absolutamente pertinentes para uma conclusão, como a já existência ou não de um programa de governo, ou de uma lei a cobrir aquele direito. Neste caso, como diz o Supremo, “não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros poderes quanto à formulação de políticas públicas”, pois “ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde, o judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento”. Esta constatação parece fundamental, quando se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes, e nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública parece ser evidente.

Problema maior se dá quando a prestação pleiteada não for abrangida por nenhuma lei ou política governamental, momento em que é imprescindível distinguir, conforme o STF, “se a não-prestação decorre de uma omissão legislativa ou



administrativa, ou de uma decisão administrativa de não fornecer.” Nesses casos, em que o juiz terá, inevitavelmente, de adentrar a esfera inicialmente pertencente a um outro poder, deve prevalecer a ponderação, em que deverão ser sopesados critérios importantes: qual a extensão do dano caso o pleito não seja atendido? Qual a possibilidade de uma efeito cascata da decisão, com um corrida aos tribunais, e qual seria o custo disso? Teria o Estado condições de suportá-la? O Estado trouxe elementos capazes de demonstrar a efetiva indisponibilidade de recursos para atender àquele direito<sup>281</sup>?

A posição do Supremo no julgado em comento vai nesta linha:

Nesses casos, a ponderação dos princípios em conflito dará a resposta ao caso concreto. Importante, no entanto, que os critérios de justiça comutativa que orientam a decisão judicial sejam compatibilizados com os critérios das justiças distributiva e social que determinam a elaboração de políticas públicas. Em outras palavras, ao determinar o fornecimento de um serviço de saúde (internação hospitalar, cirurgia, medicamentos, etc.), o julgador precisa assegurar-se de que o Sistema de Saúde possui condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica.

Portanto, dado o perfil adotado por nossa Constituição, de garantia plena dos direitos fundamentais, o que fatalmente ocasiona por vezes a necessidade de desempenho da função política pelos tribunais, devem os magistrados estar cientes de limites de ordem financeira, e sua intervenção deve ser no sentido de corrigir eventuais lacunas governamentais e legislativas, nos estritos limites que o caso concreto demandar.

Tais intervenções sobre os demais poderes são importantes não somente para a defesa de direitos fundamentais, mas também para obrigar o poder público a adotar mecanismos mais modernos e eficientes de gestão do recurso público, campo

---

<sup>281</sup> Em outro julgamento similar, o STF posicionou-se no sentido de que cabe ao Estado trazer elementos que demonstrem que, de fato, não possui condições de arcar com aquele pedido, ou com um eventual efeito cascata que sua concessão poderia gerar. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 278/AL, rel. Min. Gilmar Mendes, j 22/10/2008. Disponível em <www.stf.jus.br>, acesso em 20 de novembro de 2009.

em que há desperdícios extremos, os quais, se evitados, poderiam servir para melhor atender às demandas sociais<sup>282</sup>. Não por outra razão é que o debate acerca da gestão pública tem tomado tão significativo relevo<sup>283</sup>, pois é transparente que cada vez se tornará menos legítimo ao Estado argüir a falta de recursos para não atender a direitos, se, ao mesmo tempo, perpetuarem-se perdas e esbanjarem-se valores altíssimos.

Assim, vemos como uma tendência que só seja aceitável a oposição do princípio da 'reserva do possível' após a demonstração pelo Estado da adoção de mecanismos de contenção do gasto desnecessário e da racionalização do processo de recolhimento de receitas, no qual igualmente acumulam-se perdas incriveis de potencial arrecadatório pela simples falta de método e organização. O exercício da função política pelo Judiciário, portanto, teria um efeito extra, de estimular a promoção de métodos mais modernos de gestão.

#### 4.5.3. Questões políticas

O sentido que se pretende dar a 'questão política' aqui é estrito, e não se refere a política no sentido amplo, de formação do interesse público. Refere-se a um campo de liberdade de conformação dos demais poderes não apreciável pelo Poder Judiciário, pois a sua análise e conveniência é atribuição típica de quem possua mandato popular. Entrariam nesta categoria atos como declaração de guerra, celebração da paz, escolha de ministros de Estado e de tribunais superiores, estado

---

<sup>282</sup> Conforme dados da organização Movimento Brasil Competitivo, realizador de projeto denominado Programa Modernizando a Gestão Pública, desde 2005, ano de implementação do Programa, até o final de 2008, a injeção de métodos simples de gestão por resultados no setor público já possibilitou ganhos da ordem de R\$ 11,2 bilhões, somando-se cortes de despesa e aumento de receitas, em 10 estados e 2 municípios. A experiência da organização demonstra que a administração do recurso público é tão amadora, que alterações simples na rotina de processos de secretarias de Estado geram ganhos substantivos, que podem ser revertidos para a sociedade. GASTAL, Claudio Leite. Competitividade e a crise econômica. In: *Movimento Brasil Competitivo: Relatório Anual de Atividades 2008*. Brasília: Movimento Brasil Competitivo, 2009, p. 26.

<sup>283</sup> O ano de 2009 foi considerado como o "Ano Nacional da Gestão Pública" para o governo federal, conforme decreto presidencial publicado no Diário Oficial da União de 18 de março de 2009.

de sítio, intervenção federal, criação de políticas públicas de governo, relações exteriores, entre outros.

Entram nesta classificação também atos do Poder Legislativo, que não os relativos à atividade legiferante, mas outros, conhecidos como *interna corporis*, que, para Francisco Campos, são “todas as questões relativas à economia interna da assembléia política, particularmente aquelas que entendem direta e indiretamente com a sua autonomia”. Depois, prossegue:

Como a própria expressão sugere, *interna corporis* são todas as regras ou disposições interiores ao corpo legislativo, isto é, as prescrições destinadas a disciplinar o seu funcionamento, sejam elas instituídas no próprio regulamento interno ou na própria Constituição.<sup>284</sup>

Entre estes atos emanados do parlamento, estão os previstos no art. 49 da Constituição Federal, como resolver sobre tratados internacionais (I) e autorizar o Presidente da República a declarar guerra (II); também os que constam dos arts. 51 e 52, que prevêm as competências privativas da Câmara de Deputados, como autorizar a instauração de processo contra o Presidente da República, Vice, e Ministros de Estado (art. 51, I); e do Senado, como julgar o Presidente da República, Vice e Ministros de Estado (art. 52, I).

É interessante mencionar que em algumas oportunidades esta vedação já esteve prevista constitucionalmente, como no art. 68 da Constituição de 1934, segundo o qual era “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”, ou no art. 11 do autoritário Ato Institucional n. 5, que proibia expressamente qualquer manifestação judicial sobre qualquer ato praticado de acordo com aquele Ato.

Entretanto, com o movimento de constitucionalização do direito, e no Brasil, especialmente, após a Constituição de 1988, que estabeleceu que nenhuma ofensa ou ameaça a direito poderá ser impedida de apreciação pelo Poder Judiciário

---

<sup>284</sup> CAMPOS, Francisco. In: QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia. *O controle judicial de atos do poder legislativo*, p. 51.

(art. 5º, XXXV), esta limitação esvaziou-se bastante. Entendendo-se que tais atos possam ensejar alguma suposta ofensa a direitos fundamentais, surge a necessidade da vigia judicial, conforme tem entendido a jurisprudência.<sup>285</sup>

#### 4.6. Considerações finais sobre Judiciário e função política

Pela evolução que vimos da noção de Estado constitucional, dos direitos fundamentais e sua relação umbilical com o princípio democrático, além da abstração das leis, que deixam ao juiz o encargo de interpretá-las em muitos casos, está sedimentada a importante função que possui o Poder Judiciário, especialmente no Brasil (que é o foco deste estudo), para o desempenho da função política.

---

<sup>285</sup> Neste sentido, o voto em decisão da ADI 1231/DF (julgamento de 15/12/2005), em que se pedia a declaração de inconstitucionalidade da Lei 8985/95, que concedia anistia aos candidatos às eleições gerais de 1994 do Relator, Ministro Carlos Velloso, deixa clara a idéia de liberdade, porém velada, por parte dos Poderes Executivo e Legislativo: “Sendo a anistia um *ato político*, concedida mediante lei, assim da competência do Congresso Nacional com a sanção do Presidente da República, corre por conta dos Poderes Legislativo e Executivo a avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade do ato, sem dispensa, entretanto, do controle judicial, porque pode ocorrer, por exemplo, desvio do poder de legislar ou afronta ao princípio da razoabilidade, assim como afronta ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).” Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1231/DF, Relator Carlos Velloso, j. 15 de dezembro de 2005. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>, acesso em 25 de novembro de 2009.

Bastante elucidativa é, também, decisão do Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em Ação Popular, que decidiu por afastar da presidência da Câmara Legislativa do Distrito Federal o seu Presidente, Leonardo Prudente, envolvido em denúncias de recebimento de propinas, e flagrado, por meio de imagens gravadas, escondendo dinheiro dentro de suas meias, durante a Operação Caixa de Pandora da Polícia Federal. A justificativa foi na linha de que fere o interesse público e o princípio da moralidade o fato de a Câmara, durante as apurações das denúncias, ser presidida por um dos principais investigados. Em recurso, a Câmara Legislativa alegou tratar-se de assunto *interna corporis*, fora do alcance do Poder Judiciário. O Presidente do Tribunal de Justiça, todavia, ao decidir recurso de agravo contra a decisão, optou por manter a decisão. Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Suspensão de Segurança n. 2010002000631-2. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Presidente: Nívio Geraldo Gonçalves. Julgado em 19 de janeiro de 2010. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/trib/imp/docImp/not/SSG-presidenteleonardoprudente.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2010.

Algumas questões fundamentais, entretanto, tornam bastante específica a forma de atuar deste Poder quando tratamos da função em comento, as quais, embora abordadas ao longo do capítulo, merecem um reforço especial neste arremate. Vejamos:

*1) O Judiciário, ao agir politicamente, deve atuar de forma complementar ao trabalho realizado pelos demais órgãos.*

Isso quer dizer que a captura do interesse social a merecer guarida, e sua conseqüente transformação em direitos constitucionalmente previstos, leis, e programas que os promovam, não é tarefa do Judiciário. A função política deste último só é legítima na medida em que procure realizar aquele interesse social já definido e incorporado ao ordenamento jurídico pelo Executivo e pelo Legislativo, porém que não venha encontrando o mínimo amparo necessário à sua realização. É uma atuação peculiar na função política, pois encontra sua fonte não no clamor social, mas sim no texto já vigente da Constituição e das leis.

Por esta razão é que o juiz, ao deparar-se com demanda que envolva determinado interesse social, deve averiguar: aquele direito possui abrigo constitucional? Em caso positivo, já há lei que o instituiu, se assim requerer o texto constitucional? Já há alguma política pública que procure atender àquele direito? A lei ou a política criada garante o pleno exercício deste direito?

Assim, devem sempre ficar claros os limites: ao Legislativo e ao Executivo, eleitos pelo povo, cabe captar o interesse público, interpretá-lo, e transformá-lo em lei ou política pública; ao Judiciário, zelar para que tais leis ou programas efetivamente sejam implementados, sem ofensas aos direitos fundamentais e preceitos constitucionais.

*2) Não cabe ao Poder Judiciário a definição de políticas públicas para atender a direitos*

Definir as prioridades em termos de políticas públicas e de gasto de recursos do Erário é função do Executivo e do Legislativo. Os casos em que há limites mínimos e máximos de gasto para determinada área, devem vir fixados na

Constituição ou em lei, como é o caso da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 2000), e da previsão constitucional que obriga destinação mínima do orçamento dos entes federados para saúde (art. 198, §2º e 3º).

Estará o poder judicante legitimado a agir quando houver negativa dos demais poderes em promoverem direitos garantidos constitucionalmente, mediante inexistência absoluta de uma lei que os institua (quando necessário), ou de programa social que os atenda; ou, ainda, no caso de existirem tais leis ou programas, para garantir sua observância. Se existir a lei ou a política pública, mas que, porém, possam ser julgadas inadequadas ao interesse público, caberá ao cidadão, por meio do voto, exercer tal controle.

Como dito no item anterior, a função desempenhada pelo Judiciário é complementar, realizada nos vãos deixados pelos demais poderes, que representem a inobservância de direitos fundamentais.

Aos demais poderes deve ser dada a oportunidade de desempenhar sua função. Cabe ao juiz cobrar este desempenho, e só no caso de negativa absoluta em desempenhá-la, pode-se aceitar a figura do juiz inovador, criador de política pública. Há exceção para os casos de direitos fundamentais ligados ao mínimo existencial (notadamente o direito à saúde), que autorizam o Judiciário a obrigar os demais poderes a prestar assistência de forma imediata, pois a espera por uma legislação ou criação de política social pode significar o perecimento de direitos absolutamente invioláveis, como a vida e a saúde.

Feitas estas observações, vale anotar que, revestida de características peculiares, a função política do Judiciário já é parte integrante de nosso sistema, notadamente como guarda fiel dos direitos constitucionais. Embora não tenha legitimidade para iniciativa na captação do interesse social em primeiro plano, pois, de fato, lhe falta a prerrogativa constitucional e a representatividade para tanto, não é mais legítimo a este poder negar-se a atender a reclamações sociais frente à eventual indiferença de governantes e legisladores insistentes na tentativa de esquivar-se de suas obrigações constitucionais.

## CONCLUSÃO

Tratar da competência dos diferentes poderes para exercer a função política é hoje, seguramente, desafiar um dos temas que mais inquietam as instituições públicas brasileiras. Não por acaso é que juristas e cientistas políticos já verteram tanta tinta a seu respeito, enriquecendo um debate ávido por novos argumentos. Isso, no entanto, não nos impede de tecer algumas conclusões próprias, especialmente após realizada esta pesquisa.

A nova separação de poderes, embora não tenha substituído os atores a compor o cenário institucional, por certo alterou seus papéis, com mudanças claras de protagonismo. E neste cenário, se a algum poder vem cabendo uma posição menos nobre do que a devida, claramente se trata do Legislativo.

Aliás, há de se convir que o parlamento no Brasil nunca teve o destaque que esta Casa merece. Desde a independência, passamos por um período de império, em que a atividade principal desta instituição consistia em bajular o Imperador, como não se poderia esperar diferente em um Estado assim. Proclamada a República, poucos foram os ares respirados fora de regimes militares e ditatoriais, quando, sabe-se, pouca ou nenhuma serventia possui uma casa congressual. Somente nos breves espasmos democráticos anteriores ao golpe militar de 1964, e após o término da ditadura nos anos 1980, é que se tem um Legislativo efetivamente atuando, embora não na amplitude desejada.

O Poder Legislativo no Brasil, portanto, não possui um passado glorioso a recuperar, precisando, de fato, construir uma posição de destaque nova, como lhe confere o texto constitucional. Como foi possível demonstrar ao longo do trabalho, esta tarefa encontra óbice na figura forte representada pelo chefe do Executivo em um sistema presidencialista, no qual se depositam as esperanças nacionais, algo com características semi-messiânicas bem delineadas por Bruce Ackerman, citado no Capítulo 3. Igualmente neste capítulo, vimos as severas críticas tecidas por Ruy Barbosa e Silvio Romero ao crescente poder do Presidente e o encolhimento do trabalho dos congressistas, o que demonstra que a preocupação vem de longa data.

Pode-se argumentar que, em um sistema presidencialista, diferente do que caracteriza o parlamentarismo, a iniciativa no desenho das políticas pertence, de fato, ao Executivo, responsável principal pela condução do Estado, cabendo ao parlamento a função, igualmente nobre, de controle e chancela dos atos daquele. Conforme esse entendimento, para que o parlamento tenha a posição central na divisão de poderes, teria de ser adotado o sistema parlamentarista, com um Primeiro Ministro subordinado politicamente à Casa congressional.

Discordamos desta posição. Vimos que, na origem do sistema presidencialista, a ideia de criação de um presidente eleito pelo povo previa não a elevação deste a uma posição que lhe conferisse a iniciativa de todas as políticas de Estado, com um poder, inclusive normativo, de grande abrangência. A ideia dos *Founding Fathers* americanos era estabelecer um contra-poder com legitimidade popular para fazer frente ao Legislativo que, à época, vinha atuando de forma autoritária. A intenção era atingir o equilíbrio, não a sobreposição.

Fora isso, não se pode deixar de lado os fundamentos democráticos que norteiam nossa Constituição. A teoria discursiva de Habermas, abordada neste trabalho, sintetiza muito bem: o direito só se torna legítimo quando forma-se a partir de um discurso que envolva ampla base de interesses, e no qual haja a possibilidade de expressão legítima das diferentes vontades. Ficou claro, especialmente quando nos referimos às medidas provisórias, que dar à sociedade direitos sem o anterior debate pelos representantes do povo, para só depois enviar esta norma ao Congresso, é uma prática que fere de morte a formação do discurso racional, pois a vontade manifestada estará viciada: o parlamento está estrangido a aprovar a medida, sob pena de arrancar direitos já alcançados a uma parte privilegiada da população, o que, em política, pode representar ameaça a pretensões eleitorais.

A atividade normativa do Executivo, portanto, deve ater-se ao enquadramento constitucional: decretos, nas matérias autorizadas, e medidas provisórias somente em casos de extrema relevância e urgência, quando a espera pela aprovação da lei pode resultar em prejuízos de grande monta à sociedade. Nos demais casos, ao Presidente cabe exercer sua iniciativa de proposição de leis, o que



é absolutamente legítimo, mas é no ambiente congressional que deve ser tomada a decisão antes de qualquer efeito ser irradiado.

Também há o argumento de que a hipertrofia executiva justificar-se-ia pela inoperância do Legislativo em desempenhar sua função primordial de prover à sociedade a legislação que contenha as políticas públicas a serem seguidas pelos demais poderes. Este, aliás, é argumento igualmente utilizado para justificar ingerências indevidas do Judiciário no campo legislativo.

Novamente, não concordamos. Parece-nos que não é legitimando o indevido gigantismo dos demais poderes que se resolve a questão. Se há inoperância do Congresso, o problema reside nas más escolhas de parlamentares pela população, e nos equívocos dos regramentos eleitorais e dos regimentos das casas, que tornam premente uma reforma política no país, há tanto tempo discutida, porém nunca implementada. Mudanças como a recentemente implementada pela Mesa da Câmara dos Deputados, chancelada pelo Supremo Tribunal Federal, que limita o trancamento da pauta por medidas provisórias somente aos casos que podem ser objeto desta medida, representam ventos ainda fracos desta reforma, mas que deixam claro que o parlamento não se encontra conformado.

Vale reforçar: não é institucionalizando a posição meramente protocolar do Congresso, de chancelar iniciativas do Executivo, ao arrepio do ideário democrático, que se resolve o problema. A solução passa por melhorias na composição das casas e de seus processos, o que fatalmente deságua na necessidade de reformas que atraiam mais o interesse popular nos sufrágios.

Quanto ao Poder Judiciário, a chamada 'judicialização' da política atende a apelo social por uma classe política que direcione seu foco para atender ao interesse social, acima de interesses diversos, como os econômicos e os provenientes de compromissos de campanha. Aqui, cumpre observar que o Judiciário não possui dever de fidelidade ao povo, e é melhor que assim o seja, para que se mantenha a isenção nas decisões. Seu dever de fidelidade é com as leis e a Constituição. Assim, a atividade política deste poder, como dito no trabalho, deve ser complementar, para que se tornem efetivos os direitos já criados pelo legislador constituinte ou ordinário.

Na negativa insistente da Administração Pública ou das casas congressuais em prover ao cidadão os direitos já previstos no ordenamento jurídico, é dado ao poder judicante mandar que o façam, e, só em casos extremos, envolvendo direitos fundamentais, é que é legítima a sua atividade legiferante provisória.

Por óbvio que, fosse perfeita a atuação dos demais poderes na busca do interesse coletivo, e não sobraria espaço para o trabalho político do juiz. Sendo a perfeição algo pretendido, porém inalcançável, permanece o dever de vigilância pelos juízes, corolário básico da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos.

Para finalizar, cumpre mencionar que o Brasil encontra-se em um momento de solidificação de suas instituições democráticas. Se levarmos em conta que, há pouco mais de vinte anos, esse era um país pouco experimentado em termos de liberdade, esta constatação torna-se ainda mais notável. Atingimos, em poucos anos, um nível de consciência política que outros países levaram séculos para construir, e que muitos ainda pelem para alcançar. Apesar disso, somos ainda um Estado Democrático de Direito aprendiz, e o tom crítico deste trabalho procura justamente ajudar a apontar os erros na concepção e atuação de nossos poderes de Estado, este ente que, apesar de não podermos tocá-lo, possui papel determinante em nossa forma de conduzir a vida.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 118 p.

ALEXY, Robert. Os direitos fundamentais e a democracia no paradigma procedimental do direito de Jürgen Habermas. In: MOREIRA, Luiz, e FRANKENBERG, Günter (org). *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira: das disposições preliminares*. São Paulo: Saraiva, 1932. v.1. 426 p.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. In: *Revista de Direito do Estado*, n. 3, Ano 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 35 e ss.

\_\_\_\_\_. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 32, 2000, p. 184-206.

BARROSO, Luis. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 44 de 2003, p. 18 a 53.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 499 p.

Brasil. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20a.asp?DataIn=25/08/1988&txPagina=13024&txSuplemento=0&selCodColecaoCsv=R](http://imagem.camara.gov.br/dc_20a.asp?DataIn=25/08/1988&txPagina=13024&txSuplemento=0&selCodColecaoCsv=R)>. Consultado em 24 de fevereiro de 2010.

Câmara dos Deputados. Questão de Ordem n. 411, da Presidência. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/639343.pdf>. Acesso em: 11 de novembro de 2009.

Brasil. Presidência da República. Leis ordinárias. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/\\_Lei-Ordinaria.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/_Lei-Ordinaria.htm) . Acesso em 20 de janeiro de 2010.

Brasil. Senado Federal. Discurso em sessão plenária do Senado Federal em 06 de abril de 2009. Site oficial do Senado Federal, Disponível em <http://legis.senado.gov.br/sil->

pdf/Plenario/Senado/DocsPlen/Ata/20090406ND046.pdf. Acesso em: 28 de novembro de 2009.

BURDEAU, Georges. *O Estado*. Coleção 'Justiça e Direito'. São Paulo: Martins Fontes, 2005

\_\_\_\_\_. *Remarques sur la classification des fonctions étatiques*, in *Revue du droit public*, 1945, p. 202 e seguintes.

CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol. I.

\_\_\_\_\_. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2007. 1522 p.

\_\_\_\_\_. Metodologia "fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 100.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, n. 34, jun. 1997.

COELHO, Fábio Ulhôa.. In: *Direito – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-SP*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. A 'questão política' nas medidas provisórias: um estudo de caso. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 31, de 2000, p. 5-16.

COOTER, Robert D. *The strategic constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2002. 412 p.

DAHL, Robert A. *Análise Política Moderna*. Brasília: Universidade de Brasília, 1976.

DEBRUN, Michel. *O fato político*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1962.

DELGADO, Maurício Godinho. *Política: Introdução à conceituação do fenômeno*. In *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 76, de janeiro de 1993. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais.

DEUTSCH, Karl. *Política e Governo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002. 14ª ed. 727 p.

DWORKIN, Ronald. *A Fateful Election*. New York Review of Books. Disponível na internet, em <http://www.nybooks.com/articles/22017#dworkin> – Acesso em: 14 de dezembro de 2009.

\_\_\_\_\_. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000, p. 309.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 593 p.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*. 11/355. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2000.

FERREIRA, Cibele Maciel. *O fornecimento de medicamentos no âmbito da União: uma análise econômica e jurídica*. Monografia (Conclusão do curso de especialização em direito, economia e democracia constitucional) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 398 p.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Judiciário no Brasil: uma visão geral. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 48. P. 107-136.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

GARCIA, Emerson. Entrevista à Rádio Justiça, em 05 de dezembro de 2009.

GENRO, Tarso. *Crise da Democracia: Direito, Democracia direta e Neoliberalismo na Ordem Global*. Ed. Vozes: Petrópolis-RJ, 2002.

\_\_\_\_\_. *Crise democrática e democracia direta*. Disponível em: [http://www.origem.ppg.br/clientes/tarso/index.php?p=p\\_48&sName=Crise%20Democrática%20e%20Democracia%20Direta](http://www.origem.ppg.br/clientes/tarso/index.php?p=p_48&sName=Crise%20Democrática%20e%20Democracia%20Direta). Acesso em: 14 de janeiro de 2010.

GOYARD-FABRE. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 526 p.

GWYN, W.B. *The meaning of the separation of powers*. New Orleans: Tulane University, 1965. 159 p.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. 55 p.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, v. I e II.

\_\_\_\_\_. *Entre naturalismo e religião – estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2007.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JOY, John. *O federalista*. Brasília: UnB, 1984. 639 p.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. 33 p.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights – why liberty depends on taxes*. Nova York/Londres: W. W. Norton & Co., 1999.

HUME, David. *Ensaio Político*. São Paulo: Ibrasa, 2003, 403 p.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Buenos Aires: Albatros, 1981. 601 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. 854 páginas.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 319 p.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do estado*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 637 p.

KRIELE, Martin. *Introdução à teoria do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.

LASSWELL, Harold. *Política: quem ganha o que, quando, como*. Brasília: UnB, 1984. 172 p. (Coleção Pensamento político ; 64).

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: Cidadania e Poder Político na Modernidade*. 2 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001. 247 p.

LEITE, Glauco Salomão. A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 16, n. 64, jul/set. 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martins Claret, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1970. 539 p.

MAQUIAVEL, Nicólo di Bernardo dei. *O Príncipe*. Tradução de Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM, 2009. 174 p.

MARTINS, Ive Gandra da Silva. *A separação de poderes no Brasil*. Brasília: Iasp, 1985. 68 p.

McKECHNEI, William Sharp. *Magna Carta: A Commentary on the Great Charter of King John, with an Historical Introduction*. Glasgow: Maclehose, 1914. Disponível pela internet em: [http://files.libertyfund.org/files/338/McKechnie\\_0032\\_EBk\\_v4.pdf](http://files.libertyfund.org/files/338/McKechnie_0032_EBk_v4.pdf).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Marco Aurélio. O Estado democrático de direito e as minorias. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 47, de 2004. P. 36-44.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1432 p.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. 322 p.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: atividade constitucional do estado*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. v. 5. 426 p.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espíritos das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 851 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006, 972 p.

\_\_\_\_\_. *Presidencialismo*. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Luiz. *A Constituição como Simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 112 p.

\_\_\_\_\_ (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004. 321 p.

\_\_\_\_\_, e FRANKENBERG, Günter (org). *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 340 p.

Movimento Brasil Competitivo: Relatório Anual de Atividades 2008. Brasília: Movimento Brasil Competitivo, 2009. 94 p.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 354 p.

*O Brasil nunca teve um Ministro como ele*. Revista Veja, Edição 2024, de 5 de setembro de 2007. São Paulo: Editora Abril.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia Delegativa? In: *Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo: Editora Brasileira de Ciências, n. 31, p. 25-40, outubro de 1991.

PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/>

PEIXOTO, Marcelo Magalhães; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: MP Editora, 2005. 1491 p.



PEREIRA, Merval. Democracia direta. *O Globo*, Seção 'O País', p. 4, 14 jan. 2010.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. 281 p.

Poderosas tentações. *Estado de São Paulo*, Caderno Suplementos, 16 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,poderosas-tentacoes,372210,0.htm>. Acesso em: 20 de janeiro de 2010.

POSNER, Richard. *Frontiers of legal theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. *O controle judicial de atos do poder legislativo: atos políticos e interna corporis*. Brasília: Brasília jurídica, 2001. 171 p.

RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: Instituto de Direito Público. Ano 3, 2009/2010. Disponível em: [www.idp.edu.br/observatorio](http://www.idp.edu.br/observatorio). Acesso em: 13 de janeiro de 2010.

RIBEIRO, João Ubaldo. *Política: quem manda, por que manda, como manda*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998. 168 p.

Rio Grande do Sul. Assembléia Legislativa. Lei n. 11.902 de 2003. Disponível em <http://www.al.rs.gov.br/Legis/Arquivos/11.902.pdf>. Acesso: 20 de janeiro de 2010.

ROMERO, Sílvio. *Realidades e ilusões no Brasil: parlamentarismo e presidencialismo e outros ensaios*. Petrópolis: Vozes, 1979. 324 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. S.L: Europa-América, 1974. 136 p.

SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SANDOZ, Elliz (org). *The Roots of Liberty: Magna Carta, Ancient Constitution, and the Anglo-American Tradition of Rule of Law*. Indianapolis: Liberty

Fund, 2008. Disponível pela internet em:  
[http://files.libertyfund.org/files/2180/lfSandoz1470\\_EBk\\_v4.pdf](http://files.libertyfund.org/files/2180/lfSandoz1470_EBk_v4.pdf).

SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoría política*. Madrid: Alianza, 1992. 321 p.

SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 234 p.

\_\_\_\_\_. *The concept of the political*. New Brunswick: Rutgers Univ., 1976.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. 724 p.

SOUSA, José Pedro Galvão de. *O totalitarismo nas origens da moderna teoria do Estado: um estudo sobre o defensor Pacis de Marsílio de Pádua*. São Paulo: Saraiva, 1972. 230 p.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias: instrumento de governabilidade*. São Paulo: NDJ, 2003. 377 p.

TÁCITO, Caio. As medidas provisórias na Constituição de 1988. In: *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. 1º volume. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 513-514.

\_\_\_\_\_. Ato e Fato Administrativo. In: *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. 1º volume. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. O abuso do poder administrativo no Brasil. In: *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TAVARES, Iris Eliete Teixeira Neves de Pinto Tavares. *O conceito de funções e de órgãos de Exercício do Poder*. In *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 81, de julho de 1995. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais.

Um ano de Obama aumenta racha nos EUA. *Folha de São Paulo*, Mundo, p. A14, 20 de Janeiro de 2010.

VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998. 321 p. Disponível em:  
[http://files.libertyfund.org/files/677/Vile\\_0024\\_EBk\\_v4.pdf](http://files.libertyfund.org/files/677/Vile_0024_EBk_v4.pdf)

WHEEN, Francis. *Como a picaretagem conquistou o mundo – Equívocos da modernidade*. Rio de Janeiro e São Paulo: Editora Record, 2007.

### **ACÓRDÃOS CITADOS:**

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 25.579-0/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 19 de outubro de 2005. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: novembro de 2009.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 27.931-1/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 27 de março de 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: novembro de 2009. Grifos no documento original.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1231/DF, Relator Carlos Velloso, j. 15 de dezembro de 2005. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>, acesso em 25 de novembro de 2009.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 04 de maio de 2004. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 10 de dezembro de 2009.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24 de maio de 2007. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>, acesso em 24 de fevereiro de 2010.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 107/DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 21 de setembro de 1990. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>, acesso em 10 de novembro de 2009.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 283/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 20 de março de 1991. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>, acesso em 10 de novembro de 2009.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 232/RJ, rel. Min. Moreira Alves, j. 02 de agosto de 1991. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>, acesso em 10 de novembro de 2009.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 89.269/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowsky, j. 21 de novembro de 2005. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>, acesso em 10 de novembro de 2009.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 80.584/PA, rel. Min. Néri da Silveira, j. 08 de março de 2001. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>, acesso em 10 de novembro de 2009.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 83.703/SP, rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 18 de dezembro de 2003. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>, acesso em 10 de novembro de 2009.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 83357/DF, rel. Min. Nelson Jobim, j. 03 de março de 2004. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>, acesso em 10 de novembro de 2009.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 79812/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 08 de novembro de 2000. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>, acesso em 10 de novembro de 2009.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 410715 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 22 de novembro de 2005. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>, acesso em 10 de novembro de 2009.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 238/TO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21 de outubro de 2008. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>, acesso em 24 de fevereiro de 2010.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 278/AL, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22/10/2008. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>, acesso em 20 de novembro de 2009.

Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 200404010145703-SC, rel. Edgard Antônio Lippmann Junior, j. 23/06/2004. Disponível em <[www.trf4.jus.br](http://www.trf4.jus.br)>. Acesso em 24 de fevereiro de 2010.

Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Suspensão de Segurança n. 2010002000631-2. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Presidente: Nívio Geraldo Gonçalves. Julgado em 19 de janeiro de 2010. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/trib/imp/docImp/not/SSG-presidenteleonardoprudente.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2010.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 362.101.5/0-00, j. 19 de junho de 2004. In: FIGUEIREDO FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Judiciário no Brasil: uma visão geral. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 48, p. 109.