

Leandro da Silva Pacheco

**A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA O
CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Carlos Bastide Horbach

Brasília

2010

DEDICATÓRIA

Dedico estas páginas àqueles que sempre estiveram comigo...
...mesmo nos momentos em que, estupidamente, não estive com eles.

À minha mãe, pelo eterno carinho.

Ao meu pai, pela infinita sabedoria.

Às minhas irmãs, pelo imensurável apoio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus amigos de curso, que estiveram comigo desde o momento em que entrei no UniCEUB ao momento em que me retiro.

Agradeço aos servidores Kleyson Francisco e Paulo Marques pela paciência de buscar para mim dúzias de textos nas bibliotecas da PGR e do TST.

Agradeço a Carlos Bastide Horbach pelo excepcional profissionalismo, ajudando-me mesmo quando meus posicionamentos divergiam dos dele.

“Os poderosos podem matar uma, duas ou até três rosas, mas jamais deterão a primavera.”

Che Guevara

RESUMO

Imerso na temática do Direito Constitucional, o presente trabalho busca as raízes da legitimidade do Poder Judiciário para exigir dos demais poderes públicos a satisfação dos ditames constitucionais através da consecução de políticas públicas. Analisando a feição da separação dos poderes a partir de dois paradigmas – Montesquieu e *Founding Fathers* – e comparando-os com os poderes existentes nos Estados contemporâneos, verificar-se-á que o princípio da separação dos poderes não é algo estático, mas se relativiza e se adapta às condições de cada sociedade, demonstrando a possibilidade de mutação do referido princípio às atuais imposições sociais. O fator de legitimidade do Estado será tratado em diferentes momentos, desde o Estado Absolutista até o atual Estado Democrático de Direito, evidenciando como a consecução de políticas públicas legitima a atuação de todos os poderes constituídos, inclusive o Poder Judiciário. Tendo em vista a adoção do dirigismo constitucional pela Constituição Federal de 1988, a polêmica envolvendo a suposta “morte” da Constituição dirigente será tratada, provando-se a necessidade de sua manutenção no Brasil e a influência que exerce nas tarefas a serem realizadas pelos poderes constituídos. Nessa linha, emerge o papel do Poder Judiciário como agente fiscalizador dessa tarefa, através da concessão de espaço para o diálogo entre governantes e governados, ante a exigência de uma efetiva democracia participativa.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Separação dos poderes; Poder Judiciário; Políticas Públicas; Democracia Participativa; Dirigismo Constitucional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1. Os desmandos do Poder Político: A Separação dos Poderes como instrumento de proteção do indivíduo.	9
1.1 Breves linhas sobre o Estado de Direito.	13
1.2 A separação dos poderes em Montesquieu: limitação do poder por meio da conjugação de forças sociais.	17
1.2.1 Separação dos poderes como atrelamento entre as classes sociais e as funções do Estado.	20
1.3 Os federalistas e o balanço na organização dos poderes.	24
1.4 Novas funções estatais.	29
CAPÍTULO 2. O Estado Social, a Função Governamental e a implementação das Políticas Públicas.	31
2.1 Do Estado Liberal ao Estado Social.....	31
2.2 Os Direitos sociais.	33
2.3 A Constituição dirigente.	35
2.3.1 Procedimentalistas e Substancialistas.	36
2.3.2 Críticas à Constituição dirigente.	38
2.4 Políticas Públicas.	45
2.5 Função Governamental.	48
CAPÍTULO 3. O Estado Democrático de Direito e a legitimidade do Poder Judiciário para o controle das Políticas Públicas.	51
3.1 Controle jurisdicional das Políticas Públicas – Duas questões preliminares.....	51
3.1.1 Controle jurisdicional segundo as visões Substancialista e Procedimentalista	51
3.1.2 Necessidade de uma interpretação constitucional material-valorativa.	53
3.2 O Estado Democrático de Direito e a Legitimidade do Poder Judiciário no controle das políticas públicas.....	55
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

A partir da Revolução Industrial, uma complexa gama de exigências sociais exigiu dos poderes públicos uma atuação incisiva no meio social, em profundo confronto com o regime liberal até então vigente. Essa situação alterou o eixo de preponderância entre os poderes estatais, deixando o Legislativo de figurar no topo da tripartição e entrando em cena o Executivo como poder adequado para atuar frente à, agora, complexa atividade de governar.

Entretanto, passou-se o Estado Social e as mudanças exigidas pela sociedade não foram implementadas. Verifica-se ainda um grande déficit na efetivação dos direitos sociais, os governos não foram capazes de concretizar as promessas realizadas e, junto à população, há um profundo descrédito quanto às instituições democráticas, fazendo com que as aspirações se transformassem em tarefas consagradas nas Constituições, como objetivos a serem cumpridos pelo Estado.

Assim, surge a teoria da Constituição dirigente como expediente capaz de fixar a atuação dos poderes públicos com o fim de concretizar os anseios da sociedade.

Nesse contexto, qual o papel do Judiciário na consecução dos ditames constitucionais? O Judiciário possui legitimidade para impor uma determinada atuação dos demais poderes? Pode imiscuir-se em seara tradicionalmente política e exigir do Legislativo e do Executivo a realização de direito constitucionalmente protegido, mas exigente de prestação positiva pelo Estado, por meio da consecução de políticas públicas? De que modo isso influenciará na separação dos poderes e na figura do Estado Democrático de Direito?

O presente trabalho possui o fim de alcançar tais respostas, buscando verificar o papel do Poder Judiciário na atual configuração da separação dos poderes e a fonte de sua legitimidade para a consecução das políticas públicas necessárias à satisfação dos interesses protegidos pela Constituição, tendo em vista o modelo de Estado Democrático de Direito brasileiro.

A metodologia utilizada será, primeiramente, uma análise histórica de institutos jurídicos como o Estado de Direito – e suas transformações: Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito – a separação dos poderes, os direitos sociais, a constituição dirigente, as políticas públicas e a função governamental. Partindo dessa análise, utilizar-se-á o método dedutivo para alcançar a atual estrutura do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito e fundamentar sua legitimidade para o controle da consecução de políticas públicas.

No primeiro capítulo, será realizada uma retrospectiva do Estado Absolutista e do Estado de Direito, verificando a sua fonte de legitimidade e as principais características que assumiram diante do contexto social em que se desenvolveram. Ademais, será analisada a separação dos poderes segundo dois paradigmas: a França de Montesquieu e a América dos *founding fathers*, de modo a se buscar as estruturas que regiam a separação dos poderes nesses dois momentos, almejando identificar se houveram transformações em sua apresentação, diante da conjuntura social a que se referiam. Encerrando com um breve diagnóstico das atuais funções do Estado contemporâneo.

No segundo capítulo, será abordada a transição do Estado de Direito para o Estado Social de Direito e quais consequências que trouxe para os poderes do Estado. A tese da Constituição dirigente será discutida, objetivando apresentar os argumentos prós e contra a sua instituição, bem como os modos que a sua existência influencia na consecução de políticas públicas.

Os alicerces do Estado Democrático de Direito serão estudados no terceiro capítulo, verificando-se a atual configuração da separação dos poderes nesse novo modelo e, principalmente, a legitimidade e o papel do Judiciário como agente fiscalizador da execução de políticas públicas.

1. OS DESMANDOS DO PODER POLÍTICO: A SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO INDIVÍDUO.

Pouco mais de dois séculos nos separam da Revolução Francesa, eclodida da insatisfação da massa excluída do poder de direção do Estado Francês, ela lançou estilhaços por todo o mundo ocidental, cujos efeitos ainda fazem sentir na ordem jurídica contemporânea.

Junto com mudanças na estrutura do Estado, as transformações perpetradas a partir do fim do século XVIII lançaram uma neblina sobre as linhas que dividem teóricos do Estado e intérpretes do Direito, imprimindo destaque às relações ocasionadas da interação entre o político e o jurídico. O resultado dessas interações gera repercussões visíveis sobre o modo de condução do Estado.

O fruto da Revolução Francesa foi o estado Liberal ou de Direito¹, no qual o poder era limitado pela lei e exercido nos limites da lei, em total confronto com seu predecessor: o Estado Absolutista.

O Absolutismo não enfrentava problemas concernentes a limites, modos ou instrumento de imposição de vontade². Era um Estado forte, centralizador e duradouro, resultante de um processo complexo e longo, iniciado após os primeiros passos do renascimento comercial e monetário ocorrido ao fim do sistema feudal. Vivenciou seu apogeu no século XVII, cuja figura do monarca confundia-se com a própria idéia de Estado³.

O fundamento idealizador do Estado Absoluto – em verdade, do próprio Estado Moderno – foi o conceito de soberania, na teorização de um poder inabalável e inexpugnável, perpétuo e concentrado na autoridade central, unitário e monopolizador de

¹ Quando se falar em Estado de Direito, refere-se à primeira fase em que essa forma de Estado foi apresentada, nos moldes definidos pelo Estado Liberal, quando se fizer alusão às transformações por que passou para ajustar-se às novas expectativas sociais – o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito – será expressamente ressalvado.

² Em verdade, pode-se afirmar que o Estado Absoluto possuía algumas limitações, como os costumes, as tradições, a influencia religiosa e os privilégios da nobreza.

³ Segundo Paulo Bonavides, a expressão Estado foi primeiramente utilizada por Maquiavel na sua obra *O Príncipe*, mas seu uso só foi consagrado após a criação do dado estabilizador e legitimante do conceito, que somente a fase jurídica lhe podia associar, consistente na idéia de soberania, formulada por Jean Bodin na sua obra *Seis Livros da República*, quando demonstrou que, por ser uno e indivisível, não podia ser repartido. (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7ª Ed, São Paulo: Malheiro, 2008, p. 35).

coerção, ou, nas palavras de Jean Bodin, como o poder de fazer e anular as leis⁴. O monarca reunia, portanto, todo o poder do Estado em suas mãos, era o portador da soberania; estando, assim, acima da lei⁵.

A busca pela legitimação do poder absoluto perpassou o pensamento político medieval, podendo ser identificadas duas fases de teorização.

Na primeira fase, cujos mais ilustres expoentes foram Nicolau Maquiavel⁶, Jean Bodin e Jacques Bossuet, a ideologia principal residia na idéia de que o poder concedido ao rei era resultado da ação divina, sendo o soberano um enviado de Deus; sua autoridade, portanto, sagrada. Nas palavras de Paulo Bonavides: “Na primeira avulta o regime da Monarquia absoluta de direito divino, cuja legitimidade, em termos abstratos, é ministrada grandemente, em seus fundamentos teóricos, pela doutrina dos teólogos, que põem o altar ao lado do trono para dar-lhe arrimo e sustentação”⁷.

A segunda fase caracteriza-se pelo afastamento da ideologia religiosa, que, em razão do dever de respeito à ordens eclesiásticas nas quais o poder absoluto construía seus pilares, servia de freio ao monarca. O principal expoente dessa fase foi Thomas Hobbes. Na sua obra *Leviatã*, Hobbes procurou fundamentar o poder absoluto na concepção de que o soberano detinha o poder em razão da renúncia, por parte de cada um dos homens, de parte da própria liberdade. Segundo esse autor, os homens viviam em um estado de guerra permanente de todos contra todos, na qual os indivíduos eram iguais e livres, não havendo governo. Entretanto, objetivando a sobrevivência, os indivíduos renunciariam parte dessa liberdade a um deles, que a exerceria soberanamente contra todos os demais, que garantiria a paz, a ordem e a segurança aos demais⁸.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 33.

⁵ Interessante, conforme lembra Cezar Saldanha, que no período do Estado Feudal o monarca jazia, como qualquer outro, sob a ordem jurídica, submetido ao direito-costume. O Rei encontrava-se subordinado ao consentimento da sociedade, por onde penetrava a influência da Igreja, em vista da sua profunda ascendência moral sobre a comunidade de então. (SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder: Uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 25).

⁶ Há os que defendam que Maquiavel não se interessava pelos modos de obtenção do poder, mas pelos instrumentos de manutenção desse poder.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 36.

⁸ John Locke também considerava existir como precedente à sociedade organizada um estado de natureza, onde predominava uma guerra de todos contra todos; defendia, todavia, ser a lei positiva o instrumento transformação de um estado a outro, e não a constituição de um Estado Soberano como Hobbes. (PIÇARRA,

O foco volta-se ao homem, busca-se dar ao Absolutismo bases filosóficas e consensuais. Hobbes introduz uma nova fundamentação ao poder, não mais derivada da divindade, mas da razão prática do Homem, dos imperativos racionais que afixam a sobrevivência ameaçada da espécie humana⁹. Nas palavras de Cezar Saldanha:

A diferença, profunda, aliás, entre ambos [Bodin e Hobbes], está na fundamentação filosófica: Bodin, com originalidade e independência, guarda a tradição estoica, cristã e medieval (...). Hobbes, porém, acolhe os modernos modos de pensar: ruptura explícita com a tradição, nominalismo e voluntarismo radicais, materialismo científico e, na linguagem de hoje, um positivismo jurídico cruel¹⁰.

Entretanto, a explosão demográfica da população, o crescimento do comércio, as melhorias obtidas na medicina, o advento de melhorias nas técnicas de plantio, começaram a ameaçar o poder real, que não mais sobreviveria apenas da força coercitiva advinda do poderio militar.

Essa nova classe social – denominada burguesia – emergia descontente com a exclusão da esfera de decisão política, o ilimitado poder concedido ao rei, os desmandos do poder público, a constante interferência na atividade privada e os privilégios da nobreza. Em meio a esse cenário de insatisfação, a burguesia começou a patrocinar a criação de teorias racionalistas que impusessem limites à atuação estatal.

Locke, Montesquieu, Rousseau, Sièyes, Constant e Kant foram os teóricos mais importantes desse período. Escreveram as obras que fixaram os princípios e fundamentos da doutrina liberal que viria a seguir, criando uma nova concepção de governo que minava desde as raízes a estrutura da sociedade de privilégios¹¹.

Formou-se o perfeito cenário para a eclosão das revoltas e levantes populares que culminaram com a quebra do paradigma imperativo do Estado absolutista, estruturando o novo Estado em volta de um texto garantidor de direitos mínimos¹².

Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 1989, p. 68/69).

⁹ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 36.

¹⁰ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *op. cit.* p. 25.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 42.

¹² LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 59-91.

Ademais, nasceu, no seio da população, um descrédito com o sistema de representatividade, onde somente a nobreza e o clero tinham poder de decisão, intensificando a exaltação da noção de vontade geral. A solução era modificar o sistema de representação, inaugurando um legislativo que expressasse a vontade de toda a nação.

Sendo assim o poder executivo por todo o povo (ainda que não seja diretamente, mas através de seus representantes), é provável que seja também exercitado não arbitrariamente, mas para o bem do próprio povo. Este segundo expediente representa a passagem da concepção estritamente liberal para a democrática. Esta última, tal como foi elaborada por Rousseau (teoria da “vontade geral”), não difere da absolutista (de Hobbes) enquanto diz respeito à definição do poder do Estado e à afirmação da sua ilimitação. As diferenças entre as duas concepções se referem à individualização do próprio detentor do poder e ao modo de seu exercício.¹³

Esse foi o berço dos parlamentos europeus continentais do século XVIII, ideal desenvolvido para conter a atuação desenfreada do poder político, o que culminou com o desenvolvimento da noção de supremacia da lei resultante da vontade popular de Rousseau. Segundo essa idéia, a lei fruto apenas da atuação do rei não seria válida, para que o Estado se intrometesse na vida dos particulares era necessária uma lei aprovada através da cooperação popular¹⁴.

A Revolução Francesa foi resultado desse cenário, simbolizando a destruição de um sistema corrupto e desinteressado pelo povo, onde não havia espaço para a discussão dos problemas do Estado.

A queda da Bastilha simbolizava, por conseguinte, o fim imediato de uma era, o colapso da velha ordem moral e social erguida sobre a injustiça, a desigualdade e o privilégio, debaixo da égide do Absolutismo; simbolizava também o começo da redenção das classes sociais em termos de emancipação política e civil, bem como o momento em que a Burguesia, sentindo-se oprimida, desfaz os laços de submissão passiva ao monarca absoluto e se inclina ao elemento popular numa aliança selada com as armas e o pensamento da revolução; simboliza, por derradeiro, a ocasião única em que nasce o poder do povo e da Nação em sua legitimidade incontestável¹⁵.

Assim, desse objetivo de conter o poder político, representado pelo absolutismo, nascem, primeiramente, o Estado de Direito e, posteriormente, a teoria da teoria

¹³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Compilação de Nello Moura. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 39.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do processo*. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 26.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 40.

da separação dos poderes, imprimindo os primeiros passos do Direito como instrumento de limitação do poder.

1.1 Breves linhas sobre o Estado de Direito.

O Estado de Direito surgiu, portanto, dos arranjos de uma classe social emergente, objetivando a contenção do poder deferido aos ocupantes do poder político. O primado do Estado de Direito é o princípio da legalidade, centrando-se nas mãos do corpo legiferante a prerrogativa de confecção do Direito. Traduz-se em um modelo de organização social que transporta uma concepção política ao mundo das normas, para o mundo jurídico, concebe expressamente preceitos para a montagem de um esquema de controle do Poder¹⁶. Buscava-se através do novo modelo de Estado proteger um mínimo do administrado, criar uma esfera de liberdade a salvo da interferência estatal. O resultado disso desembocou na Declaração de Direitos inglesa (1689) e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão francesa (1789).

Não há Estado de Direito sem a garantia e a concretização da liberdade, sem limitação do poder dos governantes, se não fizer da moralidade administrativa artigo de fé e fé pública, ou princípio de governo, se não elevar os direitos fundamentais ao patamar de conquista inviolável da cidadania.¹⁷

O conceito de lei no Estado Liberal, dominante até o início do século XX, era o decorrente da convergência das idéias de Rousseau e Kant. Para Rousseau a lei só seria legítima se produzida diretamente pela massa social, era o primado da supremacia popular. Kant defendia que a lei não era produto simplesmente da soberania do povo, mas resultado da vontade racional¹⁸. É com nessa observação que Burdeau declara: “Que base mais prestigiosa se poderia ter dado à lei do que aquela que se encontrava na dupla soberania do povo e da razão?”¹⁹.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22º ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 48.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 43.

¹⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1060.

¹⁹ BURDEAU, G. *Le Libéralisme*. Paris, 1979, trad. Portuguesa, p. 157 (apud PIÇARRA, Nuno. *op. cit.* p. 157).

Desse modo, a lei somente seria válida se fosse fruto de um corpo legiferante provindo do povo. A legitimidade da lei – e conseqüentemente das ações do poder público – decorria da soberania popular.

As duas características do Estado Liberal eram: (a) a lei como única forma de manifestação do poder soberano; e (b) a redução do político ao jurídico, não existindo nenhuma função estatal que não possa se condicionar à criação ou à aplicação do Direito.²⁰

O império da lei, como ferramenta de proteção da liberdade, sobrepunha o império dos homens, de modo que o próprio legislador estaria vinculado às leis que edita. A vinculação do legislador só seria possível, todavia, ante a existência na lei de certas propriedades, sintetizadas na expressão de lei geral e abstrata. O objetivo era que a lei não privilegiasse determinada pessoal ou fosse feita para determinada hipótese. A generalidade era pensada como garantia de imparcialidade do poder frente aos cidadãos, que, por serem iguais, deveriam ser tratados sem discriminação, e a abstração como garantia da estabilidade do ordenamento jurídico²¹.

Ademais, sendo o princípio da legalidade via mestra à proteção da liberdade, a Administração somente poderia atuar na estrita conformação da lei, deferindo-se aos cidadãos a possibilidade de fazer tudo o que a lei não vedasse. O Estado de Direito está, portanto, ligado inicialmente no âmbito do Direito Administrativo, e não no campo do Direito Constitucional, designando uma ordem de relações entre a lei, a administração e o indivíduo, o que traduz na máxima justiciabilidade possível dos atos da administração²².

Como conseqüência, a principal característica do Estado de Direito é justamente o primado do Direito, entendido como um sistema de normas democraticamente estabelecidas²³.

²⁰ PIÇARRA, Nuno. *op. cit.* p. 159.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.* p. 29.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2009, 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65.

²³ É em vista desse fato que Montesquieu é tão criticado quando utiliza o governo inglês como parâmetro à construção da teoria da separação dos poderes, haja vista não existir na Inglaterra de então tais estruturas, apenas a submissão da monarquia a um parlamento, em razão da Revolução Gloriosa. Essa circunstância também motiva a compreensão da existência na Inglaterra de um modelo único de separação dos poderes: uma bipartição dos poderes.

Isso elevou o Legislativo à posição de destaque dentro dos órgãos do Estado, criando uma verdadeira hierarquia entre as funções estatais. Essa colocação pode ser encontrada em Kant, quando menciona que as três funções do Estado estão para si como em um silogismo: A premissa maior é o Legislativo, a premissa menor é o Executivo e a conclusão é o Poder Judiciário²⁴. Não se busca, assim, qualquer pretensão de equilíbrio de poderes.²⁵

Interessante é que disso resulta a inadmissibilidade de controle de constitucionalidade pelo Judiciário, em vista da posição de destaque a que se elevava a lei, e não em decorrência de uma idéia rígida de separação de poderes.

A transformação operada pelo Estado legislativo teve a intenção de conter os abusos da administração e da jurisdição, e assim, obviamente, não se está dizendo que o sistema anterior ao do Estado legislativo era melhor. Não há dúvida de que a supremacia da lei sobre o judiciário teve o mérito de conter as arbitrariedades de um corpo de juízes imoral e corrupto.²⁶

A lei não poderia se intrometer no livre movimentar da sociedade, desprezava a real situação das pessoas, a igualdade era vista apenas no seu âmbito formal, qualquer interferência do Estado na defesa dos indivíduos, independente das distorções entre as posições sociais, era vedada. Ora, se a lei estava proibida de interferir na sociedade, muito menos o juiz poderia interpretar a lei privilegiando bens ou posições sociais²⁷.

Inevitavelmente, esse modelo distante do real, incapaz de captar as distorções existentes no seio da sociedade, formada por classes diversas e antagônicas, com ambições e aspirações distintas, não foi capaz de prosperar. A suposição de homogeneidade da sociedade, composta por homens livres e iguais, portadores das mesmas necessidades, sucumbiu à realidade.

²⁴ Apud PIÇARRA, Nuno. *op. cit.* p. 161.

²⁵ Nesse sentido são as lições de Locke, para quem no cenário político destaca-se o Legislativo, “pois o que pode legislar para outrem deve por força ser-lhe superior”. (LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 501, 519 e 530-531 apud SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 37. Nota-se, ainda, como a idéia de separação dos poderes era vista apenas como um expediente necessário à supremacia da lei, e não como um modo de contenção do poder pelo poder.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.* p. 28.

²⁷ *Ibidem*, p. 43.

A partir do momento em que se torna patente que a proclamada igualdade jurídica formal contrasta flagrantemente com as concretas desigualdades sociais, indiciando uma sociedade cada vez menos homogênea, a insistência na necessária e inultrapassável generalidade da lei acaba por ganhar um sentido notavelmente conservador, de defesa do *status quo*.²⁸

Os direitos civis e políticos não mais satisfaziam a sociedade. Era necessário avançar, o Estado deveria interferir para garantir o indivíduo frente ao Poder Econômico. As novas aspirações e interesses da sociedade, as lutas entre classes e a busca de novas garantias resultou na passagem do Estado Liberal ao chamado Estado Social de Direito. Os direitos de segunda geração impunham seu reconhecimento. Nesse sentido, cumpre transcrever, ainda que longa, a lição de Elias Díaz, pela excepcional clareza:

O liberalismo clássico, com o seu fundo de individualismo burguês, constitui insuficiente garantia para a realização e proteção dos direitos e liberdades de todos os homens (e isto foi destacado com motivações e atitudes ideológicas diferentes e, mesmo, contrapostas). Com efeito, na ideologia do Estado liberal e na ordem social burguesa, *os direitos naturais* ou direitos humanos identificam-se, sobretudo, com os direitos da burguesia, direitos que só de maneira formal e parcial se concedem também aos indivíduos das classes inferiores. No sistema econômico capitalista que serve de base a essa ordem social, protegem-se muito mais eficazmente a liberdade e a segurança jurídica (ambas, por outro lado, imprescindíveis) do que a igualdade e a propriedade: entenda-se, a propriedade de todos.

Uma ampliação da zona de aplicabilidade desses direitos – mas sem alterar substancialmente os supostos básicos da economia – produz-se com a passagem ao Estado social de Direito; constituído este como intento necessário de superação do individualismo, por meio do intervencionismo estatal e da atenção preferencial aos chamados direitos sociais, o que aquele pretende é a instauração de uma sociedade ou Estado do bem-estar. Mais além deste, o processo dinâmico de democratização material e mesmo de garantia jurídico-formal dos direitos humanos, a sua mais ampla realização, é o que por sua vez justifica, em minha opinião, a passagem do sistema neocapitalista do Estado social de Direito ao sistema, flexivelmente socialista, do Estado democrático de Direito.²⁹

Mão se deterá, por ora, ao estudo das transmutações ocorridas no âmbito do alcance do Estado de Direito, tais percussões serão tratadas mais detalhadamente no capítulo seguinte. Por enquanto, um panorama das origens desse Estado cumpre o seu papel. Basta o entendimento da sistemática estabelecida: enquanto o âmbito político, formado a partir dos representantes da soberania popular, criava o Direito, o próprio Direito limitava seu criador. Nas palavras de César Saldanha:

²⁸ PIÇARRA, Nuno. *op. cit.* p. 158.

²⁹ DÍAZ, Elias. *Estado de direito e sociedade democrática*. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1972, p. 39-40.

O Estado Nacional Moderno, concentrando o poder, já havia construído, no século XVI, a esfera política autônoma. Vai demorar ainda dois séculos (até o final do XVIII), para que, no Estado Liberal nascente, essa esfera pública fosse subordinada ao Direito, gerando o Estado de Direito³⁰.

A limitação do Poder Político não se restringiu a essa arquitetura, faziam-se necessários novos mecanismos de contenção, concretizados no princípio da separação dos poderes.

1.2 A separação dos poderes em Montesquieu: limitação do poder por meio da conjugação de forças sociais.

É quase instantâneo, ao se falar em separação dos poderes, pensar na célebre obra o Espírito das leis de Charles-Louis de Secondat (ou simplesmente Charles de Montesquieu). Nas páginas do capítulo VI do livro XI, intitulado Da constituição da Inglaterra³¹, estão algumas das idéias que mais influenciaram o constitucionalismo ocidental³², culminado na máxima encontrada no art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

O teor dessa fórmula tornou-se o alicerce jurídico de todas as Constituições promulgadas, não havendo Direito nem Justiça onde não se estabelecem limites à autoridade de quem governa.^{33 34} A partir daí, a separação dos poderes transformou-se no cerne do Estado Constitucional, princípio organizatório fundamental, verdade irrefutável³⁵. A simbiose entre separação de poderes e Estado de Direito tornou-se de tal modo irraigada na cultura ocidental que é difícil a compreensão de que a noção de Estado de Direito é anterior a de separação dos poderes. Isso por que, como observa Inocêncio Mártires, as garantias contidas no âmbito do Estado de Direito não foram obtidas em bloco ou de uma vez por todas, mas resultado de conquistas alcançadas após séculos de luta e de sofrimento, na perene contenda por novas liberdades contra antigos poderes.³⁶

³⁰ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *op. cit.* p. 62.

³¹ É comum acusar Montesquieu de fundar suas análises sobre um modelo de Estado inexistente na Inglaterra (nota 23), sobre esse tema Cf. PIÇARRA, Nuno. *op. cit.* p. 113/122.

³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 59.

³³ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 43.

³⁴ Nuno Piçarra lembra que somente na Cidade do Vaticano a separação dos poderes não é explicitamente acolhida. (PIÇARRA, Nuno. *op. cit.* p. 11).

³⁵ TAVARES, André Ramos. *op. cit.* p. 1057.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. *op. cit.* p. 65.

Entretanto, foi a separação dos poderes que viabilizou a supremacia do Direito sobre o poder político, especialmente na consagração da independência dos juízes frente ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo³⁷.

Interessante que, por mais que Montesquieu tenha sido seu mais afamado expositor, a própria autoria da doutrina é controvertida. Há os que consideram ser Locke seu autor original e outros que apenas o cita como mero precursor do pensamento³⁸. Entretanto, segundo os estudos de Nuno Piçarra, tudo depende do que se considera a separação dos poderes:

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 idéias de equilíbrio entre os vários poderes do Estado, culminando num sistema de freios e contrapesos. Tais idéias são estranhas à versão originária da doutrina da separação dos poderes e decorrem da sua associação à idéia de constituição mista. Em Locke são ainda inexistentes ou incipientes, mas farão parte integrante das versões do século XVIII, entre as quais se destaca a versão da balança dos poderes <amalgama de constituição mista, supremacia legislativa e separação dos poderes>, em que se inspirará a versão de Montesquieu.³⁹

A questão referente à originalidade da obra de Montesquieu perpassou o pensamento de James Madison, porém não a considerava de maior importância, declarando que “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.”

Contudo, o que prevalece é a idéia de que a separação dos poderes, como doutrina política, têm por origem e início a obra de Montesquieu^{40 41}.

³⁷ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *op. cit.* p. 62. Segundo esse autor, a efetivação do Estado de Direito necessitou ainda de mais duas intervenções: (a) a criação de um novo ramo do Direito, o Direito Constitucional; e (b) a criação de duas novas técnicas ancilares: a primeira, o controle jurisdicional da administração e, depois, o controle da constitucionalidade das leis.

³⁸ Conforme exposto na nota 23, caso considere-se que o modelo inglês de Estado adotado quando da Revolução Gloriosa caracteriza-se, de fato, como uma bipartição dos poderes, resta imperioso considerar Locke, doutrinador da revolução, como seu autor original.

³⁹ PIÇARRA, Nuno *op. cit.* p. 78.

⁴⁰ TAVARES, André Ramos *op. cit.* p. 1058.

⁴¹ Só a partir de 1701, com o Ato do Estabelecimento, é que ficou estabelecida na Inglaterra uma tripartição dos poderes, quando o Parlamento inglês retirou o Judiciário da autoridade do monarca e instituiu as primeiras garantias de independência dos juízes.

A filosofia política de Montesquieu é francamente liberal, buscava desenhar as linhas fundamentais da organização política necessária à garantia da liberdade, compreendida a liberdade a possibilidade de fazer tudo aquilo que as leis permitem⁴².

A própria idéia de liberdade de que parte, nada mais é do que a decorrente da concepção da *rule of law* que, negando valor à «liberdade natural», reporta a liberdade própria do homem à lei (...) A liberdade consiste, pois, no poder agir nos limites da lei. É uma liberdade pela lei⁴³.

Montesquieu ocupava-se por compreender os motivos que levaram à decadência das monarquias, quais conflitos minaram sua estabilidade, bem como as razões que garantiram essa mesma estabilidade por tantos séculos. Montesquieu identifica na idéia de *moderação* o critério fundamental para a estabilidade dos governos, procurando identificar os mecanismos que produziram no passado e no presente essa característica, de modo a propor um regime ideal para o futuro⁴⁴.

A separação dos poderes em Montesquieu aparece a partir de uma análise da teoria dos governos. Esse autor escreve que há três formas de governo: a monarquia, a república e o despotismo, sendo que as formas puras de cada espécie sempre tendem à degeneração. A liberdade só poderia ser alcançada nos *governos moderados*, significando um regime que combine as formas de governo e os princípios inspiradores de cada qual, produzindo uma política limitada, moderada e equilibrada.⁴⁵ Busca-se fundir num único modelo as características dos demais, produzindo um governo moderado e limitado por si mesmo. É a ideologia da Constituição mista.

A idéia de constituição mista possui raízes remotas na Grécia Antiga, nos trabalhos de Aristóteles, Cícero e Políbio, remetendo à idéia de equilíbrio de forças diversas, isto é, a constituição mista é aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas⁴⁶.

⁴² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *op. cit.* p. 56.

⁴³ PIÇARRA, Nuno. *op. cit.* p. 90.

⁴⁴ ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In. WEFFORT, Francisco Correa (Org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2006, p. 114.

⁴⁵ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *op. cit.* p. 56.

⁴⁶ PIÇARRA, Nuno. *op. cit.* p. 33.

No trabalho de construção de sua teoria, há desconfiança em relação ao detentor do poder, em qualquer dos regimes. Somente a pluralidade de poderes poderia impedir o abuso do poder. Desse modo, impõe-se o estabelecimento de mecanismo de cooperação e oposição dos poderes no Estado, assegurando a liberdade dos cidadãos e das forças políticas presentes no corpo social.

Cada camada social exerceria uma parcela do poder político, através de cada função do Estado. Pode-se verificar que a separação dos poderes em Montesquieu possui dupla função: (a) garantir representatividade política aos membros das diferentes classes sociais presentes no Estado (Rei, nobreza e burguesia); e (b) garantir uma separação orgânica das funções do Estado (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário). Conforme menciona Antônio Umberto: “A monarquia absoluta apresentava sinais de cansaço, era preciso descentralizar o poder para que outros setores da sociedade pudessem influir nos destinos do reino”⁴⁷.

1.2.1 Separação dos poderes como atrelamento entre as classes sociais e as funções do Estado.

Desse modo, nota-se que Montesquieu parte da idéia de que nenhuma das formas de governo em seu estado puro seria suficiente para estabilizar o Estado.

O despotismo estaria condenado, tendo em vista que leva necessariamente às rebeliões e à desagregação. A república não tem princípios de moderação: depende exclusivamente da boa fé dos homens mais virtuosos, que devem conter seus próprios apetites e os dos demais. Na monarquia o poder está dividido, na medida em que os poderes intermediários da nobreza contêm os impulsos da autoridade executiva e este os daquela, isto é, o poder contraria o poder.⁴⁸

Somente a conjugação das três formas de governo poderia gerar a estabilidade necessária à continuidade do Estado, e é justamente no esteio dessa idéia que Montesquieu desenvolverá sua separação dos poderes, que garantirá a cada uma das classes sociais sua posição no Estado. A limitação do poder será exercida pela própria luta de classes.

⁴⁷ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *op. cit.* p. 35.

⁴⁸ ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. *op. cit.* p. 114.

Assim, Montesquieu afirma a existência de três espécies de poderes dentro dos Estados: o Poder Legislativo⁴⁹, a qual incumbe corrigir ou revogar as leis; o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, cujas atribuições seriam a realização da paz ou da guerra, o envio ou o recebimento de embaixadas, o estabelecimento da segurança e prevenção das invasões (Poder Executivo do Estado)⁵⁰; e o Poder Executivo das coisas que dependem do direito civil, em que há a punição dos crimes e o julgamento das querelas dos indivíduos (Poder de Julgar)⁵¹.

Tais poderes interagiriam de modo a um neutralizar o outro, pois “a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites” e “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”⁵².

Nesse raciocínio o Poder Executivo do Estado, segundo a concepção de Montesquieu, deverá permanecer na mão do monarca, “porque esta parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação momentânea, é melhor administrada por um do que por muitos”⁵³.

O Poder Legislativo residiria nas mãos da nobreza e na do povo, pois, caso estivessem confundidos um no outro, a liberdade comum estria comprometida, cuja degeneração seria o fim inevitável. Assim, sustenta a criação de câmaras legislativas separadas, mas componentes do mesmo poder legislativo, onde a nobreza e os representantes do povo estariam presentes.

⁴⁹ Nuno Piçarra afirma que só se pode falar de uma função legislativa quando ela se torna independente da judicial, situação que custou a acontecer tendo em vista que à época a legislação mais se apresentava como uma evolução da jurisprudência, tendo por finalidade apenas declarar o direito e não possuindo natureza constitutiva. (PICARRA, Nuno. *op. cit.* p. 46).

⁵⁰ José López Calvo traz uma observação interessante referente ao conteúdo do Poder Executivo: “*El Poder Ejecutivo se configura como el poder residual que ejerce todas aquellas competencias que no le han sido sustraídas al Monarca por el Legislativo y el Judicial. El Poder Ejecutivo residirá, em consecuencia, em el Rey, y su origen residual explicará muchas cosas. Explicará la heterogeneidad y diversidad de las competencias que ejerce. Explicará también su posición como ‘institución de cierre’ del poder político. Será la razón por la que el Ejecutivo vendrá a asumir todas aquellas nuevas funciones que durante los siglos XIX e XX se van a otorgar a los poderes públicos*” (*Organización y Funcionamiento Del Gobierno*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 354. Apud SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *op. cit.* p. 44).

⁵¹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède Et de. *O espírito das leis*. trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Marins Rodrigues, Brasília: UNB, 1995, p. 119.

⁵² *Ibidem*, p. 118.

⁵³ *Ibidem*, p. 121.

A função do primordial do Legislativo seria a criação de leis e a verificação de seu correto cumprimento. Esta, alias, foi a função inicial dos parlamentos, somente mais tarde é que houve o deferimento da competência legislativa⁵⁴.

É importante mencionar nesse ponto que para Montesquieu o homem livre governa a si próprio; sendo necessário, portanto, a existência de um poder legislativo do povo⁵⁵. Porém a democracia exercida diretamente pelo povo é impossível nos grandes Estados e inconveniente nos pequenos⁵⁶. Somente a democracia representativa seria possível, através da capacidade do povo de eleger seus representantes.

Determinado os ocupantes do Poder Executivo e Legislativo, restava a elaboração da arquitetura necessária à neutralização desses poderes, que ocorreria pela integração entre esses dois poderes.

Assim, à câmara alta (nobreza) e à câmara baixa (representantes do povo) é concedida a faculdade de estatuir e de impedir. Estatuir é o direito de anular por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem e impedir é o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro⁵⁷. A resolução tomada por uma câmara (faculdade de estatuir) só prosseguiria após o consentimento da outra câmara (faculdade de impedir). É impositiva a congruência de vontades entre a câmara baixa e a câmara alta, do contrário uma câmara neutraliza a outra.

Ademais, ainda que as duas câmaras coincidam suas vontades, o Poder Executivo pode rejeitar a decisão, utilizando da sua faculdade de impedir. O consentimento do monarca à decisão tomada pela vontade parlamentar atua como faculdade de estatuir.

Esse foi o arcabouço elaborado para limitar reciprocamente o poder executivo e o legislativo e, conseqüentemente, assegurar às diferentes classes sociais presentes a participação ativa da direção do Estado. Está nas faculdades de estatuir e impedir a separação de poderes em Montesquieu.

⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *op. cit.* p. 62.

⁵⁵ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède Et de. *Op. cit.* p. 120.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 120.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 121.

Verifica-se nessa técnica de limitação a composição do governo moderado de Montesquieu, conjugado das três formas de governo puras – Rei (Monarquia), Câmara Alta (Aristocracia) e Câmara Baixa (Democracia) – o avanço sobre os defeitos individuais de cada forma e, reunindo as melhores características, cria uma nova forma de Estado, em que a limitação ao poder impera e a liberdade dos indivíduos é assegurada.

Pode-se indagar o papel o Poder Judiciário nesse arranjo institucional arquitetado. Em verdade, o Poder de Julgar em Montesquieu é nulo, por duas características: o modo de formação dos Tribunais e o modo de decidir dos juízes.

Pela primeira característica, defende Montesquieu a inexistência de corpo de jurados permanente, deve, ao revés, ser exercido por pessoas extraídas do corpo do povo pertencentes à mesma condição social do acusado; durante apenas o tempo necessário; abrindo a possibilidade ao criminoso de rejeição dos jurados escolhidos. Objetivava-se dar legitimidade às decisões que seriam proferidas pelos próprios pares do acusado, evitando perseguições entre as classes sociais. A segunda característica consistiria no método decisório das decisões, em que “os juízes de uma nação não são (...) mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”⁵⁸. Basta ao julgador trazer a lei ao caso concreto. O fim buscado é a garantia da segurança jurídica, através da limitação da atividade do juiz à letra da lei⁵⁹.

O poder judicial deve ficar a margem do equilíbrio entre as classes sociais, não se ligando a nenhum deles, não possui autonomia decisória em relação à lei nem representa nenhuma potência ou fator de poder, há de ser invisível e nulo⁶⁰.

Completa-se dessa forma arquitetura criada por Montesquieu. O Estado garante sua continuidade, na medida em que representado pelas diferentes estruturas sociais, e o indivíduo tem assegurado sua liberdade frente ao poder político, através das travas criadas para frear os poderes entre si.

⁵⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède Et de. *Op. cit.* p. 123.

⁵⁹ Esse é um segundo ponto em que a teoria de Montesquieu afasta-se da realidade inglesa, tendo em vista a função criadora e constitutiva de Direito dos juízes ingleses, dentro do quadro do sistema de precedentes do Common Law.

⁶⁰ PIÇARRA, Nuno. *op. cit.* p. 110.

1.3 Os federalistas e o balanço na organização dos poderes.

Ao romper com os laços coloniais, a independência dos Estados Unidos transformou-se em um marco no processo que levou ao fim do Antigo Regime, trazendo, na baila, um tipo de regime político inteiramente diferente do que já havia sido experimentado no decorrer dos séculos. Regime este que seria imitado pela quase totalidade dos regimes latino-americanos: A República baseada na democracia representativa.

Aprovada em 1787, a Constituição dos Estados Unidos da América reestruturou o modo de restrição do poder político, inaugurou uma grandiosa de governo focada nas idéias de Montesquieu, mas adaptada às circunstâncias peculiares da sociedade estadunidense do século XVIII, focando principalmente na nova visão da separação dos poderes.

As treze colônias inglesas da América que deram origem aos Estados Unidos⁶¹ formaram-se a partir do século XVII, durante o absolutismo inglês, usufruíam de ampla liberdade durante a administração colonial e possuíam uma sociedade bastante homogenia.

Entretanto, o desenvolvimento comercial das colônias acentuou-se de tal forma que começou a concorrer com o metropolitano, levando à Inglaterra a mudar de política. Ademais, após a guerra dos Sete Anos (1763), que resultou na vitória inglesa sobre a França, o Parlamento Inglês decidiu aumentar as taxas e os direitos da Coroa na América para pagar os gastos com a guerra e para punir os colonos que, durante a guerra, comercializaram com os franceses.

Inevitavelmente, as tensões entre colônia e metrópole acirraram-se, culminando com a Guerra de Independência. Em 1776, reunidos na Filadélfia, delegados de todos os territórios promulgaram a Declaração de Independência, redigida por Thomas Jefferson:

As verdades seguintes reputamo-las como óbvias: que todos os homens são iguais por sua criação; que pelo seu Criador foram dotados de certos direitos inalienáveis; que a eles pertencem a vida, a liberdade e o almejar a

⁶¹ As treze colônias são: Delaware, Pensilvânia, Nova Jersey, Georgia, Connecticut, Massachusetts, Maryland, Carolina do Sul, New Hampshire, Virgínia, Nova Iorque, Carolina do Norte e Rhode Island.

felicidade; que, para assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, os quais auferem seu poder legal do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo provar ser prejudicial ao alcance desses alvos, é direito do povo modificá-la ou removê-la, estabelecendo um novo governo baseado em tais princípios e organizar seus poderes na forma em que lhe parecer adequada à garantia de sua segurança e de sua felicidade.

Este é o fundamento diferenciador das idéias de Montesquieu e o sistema de separação de poderes efetivado nos Estados Unidos, enquanto aquele buscava assegurar a legitimidade do Estado e a sua limitação através da concessão de espaço político a todas as classes sociais em conflito, este entendia que toda legitimidade de uma Nação advém do povo e os limites do poder político eram definidos pelo povo. Até porque não existia na América uma divisão da sociedade em classes sociais tal qual na França de Montesquieu, a população era predominantemente homogênea e não existiam representantes do que se poderia identificar com a figura do monarca ou da nobreza.

A solução foi recorrer a uma base sem qualquer referência social, sendo puramente técnica: a independência de cada órgão foi fundamentada no diferente processo de formação, isto é, no diferente processo de eleição e na especificidade das competências atribuídas.⁶²

As idéias que construíram os pilares da Constituição Norte-Americana foram difundidas através de uma série de oitenta e cinco artigos, escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, que defendiam o fim da Confederação de Estados inaugurada após a Declaração de Independência e a instituição de uma nova ordem constitucional, as publicações foram chamadas de *O Federalista*.

Os federalistas defendem a idéia de um governo republicano, rejeitando em completo a forma monárquica de governo, definindo-o como:

sendo um governo – ou pelo menos emprestando-lhe este nome – que deriva todos os seus poderes, direta ou indiretamente, da grande massa do povo, sendo administrado por pessoas que exercem suas funções voluntariamente, durante um limitado período de tempo ou enquanto agirem bem⁶³.

⁶² PIÇARRA, Nuno. *op. cit.* p. 178.

⁶³ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. trad. Heitor de Almeida Hertera. Brasília: UNB, 1984, p. 330.

Nesse ponto, a soberania para os federalistas é bem próxima à noção encontrada em Rousseau, ambos entendem que ela nasce no próprio povo e não que desça sobre ele a partir de alguma autoridade externa⁶⁴. Divergem apenas quanto a possibilidade de delegação do exercício do poder soberano, enquanto para Rousseau era inconcebível a representação política, os federalistas a defenderam:

O efeito da representação é depurar e alargar o espírito público, fazendo-o passar para um meio formado por um corpo escolhido de cidadãos, cuja sensatez saberá distinguir o verdadeiro interesse da sua pátria, e que pelo seu patriotismo e pelo seu amor da justiça, estarão menos dispostos a sacrificar esse interesse a condições momentâneas ou parciais. Com tal governo, será possível que a voz do povo expressa pelos representantes dele, esteja mais de acordo com o bem público do que se fosse expressa pelo próprio povo reunido com esse objetivo.⁶⁵

A república para os federalistas era uma construção nova, totalmente diversa do sentido de república encontrada no *Espírito das leis* de Montesquieu, para quem essa forma de governo era própria do passado, só possível em um território pequeno⁶⁶. Assim, Madison esclarece no décimo quarto artigo as diferenças entre uma democracia e a república. Na democracia o povo constitui e exerce pessoalmente o governo; e na república o povo se reúne e administra mediante representantes e agentes, são as idéias de democracia direta e indireta. Conclui que a democracia ficará confinada num pequeno espaço, mas a república é a forma de governo dos grandes territórios⁶⁷.

A interpretação dada pelos federalistas ao princípio da separação dos poderes em Montesquieu foi divergente da usualmente utilizada. Afirmam que onde todo o poder de um dos ramos é concentrado nas mesmas mãos que enfeixam todo o poder de outro ramo, os princípios de uma constituição livre estarão comprometidos.⁶⁸ Nota-se o abandono da separação absoluta entre os poderes e a ênfase à noção de freios e contrapesos, de poderes independentes, mas interligados. Corroborando seus argumentos, Madison utiliza de diversas

⁶⁴ SINGER, André. Rousseau e o federalista: pontos de aproximação. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n 51, set/dez, 2000, p. 43

⁶⁵ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *op. cit.* p. 152.

⁶⁶ SORTO, Fredys Orlando. O federalista e a Constituição dos Estados Unidos. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v.1, n.82, jan/jan, 1996, p. 149.

⁶⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *op. cit.* p. 175.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 395.

Constituições dos Estados e verifica que a maioria assegura a separação dos poderes, mas na prática ocorrem violações⁶⁹.

Será suficiente assinalar com precisão, ao constituir-se o governo, os limites dos três ramos e confiar nessas barreiras de papel impresso como capazes de deter o espírito usurpador do poder? Esta é a segurança que parece ter sido a principal imaginada pelos elaboradores da maioria das constituições americanas. Todavia, a experiência nos ensina que a eficácia da provisão tem sido grandemente superestimada e que é indispensável alguma defesa suplementar, protegendo os ramos mais fracos do governo contra os mais fortes⁷⁰.

Ao se assegurar a possibilidade de um poder obstruir a atuação de outro, cria-se um mecanismo real em que a separação é respeitada. Isso por que a teoria de Montesquieu envolvia um conceito de constituição mista ou moderada, conforme já foi explanado, de modo que os diferentes componentes da sociedade se fariam presentes no governo, controlando-se mutuamente. Tratava-se de um expediente que não poderia ser utilizado pelos os Estados americanos. A saída seria modificar a estrutura interna do governo, de modo que as partes constituintes, ao exercerem suas mútuas relações, fossem os instrumentos de conservação de cada parte em seu devido lugar⁷¹.

O modelo adotado nos Estados Unidos trouxe ainda duas novas invenções para a teoria da separação: a criação de um novo ramo do direito – o Direito Constitucional – e a criação de duas novas técnicas (1) o controle jurisdicional da administração e, posteriormente, (2) o controle da constitucionalidade das leis⁷².

A existência de uma Constituição escrita, dotada de um superior valor jurídico, e até como exigência lógica da unidade do ordenamento jurídico, já era considerada como essencial ao Estado de Direito, limitando-se, entretanto apenas a normas de caráter organizatório e jurídico-processual.⁷³

Posteriormente, outros preceitos, começando pelos referentes aos Direitos Fundamentais, começaram a fazer-se presentes, apesar se serem considerados meras normas programáticas, não vinculativas ao legislador e sem efeito para o juiz ou para o cidadão. Mas

⁶⁹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *op. cit.* p. 396-399.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 401-402.

⁷¹ SORTO, Fredys Orlando. *op. cit.* p. 151.

⁷² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *op. cit.* p. 62.

⁷³ PIÇARRA, Nuno. *op. cit.* p. 166/167.

foi com o modelo americano que isso começou a se modificar, passando a servir de limite a atuação do legislador.

Restaria, entretanto, criar mecanismos de defesa da Constituição, sendo a solução encontrada conceder ao Judiciário poderes para tanto controlar a Administração – controle jurisdicional da Administração – quanto o Legislativo – controle de constitucionalidade das leis.

Um exemplo disso pode ser visto no artigo setenta e oito, que declara ser deixado aos juízes a guarda da Constituição. Para os autores, o Judiciário seria o mais fraco dos poderes, por isso o mais confiável para realizar o juízo de constitucionalidade dos leis, isto é, trata-se de um mecanismo de frear uma eventual vontade legislativa contrária à Constituição. Nas palavras de Madison:

Se se imaginar que os congressistas devem ser os juízes constitucionais de seus próprios poderes e que a interpretação que eles decidirem será obrigatória para os outros ramos do governo, a resposta é que esta não pode ser a hipótese natural, por não ter apoio em qualquer dispositivo da Constituição. Por outro lado, não é de admitir-se que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobrepujarem a própria vontade à de seus constituintes. É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em consequência cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes⁷⁴.

Ademais, a separação dos poderes no Estado Federal ocorreria ainda em um segundo plano, na divisão das competências entre o nível federal e local. O poder outorgado pelo povo é inicialmente repartido entre dois governos distintos e depois a porção de cada um é subdividida entre ramos distintos e separados, resultando numa dupla segurança para a liberdade e direitos do povo. Os dois governos se controlam mutuamente e, ao mesmo tempo, cada um é controlado por si mesmo⁷⁵. O arcabouço elaborado pelos federalistas diverge do criado por Montesquieu, há uma inovação das estruturas imaginadas por esse autor, modernizando e adaptando a separação do poderes ao modelo de Estado Federal.

⁷⁴ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *op. cit.* p. 578.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 419.

1.4 Novas funções estatais.

Conforme se demonstrou, a separação dos poderes modificou-se para se adaptar às estruturas sociais existentes em cada Estado. Assim, enquanto na França de Montesquieu foi um instrumento necessário à uma construção capaz de acomodar diversas classes sociais conflitantes, na América dos *Founding Fathers* serviu como meio de especializar os órgãos estatais e criar mecanismos de autolimitação do Estado. A divisão dos poderes foi necessária para garantia da liberdade, reinventando-se para atender às demandas da sociedade de então.

Todavia, a divisão entre Executivo, Legislativo e Judiciário não foi suficiente diante das novas transformações sociais operadas principalmente após o advento da Revolução Industrial. Houve a necessidade de novas mudanças, de reciclar as teorias produzidas. Fez-se necessário uma especialização do Estado e, conseqüentemente, o aparecimento de dois novos poderes: A Função Governamental e a Função Administrativa.

A Função Governamental nasceu após o aparecimento de necessidades sociais não antes vistas, muitas de natureza prestacional, motivando a atuação do Estado em áreas que estavam fora do âmbito da política. Enquanto o Estado Liberal limitava-se à manutenção da ordem, o Estado surgido pós-Revolução Industrial demandou ações políticas incisivas sobre pessoas, interesses e grupos, debandando decisões polêmicas, conflituosas e difíceis, que não poderiam ser suportadas por uma autoridade vitalícia e que requeriam um político de partido capaz de comandar uma maioria político-ideológica⁷⁶.

Essa nova sociedade dividida em partidos, forças sociais e ideologias tão diferentes e conflitantes pugnou também pela institucionalização de uma Administração Pública autônoma da chefia do Governo, garantindo a isonomia de todos os particulares, independentemente do caráter ideológico do Governo⁷⁷.

Ademais, esse Estado Social, incentivador das intervenções do poder público na sociedade, concedeu ao Executivo uma posição de supremacia em relação aos demais poderes, principalmente após a primeira Guerra Mundial, abrindo espaço aos regimes totalitaristas que vieram a se instalar durante grande parte do século XX, circunstância que

⁷⁶ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *op. cit.* p. 64/65.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 87.

exigiu uma força capaz de preservar a Constituição, deixando espaço para que o Judiciário ampliasse suas funções e se estabelecesse como guardião da Constituição.

Portanto, nos capítulos seguintes serão tratados a função governamental, com suas interações com a questão relativa à constituição dirigente e a instalação de políticas públicas, e as novas atribuições do Poder Judiciário, analisando de que modo seu papel de poder conformador das decisões políticas pode ser expressado no Estado contemporâneo.

Não será abordada, entretanto, a função administrativa, por não se adequar ao fim aqui proposto.

2. O ESTADO SOCIAL, A FUNÇÃO GOVERNAMENTAL E A IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

2.1 Do Estado Liberal ao Estado Social.

Conforme foi visto no capítulo anterior, o Estado Liberal era essencialmente estático, visava apenas a garantia das liberdades políticas, intervindo apenas na medida necessária à proteção da propriedade. A sua tarefa restringiu-se, nas palavras de Fábio Comparato, à produção do direito, por meio da edição de leis. É o chamado *government by law*.⁷⁸

O Estado Liberal começou a entrar em crise a partir de uma verdadeira transformação social advinda da chamada Revolução Industrial que se iniciou na Inglaterra. A aplicação do desenvolvimento científico e técnico na atividade econômica, apresentando a máquina como instrumento de aceleração e criação de riqueza, intensifica a emigração rural para os centros urbanos. A ausência de condições mínimas de trabalho, deixando muitas vezes a própria vida do trabalhador em risco, gerava descontentamento e, conseqüentemente, a eclosão de movimentos em defesa dos operários, exigindo do Estado uma posição positiva em face dos problemas apresentados.

O fruto das primeiras conquistas desses movimentos foi a consagração dos direitos sociais, ou direitos de segunda geração, configurando-os não como direitos contra o Estado, mas direitos por meio do Estado, exigindo do poder público prestações materiais.

O reconhecimento de direitos sociais, como o direito ao trabalho e à ajuda social, ambos com foco na idéia de solidariedade social, começou a se generalizar nas primeiras constituições do século XX, de que são exemplos a Constituições do México (1917), da República Alemã (1919) e também do Brasil (1934), apesar da crise de baixa normatividade e duvidosa eficácia. Assim, o Estado deveria intervir diretamente na sociedade, definindo, executando e implementando as chamadas políticas sociais (educação, trabalho, saúde, assistência),⁷⁹ daí é que se fala em Estado Providência.

⁷⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o Desenvolvimento: A Perspectiva Institucional. In COMPARATO, Fábio Konder. *Para Viver a Democracia*, São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 97-98.

⁷⁹ KRELL, Andreas J. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa, n. 144, out/dez, 1999, p. 240.

Críticas foram desencadeadas a partir da constitucionalização de direitos sociais, entendendo que o Estado de Direito era incompatível com o Estado Social de Direito, na medida em que a reestruturação democrática-social não poderia ser levada a efeito por meio do Direito, refletindo a idéia de que a Constituição representava uma limitação ao poder estrutural, devendo os fins político-sociais serem relegados para a administração.⁸⁰

Paulo Bonavides descarta tal argumentação, alegando que a Constituição tornou-se volumosa graças à preocupação de dotar certos institutos de proteção mais eficaz, ao anseio de conferir maior estabilidade a determinadas matérias e à conveniência de atribuir ao Estado, por meio do texto constitucional, encargos considerados pelo constituinte como indispensáveis à manutenção da paz social.⁸¹

A função do Direito no Estado Social de Direito deixou de ser apenas negativa ou defensiva, mas positiva, devendo-se assegurar, positivamente, o desenvolvimento da personalidade, intervindo na vida social, econômica e cultural.⁸²

A legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente. Assim, ante a necessidade de uma atuação estatal que dê preeminência à função de planejamento, o papel hegemônico do Estado passa a ser o Governo.⁸³ Governar passou a não ser mais a gerência de fatos conjunturais, mas o planejamento do futuro, estabelecendo políticas a médio e longo prazo. A legitimidade do Estado deixa de ser a lei e transfere-se para a consecução de políticas públicas.

A execução de políticas públicas, tarefa primordial do Estado Social, com a conseqüente exigência de racionalização técnica para a consecução dessas mesmas políticas, acaba por se revelar incompatível com as instituições clássicas do Estado Liberal.

A base do Estado Social é a igualdade na liberdade e a garantia do exercício dessa liberdade. O Estado não se limita mais a promover a igualdade formal, a igualdade jurídica. A igualdade procurada é a igualdade material, não mais perante a lei, mas por meio da lei. A igualdade não se limita a liberdade. O

⁸⁰ BERCOVICI, Gilberto. *A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, v. 142, abr/jun, 1999, p. 36.

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 210.

⁸² BERCOVICI, Gilberto. *op. cit.* p. 37.

⁸³ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas*. Revista de Informação Legislativa, n. 138, abr/jun, 1998, p. 44.

que o Estado garante é a igualdade de oportunidades, o que implica a liberdade, justificando a intervenção estatal⁸⁴.

Desse modo, alcançando os Direitos Sociais ao patamar constitucional, a Constituição deixou de ser apenas uma ferramenta de governo, documento definidor de competências e regulador de procedimentos, aspirando tornar-se um plano global que estabelece tarefas e define fins para o Estado e para a sociedade. É a contraposição entre a Constituição Garantia e a Constituição Dirigente.

Trataremos, a seguir, de forma breve, a temática relativa aos Direitos Sociais e, então, passaremos a análise da Constituição Dirigente.

2.2 Os Direitos Sociais.

As normas constitucionais sobre direitos sociais que hoje podem ser encontradas na grande maioria dos textos constitucionais dos países europeus e latino-americanos definem metas e finalidades às quais o legislador deve elevar a um nível adequado de concretização. Tais normas prescrevem a realização pelo Estado de determinados fins e tarefas; não representando, entretanto, meras recomendações ou preceitos morais com eficácia meramente diretiva, constituindo direito diretamente aplicável.⁸⁵

Enquanto ao modelo de constitucionalismo liberal competia ao Estado propiciar, sob a égide de leis gerais, constantes e uniformes, as condições de segurança à vida individual, a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser capacidade de realizar certos objetivos predeterminados. Com o Estado Social há uma reorganização da atividade estatal, tornando-se indispensável a consecução de finalidades coletivas.⁸⁶ Essas normas-programas requerem um política de satisfação dos fins positivos indicados.

⁸⁴ BERCOVICI, Gilberto. *op. cit.* p. 37.

⁸⁵ KRELL, Andreas J. *op. cit.* p. 240.

⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas*. Revista de Informação Legislativa, n. 138, abr/jun, 1998, p. 43.

Os direitos sociais são vistos de três formas dentro de uma Constituição⁸⁷: (1) direitos subjetivos, (2) mandados constitucionais endereçados ao legislador e (3) princípios diretores.⁸⁸

Os Direitos Sociais podem assumir o caráter de direitos subjetivos quando não necessitam de recursos públicos para a sua implementação – diferentemente dos direitos que exijam um atuar positivo, tendo em vista que não costumam ser interpretados como diretamente invocados a partir de normas constitucionais⁸⁹ – por se tratarem de obrigações negativas do Estado, tal qual, a título de exemplo, o direito à liberdade de associação sindical⁹⁰. Necessitam, tal qual os direitos políticos, de uma abstenção do Estado, de modo a não intervir no seu exercício.

Os mandados constitucionais endereçados ao legislador apresentam características programáticas e impõem objetivos a serem alcançados, servindo ainda de parâmetros para o controle de constitucionalidade e obstando o retrocesso social. A atuação do legislador seria necessária para o fim de realizar a ponderação entre os diversos interesses protegidos pela ordem constitucional, identificando os recursos disponíveis no momento da operacionalização desse direito e a quem será atribuída, na sua estrutura organizacional, a responsabilidade de implementá-lo.⁹¹

Ademais, podem os Direitos Sociais servir de princípios diretores, cuja imperatividade decorre de seu caráter normativo, veiculam parâmetros essenciais que devem necessariamente ser observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de

⁸⁷ Na constituição brasileira, ante a previsão contida no art. 5º, §1º, os direitos sociais possuem necessariamente aplicabilidade imediata, podendo ser manejado o instrumento mandado de injunção sempre que houver a omissão do poder público em regulamentar a norma que preveja o direito social, inviabilizando seu exercício.

⁸⁸ WEBER, Albrecht. L'Etat social ET lês droits sociaux en RFE. *Revue de Droit Constitutionnel*, nº 24/677, (680) 1995 (apud GARCIA, Emerson. *Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais*. Belo Horizonte: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 10, 2008, jan/jun, p. 14).

⁸⁹ É claro que, ante a inércia dos órgãos responsáveis pela sua implementação, podem ser judicialmente exigíveis, por configurar uma inconstitucionalidade por omissão, idéia defendida pelo dirigismo constitucional. Interessante ressaltar ainda que a tese da Constituição dirigente defende a possibilidade de geração de direitos subjetivos resultantes de direitos constitucionais sociais, sem a necessidade de intervenção do legislador, o que resultou, diante da influência da referida tese na Constituição Federal de 1988, da previsão contida no art 5º, §1º. (ver nota 87).

⁹⁰ GARCIA, Emerson. *op.cit.* p. 14.

⁹¹ *Ibidem*, p. 15-17.

atuação, traduzem o reconhecimento do ideal de solidariedade, de justiça social, de igualdade factual e de complementaridade entre as liberdades individuais e suas condições sociais⁹².

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado – chamado livre espaço de conformação. Entretanto, conforme menciona Canotilho, os direitos sociais dispõem de vincutividade normativo-constitucional, impondo-se aos poderes públicos a realização destes direitos através de medidas políticas, legislativas e administrativas concretas e determinadas, acrescentando que é dever do legislador dar operacionalidade prática a estas imposições, sob pena de inconstitucionalidade por omissão.⁹³

2.3 A Constituição Dirigente.

A obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, de autoria de J. J. Gomes Canotilho, desenvolveu o que se conhece por dirigismo constitucional, buscando discutir o alcance da discricionariedade do legislador, apresentando limites positivos e negativos à atuação do legislativo.

A Constituição dirigente pode ser entendida como “o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem diretivas e estatuem imposições”.⁹⁴ Desse modo, uma constituição dirigente representa um projeto histórico pragmático de limitação dos poderes do legislador, questionando a sua liberdade de conformação e a sua vinculação aos fins que integram o programa constitucional.⁹⁵ Nessa linha, a Constituição transforma-se em um verdadeiro plano global normativo do Estado e da sociedade, no qual estão determinadas as tarefas, estabelecidos os programas e definidos os fins.⁹⁶

Há o pressuposto de que os problemas econômicos, sociais, científicos são, simultaneamente, problemas constitucionais suscetíveis de conformação e resolução através

⁹² GARCIA, Emerson. *op.cit.* p. 19.

⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7º Ed, Coimbra: Almeida, 2003, p. 518.

⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 224.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 215-287.

⁹⁶ TRINDADE, André Karam. *Constituição Dirigente e Vinculação do Administrador: Breves considerações acerca do papel dos tribunais na concretização dos direitos sociais*. Revista jurídica da Faculdade de Direito (Faculdade Dom Bosco), v. 4, 2008, p. 29.

de decisões político-constitucionais que vinculem as decisões tomadas pelo poder político, cabendo ao texto constitucional apontar soluções e linhas de ação política de modo a responder a demandas sociais e econômicas, mobilizando governantes e legisladores a concretizar o programa constitucional⁹⁷.

Assim, as normas constitucionais programáticas constitucionais sobre direitos sociais, econômicos e culturais seriam capazes de obrigar o legislador à criação das respectivas leis ordinárias que fixassem as prestações positivas, bem como o Poder Executivo a oferecer tais prestações.⁹⁸ Os direitos sociais não seriam simples apelo ao legislador, mas uma verdadeira imposição constitucional legitimadora de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos. O dirigismo constitucional caracteriza-se, portanto, pela definição, a nível constitucional, de tarefas econômicas e sociais do Estado, guiando a atuação dos poderes políticos e a consecução de políticas públicas⁹⁹.

Tal aspiração vai de encontro àqueles que consideram a Constituição como mero instrumento de governo, em que se definem competências e se regulam os procedimentos. A lei fundamental deveria, nesse entendimento, ser apenas uma norma jurídica superior, abstraindo-se dos problemas de legitimação e domínio da sociedade. A Constituição como instrumento formal de garantia não possui qualquer conteúdo social ou econômico, sob pena de perder a juridicidade do texto. Deve estabelecer o procedimento e não se preocupar com o conteúdo das decisões, assegurando uma ordem estável e garantindo o *status quo*.¹⁰⁰ É o conflito entre os procedimentalistas e os substancialistas.

2.3.1 Procedimentalistas e Substancialistas

O embate entre procedimentalistas e substancialistas¹⁰¹ envolve a noção acerca do papel que a Constituição deve desempenhar na atualidade. Para os primeiros a

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e interconstitucionalistas: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 151.

⁹⁸ KRELL, Andreas J. *op. cit.* p. 248.

⁹⁹ LEAL, Roger Stiefelmann. Pluralismo, políticas públicas e a Constituição de 1988: considerações sobre a práxis constitucional 20 anos depois. In MORAES, Alexandre de. (Org) *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 75.

¹⁰⁰ BERCOVICI, Gilberto. *op. cit.* p. 37.

¹⁰¹ Sem pretensão de exaurir os nomes que se envolvem nesse debate, podemos listar ao lado dos procedimentalistas: Habermas, Gadamer, Alexy, Luhman, Ely; e ao lado dos substancialistas: Cappelletti, Dworkin, Paulo Bonavides, Eros Roberto Grau, Fábio Comparato.

Constituição é mero instrumento de governo e competências, enquanto para os segundos a Constituição deve definir os fins para o Estado e para a sociedade¹⁰².

Os substancialistas entendem que o constitucionalismo não pode prescindir de valores e princípios positivados na Carta Constitucional, criando limitações no que tange a legislação infraconstitucional e servindo de parâmetro para todas as políticas públicas.

Os procedimentalistas, ao contrário, dirigem diversas críticas à Constituição Dirigente¹⁰³, tais quais: (1) A Constituição Dirigente politiza o Judiciário, violando a tripartição dos poderes e lhe conferindo excesso de poder; (2) uma Constituição não deve compartilhar valores, mas apenas procedimentalizar a formação democrática de opiniões; (3) A constituição Dirigente ignora o pluralismo das democracias, causando um afastamento da realidade e, conseqüentemente, perda de efetividade; (4) a Constituição Dirigente é ingênua, na medida em que tenta transformar, através de dispositivos constitucionais, a realidade.^{104 105}

Os procedimentalistas defendem que é necessário efetuar um processo de “desjuridificação”, favorecendo o racionalismo e o pluralismo jurídico e ampliando os espaços de participação e de cidadania.¹⁰⁶

A discussão referente à procedimentalistas e à substancialistas terá forte influência na questão da possibilidade, ou não, do controle de constitucionalidade da função governamental, circunstância que motiva o retorno desse debate no capítulo seguinte, quando que discutirá tal questão.

¹⁰² SILVA, João Fernando Vieira da. *O resgate da idéia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio*. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 25/09/2010.

¹⁰³ Canotilho menciona que os procedimentalistas não são os únicos inimigos da Constituição Dirigente, já tendo ocorrido ataques de correntes mais conservadoras, normativistas sociológicos, adeptos do Direito Alternativo e de correntes fundadas no “Pós-Modernismo” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Videoconferência. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.14).

¹⁰⁴ SILVA, João Fernando Vieira da. *op. cit.*

¹⁰⁵ O primeiro argumento será discutido no capítulo seguinte, tendo em vista que se trata do objetivo da presente monografia, e os três restantes serão discutidos no tópico seguinte.

¹⁰⁶ SILVA, João Fernando Vieira da. *op. cit.*

2.3.2 Críticas à Constituição Dirigente

Conforme visto, a idéia de constituição dirigente não é isenta de críticas, sofrendo ataques de diversas correntes doutrinárias. Não se pretenderá explanar todas as críticas existentes, apenas aquelas que mais abalam o objetivo do presente trabalho.

A primeira menciona que, tendo em vista as imposições normativo-programáticas, há uma limitação das alternativas político-administrativas a serem implementadas pelo governo. Isso reduz o debate político ordinário e exige que eventuais mudanças no perfil das políticas sociais acabem por exigir a realização de reformas constitucionais, tendo em vista que o eventual descumprimento dessas determinações ocasiona inconstitucionalidade, em prejuízo do pluralismo político e acarretando a exclusão de propostas e programas alternativos de realização de direitos econômicos e sociais.¹⁰⁷

Esse é o motivo de a práxis constitucional brasileira evidenciar o uso de instrumento de reforma da Constituição para eliminar ou abrandar imposições de cunho normativo-programáticas, impondo extensa agenda de reformas e transformando o governo das leis em um governo das emendas constitucionais.¹⁰⁸

Bercovici combate tais críticas, explicitando que:

A Constituição dirigente não estabelece uma linha única de atuação política, reduzindo a direção política à execução dos preceitos constitucionais, ou seja, substitui a política. Pelo contrário, ela procura, antes de mais nada, estabelecer um fundamento constitucional para a política, que deve mover-se no âmbito do programa constitucional. Dessa forma, a Constituição dirigente não substitui a política, mas se torna a sua premissa material [...] A definição dos fins do Estado não pode nem deve derivar da vontade política conjuntural dos governos. Os fins políticos supremos e as tarefas do Estado encontram-se normatizados na Constituição. Afinal, a constituição legitima o poder político.

Assim, o programa constitucional não tolhe a liberdade do governo, nem impede a renovação da direção política e a confrontação partidária, a direção política deve apenas definir suas linhas de atuação de modo a cumprir com os objetivos que o Estado fixou para si.

¹⁰⁷ LEAL, Roger Stiefelmann. *op. cit.* p. 92.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 92.

Outro ponto que se critica da constituição dirigente é que não possuiria efetividade, ante a impossibilidade de seu conteúdo ser aplicado diretamente, necessitando da intermediação de outros poderes. Verifica-se um descrédito para como o dirigismo constitucional, associado à crítica o caráter prolixo e analítico da Constituição Federal, ocasionando a frustração da sua normatividade e o aumento do déficit de efetividade¹⁰⁹.

Quanto a isso, é nítido que uma constituição apenas definidora de competências e garantidora de liberdades formais atinge mais facilmente o ideal de efetividade imediata. Por sua vez, uma constituição programática necessita do auxílio das instâncias políticas para alcançar concretização, dependendo da vontade dos detentores do poder político.¹¹⁰

Entretanto, é justamente nessa intenção de modificar a realidade que a Constituição dirigente adquire sua força. É a pretensão de eficácia que a incentiva a ordenar e conformar a realidade. A eficácia não pode ser vista apenas no sentido jurídico, isto é, na qualidade de produzir efeitos jurídicos ao regular situações ou comportamentos, mas também em seu sentido social, referente à implementação do programa finalístico que orientou a atividade do legislador, alcançando efetividade quando ocorrer a concretização do comando normativo no mundo real. Trata-se da conformidade das condutas à norma.¹¹¹

O golpe mais forte, sem dúvidas, que sofreu o dirigismo constitucional proveio do seu mais aclamado expositor. A partir do final da década de 90, José Joaquim Gomes Canotilho começou a afirmar que o problema fundamental da constituição na atualidade é o de saber ponderar as medidas liberais e estatais que devem informar o texto constitucional, para que a Constituição continue sendo o documento fundamental da *res publica* sem se converter em instrumento totalizador do Estado e da sociedade.¹¹²

Canotilho afirma que o grande problema da Constituição dirigente está “não na contestação da bondade política e dogmática da vinculatividade imediata mas sim no

¹⁰⁹ DANTAS, Miguel Calmon. *Ode ou réquiem pela constituição dirigente?* Revista do Curso de Direito da UNIFACS, Porto Alegre, v. 5, 2005, p. 55.

¹¹⁰ BERCOVICI, Gilberto. *op. cit.* p. 39.

¹¹¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 34-36.

¹¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra; Almedina, 1998, p. 1191-1192 (apud BERCOVICI, Gilberto. *op. cit.* p. 40).

alargamento não sustentável da força normativa directa das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras da *interpositio legislativa*.”¹¹³ Canotilho menciona que:

O livre desenvolvimento da personalidade e a defesa da dignidade da pessoa humana postulam ética e juridicamente a positivação constitucional dos chamados “direitos sociais”, mas uma coisa é recortar juridicamente um catálogo de direitos de terceira geração e, outra, fazer acompanhar a positivação dos direitos de um complexo de imposições constitucionais tendencialmente conformadoras de *políticas públicas* de direitos económicos, sociais e culturais.¹¹⁴

O autor português passou a negar a possibilidade da geração de direitos subjetivos na base de direitos constitucionais sociais, alegando que somente o legislador ordinário seria legitimado a determinar o conteúdo concreto dos direitos sociais, sem vinculação estrita às normas programáticas.¹¹⁵ Assim, o referido autor reviu a sua doutrina de dirigismo constitucional, reconstruindo-a para admitir uma maior abertura da constituição às deliberações democráticas, associando-a a uma ideia de legitimidade procedimental.¹¹⁶

Ademais, analisa que:

A “internacionalização” e a “europeização” no caso português e a internacionalização e a “marcosualização” no contexto brasileiro tornam evidente a transformação das ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais, nas quais as constituições são relegadas para um plano mais modesto de “leis fundamentais regionais”. Mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a *magna carta de identidade nacional*, a sua *força normativa* terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos político-organizatórios, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas “associações abertas de estados nacionais abertos”.¹¹⁷

Isso é, diante do mundo globalizado, em que se destacam diferentes sistemas, o Estado e seus instrumentos jurídico-normativos não mais têm a capacidade de regular a complexidade da sociedade contemporânea, a própria sociedade busca reduzir a sua complexidade por meio da diferenciação interna em vários sistemas, cada um deles atuando

¹¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun, 1998, p. 13.

¹¹⁴ Ibidem, p. 15.

¹¹⁵ KRELL, Andreas J. *op. cit.* p. 248.

¹¹⁶ DANTAS, Miguel Calmon. *op. cit.* p. 55.

¹¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun, 1998, p. 10.

em áreas determinadas e auto-organizando suas estruturas, ordenamento, identidade.¹¹⁸ A lei dirigente cede o lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, a sociedade funciona coordenadamente sob os princípios da “responsabilidade social” e da “consciência global.”¹¹⁹

Desse modo, a Constituição deve evitar se converter em lei da totalidade social, para não perder sua força normativa. Afirma que os textos constitucionais de cunho dirigente (como a Constituição brasileira de 1988) perderam a capacidade de absorver as mudanças e inovações da sociedade, não podendo mais integrar o todo social, tendendo a exercer uma função meramente supervisora da sociedade, não mais diretiva. As constituições dirigentes padeceriam de uma “crise de reflexividade”, ou seja, não conseguiriam gerar um conjunto unitário de respostas, dotado de racionalidade e coerência, às cada vez mais complexas demandas da sociedade.¹²⁰

Assim, embora reconheça a necessidade de preservação de um conteúdo material mínimo que permanecesse a vincular o legislador, considerando ser imprescindível a consagração de direitos econômicos, políticos e sociais¹²¹, Canotilho passa a sustentar um constitucionalismo moralmente reflexivo, na medida em que propõe “a substituição de um direito autoritariamente dirigente, mas ineficaz através de outras fórmulas que permitam completar o projeto da modernidade”, como a “subsidiariedade, neocorporativismo, delegação”, permitindo reforçar os mecanismos de cooperação e destacar as dimensões da responsabilidade ínsita à dinâmica da sociedade civil.¹²²

¹¹⁸ BERCOVICI, Gilberto. *op. cit.* p. 39.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 41.

¹²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra; Almedina, 1998, p. 1204 (apud BERCOVICI, Gilberto. *op. cit.* p. 41).

¹²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun, 1998, p. 15.

¹²² *Ibidem*, p. 16. Esse suposto modelo de constitucionalismo reflexivo não é isento de críticas, conforme menciona Berovicí, “(...) para funcionar sem grandes traumas, a sociedade depende do acatamento pelos vários sistemas dos princípios da “responsabilidade social” e “consciência global”. Ou seja, critica-se a “utópica” pretensão do Estado e da constituição de quererem regular a vida social mediante um programa de tarefas e objetivos a serem concretizados de acordo com as determinações constitucionais e, em seu lugar, propõe-se, não menos utopicamente, na nossa opinião, que os vários sistemas agirão coordenados pela idéia de “responsabilidade social”.” (BERCOVICI, Gilberto. *op. cit.* p. 39). No mesmo sentido, Miguel Dantas ressalta que não consegue vislumbrar a compatibilidade entre o constitucionalismo moralmente reflexivo e a ordem constitucional pátria, ante o deficitário sistema social instituído, pois não se pode admitir a substituição do constitucionalismo dirigente por formas que estimulem a cooperação e a responsabilidade da sociedade civil se não houver sequer a implementação parcial da sociedade ínsita ao Estado Democrático de Direito, o que deslegitima, por si só,

Conforme menciona Krell:

Ultimamente, Canotilho revidou esse seu posicionamento, declarando-se adepto de “um constitucionalismo moralmente reflexivo” (U. Preuss) em virtude do “descrédito de utopias” e da “falência dos códigos dirigentes”, que causariam a preferência de “modelos regulativos típicos da subsidiariedade”, de “autodireção social estatalmente garantida”. O “entulho programático” e as “metanarrativas” da Carta Portuguesa, segundo ele, impediriam aberturas e alternativas políticas, tornando necessário “desideologizar” o texto constitucional.¹²³

Primeiramente, cumpre ressaltar que o dirigismo constitucional não está morto, como defendem muitos autores. O próprio Canotilho já ressaltou isso em diversas ocasiões, na primeira delas, encontrada no final do artigo “Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo”, consta:

Se assim for [substituição da lei pelo contrato, pela cooperação], a constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativa-mente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela *constitucionalização da responsabilidade*, isto é, pela garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e acção.¹²⁴

O segundo comentário nesse sentido pode ser encontrado na segunda edição de sua obra – *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* – onde Canotilho adicionou a seguinte lição no prefácio:

A Constituição Dirigente está morta **se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias**. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito

qualquer concepção ou teoria procedimental da constituição, tendo em vista que não existem as condições materiais que permitam inferir-se a abertura do procedimento à legitimidade da deliberação. (DANTAS, Miguel Calmon. *op.cit.* p. 56) Ademais, é difícil considerar a sociedade brasileira preparada a assumir parte dos debates sociais, atuando cooperativamente, segundo o princípio da responsabilidade social, quando se verifica que nas Eleições de 2010 o candidato a Deputado Federal mais votado de um Estado da Federação foi um conhecido comediante, cuja base da própria candidatura foi denegrir a imagem das instituições legislativas. O que leva a duas conclusões: ou sua eleição foi uma espécie de protesto, demonstrando um grave descrédito com o sistema representativo e, conseqüentemente, um distanciamento do povo e seus representantes, o que poderia ser motivo de se pensar se há no Brasil uma crise de legitimidade das próprias instituições; ou que a falta de instrução do povo o torna despreparado para sabiamente analisar as propostas trazidas pelos candidatos. Qualquer das duas alternativas leva a indagação de se há possibilidade de adoção das propostas de revisão do constitucionalismo dirigente no âmbito nacional.

¹²³ KRELL, Andreas J. *op. cit.* p. 248.

¹²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun, 1998, p. 17.

constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadanias seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da Constituição, erguendo-se à categoria de linha Maginot contra invasões agressivas dos direitos fundamentais.

Alguma coisa ficou, porém da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas, a linha de caminho de ferro neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendam continuar a chamar de direito, democráticas e sociais.¹²⁵ (Grifos nossos).

É importante ressaltar que a tese de Canotilho não é obra acabada, mas uma fase dentro de sua produção doutrinária, as teses encontradas no livro *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* já não mais poderiam ser admitidas de forma integral, pelo menos não mais na realidade portuguesa. O que teria morrido foi o dirigismo constitucional compreendido e estabelecido pelo texto original da Constituição portuguesa. Falecendo o constitucionalismo dirigente entendido como único transformador da sociedade.¹²⁶ Faz-se necessário, portanto, transcrever a seguinte fala desse constitucionalista português:

Portanto, quando coloca essas questões da “morte da constituição dirigente”, o importante é averiguar por que é que se ataca o dirigismo constitucional. Uma coisa é dizer que estes princípios não valem e outra é dizer que, afinal de contas, a Constituição já não serve para nada, já não limita nada. O que se pretende é uma coisa completamente diferente da problemática que vimos efectuando: é escancarar as portas dessas políticas sociais e econômicas a outros esquemas que, muitas vezes, não são transparentes, não são controláveis. Então eu digo que a constituição dirigente não morreu.¹²⁷

Nesse sentido, o próprio mestre de Coimbra assevera que a Constituição dirigente é estrutura do Estado Social e Democrático de Direito, propagar a sua morte é matar quem ainda vive, ainda que viva de maneira diferente.¹²⁸ Assim, Canotilho teria apenas a adaptado às mudanças que ocorram em seu país, não mais a defendendo como instrumento de Revoluções Sociais, mas sim um instrumento com menos carga ideológica, regulador das relações sociais.

¹²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.

¹²⁶ OLIVEIRA, Fábio de. *A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do doutor Gomes Canotilho*. In Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 28, 2005, p.195-228.

¹²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Videoconferência. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.31.

¹²⁸ *Ibidem*, p.15.

É nesse sentido que se afirma que as críticas de Canotilho têm por objeto, em sua maioria, a redação originária da constituição portuguesa, ou seja, críticas patrióticas, voltadas na sua essência ao dirigismo constitucional português. Entretanto, essas categorias revisionistas não se ajustam a países que possuem dívidas sócias profundas, como é o caso brasileiro.¹²⁹

Desse modo, ao considerar a necessidade de uma teoria da Constituição na qual não existe centro e em que os Estados nacionais tornaram-se apenas uma parcela de outro esquema organizatório, Canotilho evidencia que sua preocupação está voltada exclusivamente para a realidade européia:

Estamos a esquecer que no Brasil a centralidade é ainda do Estado de direito democrático e social, que a centralidade é ainda do texto constitucional, que é a carta de identidade do próprio país, que são estes direitos, apesar de pouco realizados, que servem como uma espécie de palavra ordem para a própria luta política.¹³⁰

Diferentemente do que ocorre no Brasil, em que o Mercosul não alcançou o nível de interação da União Européia e em que o dirigismo constitucional enfrenta grande resistência, houve a implementação de grande parte dos direitos sociais na Europa¹³¹. A leitura constitucional em países de modernidade tardia como o Brasil ainda devem estar pautados na luta pela efetivação dos valores consagrados na Constituição. As democracias de países como o nosso ainda não amadureceram a ponto de abandonar a tese de uma constituição Dirigente.¹³²

Sem a perspectiva dirigente, torna-se impossível realizar os direitos que fazem parte da essência da constituição, a jurisdição brasileira deve pautar-se na concretização dos direitos fundamentais sociais e, ante esse fim, não pode abandonar o constitucionalismo dirigente. Conforme menciona Lenio Luiz Streck:

¹²⁹ OLIVEIRA, Fábio de. *op. cit.* p.195-228.

¹³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Videoconferência. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.35.

¹³¹ Miguel Calmon Dantas defende que, somada a transplantação do dirigismo constitucional para o direito comunitário e internacional (União Européia), a revisão sobre o constitucionalismo dirigente só pode ser adequada ao constitucionalismo de Portugal, não se coadunando ao constitucionalismo pátrio, tendo em vista que o entendimento subjacente ao dirigismo constitucional português possuía um caráter revolucionário de instauração de uma nova ordem, de natureza socialista, o que ficou prejudicado pelas reformas que se seguiram e alteraram esta concepção programática. (DANTAS, Miguel Calmon. *Op. cit.* p. 61.).

¹³² SILVA, João Fernando Vieira da. *op. cit.*

A noção de Constituição dirigente e compromissária não pode ser relegada a um plano secundário, mormente em um país como o Brasil, onde, repito, as promessas de modernidade, explicitadas generosamente no texto constitucional de 1988, longe estão de ser efetivadas. Para tanto, há que se enfrentar/superar alguns dos problemas e/ou obstáculos que fizeram com que a expressiva parcela dos dispositivos da CF/88 não obtivessem, até hoje, efetivação.¹³³

Nessa mesma linha, Bercovici explana que, para a Teoria da Constituição Dirigente, a Constituição não é só uma garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Ao fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade: a Constituição Dirigente é uma Constituição estatal e social.¹³⁴

A Teoria da Constituição não deve possuir a intenção de ser unitária, deve variar de acordo com o quadro da sociedade e das exigências do Direito Constitucional de cada Estado. No Brasil, a Constituição Dirigente ainda precisa do “do verniz ideológico e revolucionário que marcava a gênese deste ideário”¹³⁵, servindo ainda o seu propósito de, no mínimo, obstáculo às vontades voláteis dos governantes de ocasião.

2.4 Políticas Públicas.

A questão das políticas públicas tornou-se recentemente uma categoria de interesse para o direito, a partir da configuração prestacional do Estado, não se tratando de um tema essencialmente jurídico, mas provindo da Ciência Política, em que se destaca seu caráter eminentemente dinâmico e funcional, contrastando com a estabilidade e generalidade jurídica.

É nesse sentido que menciona Fábio Comparato:

O conceito de *política*, no sentido de programa de ação, só recentemente passou a fazer parte das cogitações da teoria jurídica. E a razão é simples: ele corresponde a uma realidade inexistente ou desimportante antes da Revolução Industrial, durante todo o longo período histórico em que se forjou o conjunto dos conceitos jurídicos dos quais nos servimos habitualmente.¹³⁶

¹³³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e concretização da Constituição*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 682.

¹³⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. Revista de Cultura e Política. São Paulo: CEDEC, 2004, n. 61, p. 12.

¹³⁵ SILVA, João Fernando Vieira da. *op. cit.*

¹³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas*. Revista de Informação Legislativa, n. 138, abr/jun, 1998, p. 44.

Quando a função estatal se resumia ao poder de polícia, no sentido omissivo de limitação do poder estatal, pode-se dizer que não havia políticas públicas de interesse jurídico. Apenas quando o Estado passou a assumir o encargo dos serviços públicos é que a situação se alterou. No momento em que o Estado teve de começar a intervir da sociedade, o estudo das políticas públicas revelaram-se de interesse. A idéia de políticas públicas refere-se a um modo de agir do Estado nas funções de coordenação e fiscalização dos agentes públicos e privados para a realização de certos fins ligados aos direitos sociais.

Comparato observa que a noção de políticas públicas alterou o fator de legitimidade do Estado, havendo uma substituição da lei (sentido omissivo) pela função das políticas públicas (sentido comissivo). Na estrutura do Estado dirigente, a lei perde expressão por excelência da soberania popular, para se tornar mero instrumento de governo. Isso por que a grande maioria das leis insere-se, hoje, no quadro de políticas governamentais e tem por função não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura, de direcionamento das atividades privadas ou de regulação de procedimentos administrativos¹³⁷

São três os elementos em que se centra a noção de políticas públicas: (1) a busca por metas, objetivos ou fins; (2) a utilização de meios ou instrumentos legais; e (3) a temporalidade, isto é, o prolongamento no tempo.¹³⁸ Definem-se, portanto, as políticas públicas como a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, ou seja, como o conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.¹³⁹

Deve-se fazer uma distinção com relação à política como programa de ação: ela não é norma nem ato, distinguindo-se nitidamente dos elementos da realidade jurídica sobre as quais os juristas desenvolveram a maior parte de suas reflexões. Desse modo, se a política deve ser claramente distinguida das normas e dos atos, é preciso reconhecer que ela acaba por englobá-los como seus componentes. É que a política aparece, antes de tudo, com uma atividade, como um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um

¹³⁷ Ibidem, p. 44-45.

¹³⁸ SANTOS, Marília Lourido dos. *Políticas públicas (econômicas) e controle*. Revista de Informação Legislativa, ano 40, n. 158, abr/jun, 2003, p. 268.

¹³⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 34, n. 133, jan/mar, 1997, p. 91.

objetivo determinado. Assim, as políticas públicas, como um conjunto de normas e atos, são unificadas pela sua finalidade.¹⁴⁰

A adoção de certa política pública representa o processo de escolha de prioridades para o governo, por meio de programas de ação para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo determinado. Todas as áreas de incidências das políticas públicas representam significância jurídica, tendo em vista que as normas jurídicas servem tanto de instrumento de efetivação quanto de parâmetro de controle de tais opções políticas. Por serem opções, importam em uma margem de discricionariedade, isto é, de flexibilização de atuação, o que não significa ausência de controle legal, mas incidência de controle diferenciado, finalístico.¹⁴¹

Para reduzir a margem de discricionariedade do poder público na consecução das políticas públicas é que se instituiu na Constituição a garantia de diversos direitos de natureza prestacional, ao que retornamos ao tema já discutido referente à Constituição dirigente¹⁴².

As normas programáticas e os deveres que resultam dos direitos fundamentais acabam repercutindo sobre as etapas componentes da estruturação das políticas públicas, impedindo o poder público de eleger prioridades que colidam com as dos programas constitucionais, como a implementação de medidas que sejam ineficientes ou inadequadas e, ainda, a inércia no desenvolvimento e execução das mesmas¹⁴³. Nesse sentido, o dirigismo constitucional disciplina a confecção das políticas públicas, na medida em que elas se configuram como o instrumento do dirigismo para a transformação da realidade.

¹⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas*. Revista de Informação Legislativa, n. 138, abr/jun, 1998, p. 45. É em razão desse caráter que o juízo de validade de uma política pública não se confunde com o juízo de validade dos atos que a compõem.

¹⁴¹ SANTOS, Marília Lourido dos. *op. cit.* p. 269.

¹⁴² As constituições passaram a detalhar de tal forma as áreas e os modos que o Estado deve gerir as políticas públicas que muitos críticos identificam uma rigidez do sistema jurídico que seria incompatível com a velocidade das transformações sociais, ocasionando uma crise de governabilidade, o que resultou em um movimento doutrinário a favor da desconstitucionalização de diversas matérias. Entretanto, a legitimidade dessa tendência não é imune de críticas, pois da mesma forma que a necessidade de controle da atuação estatal não se resolve apenas pela constitucionalização dos temas, igualmente, a necessidade de conferir agilidade e eficiência à atuação estatal não se resolve tão somente pela desconstitucionalização, faz necessária a busca por um meio-termo. (SANTOS, Marília Lourido dos. *op. cit.* p. 269).

¹⁴³ DANTAS, Miguel Calmon. *O Dirigismo Constitucional sobre as políticas públicas*. Disponível em www.conpedi.org.br. Acesso em: 03/10/2010.

Inicialmente, poder-se-ia pensar que o papel central na definição das políticas públicas caberia ao legislativo, tendo em vista que composto pelos representantes do povo. Entretanto, verifica-se que o Legislativo não possui a capacidade de concreção e adequação das políticas públicas à realidade social, fazendo com que o Executivo passe a exercer uma função normativa com prejuízo do Legislativo,¹⁴⁴ tendo Eros Grau denominado esse fenômeno de capacidade normativa de conjuntura.¹⁴⁵

Isso é resultado, principalmente, de dois fatores: (1) passa a haver uma demanda desmedida por legislação, a fim de aprovar planos e mais planos, bem como a regulamentação desses planos, fazendo com que o Legislativo abdique da direção política do Estado; e (2) faz-se necessário um extenso suporte institucional (agências de controle, instituições da sociedade civil, etc), para a realização das atividades.

É nesse contexto de Estado prestacional, em que o Executivo fica sobrecarregado com a perseguição de diversas tarefas, que se verifica a superação do modelo tradicional de separação dos poderes. Governar se torna gerir uma ideologia consagrada nas urnas, é elencar prioridades de acordo com as reivindicações sociais, totalmente diferente da função de apenas executar leis. O Executivo se divide em duas funções: a tradicional função executiva e a função governamental.

2.5 Função Governamental.

A existência de uma função governamental foi primeiramente verificada na Inglaterra, onde, objetivando preservar as instituições monárquicas frente a nova realidade que compele o poder público a tomar decisões importantes e conflitantes com os interesses de diversas classes sociais, destacou da Chefia do Estado a Chefia de Governo, transferindo-a para um órgão representativo da sociedade. Começava a se definir um quarto poder do Estado: O poder Governamental.

Isso ocorreu por que as novas necessidades sociais resultantes da Revolução Industrial começaram a exigir uma atuação energética do Estado. Nas palavras de César Saldanha:

¹⁴⁴ SANTOS, Marília Lourido dos. *op. cit.* p. 270.

¹⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 14ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 69.

A partir do século XIX, porém, com a função “governamental” moderna, as ações políticas vão ganhando alcance, mais amplo e mais fundo, sobre os interesses das pessoas, dos grupos e da sociedade. Movimentam mais recursos. Exigem tributos. Aperfeiçoam instrumentos coativos. Confrontam seus titulares com opções difíceis, polêmicas, conflituosas. [...] Os desgastes, as polêmicas e as contingências umbelicalmente atadas à função “governamental” moderna não poderiam ser suportadas por uma autoridade hereditária e vitalícia. Todo rei que tentou governar, nessa nova realidade, haveria mesmo de perder a Coroa. Pagaria com a instituição, senão com a vida também, o desgaste, as falhas e as contradições que necessariamente acompanham essa cumulação.¹⁴⁶

É claro que a primeira resposta a tal situação foi tornar eletiva e temporária a chefia de Estado, aos moldes do modelo americano. Entretanto, a eletividade da chefia de Estado não resolve todo o problema. Afinal, como dimensionar numa mesma república “a função de chefia de Estado (que requer a imparcialidade de um primeiro magistrado) com a função de governo moderna (que requer um político de partido capaz de comandar uma maioria político-ideológica)?”¹⁴⁷

Nessa linha, nota-se que a função governamental veio como resolução do problema referente à cumulação, na mesma pessoa, da Chefia do Estado e da Chefia de Governo, ante uma realidade em que se destacava uma crise na tripartição dos poderes¹⁴⁸. Para preservar a Chefia de Estado, fez-se necessário que o afastasse de decisões que poderiam não mais legitimá-lo frente às massas como agente unificador da soberania nacional, deixando apenas a sua competência apenas a própria função de Chefia de Estado e a função de Administração Pública¹⁴⁹.

Nesse contexto, a separação da Chefia de Estado da Chefia de Governo permitiu que se compusesse o grande conflito de idéias e de interesses sociais entre os setores rurais arcaicos e os novos setores urbanos, alcançando a estabilização necessária para que o

¹⁴⁶ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder: Uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 64-65.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 66.

¹⁴⁸ Interessante notar que, a despeito das críticas a que sofreu na época, a Constituição do Império estava alinhada ao que de mais novo havia a respeito de separação dos poderes, na medida em que consagrou um Poder Moderador (Chefia de Estado) e um Poder Executivo (Chefia de Governo).

¹⁴⁹ O primeiro doutrinador a defender a separação da chefia de governo foi Benjamin Constant, na sua obra *Refléxions sur les Constitutions et les Garanties avec une Esquisse de Constitution*. (apud SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *op. cit.* p. 74).

novo sistema partidário, em vias de massificação, se adaptasse a uma ideologia socioeconômica.¹⁵⁰

Pode-se definir, portanto, a função governamental como o campo das iniciativas que visam a realização ativa do bem comum específico da sociedade; vale dizer, das ações políticas que tocam os interesses conflitantes de setores, grupos e regiões em que se divide a comunidade, visando ordená-los ao bem comum.¹⁵¹

Entretanto, essa atividade de execução de políticas públicas fez com que Executivo e Legislativo se aproximassem, deixando de existir as tensões entre os dois poderes. O resultado disso foi que o eixo de confronto Executivo/Legislativo se transformou em Chefe de Governo e sua maioria parlamentar/oposição. Disso resultou na entrega de alto poder para essa função, desencadeando os regimes totalitários que se alastraram no século XX, ante a incapacidade da oposição de fazer frente à maioria.

Nesse contexto, o Judiciário assume nova atribuição de protetor dos ditames constitucionais e, ainda, de instrumento aberto ao indivíduo, ou às minorias, fazerem frente às decisões da maioria.

¹⁵⁰ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *op. cit.* p. 81.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 75.

3. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

3.1 Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – Duas questões preliminares.

3.1.1 Controle jurisdicional segundo as visões Substancialista e Procedimentalista

Um ponto que merece destaque quanto ao controle jurisdicional das políticas públicas é o relativo à divisão entre duas doutrinas – substancialistas e procedimentalistas – que, muito embora reconheçam o poder do judiciário como instituição estratégica às democracias contemporâneas, divergem a respeito do papel a ser desempenhado pelas modernas Constituições e, conseqüentemente, acerca da intervenção do Judiciário.¹⁵²

Para a corrente substancialista, por ser a Constituição uma norma diretiva fundamental, que orienta os poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização das promessas constitucionais, faz-se necessário um Poder Judiciário que abdique da concepção tradicional, típica do século XIX, acerca dos limites da função jurisdicional e eleve-se ao nível dos outros poderes, erigindo-se em um verdadeiro terceiro gigante, capaz de controlar o legislador e o administrador¹⁵³.

Desse modo, acreditam que a legitimidade do Judiciário para a realização desse controle advém da própria Constituição, não sendo nem maior e nem menor do que a conferida aos demais órgãos políticos.

O Judiciário desempenharia o papel de regulador da própria identidade cultural da República e, ao exercer a guarda da Constituição, assume uma dimensão normativo-consultiva dos compromissos pluralísticos nela pactuados, com a qual se relaciona: questões político-constitucionais como a defesa das minorias perante a maioria parlamento-governo; a primazia hierárquico-normativo da Constituição e do legislador constituinte perante a maioria do parlamento-governo; a prevalência do dogma tradicional da presunção

¹⁵² VIANNA, Luiz Werneck. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 23-38.

¹⁵³ CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1993, p. 47 (apud TRINDADE, André Karam. *Constituição Dirigente e Vinculação do Administrador: Breves considerações acerca do papel dos tribunais na concretização dos direitos sociais*. Revista jurídica da Faculdade de Direito (Faculdade Dom Bosco), v. 4, 2008, p. 47).

de constitucionalidade dos atos legislativos; e a legitimidade do desenvolvimento do próprio direito constitucional através da interpretação dada às normas da Constituição¹⁵⁴.

Os substancialistas entendem que o Judiciário precisa adquirir novo papel ante a função intervencionista do Estado e passar a ser o intérprete do justo na prática social. Se as políticas públicas ganharam mais relevância que a própria lei, o Judiciário necessita constituir-se em poder estratégico, capaz de assegurar que as políticas públicas garantam a democracia e os direitos fundamentais e não interesses hegemônicos específicos¹⁵⁵. Isso realça o dever constitucional, no sentido de que o magistrado deve assegurar a eficácia dos mecanismos que a própria constituição estabelece para a vivência de uma democracia participativa.¹⁵⁶

Sob a perspectiva procedimentalista, tendo em vista que a Constituição não pode possuir conteúdos substantivos, mas apenas assegurar os procedimentos de formação democrática da opinião e de vontade, o “monopólio do Judiciário em precisar o significado do texto constitucional, mediante o exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade de leis, equipara o Judiciário ao próprio poder constituinte.¹⁵⁷ Entende-se que o incremento do controle judicial prejudica o exercício da cidadania ativa, pois envolve uma postura paternalista.

Assim, o controle do Judiciário se cingiria apenas ao desrespeito aos procedimentos democráticos e a forma deliberativa de formação da vontade¹⁵⁸.

Conforme defendido durante o presente trabalho, nota-se que a posição adotada acompanha uma visão substancialista da Constituição, até por que, ante a circunstância de o Brasil nunca ter se empenhada em efetivamente cumprir com as promessas de reduzir as desigualdades, fazer justiça social e implementar os direitos fundamentais sociais, ainda se faz necessário manter o caráter social, dirigente, compromissário e vinculante

¹⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7º Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 681-682.

¹⁵⁵ SANTOS, Marília Lourido dos. *Políticas Públicas (econômicas) e controle*. Revista de Informação Legislativa, ano 40, n. 158, abr/jun, 2003, p. 272.

¹⁵⁶ TOMAZ, Carlos Alberto Simões. *Judicialização da política*. Revista de Informação Legislativa, ano 45, n. 177, jan/mar, 2008, p. 109.

¹⁵⁷ TRINDADE, André Karam. *op. cit.* p. 49.

¹⁵⁸ SANTOS, Marília Lourido dos. *op. cit.* p. 272.

da Constituição brasileira de 1988, atribuindo-se ao Judiciário a tarefa de efetivar os direitos fundamentais.

Entretanto, como bem observa Lenio Streck, o Brasil passa por um dilema, por um lado, apesar de ter abraçado a tese substancialista, o Judiciário não demonstra estar preparado para corresponder às expectativas criadas ante o advento do Estado Democrático de Direito; e, por outro lado, também não optou por uma tese procedimentalista, em face da democracia delegativa, no interior da qual o Executivo legisla através de constantes medidas provisórias.¹⁵⁹

Todavia, é importante lembrar que sustentar que o Judiciário goza de legitimidade para o controle da consecução dos fins do Estado não significa dizer que ele não se encontre limitado pela própria Constituição. Da mesma forma que o legislador e o administrador, o juiz se encontra vinculado à Constituição, de tal modo que a tarefa de concretizar o texto constitucional e de, conseqüentemente, efetivar as promessas da modernidade, não autoriza os juízes a agirem de modo discricionário.¹⁶⁰

3.1.2 *Necessidade de uma interpretação constitucional material-valorativa.*

O modelo de Constituição contemporânea, principalmente a de linha dirigente, contém, por sua natureza, muitos princípios e conceitos vagos, abstratos, de textura aberta, que constituem fórmulas valorativas, as quais não podem ser interpretadas adequadamente mediante métodos tradicionais da hermenêutica jurídica.¹⁶¹

É provável que o grande desafio para a efetivação do dirigismo constitucional seja ultrapassar a visão para com a interpretação constitucional de grande parte da magistratura, consistente no *formalismo jurídico*. Segundo Bobbio, a concepção formalista da interpretação jurídica dá absoluta prevalência às formas com base numa operação meramente lógica, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos da norma legislativa com prejuízo

¹⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica da direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 190.

¹⁶⁰ TRINDADE, André Karam. *op. cit.*, p. 53.

¹⁶¹ KRELL, Andreas J. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa, n. 144, out/dez, 1999, p. 249.

da finalidade perseguida por esta, da realidade social que se encontra por trás das formas e dos conflitos de interesse que se deve fundar.¹⁶²

Pode-se notar uma maneira extremamente formal de argumentação em grandes partes da doutrina e jurisprudência do Brasil, que se concentra quase exclusivamente em aspectos lógico-formais da interpretação jurídica e não permite a influência de pontos de vista valorativos, ligados à justiça material. O operador ainda não está acostumado a questionar o conteúdo material de normas legais ou atos administrativos.

Essa leitura do constitucionalismo revela uma atitude ideológica destinada à manutenção do *status quo*, frustrando a normatividade constitucional, haja vista a incapacidade dos operadores de se utilizarem do instrumental potencializado pela Constituição Federal¹⁶³.

A natureza político-social dessas normas impõe um método de interpretação específico. O moderno Estado Democrático de Direito requer uma magistratura preparada para realizar as exigências de um direito material ancorado em normas éticas e políticas, expressão de idéias para além das decorrentes do valor econômico. As expectativas de novos movimentos sociais de garantia dos direitos constitucionais aumentaram a visibilidade social e política do Poder Judiciário, que se transformou em um espaço de confronto e negociação de interesses¹⁶⁴.

Há necessidade de renovação da hermenêutica, de modo a propiciar o desenvolvimento de uma teoria da constituição compatível com o caráter dirigente da Constituição Federal de 1988, instrumentando a normatividade e a sua efetividade progressiva, de acordo com a evolução do contexto social, político e histórico da comunidade pátria, com o propósito de transformar o direito de obstáculo à móvel da transformação social, para que o ordenamento infraconstitucional e as políticas públicas sejam efetivamente conduzidas à transformação da realidade como tarefa.¹⁶⁵

¹⁶² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Compilação de Nello Moura. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 221.

¹⁶³ DANTAS, Miguel Calmon. *Op. cit.* p. 51-61.

¹⁶⁴ KRELL, Andreas J. *op. cit.* p. 250.

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* p. 30.

Nesse contexto, impõe-se que haja uma atividade de reconstrução dos paradigmas e postulados que permitam o desenvolvimento de uma teoria da constituição que enseje a análise acerca das condições e possibilidades normativas do dirigismo constitucional aplicadas ao contexto sócio-político e econômico brasileiro.

3.2 O Estado Democrático de Direito e a Legitimidade do Poder Judiciário no controle das políticas públicas.

Verificou-se em capítulos anteriores como o surgimento do Estado de Direito, juntamente com a doutrina liberal, consolidaram um processo de limitação do poder do Estado frente aos indivíduos, passando os detentores do poder a ter o seu arbítrio cerceado por princípios como o da legalidade, da liberdade e da igualdade formal.

A partir da Revolução Industrial, o Estado passa a intervir diretamente na sociedade, visando proteger o indivíduo não mais do poder político, mas do poder econômico. Isso em resposta às manifestações contrárias às atrocidades perpetradas durante o liberalismo (jornada de trabalho excessiva, condições de trabalho sub-humanas, etc), buscando a realização da dignidade da pessoa humana, o estabelecimento de uma igualdade material e a defesa de uma responsabilidade social.

Entretanto, o modelo adotado pelo Estado brasileiro difere dos dois modelos apresentados, na medida em que consagra o art. 1º da Constituição Federal que a “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito**” (Grifos nossos).

Cumprindo indagar então o conteúdo do que seria o Estado Democrático de Direito e de que forma a sua consagração interfere na consecução pelo Judiciário das transformações sociais almejadas pela Constituição.

Primeiramente, a idéia de Estado Democrático de Direito está ligada a dois fatores: (1) a limitação jurídica e legitimação do poder; e (2) a eficácia dos mecanismos garantidores dos direitos fundamentais, tanto individuais quanto sociais.¹⁶⁶

¹⁶⁶ TOMAZ, Carlos Alberto Simões. *op. cit.* p. 102.

Assim, a expressão Estado Democrático de Direito vai muito além do que a mera soma das duas fases anteriores, ele busca uma interpretação diferenciada do Direito, busca um espaço necessário para interpretações construtivistas, almeja legitimar o Estado ao assegurar à maioria da população que não participa da vida pública uma atuação ativa, no ideal de que a cidadania não se esgota na escolha dos candidatos, objetivando a garantia dos direitos fundamentais. Isto é, visa à implementação da chamada Democracia Participativa.

É interessante que, apesar de empregado a cerca de dois mil e quinhentos anos, o termo “democracia” é um dos que sobrevoa uma densa névoa enfrentada por filósofos, cientistas políticos e juristas, mas que jamais foi dissipada por completo.¹⁶⁷ A primeira forma de democracia, denominada direta, pode ser identificada na *Ágora* grega, espaço público em que se debatiam livremente os problemas da comunidade,¹⁶⁸ cujas soluções eram deliberadas pelo povo ali reunido. Descrevendo a *democracia direta* na Grécia clássica, menciona Paulo Bonavides:

(...) a cidadania inteira poderia ser congregada e auscultada na *ágora*, no recinto de uma praça pública, para deliberar *viva voce* sobre todos os assuntos de Governo; um Estado, enfim, onde, parodiando a célebre imagem de Lincoln sobre a democracia, todo cidadão vivia integralmente da *pólis*, para a *polis* e pela *pólis*.

O homem político da Grécia, por sua condição de homem livre, se desatara, por inteiro, dos laços profissionais de trabalho com que prover a própria subsistência. Cabia ao braço escravo naquela sociedade de privilégios executar todas as tarefas econômicas essenciais de produção. O ser livre, o cidadão, ao contrário do que ocorre em nosso tempo, ficava desse modo capacitado a consagrar cada hora, cada minuto, cada fração de sua vida às reflexões, meditações e análises do fenômeno político que lhe envolvia a existência e do qual, sem poder separar-se, pendia a segurança de sua liberdade.¹⁶⁹

É claro que a definição daquele tempo de povo, um dos elementos constitutivos da democracia, excluía diversos segmentos da sociedade de então do exercício de direitos políticos, tais como os escravos, as mulheres e os estrangeiros.

¹⁶⁷ MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. *Jurisdição constitucional exercida pelas cortes constitucionais: Sua importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito*. Revista de Informação Legislativa, ano 42, n.167, jul/set, 2005, p. 340.

¹⁶⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria política do direito: uma introdução política do direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 81.

¹⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7ª Ed, São Paulo: Malheiro, 2008, p. 498.

A necessidade de inserção dos mais variados setores da sociedade na definição de povo que se governa a partir do ideal democrático, bem como crescente complexidade dos Estados, cada vez mais extensos e populosos, fez com que a democracia direta¹⁷⁰ cedesse espaço para a *democracia representativa*.

Na democracia representativa, as decisões políticas – aqui entendidas como os atos que dão rumo ao Estado na solução dos problemas engendrados na sociedade, tendo em vista o convívio entre os seus membros – são tomadas não pelo povo, mas por seus representantes, por ele eleitos. Destacam-se, portanto, as eleições como uma das vigas com que se erige a democracia na atualidade, na medida em que franqueia a qualidade de povo a um maior número de pessoas – todos aqueles que exercitam o direito de voto, com o mesmo peso individual – e periodicamente são acendidos as discussões acerca dos rumos que o Estado deve seguir para o cumprimento de seus objetivos.¹⁷¹

Lembrando que, somado a isso, a teoria da constituição dirigente estabeleceu um critério não procedimental para se aferir a legitimidade da atividade estatal, através da imposição de realização de políticas públicas que visem à concretização de determinados fins.

Todavia, a democracia representativa se viu em meio a uma crise na medida em que (1) restringiu-se a participação política do cidadão ao voto, cada vez mais corriqueiro e, conseqüentemente, cada vez menos valioso, em prejuízo de um desenvolvimento do indivíduo no espaço público; (2) os governantes eleitos muitas vezes não se sentem vinculados aos programas de seu partido anunciados quando da fase eleitoral, deixando muitos grupos que os elegeram abandonados logo após a eleição; (3) a consagração da vontade da maioria põe em risco a própria liberdade da minoria, atingindo um dos pressupostos democráticos: a igualdade entre os eleitores; e (4) a identificação democrática com o processo eletivo de seus governantes acabou questionando a legitimidade de todos os órgãos estatais cuja composição não houvesse sido produto das urnas para atuar no sistema político¹⁷².

¹⁷⁰ Para Rousseau, a única forma de se verdadeiramente expressar a vontade geral era através da democracia exercida diretamente pelo povo.

¹⁷¹ MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. *op. cit.* p. 340.

¹⁷² *Ibidem*, p. 341.

Por tudo isso, a celebração das eleições como o único momento de realização da democracia vem reclamando a companhia de um contínuo vigiar e uma incessante mobilização dos governados, culminando com a chamada *democracia participativa*, onde são preservados os traços gerais do regime representativo, mas é conferido ao povo o poder de intervir diretamente na elaboração de leis e em outros momentos decisivos do funcionamento do Estado¹⁷³. A cidadania não se esgotaria na escolha dos candidatos.

Desse modo, não há de se questionar a importância que representa o sufrágio para o desenvolvimento democrático de qualquer nação, mas seria simplificar em demasia pensar que a democracia se restringe a esse princípio, ou dele não logra se separar, quando há outros instrumentos que também asseguram as feições democráticas ao Estado.¹⁷⁴

O Estado Democrático de Direito tem como fundamento a inclusão política, por isso deve suprir a carência de legitimação democrática com novos métodos de controle político, como os que ensejam a participação efetiva do povo através de mecanismos de democracia participativa.

É nessa linha que desperta o Judiciário com feições diferentes das que usualmente possui. No Estado Democrático de Direito, onde a democracia participativa é exaltada, visa-se instaurar um diálogo entre governantes e governados. Assim, sendo a natureza do processo judicial altamente participativa, vem se destacando o Judiciário como uma das instituições que possibilitam o desenvolvimento desse diálogo com o fito de melhor definir os rumos do Estado e mesmo de suas políticas públicas.¹⁷⁵

É por isso que Calmon de Passos vê, no que define como *devido processo constitucional jurisdicional*, um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir, culminando com um fator de fortalecimento da democracia.¹⁷⁶

¹⁷³ MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. *op. cit.* p. 341.

¹⁷⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *op. cit.* p. 74.

¹⁷⁵ CAPELLETI, Mauro. *Repudiando Montesquieu?: a expansão e a legitimidade da "justiça constitucional"*. Trad. Fernando Sá. Revista Forense, v. 366, mar/abr, 2003, p. 146.

¹⁷⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 69.

Desse modo, enquanto o fator de legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo advém, formalmente, do sufrágio universal e, materialmente, dos fins a que estão suas atividades vinculadas em decorrência do dirigismo constitucional, isto é, através da implementação de políticas públicas; o Poder Judiciário, na medida em que possibilita uma abertura dialógica maior, legitima-se ao conferir o campo propício à formação das preferências através do debate.

[...] diferentemente dos demais poderes públicos, o Judiciário apresenta uma notável particularidade. Embora seja ele, por definição, a principal garantia do respeito integral aos direitos humanos, na generalidade dos países os magistrados, salvo raras exceções, não são escolhidos por voto popular.¹⁷⁷

O Estado Democrático de Direito é um modelo civilizatório, visto que ultrapassa as formulações anteriores e impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo de transformação da realidade através do direito, que passa a ser um instrumento de ação concreta do povo.¹⁷⁸

Portanto, a judicialização das políticas públicas encontra seu fundamento no primado da supremacia da Constituição, tida como lei fundamental. Nessa ordem de idéias, o Judiciário não invade o âmbito do Executivo, apenas aplica a Constituição, esta sim superior a todos os poderes estatais, por serem poderes constituídos. Ou seja, o Judiciário apenas exerce sua função, aplica a norma (constitucional).¹⁷⁹

O Poder Judiciário é guindado a um *locus* perante os demais poderes, transcendendo a clássica separação dos poderes,¹⁸⁰ até porque, conforme mencionado no capítulo anterior, a partir do Estado Social aparece um novo poder estatal, responsável pela consecução dos fins impostos pela Constituição através da realização de políticas públicas: a função governamental. Essa função – exercida em conjunto pelo Executivo e pelo Legislativo, na forma do presidente e sua maioria congressual – ameniza a separação existente entre Executivo e Legislativo, na medida em que o eixo de tensão passa a ser maioria parlamentar e oposição, exigindo uma nova configuração do Judiciário.

¹⁷⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no Regime Democrático*. Estudos Avançados, v. 18, n. 51, mai/ago, 2004, p. 151.

¹⁷⁸ TRINDADE, André Karam. *op. cit.* p. 43.

¹⁷⁹ SANTOS, Marília Lourido dos. *op. cit.* p. 272.

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 43-45.

Isso por que, conforme visto, o Estado Social exigiu uma maior rapidez nas tomadas de decisão, não se podendo esperar pelos processos legislativos normais. Tudo exigia celeridade. Uma decisão não tomada a tempo poderia acarretar sérios prejuízos. Assim, o Executivo atraiu para si grande parte das funções tipicamente legislativas, aproximando os dois poderes.¹⁸¹

O Governo, então, provém desses dois poderes tradicionais: o Executivo e o Legislativo. Isso se dá tanto no parlamentarismo, mais visivelmente, quanto no presidencialismo; compreendendo o Governo, portanto, o Executivo (Primeiro-Ministro ou Presidente) e maioria congressual.¹⁸²

A separação dos poderes, como visto anteriormente, adéqua-se ao contexto social no Estado em que é prevista. Na França de Montesquieu serve para acomodar as classes sociais, na América dos *founding fathers* serviu como expediente para a criação dos *checks and balances* e, atualmente, transformou-se em um mecanismo estatal de limitação do poder e efetivação dos fins do Estado consagrados na Constituição.

Isso implica em uma flexibilização do dogma da separação dos poderes, o Judiciário deve se expandir e representar não apenas o mecanismo de defesa do cidadão contra o uso arbitrário do poder por parte do Estado, mas também para exigir sua atuação prospectiva. Conforme leciona Werneck Vianna:

A Carta afirmou a herança e as instituições do liberalismo político – igualmente com raízes seguras ente nós –, recortando com nitidez os direitos civis da cidadania e estabelecendo a configuração de uma plena democracia política, com a criação de mecanismos necessários a uma gestão pública orientada para a eficiência. Sob essa orientação, o constituinte previu duas formas de representação, a do voto e a funcional, e duas formas de participação, a representativa, que assenta no princípio eleitoral, e a direta, que compreende a iniciativa popular, o referendo, o plebiscito a ação popular, entre outros dispositivos, mas que, salvo no caso deste último, ainda são puramente retórica.¹⁸³

A Constituição institui vários mecanismos processuais – tal qual o mandado de injunção – no sentido de buscar dar eficácia a seus princípios, sendo que essa tarefa é de

¹⁸¹ TOMAZ, Carlos Alberto Simões. *op. cit.* p. 104.

¹⁸² PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 213.

¹⁸³ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. *Entre Princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública*. Revista de Ciências Sociais, v. 48, n. 4, 2005, p.778-779.

responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa, que depende da atuação do Poder Judiciário, mas, sobretudo, de um nível de pressão e mobilização política que se exerça sobre os tribunais.¹⁸⁴

Nesse sentido:

O modelo da Constituição é o democrático-comunitário, no qual o judiciário tem o papel de formular, segundo determinados procedimentos de que participa a comunidade de intérpretes, os valores compartilhados, bem como o de servir de canal de expressão para grupos que demandem a promoção dos objetivos comuns expressos pelos direitos fundamentais.¹⁸⁵

Se o Estado Liberal tem como protagonista o Poder Legislativo, em face da institucionalização do triunfo da burguesia; e o Estado Social exige a intervenção do poder Executivo, em razão da necessidade de realização de políticas públicas; é necessário reconhecer que o Estado Democrático de Direito deposita no Poder Judiciário os mecanismos capazes de assegurar as promessas incorporadas pelos novos textos constitucionais.¹⁸⁶

O Judiciário, assim, não substituiu a atuação do Governo, mas preenche um vazio, que, nas sociedades de massa com intensa mobilização social (como a brasileira), poderia vir a conceder consistência democrática ao excedente de soberania popular que escapa à expressão do sufrágio.¹⁸⁷ Ademais, a ineficácia das instituições majoritárias, isto é, a incapacidade dos Poderes Executivo e Legislativo de atender as necessidades da população gera uma expectativa redentora em relação ao Poder Judiciário.

Nas lições de Lenio Streck: “as inércias do Executivo e a falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos

¹⁸⁴ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In VIANNA, Luiz Weneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2001, p. 39 apud STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica da direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 195.

¹⁸⁵ VIANNA, Luiz Weneck. et al. *Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 130.

¹⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 43-45.

¹⁸⁷ VIANNA, Luiz Weneck. et al. *Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 258.

mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.”¹⁸⁸

Nesse sentido, a legitimidade do Poder Judiciário é fruto dessa nova arquitetura. Partindo da premissa que o Estado é um instrumento de efetivação dos ditames constitucionais, a justiciabilidade da função governamental e, em decorrência, das políticas públicas, busca apenas garantir a implementação de direitos fundamentais; sua legitimidade, assim, decorre do próprio princípio democrático, assegurado, ante a previsão contida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que garante o princípio da inafastabilidade do Judiciário, pelo próprio texto constitucional, que cria o fecho necessário à separação dos poderes no Estado brasileiro.

¹⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 55.

CONCLUSÃO

O fator de legitimidade do Poder Judiciário para o controle das políticas públicas advém da nova conformação da separação dos poderes no Estado Democrático de Direito, na medida em que se consagra uma *democracia participativa*, onde, ao lado dos procedimentos tradicionais de eleição dos poderes constituídos, o Poder Judiciário se transmuta em instrumento à disposição do indivíduo para a persecução dos fins constitucionalmente garantidos.

O princípio da separação dos poderes não é mecanismo estanque, cujas estruturas são universais independentemente da sociedade em que está consagrado, mas volúvel ante as necessidades de cada Estado. Percebe-se que não mais comporta o modelo elaborado originalmente por Montesquieu, a clássica tripartição dos poderes está superada, não mais atende à atual realidade social.

O Estado deixa de ser mero garantidor da propriedade, o liberalismo não resiste aos movimentos sindicais, o papel de agente garantidor do Estado sucumbe frente ao seu papel de prestador de serviços públicos. Inicia-se uma fase de intervencionismo do Estado, que passa a atuar em todos os segmentos da sociedade, com o fim de reduzir as desigualdades sociais e assegurar a igualdade material.

As políticas públicas são vistas como um meio de persecução dos direitos sociais. A legitimidade do Estado passa a depender da consecução dessas políticas. Volta-se todo o aparelho estatal para a sua realização.

Nesse contexto, ressalta-se uma quarta função do Estado, que, visando atender às pressões populares advindas da Revolução Industrial, exige uma conjugação entre Executivo e Legislativo, para a realização das políticas públicas e implementação dos direitos sociais. As tensões entre Executivo e Legislativo míngam, o eixo de disputas do Estado passa a ser a maioria parlamentar e oposição, isto é, ressalta-se a Função Governamental resultante da junção do Chefe de Estado e sua maioria parlamentar.

O aumento desmedido do Executivo leva a uma crise das instituições democráticas, abrindo espaço para o aparecimento dos Estados totalitários, que, a pretexto de

realização dos direitos sociais, transforma a máquina estatal em instrumento de opressão. O Judiciário resta inerte nessa situação.

Desse modo, ante a proximidade do Executivo e do Legislativo, o Judiciário tem suas funções alteradas, passa a não só resolver os conflitos de interesses, mas proteger a constituição e os fins que ela elencou. A interpretação do direito deixa de ser passiva, para uma verdadeira atividade de valoração das normas constitucionais.

Todavia, o Estado não é capaz de atender a todas as demandas sociais. Com o fito de transformação da realidade, os direitos sociais alcançam patamar constitucional, elevam-se ao status de direitos fundamentais, mas ainda assim não conseguem ser efetivados na sociedade. A tese da Constituição dirigente busca uma resolução do problema, através da vinculação do legislador e do administrador à produção das políticas públicas previstas constitucionalmente.

Ademais, a democracia representativa cede lugar a uma democracia participativa, que exige a abertura de espaço aos governados para a atuação da vida política. A Constituição, assim, assegura ao Judiciário instrumentos capazes de socorrer o indivíduo e às minorias quando excluídos da esfera de manifestação política.

Desse modo, a Constituição passa a legitimar o Poder Judiciário como espaço aberto à sociedade, permitindo-o controlar a esfera política, mediante a guarda da constituição e a exigir a satisfação dos direitos fundamentais consagrados através da realização de políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In. WEFFORT, Francisco Correa (Org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, v. 142, abr/jun, 1999.

_____. *Constituição e política: uma relação difícil*. Revista de Cultura e Política. São Paulo: CEDEC, n. 61, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Compilação de Nello Moura. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7º Ed, São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 34, n. 133, jan/mar, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7º Ed, Coimbra: Almeida, 2003,

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *“Brançosos” e interconstitucionalistas: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. Videoconferência. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14.

_____. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/jun, 1998.

CAPELLETI, Mauro. *Repudiando Montesquieu?: a expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”*. Trad. Fernando Sá. Revista Forense, v. 366, mar/abr, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o Desenvolvimento: A Perspectiva Institucional. In COMPARATO, Fábio Konder. *Para Viver a Democracia*, São Paulo: Brasiliense, 1989.

_____. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas*. Revista de Informação Legislativa, n. 138, abr/jun, 1998.

_____. *O Poder Judiciário no Regime Democrático*. Estudos Avançados, v. 18, n. 51, mai/ago, 2004.

DANTAS, Miguel Calmon. *Ode ou réquiem pela constituição dirigente?* Revista do Curso de Direito da UNIFACS, Porto Alegre, v. 5, 2005.

_____. *O Dirigismo Constitucional sobre as políticas públicas*. Disponível em www.conpedi.org.br. Acesso em: 03/10/2010.

DÍAZ, Elias. *Estado de direito e sociedade democrática*. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1972.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5º Ed, São Paulo: Saraiva, 2002.

GARCIA, Emerson. *Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais*. Belo Horizonte: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 10, jan/jun, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria política do direito: uma introdução política do direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 14º Ed, São Paulo: Malheiros, 2010.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. trad. Heitor de Almeida Hertera. Brasília: UNB, 1984.

KRELL, Andreas J. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa, n. 144, out/dez, 1999.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5. Ed, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

LEAL, Roger Stiefelmann. Pluralismo, políticas públicas e a Constituição de 1988: considerações sobre a práxis constitucional 20 anos depois. In MORAES, Alexandre de. (Org) *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do processo*. 3º Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. *Jurisdição constitucional exercida pelas cortes constitucionais: Sua importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito*. Revista de Informação Legislativa, ano 42, n.167, jul/set, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22º Ed, São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4º Ed, São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède Et de. *O espírito das leis*. trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Marins Rodrigues, Brasília: UNB, 1995.

OLIVEIRA, Fábio de. *A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do doutor Gomes Canotilho*. In Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 28, 2005.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 1989.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991.

SANTOS, Marília dos Santos. *Políticas públicas (econômicas) e controle*. Revista de Informação Legislativa, ano 40, n. 158, abr/jun, 2003.

SILVA, João Fernando Vieira da. *O resgate da idéia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio*. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 25/09/2010.

SINGER, André. *Rousseau e o federalista: pontos de aproximação*. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n 51, set/dez, 2000.

SORTO, Fredys Orlando. O federalista e a Constituição dos Estados Unidos. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v.1, n.82, jan/jan, 1996.

SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder: Uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e concretização da Constituição*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica da direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6º Ed, São Paulo: Saraiva, 2008.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões. *Judicialização da política*. Revista de Informação Legislativa, ano 45, n. 177, jan/mar, 2008.

TRINDADE, André Karam. *Constituição Dirigente e Vinculação do Administrador: Breves considerações acerca do papel dos tribunais na concretização dos direitos sociais*. Revista Jurídica da Faculdade de Direito (Faculdade Dom Bosco), v. 4, 2008.

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

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. *Entre Princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública*. Revista de Ciências Sociais, v. 48, n. 4, 2005.