



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**

DIREITO

MARCO AURÉLIO ROMAGNOLI TAVARES

**DIREITOS FUNDAMENTAIS: ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS
PÚBLICAS**

**Jacarezinho – Paraná
2010**

MARCO AURÉLIO ROMAGNOLI TAVARES

**DIREITOS FUNDAMENTAIS: ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS
PÚBLICAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica (Mestrado), Setor de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Orientador: Prof.^o Doutor Gelson Amaro de Souza.

**Jacarezinho – Paraná
2010**

MARCO AURÉLIO ROMAGNOLI TAVARES

**DIREITOS FUNDAMENTAIS: ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS
PÚBLICAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica (Mestrado), Setor de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Aprovada por:

Prof.º Doutor Gelson Amaro de Souza
(Orientador).

Prof.º Doutor Reinerio Antonio Lérias

Prof.º Doutor Clayton Maranhão

Jacarezinho, 13 de dezembro de 2010

Este texto é dedicado a três mulheres: à minha mãe, Francisca que me deu a vida, à minha esposa Daniela que lhe deu sentido e à minha filha Rosa, que a transformou.

“Quem dá às Constituições realidade, não é, nem a inteligência, que as concebe, nem o pergaminho, que as estampa: é a magistratura, que as defende.”

Rui Barbosa

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Direitos Fundamentais: Ativismo Judicial e Políticas Públicas**. 2010. 170 p.. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica (Mestrado), Área de concentração em Direito do Estado, Setor de Ciências Sociais Aplicadas. Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho - PR

RESUMO

Esta dissertação consolida uma investigação voltada a compreender como, na nova realidade social e econômica mundial, o sistema de repartição do poder do Estado, nas vertentes consubstanciadas pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, responderá satisfatoriamente ao socialmente esperado, deixando de gerar incapacidades ao atendimento de crises e responder satisfatoriamente ao anseio dos cidadãos das quais resultam desequilíbrios nas forças que atuam dentro do próprio Estado democrático de direito. Desde o seu estabelecimento como padrão o sistema tripartite funciona mal ou inadequadamente, muito em razão da exarcebada prevalência de um dos poderes sobre o outro. Encontrar outras formas de enxergar essa divisão de forças bem como identificar novas relações fáticas de poderes é o desafio da contemporaneidade para os intérpretes do direito. Fazer com que essas novas formas de relações gerem benefícios reais ao cidadão desta nova forma de Estado deve ser o propósito da interpretação constitucional.

Palavras-Chave: Separação de poderes; Crise de equilíbrio; Predomínio de poderes; Papel do poder judiciário; Novas relações sociais de poder.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Direitos Fundamentais: Ativismo Judicial e Políticas Públicas**. 2010. 170 p.. Thesis presented to master's degree in Legal Science Program, State Law concentration Área, Applied Social Sciences Department. Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho – PR.

ABSTRACT

Facing the new world economic e social reality, the separation of powers system embodied in Executive, Legislative and Judiciary branches cannot answer satisfactory anymore to the social expectative, causing incapacity of government crisis management and failure of attending the people aspiration, resulting in instability between acting powers inside democratic state of law. Since its establishment as a model the separation o powers system presents malfunction or vices in very reason because of prevalence of one power over another. Find other forms of seeing this power division, as well identify new actual powers relations is the contemporary challenge for law interpreters. What to do for these moderns kinds of relations results in real benefits for state citizens must to be the purpose of constitutional interpretation.

Keywords: Separation of powers; Balances crisis; Preponderance of powers. Judiciary branch role; New social power relations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
.....	
CAPÍTULO I – O SURGIMENTO DO ESTADO E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	14
.....	
1 BREVE RELATO HISTÓRICO.....	14
1.1 O Liberalismo Clássico.....	17
1.1.1 Fundamentos Políticos.....	17
1.1.2 Fundamentos Econômicos.....	19
1.1.3 Liberalismo e Utilitarismo.....	22
1.2 O Aparecimento do Estado Liberal.....	23
1.2.1 Liberalismo e Democracia.....	23
1.2.2 Eleições Periódicas.....	25
1.2.3 O Surgimento dos Direitos Individuais.....	25
1.3 A Formação do Estado Garantidor de Direitos.....	27
1.3.1 O Liberalismo no Século XIX.....	27
1.3.2 Os Problemas da Economia de Livre Mercado.....	28
1.3.3 O Programa Liberal	29

	Moderno.....	
1.3.3.1	Intervenção limitada no mercado de livre comércio.....	30
1.3.3.2	Maior igualdade de rendas e distribuição de riquezas.....	31
1.4	Direitos Sociais Constitucionais.....	31
1.4.1	A Primeira Guerra Mundial e a Grande Depressão.....	31
1.4.2	O Liberalismo Pós-guerra dos Anos 60.....	33
1.4.3	O Liberalismo Contemporâneo ou Neoliberalismo.....	34
1.4.3.1	O renascimento do liberalismo clássico.....	34
1.4.3.2	Direitos civis e questões sociais.....	36
1.5	O Reconhecimento de Direitos Fundamentais como Normas Cogentes.....	37
1.6	Relações de Poder do Estado Pós-moderno.....	40
	CAPÍTULO II - AS INSTITUIÇÕES FUNDAMENTAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	46
2.	O Estado Administrador.....	47
2.1	O Estado Legislador.....	48
2.2	O Estado Julgador.....	50
3	O DOGMA DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES.....	54
3.1	Premissas Constitucionais de Democracia.....	54
3.2	Distribuição de Forças no Estado.....	56
3.3	As Diferentes Funções das Forças Atuantes no Interior Estado.....	59
3.3.1	A Forma Tripartite de Divisão de Poderes no Estado Moderno.....	59
3.3.2	Origem e Predomínio entre Poderes.....	67
3.4	O Descumprimento Ontológico de Preceitos Constitucionais.....	71
4	O NOVO PARADIGMA: REVISÃO DAS DELIMITAÇÕES DE PODER DO ESTADO.....	77
4.1	A Crise das Instituições.....	77

4.2	Distanciamento entre Direito e Realidade Social.....	79
4.3	Novas Relações de Poder.....	83
4.4	O Descumprimento de Preceitos Fundamentais Constitucionais pelo Estado.....	89
	CAPÍTULO III - O ATIVISMO	94
	JUDICIAL.....	
1	A JURISDIÇÃO SOCIOPOLÍTICA.....	94
1.1	A Formação do Ativismo no Poder Judiciário.....	94
1.2	O Engajamento Social da Instituição Judiciária.....	97
1.3	Formas, Limites e Conseqüências do Ativismo Judicial.....	100
1.4	A Politização Judiciária e a Busca pela Adequação do Direito à Realidade Social.....	105
2	O PODER JUDICIÁRIO CONTEMPORÂNEO.....	108
2.1	O Papel do Magistrado no Estado Neoliberal Pós-moderno.....	108
2.2	O Orçamento Público e os Direitos Sociais.....	112
2.3	O Estado Mínimo e a Interferência Social do Magistrado.....	115
2.4	O Magistrado Social.....	118
2.5	Justiça, Democracia e a Realização de Direitos.....	122
	CAPÍTULO IV - INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	127
	A CONCESSÃO, LEGITIMAÇÃO E RESTRIÇÃO DO PODER EM CAUSAS	
1	COLETIVAS.....	127
1.1 Conceito de Ações Coletivas Instrumentárias.....	127
1.2	Ação Civil Pública: Formas e Limites.....	130
1.3	A Coisa Julgada na Ação Civil Pública como Limitadora dos Direitos Fundamentais.....	134
1.4	O Ministério Público como <i>Ideological</i>	14

	<i>Plantiff</i>	0
1.5	A Representação Instrumentária Ideal de Direitos.....	14 3
2	SOBERANIA E CONSTITUIÇÃO	14 5
	..	
2.1	Novas Formas de Interpretação e o Papel do Judiciário na Garantia do Mínimo Vital Constitucional.....	14 5
2.2	A Realidade Econômica como Codificadora do Reconhecimento de Direitos Fundamentais.....	15 3
	
	CONCLUSÃO	15 9
	
	REFERÊNCIAS	16 2
	
	ANEXO	16 7
	
	ANEXO 1	16 8
	

INTRODUÇÃO

Em seu livro de ficção publicado no ano de 1995, o escritor português José Saramago aborda a emergência de uma inédita praga que traz consigo, de forma inexplicável, uma repentina cegueira a toda a população de uma região não identificada, mal este incurável.

Tal "cegueira branca" — assim nominada, pois as pessoas infectadas percebem em seus olhos nada mais que uma superfície leitosa — manifesta-se primeiramente em um homem dirigindo seu carro, em pleno trânsito, e, lentamente, espalha-se pela cidade e pelo país. Aos poucos, todos acabam cegos e reduzidos, pela obscuridade, a meros seres condicionados a viver apenas por seus instintos.

À medida que os infectados pela epidemia são colocados em quarentena, em condições desumanas e os serviços estatais começam a falhar, a trama segue para a personagem mulher de um médico, a única não infectada pela doença que cega todos os outros.

O texto mostra o desmoronar completo de uma sociedade que, em virtude da cegueira, perde tudo aquilo que considera como civilização e, tal como em *A Peste*, de Albert Camus, mais que comentar as facetas básicas da natureza humana à medida que elas emergem numa crise de epidemia, *Ensaio sobre a cegueira* expõe a profunda humanidade dos que são obrigados a confiar uns nos outros quando os seus sentidos físicos os deixam. O brilho branco da cegueira ilumina as percepções das personagens principais e a história torna-se não só um registro da sobrevivência física das multidões cegas, mas também das suas vidas espirituais e da dignidade que tentam manter. “Mais do que olhar, importa reparar no outro. Só dessa forma o homem se humaniza novamente”.¹

O livro de Saramago guarda em sua essência a análise do paradigma vital para o Estado democrático de direito atual, na

¹ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ensaio_sobre_a_Cegueira>. Acesso em: 11/08/2008.

medida em que se pode traçar um paralelo com a realidade sóciojurídica brasileira, na qual a sociedade civil organizada cobra, cada vez mais, do Poder Judiciário atuações que modifiquem a realidade dos fatos e não que apenas se fundamentem em legislações ilegítimas, já que as práticas legislativas deixaram de representar a vontade da maioria dos cidadãos.

Na prática, contudo, há predominância de teorias jurídicas e sociopolíticas que, ao buscarem fundamentos no neopositivismo, neoliberalismo e nas teorias do constitucionalismo formal, visam, sobretudo, manter o *status quo*, não levando em conta o custo social a ser pago pela ausência de mudanças de paradigmas.

As cobranças por um endurecimento legislativo e de uma atuação judiciária mais rígida na esfera penal é apenas uma faceta de algo mais profundo e não discutido que afeta a sociedade contemporânea como um todo, ou seja, do fracasso do *pacto social* idealizado por Rousseau, que leva uma gama de excluídos da prestação de serviços estatais, desrespeitados em seus direitos mais básicos, a cobrar caro por algo de que nunca fizeram parte.

Daí a explicação para casos extremos de banditismo e violência como muitos ocorridos recentemente, para os quais a legislação penal não tem solução, já que em sua origem não foi e, como se apresenta, também nunca será, formulada para solucionar qualquer problema de origem social, já que lida apenas com as consequências da falência do Estado.

Quando se fala em jurisdição ativa, ou seja, na interferência direta do Estado-juiz em outro poder da República, aparecem imediatamente os alarmistas interessados de plantão, alegando quebra de separação de poderes, ingerência, e até a formação de um Estado judicial que levaria à dispensa do administrador de suas funções.

O intuito do presente texto é o de, embora de forma resumida, traçar as primeiras linhas que desconstituem as teses defensoras de uma espécie de atuação judicial que, pela própria

natureza, traz o isolamento do cargo em sua área de atuação, cujas decisões restrinjam-se às partes diretamente envolvidas, sem interferência alguma na atuação do Executivo e do Legislativo, sob pena de desobedecer ao preceito geral da independência dos poderes e, especificamente, infringir o conceito de ato administrativo discricionário, revestido dos critérios de conveniência e oportunidade.

Contudo é facilmente verificável por aqueles que reparam — além do mero ato de enxergar, que esta atuação formalista defendida em nada lembra os preceitos contemplados na Constituição Federal, que previu, além da operacionalização imediata, os instrumentos jurídicos necessários para justamente obrigar Legislativo e Executivo a cumprirem os seus preceitos.

O conceito formal de norma constitucional de preceito programático encontra-se superado pelo neoconstitucionalismo² e pelo neoprocessualismo, que buscam, em suas essências, a efetivação dos direitos sociais neste momento e não em algum momento futuro no tempo.

De igual forma não resiste mais a argumentação simplista de que o princípio da aplicabilidade imediata restringe-se aos incisos do art. 5º da Constituição Federal, pois a interpretação do mencionado artigo não pode ser realizada de forma literal, inclusive topograficamente, a fim de se limitar seu âmbito de aplicação em qualquer das espécies de direitos fundamentais, assinalados pela Magna Carta.

A exclusão social atual é alarmante, não somente a econômica, mas de forma mais grave apresenta-se a exclusão

² O neoconstitucionalismo exige dos operadores jurídicos cada vez mais a elaboração de juízos de adequação e juízos de justificação com natureza ética ao lado das técnicas estritamente subsuntivo-jurídicas. Denunciando o equívoco da tese da discricionariedade judicial própria do positivismo jurídico clássico (é dizer, no sentido forte), a tese neoconstitucionalista do judicialismo ético-jurídico propugna que a dimensão da justiça pretendida pela aplicação judicial comporta com a conjunção de elementos éticos aos elementos estritamente jurídicos, confluindo, portanto, à fixação da tese da conexão entre direito e moral. DUARTE, Écio O. R. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006, p. 67.

cultural que leva indivíduos a se bestificarem, despossuídos que são de quaisquer condições de produzir em favor da sociedade ou de si mesmos. Encontram-se alijados de qualquer preceito constitucional garantista, presos em suas bolhas de ignorância, facilmente maleáveis e domináveis, engajados somente no círculo vicioso da sobrevivência a qualquer custo, sem direito à felicidade, passando simplesmente pela existência como números em estatísticas.

A degradação do ser humano, provocada pela hipotética doença criada por Saramago naquela sociedade, é a que se vive hoje, com os abastados aprisionados em casulos fortificados, confundindo segurança com Estado policial, pouco lhes importando a desgraça alheia e o futuro da sociedade em que seus filhos crescerão, vivendo cotidianamente a total ausência de fraternidade.

É função constitucional de o Juiz ser sensível às ceulemas sociais e, dentro de uma esfera de poder constitucionalmente embasado e socialmente legitimado, interferir em decisões legislativas e administrativas sempre que necessário para corrigir omissões e distorções.

Buscar a origem do fundamento constitucional e aplicar teorias alheias ao direito da melhor forma para se atingir juridicamente a efetividade dos direitos e garantias fundamentais é o cerne deste trabalho. Ainda pinçar e eleger as melhores formas e instrumentos jurídicos para alcançá-la, passando pelo ativismo da magistratura - seu objetivo. Em suma, busca o presente texto demonstrar que a interatividade entre as ciências jurídicas, sociais e políticas, nas decisões judiciais, é indispensável para o atendimento das necessidades atuais dos cidadãos, protegidos pela égide da Constituição Federal.

CAPÍTULO I – O SURGIMENTO DO ESTADO E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

1 BREVE RELATO HISTÓRICO

Dentro de uma perspectiva histórica que evolui dos direitos naturais do homem aos direitos fundamentais constitucionais modernos e suas dimensões, resta evidente o vínculo umbilical do surgimento dessas espécies de direitos e a formação do Estado liberal.

Nos dizeres de Sarlet ³:

uma abordagem histórica pressupõe, num primeiro momento, que se ressalte onde, por que e como nasceram os direitos fundamentais, matéria que ainda hoje suscita

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 37.

controvérsias. Cuida-se, nesta etapa, de destacar alguns momentos, concepções doutrinárias e formas jurídicas que antecederam e influenciaram o reconhecimento, em nível de direito constitucional positivo dos direitos fundamentais no final do século XVIII. Somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas 'gerações' (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que umbilicalmente vinculada às transformações geradas pelo reconhecimento das novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático [material] de Direito), bem como pelas mutações decorrentes do processo de industrialização e seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico, pelo processo de descolonização e tantos outros fatores direta ou indiretamente relevantes neste contexto e que poderiam ser considerados. Assim, fica desde já subentendida a idéia de que a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais é justamente aquela que marcou o reconhecimento de seu *status* constitucional material e formal. Sintetizando o devir histórico dos direitos fundamentais até o seu reconhecimento nas primeiras constituições escritas, K. Stern, conhecido mestre de Colônia, destaca três etapas: a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; uma fase intermediária, que corresponde ao período da elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

Por essência, liberalismo é a doutrina política que considera o abuso de poder e a liberdade do indivíduo como os problemas centrais de um Estado. Para os que se denominam liberais o poder e a riqueza são os principais elementos desse abuso. Também se inclui na relação qualquer grupo social e político que tenha a intenção e a inclinação para agir opressivamente.

Historicamente o liberalismo representou dois significados, tendo a doutrina que teve origem no século XVI como uma reação defensiva aos horrores das guerras religiosas, se dividido em duas correntes. A primeira restringiu-se à doutrina política que enfatiza a importância da limitação do Estado e a segunda enfatizou uma filosofia de vida que prega a autonomia individual, a imaginação pessoal e o autodesenvolvimento. E mais, o liberalismo representou coisas diferentes para Americanos e Europeus. Nos Estados Unidos, a doutrina é associada às políticas do Estado do bem estar social, que teve sua marca com o programa *New Deal*, idealizado pelo presidente

democrata Franklin D. Roosevelt, enquanto, na Europa, os liberais possuem uma visão política e econômica comumente conservadora.

O liberalismo deriva de dois fatores da cultura ocidental que estão relacionados. O primeiro é a preocupação do ocidente com a individualidade em contraponto à importância que outras civilizações atribuem ao status, castas e tradição. Por boa parte da história verifica-se que o indivíduo sempre esteve vinculado ao seu clã, tribo, nação ou reino. O liberalismo é considerado o ápice do desenvolvimento das doutrinas sociais ocidentais que deram um sentido de importância à individualidade humana, promovendo uma libertação do indivíduo da subserviência completa a um grupo e um relaxamento no apertado nó do costume, da lei e da autoridade. A emancipação do indivíduo pode ser entendida como a conquista singular da cultura ocidental e talvez como sua própria identidade.

O liberalismo também é resultado da chamada “prática do confronto”, exercida na vida política e econômica européia, um processo em que a competição institucionalizada, como a competição entre partidos políticos diferentes durante uma eleição, entre acusação e defesa em um julgamento, ou entre diferentes fabricantes em uma economia de livre mercado, é usada para a geração de uma ordem social dinâmica.

Outros sistemas políticos surgidos não demonstraram melhores resultados sociais, entretanto foi preciso um longo período de tempo para que a crença na prática da contestação superasse a visão tradicional, defendida desde Platão, de que o Estado deveria ser uma estrutura orgânica, na qual classes sociais distintas cooperassem entre si, exercendo papéis diferentes, mas complementares.

A crença de que a competição é parte essencial do sistema político e de que é essência de um bom governo a existência de uma oposição vigorosa ainda era considerado um pensamento estranho na maior parte dos países europeus no início do século XIX.

Há que se ressaltar que a crença liberal no exercício da contestação traduz a convicção de que os seres humanos são

criaturas racionais e capazes de comporem suas disputas políticas através do diálogo e do compromisso. Essa característica do liberalismo tornou-se predominante nos projetos políticos do século XX, em especial naqueles que visavam eliminar as guerras, buscando a solução das disputas entre Estados através de organizações multilaterais, como, por exemplo, as Organizações das Nações Unidas e a Corte Internacional de Justiça.

É evidente que o liberalismo tem uma relação próxima com a democracia, mas não se pode esperar muito dessa proximidade. O cerne da doutrina da democracia é a crença de que os governos retiram sua autoridade de eleições populares. De outro lado, o liberalismo se ocupa primordialmente com a questão dos limites da atividade governamental. Frequentemente, liberais demonstram preocupação com a democracia, com o receio de que esse sistema possa gerar uma tirania da maioria. Poder-se-ia dizer, portanto, em uma análise superficial, que a democracia representa o interesse de maiorias e que o liberalismo de minorias.

Como outras doutrinas políticas, o liberalismo é altamente sensível ao tempo e às circunstâncias. O liberalismo é exercido de forma diferente em cada nação que o adota, e o sistema muda a cada geração. O desenvolvimento histórico do liberalismo, através dos séculos recentes, tem sido um movimento que vai desde a desconfiança na soberania do Estado, sob o fundamento de que o poder tende a ser mal utilizado, ao desejo de utilização do poder governamental para a correção de desigualdades na distribuição de riquezas resultantes de uma economia livre.

A expansão do poder estatal e a responsabilidade social buscada por liberais durante o século XX foram objetivos claramente opostos à defesa do Estado mínimo pregado por liberais no século anterior.

Em todo caso, a inspiração liberal permanece a mesma até os dias de hoje: hostilidade a qualquer forma de concentração de poder que possa ameaçar ou impedir o indivíduo da realização de seu

potencial, exercida em conjunto com o desejo de reexaminar e reformar instituições do Estado de natureza social para que atendam a novas necessidades.

Contudo esse desejo de reformas é temperado pela aversão do sistema liberal a mudanças drásticas e súbitas, justamente o que o diferencia dos radicais. E é exatamente essa busca por mudanças que o distingue dos conservadores.

1.1 O Liberalismo Clássico

1.1.1 Fundamentos Políticos

Embora não tenham sido detectadas idéias liberais na política europeia até o início do século XVI, o liberalismo possui uma pré-história que pode ser identificada já na idade média e até em tempos mais remotos.

Na idade média os direitos e as responsabilidades do indivíduo eram determinados pelo lugar que ocupavam em uma sociedade hierárquica e estratificada. Sob o impacto do início da prática do comércio e da urbanização da Europa, já no final da idade média, do fermento intelectual do renascimento e da expansão do protestantismo no séc. XVI, o antigo sistema feudal estratificado havia iniciado sua lenta degradação, trazendo o medo da instabilidade, para o qual o surgimento das monarquias absolutistas foi, à época, a solução óbvia para o abafamento dos conflitos.

A autoridade papal estava abalada na maior parte do norte europeu, e cada novo governante, em seu papado, tentava restaurar a unidade perdida impondo a uniformidade religiosa. Esses esforços de imposição culminaram na chamada Guerra dos Trinta Anos, que causou imenso prejuízo na maioria do continente Europeu.

Nas regiões em que um credo não conseguiu extirpar os outros, a tolerância religiosa foi aceita como o menor dos males. Em alguns países onde um credo obteve hegemonia estabeleceu-se

que qualquer outra crença, praticada por cidadãos, era uma ameaça à prosperidade e à manutenção da boa ordem.

As ambições dos governantes nacionais e as necessidades das indústrias e do comércio em contínua expansão levaram gradualmente os países a adotarem políticas econômicas baseadas no mercantilismo, uma escola de pensamento que pregava a intervenção estatal na economia nacional com o objetivo de expandir a riqueza e o poder do Estado. Entretanto tal intervenção servia a interesses previamente estabelecidos e inibia o empreendimento, sendo contestada por membros da recém nascida classe média.

Essa contestação teve um significado marcante nas revoluções que abalaram a Inglaterra e França nos séculos XVII e XVIII, mais especificamente as *English Civil Wars* que se deram entre 1642 e 1651, a *Glorious Revolution* de 1688, a Revolução Americana de 1775 a 1783 e a Revolução Francesa de 1789. O liberalismo clássico como doutrina é fruto desses grandes confrontos.

Nas *English Civil Wars*, o rei absolutista Charles I foi derrotado pelas forças do Parlamento e posteriormente executado. A revolução de 1688 resultou na abdicação e exílio de James II e no estabelecimento de uma complexa forma de equilíbrio de forças governamentais, na qual o poder era dividido entre o rei, seus ministros e o Parlamento.

Com o passar do tempo, esse sistema se tornaria um modelo para os movimentos políticos liberais de outros países. As ideias políticas que ajudaram a inspirar essas revoltas foram expostas nos trabalhos dos filósofos ingleses Thomas Hobbes e Jonh Locke. Em *Leviathan* (1651), Hobbes defende que o poder absoluto do soberano era, em última análise, justificado pelo consentimento dos governados, os quais concordaram, em um contrato social hipotético, em obedecer ao soberano sob qualquer circunstância em troca do recebimento da garantia de paz e segurança. Locke, que também defendia uma forma de teoria do contrato social de governo,

argumentava que era dever do soberano proteger a pessoa e a propriedade dos indivíduos e garantir seus direitos naturais à liberdade de pensamento, expressão e crença.

De forma marcante, Locke entendia que uma revolução era legítima nos casos em que o soberano falhava em cumprir essas obrigações, e seu livro *Two Treatises of Government* (1690) foi escrito precisamente pra justificar a revolução que ocorrera dois anos antes.

Na época em que Locke escreveu o livro acima citado, a prática política na Inglaterra havia se resumido à disputa pelo poder entre dois partidos, dos quais os membros eram conhecidos por *Whigs* e *Tories*. Esses partidos são os ancestrais dos atuais Partidos Liberal e Conservador britânicos. Locke era um conhecido *Whig* (liberal) e, na época, era comum associar-se a visão liberal às atitudes dos aristocratas *Whig*, as quais estavam diretamente ligadas a interesses comerciais e comumente dotadas de suspeitas quanto ao poder da monarquia. Os *Whigs* dominaram a política na Inglaterra desde a morte da Rainha Anne em 1714, até a ascensão do trono do Rei George III em 1760.

1.1.2 Fundamentos Econômicos

Se os fundamentos políticos do liberalismo tiveram como berço a Grã-Bretanha, o mesmo aconteceu com os fundamentos econômicos. Por volta do séc. XVIII, os monarcas Britânicos foram compelidos pelo Parlamento a efetivarem empreitadas bélicas com o intuito de engrandecer a nação, no que foram seguidos pela maioria dos governantes daquele período. Esses governantes lutavam pela supremacia militar o que exigia como sustentação uma forte base econômica.

Em virtude da teoria mercantilista que prevalecia na época de que, no comércio entre duas nações, uma sempre haveria de perder para que outra ganhasse, os governos nacionais intervinham nas relações de comércio para determinarem preços,

protegerem suas indústrias da competição estrangeira e evitar a troca de informações econômicas.

Essas práticas foram colocadas à prova pelo filósofo e economista escocês Adam Smith, que, em seu livro *The Wealth of Nations* (1776), expôs que o livre comércio beneficiaria a todas as partes envolvidas. De acordo com essa visão, se os indivíduos são deixados livres para buscarem seus interesses em uma economia de mercado baseada em uma divisão do trabalho, a riqueza produzida pelo grupo, como um todo, aumentará. Smith descreve um mecanismo de autoajuste do mercado, cuja força propulsora é o egoísmo do indivíduo. O indivíduo que busca seu próprio benefício torna-se a representação do bem público, porque em uma economia de mercado ele deve beneficiar a outros para que seja beneficiado. Mas somente em um genuíno mercado livre, de acordo com Smith, esses benefícios ocorreriam. Em qualquer outra situação, o controle ou monopólio do Estado levaria à regulamentação, exploração e estagnação econômica.

Todo sistema econômico, por natureza, deve determinar não somente quais bens serão produzidos, mas também como esses bens serão divididos ou distribuídos. Em uma economia de livre mercado, ambas as tarefas são cumpridas pelo mecanismo do preço. As teoricamente livres escolhas dos compradores e vendedores determinam como os recursos sociais - trabalho, bens e capital - devem ser empregados. Essas escolhas manifestam-se através de ofertas e propostas de compra que, em conjunto, determinam o valor econômico de um produto. Teoricamente, quando existe uma forte demanda por um produto, o preço sobe, tornando-se lucrativo aos produtores aumentarem sua oferta.

Assim que a oferta aproxima-se da demanda, os preços tendem a cair até que os produtores redirecionem seus recursos produtivos para outros usos. Dessa forma, o sistema atinge a maior proximidade possível do equilíbrio entre o que é desejado e o que é produzido. Além disso, na distribuição da riqueza assim produzida, o

sistema é justo ao assegurar a recompensa na proporção do mérito de cada um.

O pressuposto é o de que, em uma economia livre e competitiva em que ninguém é impedido de iniciar uma atividade econômica, a receita recebida de tal atividade é uma medida justa pelo seu valor àquela sociedade. Em termos concretos, com o passar do tempo, foram necessários grandes ajustes no liberalismo econômico clássico aplicado à Grã-Bretanha e Europa. O primeiro foi a abolição das restrições de origem feudal e mercantilista à produção e ao comércio interno das nações. O segundo foi a extinção das tarifas e restrições que os governos locais impunham sobre os produtos importados com a finalidade de proteger os produtores locais.

Ao rejeitar a regulamentação governamental sobre o comércio, a economia clássica se baseava piamente na crença da superioridade de um mercado autorregulável. Ao longo desses argumentos, os pontos de vista de Smith e seus sucessores ingleses do século XIX, em especial os do economista David Ricardo e do filósofo e economista John Stuart Mill, tornaram-se cada vez mais convincentes, na medida em que a revolução industrial britânica gerou uma quantidade enorme de novas riquezas e transformou a Inglaterra na fábrica do mundo. Várias gerações de europeus foram convencidas de que a política do livre comércio iria tornar todos prósperos.

No mesmo diapasão, o reconhecimento de direitos passava por uma evolução, mas não a ponto de serem identificáveis com os direitos fundamentais expresso nas legislações atuais.

Nesse aspecto, destaca Hunt⁴:

Durante o século XVIII, em inglês e em francês, os termos “direitos humanos”, “direitos do gênero humano” e “direitos da humanidade” se mostraram todos demasiados gerais para servir ao emprego político direto. Referiam-se antes ao que distinguia os humanos do divino, numa ponta da escala, e

⁴ HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos, uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p.21.

dos animais, na outra, do que a direitos politicamente relevantes como a liberdade de expressão ou o direito de participar na política. Assim, num dos empregos mais antigos (1734) de “direitos da humanidade” em francês, o acerbo crítico literário Nicolas Lenglet-Dufresnoy, ele próprio um padre católico, satirizava “aqueles monges inimitáveis do século VI, que renunciavam inteiramente a todos ‘os direitos da humanidade’ que pastavam como animais e andavam por toda parte completamente nus”. Da mesma forma, em 1756, Voltaire podia proclamar com ironia que a Pérsia era a monarquia em que mais desfrutava dos “direitos da humanidade”, porque os persas tinham os maiores “recursos contra o tédio”. O termo “direito humano” apareceu em francês pela primeira vez em 1763 significando algo semelhante a “direito natural”, mas não pegou, apesar de ser usado por Voltaire em seu amplamente influente *Tratado sobre a tolerância*.

Inspirado pela necessidade de, a seu ver, remover a interferência destrutiva do Estado na economia, o princípio político, guia do liberalismo clássico, tornou-se a insistência desmedida na limitação do poder do Estado. O filósofo inglês Jeremy Bentham frequentemente sintetizava esse ponto de vista em uma única mensagem ao governo – *Permaneça calado (Be quiet)*, e o estadista americano Thomas Jefferson asseverou que “o melhor governo é o que governa menos”. Os liberais clássicos reconhecem espontaneamente que o governo deve prover educação, saneamento básico, segurança, serviços postais e outros serviços que seriam inviáveis para a iniciativa privada dar cumprimento. Mas em geral acreditavam que, com exceção dos serviços citados, o governo não deveria tentar fazer pelo indivíduo o que ele é capaz de fazer sozinho.

1.1.3 Liberalismo e Utilitarismo

No final do século XVIII e início do século XIX, Bentham, o filósofo James Mill e seu filho John Stuart Mill trouxeram os princípios econômicos clássicos do liberalismo à esfera política. Invocando a doutrina do utilitarismo, que defende que uma ação é justa quando visa promover a felicidade não apenas do autor, mas de todas as pessoas atingidas pelo ato, afirmaram que o objeto de toda legislação deveria ser “a maior felicidade para o maior número”.

Analisando qual a melhor forma do governo seria ideal para se atingir esse objetivo, os utilitaristas, em sua maioria, defenderam a democracia representativa, afirmando que seria a melhor forma de se fazer com que os interesses do governo coincidisse com o interesse geral. Mirando o exemplo da noção de economia de livre mercado, os utilitaristas defenderam um sistema político que garantiria aos cidadãos o máximo grau de liberdade individual de escolha e ação conjugada com um governo eficiente, visando a promoção da harmonia social.

Eles pregaram a expansão do sistema educacional, o sufrágio universal e a realização de eleições periódicas, com o objetivo de possibilitar a prestação de contas dos governantes aos seus governados. Também desenvolveram uma doutrina de direitos individuais, inclusive os direitos à liberdade de culto, expressão, de imprensa e de reunião, que permanecem até hoje como pilares da democracia.

Esses direitos foram defendidos no clássico ensaio de John Stuart Mill, chamado *On liberty* (1859), no qual articula, com fundamento no utilitarismo, que o Estado somente pode regular o comportamento individual quando este comportamento colocar em risco de lesão o interesse de terceiros. Hoje, esse texto é celebrado como um dos grandes testamentos das liberdades individuais civis e como um clássico do pensamento liberal.

Os utilitaristas obtiveram sucesso em divulgar os fundamentos da filosofia do liberalismo político, enquanto ao mesmo tempo forneciam um programa reformista de objetivos específicos para os liberais perseguirem.

1.2 O Aparecimento do Estado Liberal

1.2.1 Liberalismo e Democracia

Politicamente, o liberalismo tem como aspiração um

sistema de governo baseado no princípio da vontade da maioria, isto é, um indivíduo, em cada governo, executa a vontade expressada pela maioria do eleitorado. O dispositivo institucional principal para se atingir esse objetivo é a realização de eleições periódicas, pelo voto popular e universal, de parlamentares e do chefe do executivo, que também pode ser eleito de forma indireta, pelo voto do parlamento.

Mas, na resposta à questão crucial de quem seria esse eleitorado, o liberalismo clássico é vítima de uma ambivalência. Por um lado é defensor de grandes valores que geraram emancipações, fruto das revoluções para as quais foi a base e, por outro, teme um governo representativo da maioria, mas intervencionista que interferiria na propriedade privada. Essa preocupação é representada, por exemplo, por Benjamim Franklin, quando proferiu a seguinte frase: “Deixar que aqueles que não possuem propriedade alguma votem é uma impropriedade”. Jonh Adams, em seu texto *Defesa das Constituições de Governo dos Estados Unidos da América* (1787), foi ainda mais explícito ao dizer que, se a maioria estivesse no controle de todos os ramos do governo, “seriam abolidas primeiro as dívidas; os ricos pagariam pesados impostos, enquanto os outros quase nenhum; e, por último, o direito a uma divisão igualitária obrigatória de todas as coisas seria exigida e votada”⁵. Estadistas franceses, como François Guizot e Adolphe Tiers, expressaram sentimentos similares durante o século XIX.

Por boa parte dos séculos XVIII e XIX, os liberais pregaram o medo da soberania popular, e, por um longo período, o exercício do direito ao voto foi limitado aos detentores de propriedades. Na Inglaterra, nem o importante *Reform Act* de 1867 eliminou completamente os requisitos de ser proprietário para ter direito a votar. Na França, muito embora a revolução de 1789 proclamasse o direito universal de votos para os adultos e a

⁵ “debts would be abolish first; taxes laid heavy on rich, and not at all on others; and at last a downright equal division of everything be demanded and voted”. *Defense of the Constitutions of Government of the United States of America*. ADAMS, Jonh. *Defesa das Constituições de Governo dos Estados Unidos da América*. Disponível em: <www.brittanica.com>. Acesso em: 27 set. 2008.

Revolução de Julho de 1830 tenha reafirmado esse direito, não havia mais do que 200.000 eleitores qualificados em uma população de cerca de 30 milhões de pessoas, durante o reinado de Louis-Philippe, o “rei cidadão”, alçado ao trono pela burguesia ascendente no ano de 1830.

Nos Estados Unidos, muito embora a constatação das valentes palavras deixadas por Thomas Jefferson na Declaração de Independência, somente após o ano de 1860 todos os homens brancos obtiveram o direito a voto. Na maioria da Europa, o sufrágio universal masculino permaneceu como um remoto ideal até o final do século XIX.

Apesar dos desvios causados pelas classes de proprietários, o sistema representativo, embora lentamente, expandiu-se pela Europa ao final do século XIX. Mas a regra da vontade da maioria ainda necessitava ser conciliada com o fundamento do liberalismo de que o poder exercido pela maioria deveria ser limitado. O problema estava em equacionar essa questão com o ideal de democracia. Aceitando-se que os privilégios hereditários das elites não mais podiam prevalecer, como se poderia limitar a manifestação de vontade da maioria, sem conceder poder demais aos proprietários ou a alguma outra forma de elite?

A solução para o problema acabou representada na criação de múltiplos dispositivos. O primeiro era o da separação de poderes, isto é, a distribuição de poderes entre diferentes instituições do Estado, ou seja, entre legislativo, executivo e judiciário. Essa organização, juntamente com o sistema de freios e contrapesos, está previsto como o cerne da Constituição dos Estados Unidos e encontra sua justificação política no texto *The Federalist* (1788), escrito por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. É claro que um sistema de separação de poderes também poderia ser concebido através de uma constituição mista, ou seja, uma que previsse que o monarca, uma câmara hereditária e uma assembléia eleita dividissem o poder, com atribuições de diferentes funções a cada um. Esse era o

sistema em funcionamento na Inglaterra, na época da Revolução Americana. Mas reis déspotas e aristocratas inúteis (mais inúteis na França do que na Inglaterra) frustraram os interesses e ambições da recente classe média, que preferiu a escolha do princípio da representatividade da maioria.

1.2.2 Eleições Periódicas

O segundo dispositivo criado foi a utilização de eleições periódicas e divididas por espécies de representações, o que daria a oportunidade que questões que envolvessem e afetassem a maioria fossem apreciadas por representantes eleitos por diferentes maiorias ao longo do tempo. Por exemplo, nos Estados Unidos os presidentes são eleitos a cada quatro anos, os membros da Câmara a cada dois e um terço do Senado é eleito a cada dois anos para um mandato de seis. Assim, a maioria que elege o presidente a cada quatro anos ou os deputados a cada dois é diferente da maioria que elegeu um terço do senado dois anos antes e será diferente da maioria que elegerá um terço do senado dois anos depois.

Esses sistemas eleitorais têm de estar de acordo com os termos da Constituição que fora aprovada e emendada anteriormente pela maioria. Na Inglaterra, um ato do Parlamento, após aprovado, imediatamente torna-se parte da Constituição não escrita. Contudo, antes de votar questões controversas, os Parlamentares devem obter autorização do povo que representa uma maioria que não foi a que os elegeu. Assim, em uma democracia constitucional, o poder concedido por uma maioria é sempre colocado sob prova das maiorias que a precederam e das que virão a seguir.

1.2.3 O Surgimento dos Direitos Individuais

A terceira parte da solução adotada estava vinculada ao comprometimento básico do liberalismo com a autonomia e

integridade do indivíduo que é, afinal de contas, a justificativa para a limitação do poder do Estado.

No entendimento liberal, o indivíduo não é somente um cidadão que divide um pacto social com seus companheiros, mas também é um sujeito de direitos contra o qual o Estado não pode impor sua vontade sob a alegação de representar a vontade da maioria. Essa segurança vai além do direito de falar e se expressar livremente, e de se associar e organizar representa acima de tudo o direito de se ver livre do medo e da repressão.

Nos dizeres de Hunt⁶:

Embora possa parecer que os corpos estão sempre inerentemente separados um do outro, ao menos após o nascimento, as fronteiras entre os corpos se tornaram mais nitidamente definidas depois do século XIV. Os indivíduos tornaram-se mais autônomos à medida que sentiam cada vez mais a necessidade de guardar para si mesmos seus excretos corporais. O limiar da vergonha baixou, enquanto a pressão por autocontrole aumentou. O ato de defecar ou urinar em público tornou-se cada vez mais repulsivo. As pessoas começaram a usar lenços em vez de assoar o nariz com as mãos. Cuspir, comer numa tigela comum e dormir numa cama com um estranho tornaram-se atos repugnantes ou ao menos desagradáveis. As explosões violentas de emoção e o comportamento agressivo passaram a ser socialmente inaceitáveis. Essas mudanças de atitude com relação ao corpo eram as indicações superficiais de uma transformação subjacente. Todas assinalavam o advento do indivíduo fechado em si mesmo, cujas fronteiras tinham que ser respeitadas na interação social. A compostura e a autonomia requeriam uma crescente autodisciplina.

Mas o indivíduo, para os liberais, também possui direitos além da sua esfera de cidadão. Esses direitos personalíssimos lhe asseguram integridade pessoal e o protegem da arbitrariedade de prisões e punições. Além desses direitos, existem ainda aqueles que preservam sua intimidade. Em uma democracia liberal determinados assuntos não interessam ao Estado. Tais assuntos podem variar desde a prática religiosa e a criação artística à forma como os pais devem educar seus filhos. Para os liberais dos séculos XVIII e XIX, esses direitos à privacidade incluíam, acima de tudo, as atividades de

⁶ HUNT, Lynn. *op. cit.* p. 83.

produção e comércio.

Na época, declarações eloquentes e persuasivas afirmavam os direitos acima mencionados e foram incorporadas na *Bill of Rights* inglesa de 1689, na *United States Declaration of Independence and Constitution* (1776 e 1788, respectivamente), na declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e em documentos base de nações através do mundo, que os utilizaram como modelo. A liberdade, portanto, tornou-se mais do que poder contribuir para a sociedade com a eleição de um representante para o cumprimento de um mandato determinado. Ela representava o direito das pessoas de viverem suas próprias vidas.

1.3 A Formação do Estado Garantidor de Direitos

1.3.1 O Liberalismo no Século XIX

Como prática e ideologia, o liberalismo tornou-se o movimento de reforma proeminente na Europa do século XIX. O seu desenvolvimento, contudo, dependeu da condição histórica de cada nação que o adotou, dependendo, por exemplo, do poder de cada monarca, dos laços e influências da aristocracia, da fase de industrialização do país e das circunstâncias de unificação de seus territórios. A característica de reconhecimento nacional do movimento liberal poderia ser afetada até mesmo por questões religiosas. O liberalismo em países católicos, tais como França, Itália e Espanha, por exemplo, adquiriu tendências anticlericais, e os liberais nesses países adotaram legislações que restringiram a autoridade civil e o poder político do clero católico.

Na Inglaterra, os *Whigs* transformaram-se, na metade do século XIX, no Partido Liberal, cujo programa reformista foi utilizado como modelo pelos partidos liberais de toda a Europa. Os liberais, em 1807, lançaram a campanha para abolir o tráfico de escravos no império britânico e a escravidão como prática comercial

mundial em 1833.

Frequentemente faltava ao liberalismo no continente europeu a combinação de apoio popular e um partido liberal forte, como ocorreu na Inglaterra. Na França, os governos revolucionário e napoleônico perseguiram objetivos liberais na abolição dos privilégios feudais e na modernização das decrépitas instituições que herdaram do *ancien regime*. Após a restauração dos Bourbon em 1815, contudo, os liberais franceses tiveram que encarar décadas de disputas a fim de assegurar as garantias das liberdades constitucionais e aumentar a participação popular no governo, diante de uma monarquia restabelecida. Esses objetivos só foram inteiramente alcançados com a formação da terceira república em 1871.

Através de toda a Europa e do mundo ocidental, o liberalismo inspirou idéias nacionalistas que visavam à criação de Estados unificados, independentes e sob a égide de uma constituição, com seus próprios parlamentos e sob o governo de leis. Os maiores expoentes da luta liberal contra o autoritarismo foram os fundadores dos Estados Unidos, o estadista e revolucionário Simon Bolívar, na América do Sul, os líderes do *Risorgimento*, na Itália, e o nacional reformista Lajos Kossuth na Hungria. Mas o fracasso das Revoluções de 1848 demonstrou a fraqueza presente do liberalismo na Europa.

A incapacidade dos liberais, em unificar os Estados alemães nos meados do século XIX, foi atribuída, em grande parte, ao papel militar dominante na região exercido pela Prússia e à influência reacionária da Áustria. A unificação de inspiração liberal da Itália foi adiada até a década de 1860, em virtude da presença dos exércitos da Áustria e da França, governada por Napoleão III, e ainda pela declarada oposição do Vaticano.

Os Estados Unidos apresentavam uma conjuntura diferente, porque não havia uma monarquia, uma aristocracia ou um regime de dominação religiosa contra os quais o liberalismo pudesse se rebelar. Na realidade, o liberalismo foi tão bem definido na

estrutura constitucional americana, na sua cultura política e na sua jurisprudência, que não restou um papel relevante que o partido liberal pudesse exercer, pelo menos até o início do século XX.

O liberalismo acabou por transformar a Europa do século XIX. As forças da industrialização e da modernização, que para o liberalismo clássico era a racionalização, determinaram grandes mudanças. O sistema feudal foi destruído, uma aristocracia socialmente inútil estava privada de seus privilégios e monarcas foram desafiados e subjugados. O capitalismo substituiu sistemas econômicos estáticos da idade média, e uma emergente classe média estava livre para empregar sua energia na expansão dos significados da produção e no crescimento da riqueza da sociedade. O sistema de governo representativo se firmou e, como os liberais conseguiram limitar o poder dos monarcas, converteu-se o ideal de governo constitucional em uma realidade.

1.3.2 Os Problemas da Economia de Livre Mercado

Ao final do século XIX, algumas consequências sérias, não previstas, advindas da Revolução Industrial da Europa e da América do Norte, tinham produzido um profundo desencantamento com o principal fundamento econômico do liberalismo, a idéia de livre mercado.

O principal problema era o de que o sistema baseado no lucro tinha produzido uma grande concentração de riquezas nas mãos de poucos industriais e banqueiros, resultando em diversas consequências adversas.

A primeira era a de que as grandes massas de pessoas não conseguiram se beneficiar da enorme riqueza produzida pelas fábricas e viviam em situação de miséria em favelas situadas em cidades deprimentes. A segunda se deu em razão da produção pelo sistema de uma vasta gama de bens e serviços que as pessoas frequentemente não podiam comprar ou usufruir. Este fato causava

um excesso de produtos no mercado que simplesmente não conseguia se movimentar, chegando frequentemente próximo à quebra em períodos de estagnação, os quais vieram a ser chamados de depressões. Finalmente, aqueles que eram proprietários ou gerenciavam os meios de produção adquiriram um vasto poder econômico, que utilizavam para influenciar e controlar o governo, para manipular e coagir o eleitorado, para limitar a competição e para obstruir as necessárias reformas sociais de base.

Em resumo, as mesmas forças que libertaram as forças produtivas da sociedade ocidental, agora as restringiam. Algumas dessas forças que demoliram o poder de déspotas, agora fundavam uma nova espécie de despotismo. Esse era o cenário deixado pelo liberalismo para os liberais do século XX.

1.3.3 O Programa Liberal Moderno

No intuito de corrigir os problemas que acompanharam a industrialização, o liberalismo clássico passou por várias mudanças de paradigmas. A mais notável foi a revisão na sua ênfase tradicional da redução e minimização do papel e poder do Estado. No início do século XX, os liberais começaram a buscar no governo a solução para a minimização das desigualdades econômicas e evitar a exploração do trabalho e os abusos dos monopólios, redistribuindo riquezas e regulando as ações da indústria privada. Como resultado, emergiu o que pode ser chamado de liberalismo moderno, que aparentemente confunde-se com o sistema da social democracia, surgido no meio operário europeu no final do século XIX, sendo, entretanto, discernível do liberalismo moderno.

1.3.3.1 Intervenção limitada no mercado de livre comércio

Em virtude da valorização da conquista real de uma

economia de livre mercado, os liberais modernos não buscaram sua abolição, mas, sim, sua modificação e controle. Eles não viram razões para se determinar uma separação eterna entre os setores público e privado da economia. Defendiam que essa divisão deveria ser feita com base naquilo que funcionava. O espectro dos regimes de economias planejadas e centralizadas e os perigos da burocracia impediram os liberais de descartarem a independência do mercado, substituindo-a pelo Estado, a princípio, detentor do controle de toda a economia.

Por outro lado, e esta é uma diferenciação básica entre o liberalismo clássico e o moderno, a maioria dos liberais reconheceu que a operação de uma economia de livre mercado necessitava de supervisão e correção. Os liberais asseveraram que as recompensas, distribuídas pelo mercado livre, foi uma maneira rudimentar de medir as contribuições que as pessoas fizeram à sociedade e que o sistema ignorou as necessidades daqueles que não tiveram oportunidades ou que foram economicamente explorados.

Eles admitiram que os enormes custos sociais da produção não se refletiram nos preços de mercado e que as fontes de recurso eram frequentemente desperdiçadas. E, ainda, os liberais perceberam que os recursos, advindos de um mercado totalmente livre, voltam-se para a produção que visa ao atendimento das necessidades pessoais dos consumidores, tais como o desejo por automóveis, utensílios domésticos e roupas de grife, enquanto as necessidades sociais básicas, como escolas, casas populares, transporte público e tratamento de esgoto, não são atendidas.

Finalmente, embora os liberais acreditassem que preços, salários e lucros, deveriam continuar sendo objetos de negociação entre as partes interessadas e estarem sujeitos às pressões convencionais do mercado, eles reconheceram que decisões a respeito da relação preço/salário/lucro afetam a economia como um todo e, portanto, devem ser adotadas como políticas públicas.

1.3.3.2 Maior igualdade de renda e distribuição de riquezas

Para se atingir uma distribuição mais justa de riquezas e renda, os liberais confiaram em duas grandes estratégias. Primeiro, eles promoveram a organização dos trabalhadores em sindicatos, pretendendo melhorar seu poder de barganha com os empregadores. Tal redistribuição de poder resultou em consequências políticas e econômicas, o que tornou possível o surgimento do sistema multipartidário, no qual pelo menos um partido era responsável pela defesa dos interesses dos assalariados.

Posteriormente, recrutando o apoio político dos economicamente menos favorecidos, os liberais iniciaram uma espécie de serviço social governamental. Iniciando com ensino público gratuito e seguro para acidentes de trabalho, esses serviços, mais tarde, abarcaram programas para terceira idade, desempregados, seguro de saúde e, ainda, salário mínimo e tratamento a doentes mentais e portadores de deficiências físicas.

Para alcançar esses objetivos, foi necessária a realização de uma redistribuição da riqueza, planejada com uma gradual taxaço da renda e impostos sobre heranças, os quais afetaram mais os ricos do que os pobres. As medidas de bem estar social foram adotadas primeiro na Alemanha no final do século XIX e, em seguida, for implantadas por outros países da Europa. Nos Estados Unidos essas medidas somente foram adotadas em termo federal após a aprovação do *Social Security Act* de 1935.

1.4 Direitos Sociais Constitucionais

1.4.1 A Primeira Guerra Mundial e a Grande Depressão

O trauma da primeira guerra criou uma desilusão

generalizada sobre toda a visão progressista liberal em busca de um mundo melhor. Os duros termos do tratado de paz imposto pelos vencedores aliados, combinado com a miséria criada pela grande depressão que se iniciou em 1929, debilitaram a recém estabelecida República Alemã e criaram as condições para a tomada de poder pelos nazistas em 1933. Enquanto isso, na Itália, as insatisfações com os termos do tratado de paz firmado levaram à tomada do poder pelos fascistas em 1922. O liberalismo também era ameaçado pelo comunismo soviético, que, para muitos, havia herdado as esperanças de progressistas anteriormente associadas ao próprio liberalismo.

A respeito da natureza da primeira guerra do séc. XX, destaca Hobsbawm⁷:

Não houvera, em absoluto, guerras *mundiais*. No século XVIII, a França e a Grã-Bretanha tinham combatido numa série de guerras cujos campos de batalha começavam na Índia, passavam pela Europa e chegavam à América do Norte, cruzando os oceanos do mundo. Entre 1815 e 1914 nenhuma grande potência combateu outra fora de sua região imediata, embora expedições agressivas de potências imperiais ou candidatas a imperiais contra inimigos mais fracos do ultramar fossem, claro, comuns. A maioria dessas expedições resultava em lutas espetacularmente unilaterais, como as guerras dos EUA contra o México (1846-8) e a Espanha (1898) e as várias campanhas para ampliar os impérios coloniais britânico e francês, embora de vez em quando a escória reagisse, como quando os franceses tiveram de retirar-se do México na década de 1860 e os italianos da Etiópia em 1896. Com os Estados modernos munidos de arsenais cada vez mais cheios de uma tecnologia da morte tremendamente superior, mesmo seus adversários mais formidáveis só podiam esperar, na melhor das hipóteses, um adiamento da retirada inevitável. Esses conflitos exóticos eram material para livros de aventura ou reportagens dos correspondentes de guerra (essa inovação de meados do século XX), mais que assuntos de relevância direta para a maioria dos habitantes dos Estados que os travavam e venciam. Tudo isso mudou em 1914. A Primeira Guerra Mundial envolveu *todas* as grandes potências, e na verdade todos os estados europeus, com exceção da Espanha, os Países Baixos, os três países da Escandinávia e a Suíça. E mais: tropas ultramar foram, muitas vezes pela primeira vez, enviadas para lutar e operar fora de suas regiões.

Se durante o intervalo das grandes guerras o

⁷ HOBBSAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 31.

liberalismo estava sob ataques políticos diversos, a economia de livre mercado foi posta à prova pela Grande Depressão. A característica de bolha de crescimento, durante períodos econômicos específicos, há muito se caracterizava como um problema para as economias de livre mercado. A Grande Depressão, porém, que parecia um declínio sem fim para o mundo dos negócios e elevava o nível de desemprego a índices nunca antes vistos, confundiu os economistas clássicos e produziu um pessimismo real acerca da viabilidade do sistema capitalista.

Com o passar do tempo, a violenta miséria, infligida ao povo pela Grande Depressão, convenceu os governantes do ocidente de que as sociedades complexas modernas necessitavam de medidas de planejamento econômico. O *New Deal* (1933-39), o programa doméstico adotado pelo presidente americano Franklin D. Roosevelt para tirar os Estados Unidos da Grande Depressão, tipificou o moderno liberalismo como um vasto programa de expansão da abrangência das atividades do Estado e sua crescente regulamentação do mercado de negócios. Juntamente com as medidas de urgência adotadas pelo programa para prover assistência social imediata à população, o *New Deal* previu, em sua legislação, aumentar o número de empregos temporários e restringir as atividades comerciais bancárias e industriais, cedeu mais poder aos sindicatos para se organizarem e negociarem com os empregadores e estabeleceu um programa de seguridade social que previa benefícios de aposentadoria e seguros de saúde e desemprego.

Em seu grande livro *The Great Theory of Employment, Interest and Money* (1936), o economista liberal inglês Jonh Maynard Keynes introduziu a influente teoria econômica que defendia que o gerenciamento da economia pelo Estado poderia remover os altos e baixos dos ciclos econômicos, para se produzir mais ou menos crescimento sustentável com o mínimo de desemprego.

I.4.2 O Liberalismo Pós-guerra dos Anos 60

O Liberalismo, em aliança estratégica com o Comunismo soviético, acabou por triunfar sobre o Fascismo na segunda guerra mundial, e a democracia liberal foi restabelecida com sucesso na Alemanha Ocidental, Itália e Japão. Como a Europa Ocidental, América do Norte e Japão iniciaram um período pós-guerra sem precedentes de estabilidade e crescimento econômico. As atenções se voltaram para a identificação dos fatores institucionais que impediram essas economias de atingirem seu pleno potencial produtivo, especialmente durante períodos de altos índices de desemprego e depressão.

A Grã-Bretanha, os Estados Unidos e outras nações industrializadas do ocidente, comprometeram-se a promover o pleno emprego, a usar o máximo de suas capacidades industriais e de força de trabalho disponível. A velha retórica de “distribuição de riquezas” deu lugar à concentração de esforços para o aumento de impostos, empréstimos públicos e investimentos, com o intuito de fomentar a expansão econômica, implementando, assim, um programa de baixa ruptura de classes e de consenso comum, essencial para manutenção da democracia.

Uma última e final expansão dos programas de bem estar social ocorreu nas democracias liberais durante as décadas do pós-guerra. Medidas notáveis foram adotadas na Inglaterra sob o governo trabalhista do primeiro ministro Clement Attlee e nos Estados Unidos pela administração democrata do presidente Lyndon B. Johnson, como parte de seu programa nacional de reformas chamado *Great Society*. Essas medidas criaram o moderno Estado do bem estar social, que proveu não só as formas usuais de seguridade social, mas também instituiu o sistema de pensões, benefícios aos trabalhadores desempregados, atendimento médico subsidiado, financiamentos destinados à família e bolsas escolares para estudos superiores.

O modelo liberal democrático foi adotado na Ásia e na

África por nações que recentemente haviam se tornado independentes do império colonial britânico e francês, durante as décadas de 50 e 60. Os novos países, invariavelmente, adotaram constituições e criaram governos parlamentaristas, acreditando que essas instituições os levariam a ter o mesmo nível de desenvolvimento dos países da Europa. Os resultados, contudo, foram variáveis, com genuínas democracias parlamentaristas, fixando raízes em alguns países, mas sucumbindo em muitos outros diante de ditadores militares ou socialistas.

1.4.3 O Liberalismo Contemporâneo ou Neoliberalismo

1.4.3.1 O renascimento do liberalismo clássico

As três décadas de prosperidade generalizada sem precedentes que o mundo ocidental vivenciou após a segunda guerra mundial marcou o ponto alto do liberalismo moderno. Mas o liberalismo moderno não estava preparado para lidar com o lento crescimento da economia que atingiu a maioria das nações ocidentais nos meados da década de 70.

Ao final daquela década, a estagnação econômica, combinada com o custo da manutenção dos benefícios sociais do Estado do bem estar social, forçou os governos a aumentarem cada vez mais os níveis de impostos e taxas, assim como seu nível de endividamento.

De igual forma era preocupante o fato das práticas econômicas Keynesianas terem começado a perder seus efeitos. O endividamento do governo, para manter os investimentos com o intuito de fomentar o crescimento da economia, estava causando um aumento acentuado da inflação e produzindo cada vez menos efeitos na diminuição do desemprego.

Com a aparente impotência do liberalismo moderno para produzir crescimento, uma resposta mais enfática para o

problema pareceu ser o reavivamento da teoria do liberalismo clássico. A base intelectual desse renascimento se deu, principalmente, nos trabalhos do austríaco naturalizado britânico Friedrich von Hayek e do americano Milton Friedman.

Uma das grandes conquistas de Hayek foi demonstrar, em bases puramente lógicas, que uma economia planejada e centralizada se torna inviável. Ele também arguiu, em seu trabalho *The Road to Serfdom* (1944), que medidas intervencionistas que visam à redistribuição da riqueza levam inevitavelmente ao totalitarismo. Friedman, como um dos fundadores da moderna escola da economia monetária, defendeu que o ciclo de negócios é determinado mais pela quantidade de dinheiro e pelos interesses comerciais do que pela política fiscal do governo, o que contrariava o ponto de vista de Keynes e de seus seguidores. Esses argumentos foram adotados entusiasticamente pelos partidos conservadores da Inglaterra e dos Estados Unidos, os quais nunca abandonaram a visão clássica liberal de mercado livre, que, segundo seus pontos de vista, com todas as suas falhas, guia melhor a política econômica do que o governo. Conservadores alcançaram o governo através das administrações da primeira ministra Margaret Thatcher e do presidente americano Ronald Reagan. Suas ideologias e políticas, que provavelmente pertencem mais à história do conservadorismo do que ao liberalismo, tornaram-se crescentemente influentes, como ficou demonstrado pelo abandono oficial do socialismo pelo Partido Trabalhista Britânico, em 1995, e pelas tímidas políticas programáticas do presidente americano Bill Clinton na década de 90.

1.4.3.1 Direitos civis e questões sociais

Nota-se que o liberalismo contemporâneo permanece preocupado em reduzir as desigualdades econômicas e ajudar aos pobres, mas, nas décadas recentes, também tem tentado estender os direitos individuais para novas direções. O conceito de direitos

sempre tem sido usado pelos liberais para combater o tiranismo e a opressão, porém, durante o século XX, esse conceito se expandiu, sendo usado massivamente como a forma mais comum de se formular demandas políticas.

O protótipo da massificação desse conceito foi o *Civil Rights Movement* americano, ocorrido nas décadas de 50 e 60, que resultou em uma legislação, proibindo qualquer forma de discriminação a afroamericanos, e alterou o ambiente das relações raciais nos Estados Unidos. Durante os anos 70, surgiram vários movimentos similares, reivindicando direitos a mulheres, gays e lésbicas, a deficientes físicos e outras minorias ou grupos socialmente desprotegidos. Portanto, historicamente, o liberalismo tem buscado abrigar uma pluralidade de diferentes meios de vida, ou melhor, de diferentes concepções do que seria uma “vida digna”, protegendo primeiramente os direitos e interesses da classe média e dos grupos religiosos minoritários, posteriormente, do trabalhador e do pobre e, finalmente, dos negros, mulheres, homossexuais e dos incapazes físicos e mentais.

O liberalismo influenciou a mudança de caráter da sociedade ocidental também de outras formas. Nesta seara, sua contribuição nem sempre pôde ser separada dos efeitos da modernização, mudança tecnológica e aumento nos padrões de vida. Por exemplo, a abolição na maioria dos países desenvolvidos das proibições relativas aos métodos contraceptivos, divórcio, aborto e homossexualidade foi inspirada, em parte, na tradicional insistência liberal de que tais assuntos possuem o caráter de escolha individual, não interessando ao Estado. De maneira similar, a ênfase liberal no direito à liberdade de expressão levou à perda das restrições herdadas em matérias que tratavam de temas sexuais em trabalhos culturais e artísticos. Na realidade, o liberalismo obteve tanto sucesso na expansão de uma gama de direitos individuais que, para alguns críticos, os valores liberais pareciam estar erodindo as estruturas da base moral dos valores tradicionais da vida familiar e religiosa.

Pode-se, assim, extrair que o liberalismo, como filosofia política, sobreviveu ao poderoso desafio totalitário do fascismo da década de 30 e 40 e ao colapso da União Soviética e da queda em cascata dos regimes satélites dos países do Leste Europeu nos anos de 1989 a 1991. O liberalismo triunfou sobre seu último grande inimigo ideológico, qual seja, o regime comunista soviético.

Mas, hoje em dia, os liberais, moderados pelos trágicos eventos do século XX e convencidos pelas diversas evidências dos defeitos e limitações da natureza humana, não mais compartilham da ilimitada confiança que seus predecessores depositavam na racionalidade humana, em sua perfeição e na inevitabilidade do progresso social. Agora estão mais propensos a concordar com aqueles que advertem que a natureza humana é irremediavelmente falha do que com aqueles que esperam aplicar métodos científicos para solucionar os problemas sociais.

O contínuo comprometimento dos liberais com as reformas sociais, entretanto, sugere um otimismo persistente e a crença de que os seres humanos podem controlar seu destino e construir um mundo melhor.

1.5 O Reconhecimento de Direitos Fundamentais como Normas Cogentes

Como visto até este momento, o reconhecimento dos direitos inalienáveis e fundamentais do homem passou por uma evolução histórica, social, econômica e científica gradativa, sendo marcada por fases e, em especial, por momentos específicos de atribuição de força constitucional de direitos.

Dentro deste aspecto, o marco inicial da elevação de uma certa gama de direitos ao patamar garantidor do Estado foi a Constituição francesa de 1848, fruto da derrocada da monarquia orleanista, a qual, segundo Manoel Gonçalves,⁸:

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 45/46.

A constituição então elaborada, promulgada em 4 de novembro, é precedida de um preâmbulo e contém um capítulo no qual se enunciam os direitos por ela garantidos. No primeiro, que expressamente 'reconhece os direitos e deveres anteriores e superiores às leis positivas' (III), é dada por tarefa à República 'proteger o cidadão na sua pessoa, sua família, sua propriedade, seu trabalho, e pôr ao alcance de cada uma a instrução indispensável a todos os homens'. Deve ela, ademais, 'por uma assistência fraternal assegurar a existência dos cidadãos necessitados, seja procurando-lhes trabalho nos limites de seus recursos, seja dando-lhes, à falta de trabalho, socorro àqueles que estão sem condições de trabalhar' (VIII). Está aí explícito o direito ao trabalho, assim como, embora a ênfase seja menor, o direito à educação. No segundo, o que é mais relevante, consiste na previsão feita no art. 13 de que, para atender ao direito ao trabalho, o Estado estabelecerá 'trabalhos públicos para empregar os braços desocupados.

Consideram-se ainda marcos evolutivos do reconhecimento normativo constitucional dos direitos fundamentais os conteúdos expressos na Constituição mexicana de 1917, na Declaração russa de 1918 e no Tratado de Versalhes de 1919.

Acerca das três cartas jurídicas, expõe Manoel Gonçalves⁹:

A constituição mexicana de 1917 é considerada por alguns como o maço consagrador da nova concepção de direitos fundamentais. Não há razão para isso, mesmo sem registrar que sua repercussão imediata, mesmo na América Latina foi mínima. Na verdade, o que essa Carta apresenta como novidade é o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, e não propriamente o direito ao trabalho, mas um elenco de direitos do trabalhador (Título VI). Trata-se, pois, de um documento que inegavelmente antecipa alguns desdobramentos típicos do direito social. Nem de longe, todavia, espelha a nova versão dos direitos fundamentais. Igualmente, não teve maior influência na definição dos novos direitos fundamentais a *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado*, editada na Rússia, em janeiro de 1918. Esta, na verdade, não enuncia direitos mas sim princípios, como o da abolição da propriedade privada da terra, o confisco dos bancos, a colocação das empresas sob o controle dos trabalhadores (isto é, do partido) etc. Tudo isto acompanhado de promessas como a de 'esmagar impiedosamente todos os exploradores', a do 'repúdio completo da política bárbara da civilização burguesa', o que basta para dar idéia de seu tom e de seu caráter meramente propagandístico. Precedente real do novo estilo está na Parte XIII do Tratado de Versalhes, de 28 de

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ibid.*, p. 46/47.

junho de 1919, pelo qual se definiram as condições de paz entre Aliados e a Alemanha. Nela encontra-se a chamada Constituição da Organização Internacional do Trabalho – a OIT – na qual se consagram os direitos do trabalhador, direitos sociais vistos como fundamentais e obrigatórios para todos os Estados signatários do referido Tratado.

Porém a pedra fundamental do alicerce garantista foi dada pela elaboração, ao final da primeira guerra mundial, da Constituição da Alemanha Republicana, na qual se fixou a afirmação das liberdades públicas e o reconhecimento definitivo, em termo constitucional dos direitos sociais, pois¹⁰:

Todas as seções são marcadas por novo espírito, que se pode dizer ‘social’, mesmo quanto às liberdades. Em seu exame avultam, por exemplo, normas sobre o casamento e a juventude, a obrigatoriedade da instrução escolar, com a previsão de estabelecimentos públicos para tanto, mas o núcleo plenamente novo está na última seção. Nela destacam-se a sujeição da propriedade à função social – com a célebre forma: ‘A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve visar o interesse geral’ (artigo. 153) -, a repartição das terras (reforma agrária) (artigo. 155), a possibilidade da ‘socialização’ de empresas (artigo. 156), a proteção ao trabalho (artigo. 157), o direito de sindicalização (artigo. 159), a previdência social (artigo. 161), a co-gestão das empresas (artigo. 165). Estava assim estabelecido um novo modelo. Foi ele seguido e imitado nas constituições que pouco mais tarde se editaram na Europa (especialmente a espanhola de 1931), e pelo mundo afora, chegando ao direito positivo brasileiro com a Carta de 1934. Essa é a primeira das nossas que enuncia uma Ordem Econômica e Social (Título IV). Mirkine-Guétzévitch, quem mais contribuiu para divulgar as ‘novas tendências do direito constitucional’ dos anos vinte, exprime lapidarmente o núcleo da nova concepção. ‘O Estado moderno – escreve ele – não pode contentar-se com o reconhecimento da independência jurídica do indivíduo; ele deve ao mesmo tempo criar um mínimo de condições jurídicas que permitam assegurar a independência social do indivíduo. Mas toda essa evolução encontrou seu coroamento na Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Esta é uma síntese em que lado a lado se inscrevem os direitos fundamentais, ditos de primeira geração – as *liberdades*, e os da segunda geração – os *direitos sociais*.

Contudo referidos direitos, reconhecidos sucessivamente por inúmeras cartas constitucionais, inclusive a brasileira, encontram-se atualmente sob ataque direto de uma nova

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ibid.*, p. 49 e 53.

composição de forças que se incorporou ao Estado, sob o manto da visão de que constituições sociais são inaplicáveis nos regimes democráticos capitalistas contemporâneos e que gerariam atraso econômico aos países que adotam esses sistemas. São dessas novas relações de forças que se tratará a seguir.

1.6 Relações de Poder do Estado Pós-moderno¹¹

No mundo pós-guerras do séc. XX, observou-se a proliferação da estrutura sociopolítica do que se convencionou chamar “Estado social”, regime no qual os aparatos governamentais são voltados para o bem estar do indivíduo, devendo ser esta, ao menos como objetivo final, a preocupação fundamental dos governos.

Com o avanço global do capitalismo e as novas ondas de reformas estruturais o foco do Estado mudou principalmente após as crises econômicas sistêmicas da década de 70 e início da de 80.

Mudaram de igual forma as relações de poder dentro deste Estado pós-moderno, pois o seu controle sobre a economia foi significadamente diminuído, bem como suas garantias sociais, principalmente nas áreas da saúde, educação e previdência, que aos poucos foram deixando de serem prioridades estatais.

Mas tais fatos não decorreram da falência do modelo de Estado adotado. Antes disto, interesses de formas variadas, aproveitando-se da forma de pensamento e comportamento do cidadão pós-moderno, influenciaram nas reformas constitucionais das quais decorreram mudanças legislativas significativas.

¹¹ Pós-moderno: no mínimo, a noção não é clara, pois remete a esferas e análises, às vezes, difíceis de coincidirem. Esgotamento de uma cultura hedonista e vanguardista ou surgimento de um novo poder renovador? Decadência de uma época sem tradição ou revitalização do presente por meio de uma reabilitação do passado? Novo modo de continuidade na trama modernista ou descontinuidade? Peripécia na história da arte ou destino global das sociedades democráticas? Nós nos recusamos, aqui, a circunscrever o pós-modernismo num quadro regional, estético, epistemológico ou cultural: caso se trate de pós-modernismo, ele deverá provocar uma onda profunda e geral na escala do todo social, uma vez que na verdade vivemos um tempo em que as oposições rígidas se esfumam, em que as preponderâncias se tornam fluidas, em que a inteligência do momento exige que se ressaltem correlações e homologias. LIPOVETSKY, Gilles. *A Era do Vazio*. Barueri-SP: Manole, 2009, p. 50/60.

Segundo Pisier¹²:

O conjunto destes fatores reforça o 'consenso', ou o que daria no mesmo, a apatia política e ideológica dos cidadãos. As grandes lutas ideológicas são reservadas ao Terceiro Mundo. Na sociedade industrial do século XX, a 'desvalorização dos conflitos ideológicos do séc. XIX' parece definitiva: nenhum sinal de recuperação ou de mudança no horizonte. (...) No século XX, o Estado-gerente tornou-se, também, *Estado-providência*. Essa expressão designa comumente, o conjunto dos dados econômicos e sociais que serviu para justificar a extensão do intervencionismo estatal nos domínios tradicionalmente reservados para a iniciativa privada: crescimento das despesas sociais, desenvolvimento das burocracias, extensão dos mecanismos securitários caracterizam essa transformação. O que permite falar de um Estado de bem-estar que não vise o 'bem comum', mas o bem de cada um, notadamente pelo desenvolvimento de políticas públicas em termos de saúde, educação, cultura. Um grande número de hipóteses foi lançado para explicar essas mudanças do papel do Estado: hipóteses econômicas, institucionais ou sociopolíticas, todas elas tendendo a imputar-lhes ou a atribuir uma espécie de vitória progressivas das social-democracias. A partir da década de 1970, o modelo de Estado-providência parece estar em 'crise' (particularmente porque, em razão do choque petrolífero de 1973, seus recursos diminuem). Onde a expressão, ao mesmo tempo vaga e estratégica, 'crise do Estado-providência': ela designa os questionamentos de mecanismos muito diversos e atua com vetor de reabilitação do liberalismo. De paradoxos em efeitos perversos, o Estado-providência é tido, ao mesmo tempo, como incapaz e liberticida: os mecanismos de redistribuição acabam por prejudicar o crescimento global cujo afrouxamento é feito em detrimento dos mais desfavorecidos; os mecanismos de regulação social acarretam o enfraquecimento de uma sociedade civil progressivamente reduzida ao silêncio e à apatia. Tocqueville será objeto de diversas 'releituras'. As mais 'radicais' não hesitam, mesmo ao peso de contrasensos deliberados, em extrair daí as mais pessimistas conseqüências: no horizonte do Estado-providência anuncia-se, desenvolvimento obrigatório, o Estado totalitário. Diante de tal quadro o neoliberalismo prega o retorno ao Estado mínimo.

Assim, pode se observar que as mudanças sociais, econômicas e os avanços científicos determinam diretamente a sua influência sobre a legislação regulatória do estado. Contudo, nos tempos atuais, seja por ação ou omissão do Estado pode-se observar a tentativa constante de se reduzir as garantias constitucionais

¹² PISIER, Evelyne. *História das Idéias Políticas*. Barueri-SP: Manole, 2004, p. 166/167.

amealhadas durante a história pelas sociedades, inclusive a nacional. O poder econômico dos grandes conglomerados industriais, aproveitando-se da crise de identidade política do cidadão da pós-modernidade e usando de sua influência junto aos poderes Executivo e Legislativo, busca incansavelmente retirar do caminho aqueles empecilhos que uma constituição social estabelece, visando sempre atingir seus objetivos comerciais e financeiros.

Nota-se no Brasil essa influência direta ao se olhar com especial atenção para os conflitos econômicos privados e as normas constitucionais ambientais, econômicas (regulatórias de mercado, em especial), trabalhistas e previdenciárias.

Há que se lembrar, contudo, do que representa para uma nação uma constituição, pois conforme ensina Dallari ¹³:

O constitucionalismo é um movimento social implantado e desenvolvido através da história, tendo recebido a contribuição de elementos resultantes das elaborações de teorias políticas e jurídicas, sendo hoje um instrumento fundamental para a implantação de sociedades humanistas e democráticas. O constitucionalismo não foi o resultado de alguma proposição teórica abstratamente formulada, mas resultou do reconhecimento de peculiaridades da pessoa humana, de necessidades e aspirações comuns a toda a humanidade, percebidos e explicitados, gradativamente, a partir de situações concretas. Por tudo isso, o conhecimento do constitucionalismo, de seus fundamentos e de sua extraordinária importância para a conquista e manutenção da paz se faz a partir da história, da identificação de fatores de influência adicionados em cada época e da contribuição de teorias políticas e jurídicas que, nas últimas décadas, conceituaram a Constituição como a norma jurídica superior de cada povo, concebendo os valores como direitos, para que estes sejam efetivados e para que os conflitos que os envolvam sejam solucionados por via pacífica, ao alcance de todos, sem qualquer exclusão ou exceção. Um retrospecto histórico mostra que o conceito de Constituição sofreu variações, em função de circunstâncias políticas e sociais, do mesmo modo como a autoridade da Constituição e sua condição de norma jurídica superior também sofreram oscilações. Assim, no curso da história o constitucionalismo foi sofrendo transformações em função de fatores emanados da realidade social e política. Entretanto, uma idéia básica que se manteve e ganhou força com o passar do tempo foi utilização das normas constitucionais como obstáculo a qualquer espécie de poder absoluto e antidemocrático, poder que se pretenda exercer arbitrariamente em prejuízo da pessoa humana, de sua dignidade, e de seus direitos

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 347/348.

fundamentais. Embora nem sempre essa restrição ao poder arbitrário tenha significado proteção igual e efetiva para todos os indivíduos ou para todos os segmentos da sociedade, esse foi um ponto de partida de extrema relevância, que deu condições para reivindicação da liberdade em situações concretas e da igualdade de direitos. Com efeito, as raízes do constitucionalismo podem ser encontradas nas lutas contra o absolutismo, iniciando-se aí a formação da concepção do poder político como poder jurídico, implicando a existência de limitações jurídicas ao exercício do poder.

A constituição de um Estado¹⁴ provém muito antes de sua legitimidade originária, ou seja, muito mais naquilo que permeia o sentimento de justiça dos seus cidadãos do que em meras letras escritas em folhas de papel.

Ao referir-se à força invisível por detrás das normas constitucionais visíveis que agem nos sentimentos das populações dos estados confederados que compõem o Estado Americano, destaca Laurence Tribe¹⁵:

A constituição invisível, necessariamente, flutua em um vasto e profundo – e, crucialmente, invisível – oceano de idéias, proposições, memórias recuperadas e experiências imaginadas para as quais a Constituição como um todo nos coloca em uma posição de contemplação. E o que vislumbramos – o que surge para compreender e refazer na imagem de nosso próprio tempo – nutre o corpo vivo que rege o Direito, algo mais vibrante que um projeto para um possível sistema de governo ou um conjunto de exortações políticas sobre uma estrutura concebível de restrições ao exercício do governo através da fixação de direitos e

¹⁴ Dando-se aí à palavra ‘Estado’ o sentido próprio contemporâneo, de unidade política de um povo, vinculada a um determinado território e dotada de soberania. *Ibid.*, p. 234.

¹⁵ *The invisible constitution necessarily floats in a vast and deep – and, crucially, invisible – ocean of ideas, propositions, recovered memories, and imagined experiences that the Constitution as a whole puts us in a position to glimpse. And what we glimpse – what come to comprehend and remake in our own time’s image – nurtures the living body of governing Law, something more vibrant than an inert blueprint for a possible system of government or a set of political exhortations about a conceivable structure for governance constrained by a potential set of rights and privileges. That swirling sea of assumptions and experiences includes not only the array of ‘higher law’ or ‘natural law’ ideas that many of the Constitution’s framers took for granted but also the lessons drawn from thinking about the Constitution and its presuppositions and from the history of struggle to make it real. Together this set of materials constitutes what many constitutional scholars, political and moral philosophers, and social and political historians have described over the generations as the ‘unwritten Constitution’.* TRIBE, Lawrence H.. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008, p.8.

privilégios. Esse turbilhão marítimo de pressupostos e experiências inclui não somente as matrizes das idéias de “lei maior” ou do “direito natural” como muitos dos autores de constituições dão como certas, mas também as lições extraídas do pensamento sobre a Constituição e seus pressupostos e ainda da história das lutas travadas para torná-la real. Juntos essa gama de materiais constituem o que muitos estudiosos de constituições, filósofos da política e da moral e historiadores políticos e sociais têm descrito através de gerações como a “Constituição não escrita”.

Assim, mais do que um código de normas superior, a constituição delimita e instrui o exercício das formas de poderes que interagem dentro do Estado, seja este poder explícito ou implícito em suas descrições e determinações. Essas formas de poderes atuam nas duas direções de uma norma constitucional, a que é direcionada ao indivíduo e a do indivíduo para a norma constitucional, ainda que esta seja invisível.

Nesse sentido, já defendia Foucault¹⁶:

O poder está em toda parte. A soberania o Estado, o quadro jurídico-repressivo ou a dominação de uma minoria não são os dados iniciais, mas as ‘formas terminais’. O poder é onipresente, ‘não porque ele teria o privilégio de tudo agrupar sob sua unidade invencível, em qualquer ponto, ou antes, em toda relação de um ponto a outro. O poder está em todos os lugares: não que ele englobe tudo, mas sim porque ele vem de todos os lugares. E o ‘poder’, naquilo que ele tem de permanente, de repetitivo, de inerte, de auto-reprodutor, não é mais do que o efeito de conjunto que se desenha com base em todas essas mobilidades, o encadeamento que se apóia em cada uma delas e, como retorno, busca torná-las fixas [...] é o nome que se dá a uma situação estratégica complexa em uma determinada sociedade.

E conforme destaca Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁷:

O poder tem uma estrutura hierárquica, em camadas sobrepostas que se afunilam na direção superior, até o vértice. A teoria jurídica entende por poder soberano o poder acima do qual não existe, em determinado grupo social, nenhum poder superior que, como tal, detém o monopólio da força. Nesse sentido o direito aparece, em geral, como conjunto de regras que se fazem valer pela força, isto é, um ordenamento normativo de eficácia reforçada. Ora, aquele que está em condições de exercitar a força para tornar

¹⁶ PISIER, Evelyne. *História das Idéias Políticas*. Barueri-SP: Manole, 2004, p. 578.

¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15/16.

eficazes as normas é, por consequência, o poder soberano, o que detém o monopólio do exercício da força. Donde se segue que a teoria do direito como regra coativa e a teoria do direito como emanção do poder soberano são convergentes (Bobbio, Norberto: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turim, 1960, p.11). A teoria da soberania permite uma concepção de poder em camadas sucessivas, que são acompanhadas por uma concepção do direito como ordenamento. A expressão genérica *poder soberano* conota, em sua acepção moderna (século XX), o conjunto de órgão por meio dos quais um ordenamento jurídico é posto, conservado e aplicado. Há uma mútua implicação entre ambos, pois, se é verdade que o que é a soberania em determinada sociedade é definido pelo ordenamento. Ou seja, poder soberano e ordenamento jurídico são dois conceitos referidos um ao outro. Isso permite inclusive identificação da norma jurídica coma a que faz parte do ordenamento, o que significa, também, aquela que é emanada pelo poder soberano. O modo como a teoria trata o poder na teoria da soberania faz com que o poder seja basicamente tratado como *fonte* do direito. À medida que os ordenamentos são vistos como conjuntos complexos de normas, isto é, de normas que não nascem de um único ponto originário, a teoria da soberania contorna a dificuldade posta à exigência de unidade, falando em fontes reconhecidas e delegadas. As fontes reconhecidas correspondem a normas já produzidas por um poder qualquer que recebem ambos – normas e poder – a chancela do poder soberano. As fontes delegadas referem-se a poderes criados pelo poder soberano e a normas futuras, a serem criadas pelos poderes delegados. O conceito chave nessa concepção de poder é a noção de *poder originário*, isto é, o poder acima do qual não há nenhum outro no qual se possa justificar ordenamento. O poder originário é tratado como fonte das fontes.

O poder originário, acima descrito, é o que confere legitimidade e força para o Estado, representado no sistema político pátrio pelo poder constituinte, pois¹⁸:

Falar de poder constituinte é falar de democracia. Na era moderna, os dois conceitos foram quase sempre correspondentes e estiveram inseridos num processo histórico que, com a aproximação do século XX, fez com que se identificassem cada vez mais. Em outros termos, o poder constituinte não tem sido considerado apenas como fonte onipotente e expansiva que produz as normas constitucionais de todos os ordenamentos jurídicos, mas também o sujeito desta produção, uma atividade igualmente onipotente e expansiva. Sob este ponto de vista, o poder constituinte tende a se identificar com o próprio conceito de política, no sentido com que este é compreendido numa sociedade democrática. Portanto, qualificar constitucional e juridicamente o poder constituinte não será simplesmente produzir normas constitucionais e estruturar poderes constituídos, mas, sobretudo ordenar o poder constituinte

¹⁸ NEGRI, Antônio. *O Poder Constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 08.

enquanto sujeito, regular a política democrática.

No estabelecimento dos limites do exercício dos poderes constitucionalmente previstos e seus relacionamentos com o indivíduo é que reside o principal embate dentro do Estado brasileiro. Frente a um legislativo enfraquecido e omissivo, surge a figura do executivo, representante de interesses privados e assumindo a função de legislador (basta se observar o número de Medidas Provisórias editadas anualmente no país) e violador dos princípios e regras constitucionais, contra o qual emerge o poder judiciário em duas vertentes: na figura do limitador de ações inconstitucionais e na de ativista constitucional nos casos de omissão de atuação dos dois poderes outros.

CAPÍTULO II - AS INSTITUIÇÕES FUNDAMENTAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para o efetivo cumprimento das suas razões de existência, o Estado democrático de direito brasileiro fundou seu alicerces na constituição derivada da revolução americana de

1776-1783 e que fora promulgada em 1789 e emendada 27 vezes desde então.

A idéia de tripartição de poderes, como visto, embora anterior aos fatos históricos que deram ensejo à referida carta, moldaram a estrutura do poder e a forma de atuação do Estado em três vertentes: uma administrativa, representada pela figura do executivo, outra legislativa, composta por um congresso formado por uma câmara de deputados e um senado, assim como uma instância julgadora.

Conforme descreve Jeffrey Goldsworthy¹⁹ sobre a constituição americana:

A Constituição original era, antes de tudo, preocupada em organizar um governo nacional com poder suficiente para cumprir os preceitos do Estado nacional. Ela começa com um Preâmbulo, que não pode ser entendido como detentor de qualquer força legal vinculante de suas proposições, e afirma que os propósitos da Constituição eram 'formar uma união mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a paz interna, prover a defesa comum, promover o bem estar geral, e assegurar as benesses da liberdade para seus cidadãos e descendentes'. A seguir a Constituição dedica três Artigos que criam o poder legislativo nacional composto por duas casas, o poder executivo e o judiciário.

E destacado por Dallari²⁰:

Desde a antiguidade grega, com Aristóteles, foi assinalado o inconveniente da concentração de poderes nas mãos de uma só pessoa, por ser injusta e perigosa, mas também pela impossibilidade de que uma só pessoa possa conhecer todas as necessidades dos governados e dar atendimento a elas. Mais tarde, no século XIV, o tema foi retomado por Marsílio de Pádua na obra *Defensor Pacis*, aparecendo também, com grande relevo no *Príncipe*, de Maquiavel, publicado em 1513. Depois desses antecedentes teóricos, e já mais próximo dos

¹⁹ *The original Constitution was primarily concerned with organizing a national government with sufficient power to accomplish national ends. It began with a Preamble, which has not been taken as identifying any legally enforceable propositions, asserting that the Constitution's purposes were 'to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity'. The Constitution then devoted three Articles to creating a national legislature with two houses, an executive, and the judicial branch. GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Interpreting Constitutions*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 10.*

²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 263.

criadores da Constituição dos Estados Unidos da América, o mesmo tema foi objeto de minuciosas considerações na obra de um notável teórico inglês, John Locke, que em seu *Segundo Tratado sobre o governo*, de 1690, afirma a existência de quatro Poderes diferentes no Estado, que são o Executivo, exercido pelo rei com as limitações estabelecidas pelo Parlamento e pelas normas costumeiras tradicionais; o Legislativo, exercido pelo Parlamento; a Prerrogativa, também exercida pelo rei e consistente no poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras; e o Poder Federativo, que consiste no poder de decisão sobre a guerra e a paz, também confiado ao rei. Esses antecedentes podem ter tido algum peso, mas foi sem dúvida, Montesquieu o autor que exerceu maior influência sobre os criadores da Constituição dos Estados Unidos da América, para que adotassem a separação dos Poderes como requisito essencial do bom governo. É importante observar que, além de proporem um tipo de governo que, por sua configuração, impedisse a concentração dos poderes políticos nas mãos de uma só pessoa ou num só órgão, ressaltaram a importância de um Judiciário também independente, o que levou a uma separação de poderes tripartida.

Esperavam, dessa forma, os chamados *founding fathers*, com a adoção dessa fórmula, encontrar na divisão de tarefas o equilíbrio necessário para o exercício do poder estatal.

2. O Estado Administrador

Materializado na forma do executivo e de uma personalidade (presidente, governador ou prefeito), o Estado administrativo é o responsável pela gerência de governo, ou seja, é esse ente que gere a arrecadação tributária necessária à manutenção dos serviços essenciais à população, assim como gerencia a distribuição e aplicação das verbas orçamentárias, conforme as previsões legais.

Segundo Aléxis de Tocqueville²¹:

Os legisladores americanos tinham uma tarefa difícil a cumprir: eles queriam criar um poder executivo que dependesse da maioria e que, não obstante, fosse forte o bastante por si mesmo para agir com liberdade em sua esfera. A manutenção da forma republicana exigia que o representante do poder executivo fosse submetido à vontade

²¹ TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A Democracia na América. Livro I, Leis e Costumes*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 136.

nacional.

Para Dallari²²:

Nos registros dos debates, assim como em artigos da época e na correspondência de alguns delegados, fala-se na necessidade de um vigoroso Executivo, referido como Chefe Executivo ou Executivo Nacional. Mas, ao mesmo tempo, fica evidente o temor de atribuir excesso de poder a um homem só, o que, para alguns, poderia ser o embrião de uma nova monarquia. A idéia de um governo *federal* foi facilmente acolhida, mas houve enorme resistência à proposta de que se criasse um governo *nacional* e *supremo*, entregando o executivo a uma única pessoa. Argumentou-se, em defesa da proposta, que em vários Estados o governo era exercido por um Executivo unipessoal, mas a isso se respondeu que nos Estados os legislativos eram supremos e visto como a voz do povo, com a possibilidade prática de exercer o controle diário dos atos dos governantes. (...) A proposta do Executivo nacional unipessoal, que só no final da Convenção se definiria como Presidente da República acabou vencedora, estando neste debate a raiz do sistema de colégio eleitoral para escolha do Presidente, consagrado no texto da Constituição dos Estados Unidos aprovado em 1787 e persistem ainda hoje, apesar de muito questionado, por teóricos estadunidenses, o caráter democrático dessa forma de escolha.

Como se nota, as origens do sistema presidencialista brasileiro encontram raízes na Constituição americana, com a diferença de que o voto para presidente no Brasil é direto e não por representação, o que dá força e legitimidade extras ao executivo. Força essa que costumeiramente extrapola seus limites constitucionais.

2.1 O Estado Legislador

Desde o surgimento das sociedades politicamente organizadas, a figura do representante do povo esteve presente. Embora com modelos diversos e inúmeras variações, as decisões políticas de grande relevância social em civilizações democráticas

²² DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 264/265.

sempre se deram em órgão colegiados que falavam em nome da sociedade e de seus interesses, ou que assim o alegavam.

É o Estado legislador aquele que efetivamente por procuração representa os anseios populares, buscando direcionar esses desejos para a concretização do bem estar da população.

Conforme explica Goldsworthy ao comentar o primeiro artigo da Constituição americana²³:

O Artigo 1 começa com as palavras: Todos os poderes legislativos garantidos por esta carta deverão ser concedidos por investidura na legislatura nacional. A teoria por detrás desta fórmula era a de que a legislatura nacional teria somente aqueles poderes que foram, posteriormente, enumerados no Artigo 1, e que todos os outros poderes de legislar permaneceriam com os governos dos estados. A lista de poderes enumerados continha alguns específicos, tais como o poder de estabelecer agências e rotas dos correios e alguns aparentemente gerais, tais como o poder de regular o comércio entre os vários estados. E mais, uma cláusula de aplicação geral dá ao Congresso o poder de fazer todas as leis necessárias e adequadas para garantir a execução dos poderes que dela derivarem e de qualquer outra forma de poder investido pela Constituição ao governo do Estados Unidos.

Sob esses princípios, adotou-se no Estado norteamericano o sistema bicameral, formado pela Câmara, representando a população dos estados e o Senado com representantes dos interesses dos estados formadores da união.

Em desvelada crítica ao sistema bicameral adotado, em especial à sua proporção representativa, afirma Tocqueville²⁴:

²³ *Article I begins with the words, 'All legislative powers herein granted shall be vested' in the national legislature. The theory behind this formulation was that the national legislature would have only those powers that were enumerated later in Art. I, with all other powers remaining in the state governments. The list of enumerated powers contain some quite specific ones, such as the power to establish post offices and post roads, and some seemingly general ones, such as the power to regulate commerce among the several states. In addition, a sweeping clause gives Congress the power to 'make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers, and all other powers vested by this Constitution in the government of the United States. GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Interpreting Constitutions*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 11.*

²⁴ TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A Democracia na América. Livro I, Leis e Costumes*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 134.

Nesse estado de coisas, sucedeu o que quase sempre sucede quando os interesses se encontram em oposição ao raciocínio: dobram-se as regras da lógica. Os legisladores adotaram um meio termo que conciliava à força dois sistemas teoricamente inconciliáveis. O princípio da independência dos Estados triunfou na formação do senado; o dogma da soberania nacional, na composição da câmara dos representantes. Cada Estado devia mandar dois senadores ao congresso e um número de representantes proporcional à sua população. Resulta desse arranjo que, em nossos dias, o Estado de Nova York tem no congresso quarenta representantes e apenas dois senadores; o Estado de Delaware dois senadores e apenas um representante. O Estado de Delaware é, pois, no senado, igual a Nova York, enquanto este tem, na câmara dos representantes, quarenta vezes mais influência que o primeiro. Assim, pode suceder que a minoria da nação, dominando o senado, paralise inteiramente a vontade da maioria, representada pela outra câmara, o que é contrário ao espírito dos governos constitucionais. Isso tudo mostra muito bem a que ponto é raro e difícil ligar entre si de maneira lógica e racional todas as partes da legislação. O tempo sempre acaba fazendo nascer, no mesmo povo, interesses diferentes e consagra direitos diversos. Quando se trata, em seguida, de se estabelecer uma constituição geral, cada um desses interesses e direitos constitui um obstáculo natural que se opõe a que qualquer princípio político chegue a todas as suas conseqüências. Logo, é apenas quando do nascimento das sociedades que se pode ser completamente lógico nas leis. Quando virem um povo gozar dessa vantagem não se apressem em concluir que é sábio; pensem antes que é jovem.

O sistema brasileiro é extramente similar e apresenta as mesmas distorções já notadas por Tocqueville. Essas distorções levam a rupturas internas no poder e o torna permeável àqueles que detêm o poder decisório no Estado, o executivo, que por vezes se substitui no poder de legislar através do abuso de medidas provisórias, não sem antes bloquear no congresso o andamento de projetos de lei que não lhe são interessantes.

2.2 O Estado Julgador

Elemento fundamental de toda democracia, um poder judiciário independente é um dos fatores que identifica o Estado democrático republicano de direito, tanto o é que os Constituintes americanos o dotaram de relevância até então inédita, deixando a

seu cargo, especificamente à Suprema Corte, as decisões de cunho político e administrativo, essenciais à própria sobrevivência da confederação e de alcance a todos os cidadãos. Esse apelo fundamental dessa corte constitucional é notado pela relevância que o cidadão comum dá aos casos que estão em julgamento.

Conforme destaca Dallari ao comentar o fim das discussões acerca do papel do poder judiciário nos Estados Unidos da América²⁵:

O que acabou prevalecendo foi a proposta de instituição de um Judiciário independente, como um dos Poderes do Estado, criando-se, desde logo, um Supremo Tribunal, com atribuições especificadas na Constituição, deixando-se ao Congresso a incumbência de estabelecer regras mais minuciosas quanto à Suprema Corte, inclusive fixando o número de Juízes, bem como de criar, por meio de lei, tribunais federais inferiores, quando oportuno. Para garantir a independência dos juízes, decidiu-se que tanto os membros da Suprema Corte quanto os juízes inferiores conservarão os seus cargos “enquanto bem servirem” e que não poderão sofrer redução em sua remuneração. É interessante observar que a lei sobre o judiciário, o *Judiciary Act*, foi aprovada na primeira sessão do Congresso dos Estados Unidos, em 24 de setembro de 1789, criando as condições necessárias para a imediata instalação da Suprema Corte, composta de seis juízes, que foi o número inicialmente fixado, posteriormente alterado para nove.

Já Tocqueville identificava três características no poder judiciário e uma singularidade no americano²⁶:

A primeira característica do poder judiciário em todos os povos é servir de árbitro. Para que ocorra a ação dos tribunais é necessário haver contestação. Para que haja juiz é necessário haver processo. Enquanto uma lei não der lugar a contestação, o poder judiciário não tem como ocupar-se dela. Ele existe, mas não a vê. Quando um juiz, a propósito de um processo, ataca uma lei relativa a esse processo, ele amplia o círculo de suas atribuições, mas não sai dele, pois de certa forma precisou julgar a lei para chegar a julgar o processo. Quando se pronuncia sobre uma lei, sem partir de um processo, sai completamente de sua esfera e penetra no poder legislativo. A segunda característica do poder judiciário é pronunciar-se sobre casos particulares, não sobre princípios gerais. Se um juiz, resolvendo uma questão particular, destrói um princípio geral, devido à certeza que temos de que, por ser cada uma das consequências desse princípio atingida, esse princípio se tornará estéril, ele permanece no

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 269/270.

²⁶ TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A Democracia na América. Livro I, Leis e Costumes*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 112/113.

círculo antrual de sua ação; mas se o juiz atacar diretamente o princípio geral e o destruir sem ter em vista um caso particular, sai do círculo em que todos os povos concordaram em encerrá-lo, tona-se algo mais importante, mais útil talvez que um magistrado, porém cessa de representar o poder judiciário. A terceira característica do poder judiciário é só agir quando chamado, ou, conforme a expressão legal, quando provocado. Essa característica não é encontrada de maneira tão geral quanto as outras duas. Creio porém que apesar das exceções, podemos considera-la essencial. Por sua natureza o poder judiciário não tem ação; é preciso pô-lo em movimento para que ele se mexa. Se lhe denunciarmos um crime, ele pune o culpado; se o convocamos a corrigir uma injustiça, ele a corrige; se lhe submetemos uma lei, ele a interpreta; mas não vai pro conta própria perseguir os criminosos, procurar a injustiça e examinar os fatos. O poder judiciário violentaria, de certa forma, essa natureza passiva, se ele mesmo tomasse a iniciativa e se erigisse em censor das leis. Os americanos conservaram nos poder judiciário a essas três características distintivas. O juiz americano não pode se pronunciar, a não ser quando há litígio. Ele trata exclusivamente de um caso particular e, para agir, deve sempre esperar que o tenham solicitado. O juiz americano se parece pois perfeitamente com os magistrados de outras nações. No entanto é dotado de um imenso poder político. De onde vem isso? Ele se move no mesmo círculo e serve-se dos mesmos meios que os outros juizes; por que possui um poder que estes últimos não têm? A causa está neste simples fato: os americanos reconheceram aos juizes o direito de fundar suas decisões na *constituição*, em vez de nas *leis*. Em outras palavras, permitiram-lhes não aplicarem as leis que lhes parecerem inconstitucionais.

A mesma forma de atuação jurisdicional foi contemplada pela constituição brasileira de 1988 ao estabelecer os critérios de atuação do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade, ou no caso dos magistrados não colegiados, do difuso.

Poucos países gozam desse privilégio, uma vez que, como exemplo, a França não admite modificações constitucionais, pois pela teoria herdada nenhum poder pode mudar a constituição que é imutável.

Na Inglaterra cabe ao parlamento o direito de modificar a constituição, e, considerando a forma de estabelecimento de leis escritas, o parlamento se confunde com o poder constituinte, modificando a constituição a qualquer tempo.

Na Alemanha, criou-se a Corte Federal Constitucional,

com funções semelhantes à da Suprema Corte americana, com o diferencial, contudo, da sua competência exclusiva para manifestações a respeito de questões constitucionais e por funcionar em paralelo e independentemente da estrutura do poder judiciário daquele país.

Segundo explica Goldsworthy²⁷:

Uma das grandes inovações da Lei Fundamental é a criação da Corte Constitucional Federal (CCF). Diferente da Suprema Corte dos Estados Unidos, que é um tribunal para recursos de revisão de apelação em geral carregado com casos de grande repercussão e controvérsias que emergem da aplicação de lei federal, inclusive das previsões legais da Constituição, a CCF é uma corte de revisão constitucional especializada organizada em separado e de forma independente do poder judiciário regular. Como o único tribunal da Alemanha com poderes para declarar estatutos e outras ações do governo inconstitucionais, seu status de guardião mor da Constituição está firmemente ancorado na Lei Fundamental. A CCF também é o único tribunal com a composição disciplinada na constituição.

As três formas de manifestação do poder do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) sempre foram tidas como a solução para o equilíbrio das forças atuantes. Entretanto, sendo atingidos esses mesmos estados pela pós-modernidade e seus desafios concretos, diante da necessidade de revisão de paradigmas históricos, merece detalhada atenção o real alcance desse equilíbrio de forças e sua atual conformação.

²⁷ *One of the great innovations of the Basic Law is the creation of the Federal Constitutional Court (FCC). Unlike the United States Supreme Court, which is a court of general appellate review charged with hearing cases and controversies arising under federal law, including the law of Constitution, the FCC is a specialized court of constitutional review organized apart from and independent of the regular judicial establishment. As the only tribunal in Germany empowered to declare statutes and other governmental actions unconstitutional, its status as a major guardian of the Constitution is firmly anchored in the Basic Law. The FCC is also the only tribunal whose composition is constitutionally specified.* GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Interpreting Constitutions*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 172.

3 O DOGMA DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES

3.1 Premissa Constitucional de Democracia

A premissa reconhecida de democracia que permeia a constituição federal passa pelo reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos indisponíveis e que devem ser respeitados e protegidos pelo Estado de direito. Embora de origem anglosaxônica, estes conceitos do homem como emanador e sujeito de direitos permearam as constituições modernas, sendo hoje elemento

obrigatório nas cartas jurídicas fundamentais das atuais democracias. Assim podem-se definir os fundamentos das premissas de democracia como²⁸:

A política que tem em vista o homem, em oposição às políticas que o vêem como instrumento, determinado seus objetivos (Bobbio). Na qualidade de política antimachiavélica, a democracia foi primeiramente antiabsolutista e, depois, antitotalitária: mas, sempre, ao menos tendencialmente, humanista. Por isso, o desenvolvimento da democracia moderna caracteriza-se por uma crescente consciência antropológica até o século XX, quando a democracia começa a apresentar um caráter novo em relação ao passado: a universalidade do conceito de homem e da sua participação política. Em outras palavras, na democracia do século XX o conceito de povo (do qual, anteriormente, haviam sido excluídas determinadas parcelas: escravos, mulheres, arraia-miúda, proletariado) compreende todos os homens chamados a se expressarem politicamente através do sufrágio universal. Tal atitude parte do reconhecimento dos chamados direitos humanos, que devem ser reivindicados, buscados e realizados em sentido universal, conforme se vê ao longo de toda a Idade Moderna, por isso denominada “era dos direitos” (Bobbio). E, ao menos em linha de princípio, pertence à modernidade o novo conceito de democracia, que poderia, portanto, ser considerada a política fundada nos direitos humanos, cuja tomada de consciência determina o ritmo do desenvolvimento da própria democracia. Esta, de fato, vai-se afirmando através do reconhecimento dos direitos humanos: primeiramente dos direitos civis, perante o Estado absolutista; depois, dos direitos *políticos* no âmbito do Estado de direito; a seguir, dos direitos *sociais* por meio do Estado Social; finalmente, dos direitos *coletivos* através de estruturas supranacionais.

O modelo de reconhecimento democrático de direitos fundamentais sempre apresentou dificuldades de legitimação e estabelecimento, principalmente em virtude da necessidade primordial de superação dos interesses vários a exigir atendimento pelo Estado. Não foi diferente com a mais antiga democracia das américas, como já alertava Tocqueville²⁹:

Essa dificuldade que a democracia encontra para vencer as paixões e calar as necessidades do momento com vistas ao futuro se nota nos Estados Unidos nas menores coisas. O

²⁸ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 277.

²⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América. Livro I, Leis e Costumes*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pág. 261.

povo, rodeado de adutores, dificilmente consegue triunfar por si mesmo. Cada vez que se quer obter dele que imponha uma privação ou um incômodo, mesmo com uma finalidade que sua razão aprova, quase sempre começa recusando-se. Gaba-se com razão a obediência dos americanos às leis. Cumpre acrescentar que, na América, a legislação é feita pelo povo e para o povo. Nos Estados Unidos, a lei se mostra, pois mais favorável àqueles que, em qualquer outra parte, têm mais interesse em violá-la. Assim, pode-se crer que uma lei incômoda, cuja utilidade real a maioria não sentisse, na produziria efeito ou não seria obedecida.

Desde a época da afirmação da composição do Estado americano, Hamilton e Madison apontavam para a definição da solução à composição das forças e interesses atuantes dentro do Estado democrático³⁰:

A política e a sociedade política são as condições de superação dos efeitos das facções, constituem o lugar em que as causas das facções, ou seja, os interesses e a ideologia não se tornam elementos de ruptura, mas de participação. “A tarefa primordial da legislação moderna é, pois, a regulamentação desses interesses diversificados e de suas interferências recíprocas, o que implica levar em conta certo espírito de partido na explicação das atividades comuns da administração ordinária.” Tudo é política; do contrário não haveria sociedade. A política e a sociedade política são, portanto, a máquina que ordena e reordena os interesses, que intervém nos conflitos, representa, julga e orienta. A democracia não basta. Ela legitima a origem do poder, mas deve, por sua vez, ser organizada pelo poder. A representação é necessária, mas tão necessária quanto ela é sua funcionalização na máquina do poder.

O real problema da desobediência a leis e princípios constitucionais democráticos aparece quando o ente que deveria ser o guardião da formação e aplicação desses direitos os desrespeita, ou seja, o próprio Estado democrático republicano de direito.

Soluções para este nó constitucional sempre, cedo ou tarde, desembocam na questão constitucional da separação de poderes, pois o descumprimento de normas fundamentais constitucionais ocorre diariamente, sem que haja solução prática para o conflito fundado na não intervenção entre poderes da mesma ordem de grandeza. Daí decorre a necessidade de se revisar

³⁰ NEGRI, Antônio. *O Poder Constituinte*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 237.

preceitos constitucionais que, ao contrário do alardeado não são assentados e tão bem definidos.

3.2 A Distribuição de Forças no Estado

A teoria clássica da tripartição de poderes estabelece a divisão das funções governamentais legislativa, executiva e judiciária entre corpos independentes e separados. Defende-se que essa separação limita a possibilidade da prática de excessos arbitrários pelo Estado, já que a sanção dos três ramos componentes do governo é necessária para a elaboração, execução e administração das leis.

Essa doutrina pode ser identificada já em textos de teorias sobre práticas de sistemas de governos mistos da idade antiga e medieval, as quais defendiam que o processo de governabilidade deveria envolver diferentes elementos da sociedade, tais como os interesses da monarquia, da aristocracia e da democracia. A primeira formulação moderna da teoria foi elaborada pelo escritor francês Montesquieu, em seu livro *De l'esprit des lois* (1748), muito embora o filósofo inglês Jonh Locke tenha anteriormente argumentado em seus escritos que o poder legislativo deveria ser dividido entre o rei e o Parlamento.

O argumento de Montesquieu de que a liberdade é mais efetiva quando exercida sob a salvaguarda da separação de poderes foi inspirado pela constituição inglesa (se assim se pode nomear a esse conjunto de legislações), muito embora sua interpretação da realidade política britânica da época tenha sido enfaticamente contestada. Seu trabalho foi de grande influência, notadamente no nascente Estados Unidos da América onde influenciou profundamente a concepção da Constituição americana, que mais tarde veio a encerrar a prática da concentração de poder ao estabelecer, junto à forma de tripartição dos poderes, mandatos por tempo definido para os cargos públicos chaves do governo.

Os diversos sistemas constitucionais modernos

demonstram variadas formas de combinações para o exercício dos três poderes e, por consequência, a doutrina perdeu muito de sua rigidez e pureza dogmática. Durante o século vinte e em especial desde a segunda guerra mundial, o envolvimento governamental, em inúmeros aspectos da vida econômica e social dos indivíduos, resultou em um alargamento da esfera de ação do poder executivo. Aqueles que consideram essa concentração exacerbada de poder uma ameaça à liberdade individual têm defendido o estabelecimento de meios de se insurgir contra as decisões executivas e administrativas (como, por exemplo, através do aumento das atribuições do Ministério Público), ao invés de rediscutir a doutrina da separação de poderes.

Aspecto relevante ao se falar em tripartição de poderes reside no conteúdo da doutrina americana denominada *check and balances*. Princípio de Estado pelo qual diferentes ramos do governo detêm poder para prevenir e impedir ações de cada um, sendo forçados a compartilhar o poder estatal. Essa doutrina é aplicada essencialmente em governos constitucionais. Ela é de fundamental importância para formas de governo tripartites, tais como o Brasil, que dividem o poder do Estado entre o Legislativo, o Executivo e Judiciário.

A origem do sistema como se conhece pode ser localizada já nos escritos do historiador grego Polybius (205-123 a.C.) que analisou a constituição mista da Roma antiga que continha três divisões de poder: monárquico (representado pelo Consul), aristocrático (pelo Senado) e democrático (pelo povo). Suas conclusões exerceram grande influência no desenvolvimento das teorias sobre a tripartição de poderes.

A doutrina americana de *check and balances*, que modificou a forma de se exercer a separação entre poderes e influenciou de forma decisiva a elaboração de constituições democráticas do século passado, pode ser aplicada de igual forma, sob a égide do sistema presidencialista ou parlamentarista de

governo, consubstanciado este último na prerrogativa do parlamento em adotar o voto de desconfiança no executivo e o executivo, ou gabinete, em contrapartida, ter a prerrogativa de dissolver o parlamento. Nessa espécie de sistema, como o inglês, o parlamento é supremo na elaboração e aprovação das leis, que não estão sujeitas à sanção pelo gabinete ou ao controle de constitucionalidade pelos tribunais.

Na França, após o advento da 5ª República (1958), um Conselho Constitucional, composto por nove membros (que exercem o cargo por nove anos e são indicados pelo presidente, pelo Senado e pela Assembléia Nacional), é responsável pela revisão da constitucionalidade da legislação. A República Federal da Alemanha combina aspectos do sistema parlamentarista e do sistema federalista, tal como existe nos Estados Unidos. Uma Corte Constitucional Federal se reveste do direito de declarar uma lei inconstitucional.

Os autores da Constituição dos Estados Unidos, influenciados pelo trabalho de Montesquieu e William Blackstone, entre outros, viram a doutrina de *check and balances* como essencial para a garantia da liberdade daqueles por ela regidos: “é buscando o equilíbrio de cada um desses poderes contra os outros dois, que os esforços da natureza humana através da tirania pode sozinha ser examinada e contida, e qualquer grau de liberdade preservada na constituição” - John Adams (*It is by balancing each of these powers against the other two, that the efforts in human nature toward tyranny can alone be checked and restrained, and any degree of freedom preserved in the constitution* - John Adams). Embora não expressamente prevista no texto constitucional, a revisão judicial – consubstanciada pelo poder dos tribunais de examinarem os atos do legislativo e do executivo, bem como de reverem os atos administrativos do governo, como garantia de suas constitucionalidades – tornou-se parte fundamental da formação do Estado norteamericano.

Outro aspecto do método *check and balances* reside na possibilidade de veto pelo presidente da legislação aprovada pela casas (o qual o Congresso pode derrubar pela votação de dois terços de seus componentes) e a possibilidade de impeachment de membros do executivo e do judiciário pelo Congresso. Somente o Congresso pode legislar sobre orçamento, e cada uma de suas casas funciona como fiscalizadora dos atos da outra, a fim de se verificar e evitar possíveis abusos de poder ou ações imprudentes. O Congresso por iniciativa de emendas constitucionais pode, na prática, reverter decisões da Suprema Corte. O presidente indica os membros da Suprema Corte, mas sua posse depende da aprovação do Senado, que também é incumbido de aprovar outras nomeações para os principais cargos do executivo. Cabe também ao Senado a aprovação de tratados internacionais para sua entrada em vigor.

Verifica-se, portanto, que a doutrina original da tripartição de poderes sofreu variações durante o transcurso do tempo, tanto pela evolução da sociedade, como pela necessidade de se adequar o sistema político às novas realidades sociais e econômicas mundiais.

O Brasil, pelo que se nota, retirou elementos de cada um dos sistemas mencionados para a elaboração de sua fórmula constitucional de equilíbrio de poderes, em um misto de fórmulas europeias e americanas. O cerne das doutrinas que influenciaram o sistema brasileiro visa promover o equilíbrio de forças dentro do Estado a fim de se garantir a liberdade individual e evitar abusos. Ocorre que a dinâmica de relação de forças reais existentes dentro da sociedade mudou, não está mais em equilíbrio e, portanto, o método utilizado apresenta falhas.

Nenhum dos sistemas seja europeu ou americano restou isento de problemas para sua efetivação, contudo são modelos que refletem outras realidades sociais que não fazem parte do cotidiano, razão pela qual necessita o Estado brasileiro promover uma reavaliação dessa forma de equilíbrio de poderes, a fim de garantir a

estabilidade social.

3.3 As Diferentes Funções das Forças Atuantes no Interior Estado

3.3.1 A Forma Tripartite de Divisão de Poderes no Estado Moderno

Como já afirmado, a relação de poderes nos Estados modernos decorreu da própria evolução histórica social, política e econômica das nações. Estes fatos ocorreram e ainda ocorrem (veja-se a recente constituição do Estado boliviano) desde os primórdios das organizações políticas em prol da obtenção de formas de convivência entre os atores sociais, visando o progresso de um país em benefício do povo, fundado na garantia de direitos fundamentais individuais. Com o Brasil não foi diferente, ressaltando Alexandre de Moraes que³¹:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito. A divisão sobre o critério funcional, a celebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente por John Locke, no Segundo tratado do governo civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente consagrada na obra de Montesquieu, O espírito das leis, a quem devemos a divisão e a distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art.16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão,

³¹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 382/383.

de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal. (...) Como salientam Canotilho e Moreira: “um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional (Verfassungstreue, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos de poder devam respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado (statesmanship).

Dessa forma, busca a Constituição brasileira ponderar e equacionar o exercício do poder no interior do Estado, pretendendo manter a em equilíbrio os interesses políticos e econômicos. Ao menos é o que deveria acontecer. Porém a realidade encontra-se distante da teoria, pelo simples fato de que a divisão de poderes proposta não foi historicamente aceita de forma pacífica, sequer na Europa ou nos Estado Unidos.

Os fundamentos do multicitado conceito baseiam-se na premissa angular do respeito aos direitos fundamentais do homem, contudo nenhum desses direitos foi cedido ao indivíduo, muito pelo contrário, foram conquistados, e, em alguns casos à base de derramamento de sangue perpetrado em inúmeros levantes e revoluções.

Pisier comenta em detida análise de Montesquieu ³²:

É preciso ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam esse poder. A liberdade política só pode ser encontrada, então, em um governo em que o poder é moderado porque é limitado: é uma experiência eterna a de que todo homem que detém o poder tenda e dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder. A moderação do poder depende, então, de

³² PISIER, Evelyne. *História das Idéias Políticas*. Barueri: Manole, 2004, p. 57.

uma certa “distribuição” das forças que dependa da razão e não do acaso: para formar um governo moderado, é preciso combinar as potências, regrá-las, temperá-las, fazê-las agir; dando, por assim dizer, um lastro a uma, para colocá-la em condições de resistir à outra; trata-se de uma obra prima de legislação, raramente fruto do acaso e que raramente damos à prudência ensejo de realizar. Um governo despótico, ao contrário, por assim dizer, salta aos olhos; é por toda a parte uniforme: como só são necessárias as paixões para estabelecê-lo, todos são capazes de fazê-lo.

Nota-se que buscava Hobbes, em seu conceito, a pacificação social com a instituição de um Estado forte que sobrepujasse a todos aqueles que desafiassem seu poder com a finalidade de fomentar conflitos no seio social.

No mesmo contexto, Pisier afirma que John Locke, considerado o criador da fórmula liberal do Estado moderno, mesmo ao contrariar Hobbes, deixa clara a razão da sua existência e sua função maior, qual seja a de provedor de direitos aos cidadãos e protetor dos indivíduos, pois ³³:

O pacto de instituição do poder público do Estado é muito diferente do imaginado por Grotius e do que Hobbes previa. O primeiro tem em vista um contrato que associa os cidadãos entre si, por um lado, e, por outro, esses cidadãos, como coletividade, à instância superior; o segundo o concebe como cessão integral que obriga os súditos e não implica qualquer obrigação por parte do Estado. Locke assume posição diferente uma vez que, em seu ponto de vista, a sociedade como tal - no estado de natureza - possui a capacidade de se organizar harmoniosamente, sem que haja a necessidade de se recorrer à ordem política. O que obriga a instaurá-la é a impotência a que se encontra reduzida tal sociedade quando sua organização natural é ameaçada por inimigos internos e externos. Os direitos naturais não têm força: é indispensável constituir um poder que os enuncie e os formalize - que lhes dê força de lei - e imponha sua efetividade - pela coerção. Portanto, o princípio-Estado é necessário - com seu aparelho legislativo, judiciário, policial e militar-, mas é uma forma vazia. Os cidadãos-proprietários decidem sobre a natureza do corpo legislativo e do governo e determinam quais, entre eles são confiáveis para realizar suas tarefas. É deles, então, que o regime depende - que durará enquanto ele servir ao bem público. Fracassaria o Estado em sua missão e infringiria os direitos naturais? Seria então um dever dos cidadãos desencadear ‘a insurreição sagrada’ e escolher governantes decididos a fazer do Estado um poder a serviço das liberdades inscritas em cada indivíduo.

³³ PISIER, Evelyne. *op. cit.*, p. 67.

Nos dizeres do próprio John Locke ³⁴:

O objetivo capital e principal da união dos homens em comunidades sociais e de sua submissão a governos é a preservação de sua propriedade. O estado de natureza é carente de muitas condições. Em primeiro lugar, ele carece de uma lei estabelecida, fixada, conhecida, aceita e reconhecida pelo consentimento geral, para ser o padrão do certo e do errado e também a medida comum para decidir todas as controvérsias entre os homens.(...) É muito raro encontrarmos homens, em qualquer número, permanecendo um tempo apreciável nesse estado. As inconveniências a que estão expostos pelo exercício irregular e incerto do poder que cada homem possui de punir as transgressões dos outros faz com que eles busquem abrigo sob as leis estabelecidas do governo e tentem assim salvaguardar sua propriedade. É isso que dispõe cada um a renunciar tão facilmente a seu poder de punir, porque ele fica inteiramente a cargo de titulares nomeados entre eles, que deverão exercê-lo conforme as regras que a comunidade ou aquelas pessoas por ela autorizadas adotaram de comum acordo. Aí encontramos a base jurídica inicial e a gênese dos poderes legislativo e executivo, assim como dos governos e das próprias sociedades.

As idéias políticas de John Locke tiveram impacto direto no pensamento europeu e é clara a inspiração em sua obra das revoluções americana (1787) e francesa (1789), das quais resultaram as duas cartas de direitos que influenciam até os dias presentes.

Complementa noção de transmissão de poder individual a um ente regulador o conceito de contrato social de Rousseu, que, segundo Pisier, preconizava ³⁵:

Esse contrato social legítimo nada tem de um contrato de governo, pois antes de examinar o ato pelo qual um povo elege um rei, seria bom examinar o ato pelo qual o povo é um povo. Não é também o contrato passado entre os indivíduos, mas o contrato de cada um consigo mesmo e que transforma cada indivíduo em cidadão. Todas as cláusulas desse contrato se reduzem a uma só, ou seja, à alienação total de cada associado com todos os seus direitos a toda à comunidade. Dessa forma, o objeto do contrato se realiza imediatamente, esse ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantos são os votos da assembléia e, por esse mesmo ato, ganha sua identidade seu eu comum, sua vida e sua vontade.

³⁴ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do civil. Petrópolis, Vozes, 1994, p.156/159.

³⁵ PISIER, Evelyne. *op. cit.*, p. 85.

Dessa forma, o pacto social implica em renúncia a qualquer forma de exercício de poder individual em favor do coletivo que se organiza em um ente representativo social responsável pela elaboração das regras de aplicação e manejo do poder estatal.

Montesquieu, ao estabelecer os limites para o exercício desse poder a fim de que ele não se tornasse despótico, elabora a teoria de equilíbrio de poderes do Estado, sustentando e delineando o conceito de moderação de poder, que não se confunde com o princípio revolucionário francês da separação de poderes, conforme assegura Pisier ³⁶:

Certa tradição jurídica francesa faz de Montesquieu o inventor do princípio da separação dos poderes, tal como, por exemplo, Sieyès, teorizará em seu discurso de 2 Termidor ano III. Confundir Montesquieu com Sieyès beira à aberração. Charles Eisenmann, de modo irrefutável, corrigiu esse erro de interpretação: 'Longe de explicar a doutrina de O espírito das leis, a interpretação que a faz proceder da idéia de separação de poderes a desfigura completamente, dando dela um imagem completamente alterada, quase uma caricatura. Montesquieu prega um sistema de acordo mútuo das potências na não-confusão dos poderes, a fim de que as três forças políticas principais não possam, nenhuma delas abusar do poder. Mas o abuso de poder não tem um significado jurídico (não se trata de encerrar o poder em um limite legal estreito), mas um significado político: 'Abusar do poder, segundo sua idéia, consiste em exercê-lo de um modo unilateral em excesso. Não abusar dele é, então, usá-lo para uma política, por medidas que levem em consideração a multiplicidade e a diversidade dos interesses e das concepções encontrados na sociedade. A moderação assim entendida é a linha média resultante da composição de forças(...).

Foi necessária essa rápida análise histórica, acerca da formação do Estado e das relações dos poderes que o constitui, para se passar à análise das razões pelas quais esses modelos tradicionais de equilíbrio de forças, dos quais as noções teóricas imperam até a data atual, não são mais suficientes ao atendimento das necessidades sociais.

A fundação do Estado democrático de direito viria a seguir com o advento das revoluções anteriormente destacadas e,

³⁶ PISIER, Evelyn. *op.cit.*, p. 75/76.

como consequência, de uma construção jurídica de previsões constitucionais de direitos inalienáveis do homem. Atingir-se-ia, então, a expressão máxima do Estado provedor de direitos. Contudo a visão do contrato social clássico não é aplicável aos dias atuais, bem como a interdependência e relação dos poderes, nos moldes preconizados por Montesquieu.

A razão funda-se na existência de forças externas ao Estado, as quais, devido ao modelo neoliberal do capitalismo pós-moderno tornaram-se tão fortes e influentes quanto o próprio Estado, e que não representam de forma alguma os interesses dos cidadãos.

O exercício clássico do poder pelos três entes do Estado, legislativo, executivo e judiciário, demonstra-se insuficiente para atingir sua finalidade social, pois o executivo não consegue implementar as políticas públicas a que está obrigado, o legislativo não legisla em favor de seus representados e o judiciário, diante do enorme fosso social encontrado na realidade econômica nacional, fica impotente em dissolver conflitos coletivos, funcionando apenas como órgão repressor daqueles que o Estado identifica como ameaça ao *status quo*.

Embora para Locke o poder legislativo fosse o poder supremo dentro do seu conceito de Estado, nos dias atuais ele perdeu sua forma originalmente prevista e foi literalmente envolvido e tragado pelo executivo. Conforme sua descrição ³⁷:

³⁷ *The great end of men's entering into society, being the enjoyment of their properties in peace and safety, and the great instrument and means of that being the laws established in that society; the first and fundamental positive law of all common-wealths is the stablishing of the legislative power; as the first and fundamental natural law, wich is to govern even the legislative itself, is the preservation of the society, and (as far as will consist with the public good) of every person in it. This legislative is not only the supreme power of the common-wealth, but sacred and unalterable in the hands where community have once placed it; nor can any edict of any body else, in what form so ever conceived, or by what power so ever backed, have the force and obligation of a law, which has not its sanction from that legislative which the public has chosen and appointed: for without this the law could not have that, which is absolutely necessary to its being a law, the consent of the society, over whom no body can have a power to make laws, but by their own consent, and by authority received from them; and therefore all the obedience, which by the most solemn ties any one can be obliged to pay, ultimately terminates in this supreme power, and is direct by those laws which it enacts: nor can any oaths to any foreign power whatsoever, or any domestic subordinate power, discharge any member of the society from his*

A grande finalidade dos homens ao ingressarem em sociedade é ter o direito de desfrutar de suas propriedades em paz e segurança e o grande instrumento para a garantia desses direitos são as leis estabelecidas naquela sociedade. A primeira e fundamental lei positiva de todas as comunidades é a que estabelece o poder legislativo; como a primeira e fundamental lei natural, que vale para governar o próprio legislativo, é a preservação da sociedade, e (até onde se coincida com o bem comum) de cada pessoa que a compõe. Esse legislativo não é somente o poder supremo de uma comunidade, mas também é sagrado e inalterável nas mãos da comunidade que o estabeleceu; de igual forma nenhum decreto ou qualquer outra pessoa, de qualquer forma concebida ou agindo sob qualquer poder que seja, pode ter a força e as obrigações de direito, que lhe foram outorgadas pelo legislativo e que foram confirmadas por pessoas escolhidas e indicadas pelo povo: sem isso uma lei não tem, o que é absolutamente necessário para se constituir em uma lei, o consentimento da sociedade, sem o qual ninguém tem o poder para fazer leis, mas antes sob seu consentimento e pela autoridade recebida da sociedade; e, portanto, toda a obediência, a que pelos laços mais solenes todos devem respeito, terminam, ao final, nesse poder supremo, e desse poder resultam leis inatas: ninguém está dispensado de obedecer ao legislativo, agindo de acordo com a sua vontade, alegando lealdade a um poder estrangeiro ou a um poder doméstico; nem tampouco obrigar-se a qualquer obediência que seja contrária às leis promulgadas ou aos atos por elas autorizadas; em última análise, é ridículo imaginar que alguém possa estar vinculado a obedecer a qualquer poder da sociedade que não seja supremo.

Como visto, mais tarde Montesquieu limitaria este poder perante os outros dois que, em sua opinião, formam a moderação ideal dentro do Estado, o que geraria o equilíbrio necessário, à época, para sua manutenção e existência.

Porquanto histórica, as relações de poder descritas pelo autor ainda permanecem em interação dinâmica, oferecendo aos envolvidos destinos diferentes: existem os que são beneficiados (a minoria) e os prejudicados (a maioria), os quais são alimentados com a esperança de que um dia ascenderão à esfera de representatividade do poder dominante. Essa relação intrínseca de poder, representada hoje pelo liberalismo, sob que nova roupagem

obedience to the legislative, acting pursuant to their trust; nor oblige him to any obedience contrary to the laws so enacted, or farther than they do allow; it being ridiculous to imagine one can be tied ultimately to obey any power in the society, which is not the supreme. LOCKE, John. *Second Treatise of Government*. Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc, 1980, p. 79/80.

for, embora não evidente na época, torna-se prevalente nos dias atuais, na era do capital, que a tudo influencia e acerca da qual já alertava Alain Tourraine³⁸:

A irracionalidade dos mercados de capitais só pode ser combatida por intervenções voluntárias, políticas. Desenvolvimento tecnológico, aumento de consumo, luta contra a fratura social e por um desenvolvimento durável, devem ser nossos objetivos principais. Nossa principal tarefa é identificar as forças que podem agir positivamente e não confundir a crítica ativa do capitalismo financeiro e da irresponsabilidade governamental, com a denúncia global da economia moderna, tão errada quanto a que ataca e prega a volta a soluções do passado. Isso deveria libertar-nos do irracionalismo dos populismos de todos os tipos.

Portanto infere-se afinal que a manutenção da ordem econômica, social e política, dentro de um Estado democrático de direito, resulta diretamente do equilíbrio de forças em seu interior. Esse equilíbrio depende de dois fatores estruturantes fundamentais: o estabelecimento da origem e distribuição do poder e a crença na natureza originária de direitos da Carta Magna daquele Estado.

3.3.2 Origem e Predomínio Entre Poderes

O surgimento da teoria tripartite de poderes decorre intrinsecamente da necessidade de organização das relações de poder dentro do Estado, fator primordial para seu surgimento e existência como ente representativo do interesse da maioria. Isso, em princípio, caracteriza uma democracia e revela o grau de desenvolvimento do contrato social rousseauiano, ao que Foucault denominou governamentabilidade na seguinte passagem ³⁹:

O que pretendo fazer nestes próximos anos é uma história da governamentabilidade. E com esta palavra quero dizer três coisas: I – o conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer esta forma bastante específica e complexa de poder, que tem por alvo a população, por forma principal

³⁸ TOURAINE, Alain. *Como sair do Liberalismo*. Bauru, SP: Edusc, 1999, p. 32.

³⁹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2003, p. 292/293.

de saber a economia política e por instrumentos técnicos essenciais os dispositivos de segurança. 2- a tendência que em todo o Ocidente conduziu incessantemente, durante muito tempo, à preeminência deste tipo de poder, que se pode chamar de governo, sobre todos os outros – soberania, disciplina, etc.- e levou ao desenvolvimento de uma série de aparelhos específicos de governo e de um conjunto de saberes. 3- o resultado do processo através do qual o Estado de justiça da Idade Média, que se tornou nos séculos XV e XVI Estado administrativo, foi pouco a pouco governamentalizado. Sabemos que fascínio exerce hoje o amor pelo Estado ou o horror pelo Estado; como se está fixado no nascimento do Estado, em sua história, seus avanços, seu poder e seus abusos, etc. Esta supervalorização do problema tem uma forma imediata, efetiva e trágica: o lirismo do monstro frio frente aos indivíduos; a outra forma é a análise que consiste em reduzir o Estado a um determinado número de funções, como por exemplo ao desenvolvimento das forças produtivas, à reprodução das relações de produção, concepção de Estado que o torna absolutamente essencial como alvo de ataque e como posição privilegiada a ser ocupada. Mas o Estado – hoje provavelmente não mais do que no decurso de sua história – não teve esta unidade, esta individualidade, esta funcionalidade rigorosa e direi até esta importância. Afinal de contas, o Estado não é mais do que uma realidade composta e uma abstração mistificada, cuja importância é muito menor do que se acredita. O que é importante para nossa modernidade, para nossa atualidade, não é tanto a estatização da sociedade mas o que chamaria de governamentalização do Estado.”

Portanto, mais relevante do que a existência de um Estado democrático de direito é a constatação de sua governamentalidade. Para este fim, lançaram mão os Estados modernos do instrumento considerado a fonte da vontade do povo, ou seja, da elaboração de constituições democráticas e pluralistas, fundadas em um poder constituinte originário ⁴⁰, legislações estas que se constituíram no depositário dos direitos fundamentais do cidadão, sendo, portanto, consideradas fontes do direito contemporâneo.

⁴⁰ Nas palavras de Negri: Falar de poder constituinte é falar de democracia. Na era moderna, os dois conceitos foram quase correspondentes e estiveram inseridos num processo histórico que, com a aproximação do século XX, fez com que se identificassem cada vez mais. Em outros termos, o poder constituinte não tem sido considerado apenas a fonte onipotente e expansiva que produz as normas constitucionais de todos os ordenamentos jurídicos, mas também o sujeito desta produção, uma atividade igualmente onipotente e expansiva. Sob este ponto de vista, o poder constituinte tende a se identificar com o próprio conceito de política, no sentido com que este é compreendido numa sociedade democrática. Portanto, qualificar constitucional e juridicamente o poder constituinte não será simplesmente produzir normas constitucionais e estruturar poderes constituídos, mas, sobretudo ordenar o poder constituinte enquanto sujeito, regular a política democrática. NEGRI, Antônio. *O Poder Constituinte*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 7.

As normas de relação e aplicação do poder do Estado, seja horizontalmente (entre seus órgãos), seja verticalmente (para o povo), embora fundamentadas em uma Constituição democrática possuem um espectro maior, em uma esfera que parece inatingível aos intérpretes e operadores do direito.

A Constituição, sob várias óticas, pode ser a fonte do direito exercido em um Estado democrático, pois como explica Guastini ⁴¹:

Em geral, as constituições escritas – ou constituições em sentido formal – são fontes do direito. Em que sentido? Esta tese pode ser entendida de três formas diferentes: 1) Em um primeiro sentido, se pode dizer que a Constituição é fonte de direito por entender, simplesmente, que os enunciados constitucionais expressam normas (podem ser normas em sentido genérico, podem ser normas em sentido estrito, ou seja, mandatos), as quais disciplinam – pelo menos – a organização do Estado e as relações do Estado com os cidadãos. Este primeiro modo de entender a tese em exame é, *prima facie*, absolutamente óbvio e não problemático. 2) Em um segundo sentido, se pode dizer que a Constituição é fonte do direito por entender que as normas constitucionais – pelo menos quando sob um regime de Constituição rígida – são idôneas: a) para ab-rogar e/ou invalidar (se trata, neste

⁴¹ *En general, las constituciones escritas – o constituciones en sentido formal – son fuentes del derecho. En que sentido? Esta tesis puede ser entendida en no menos de tres modos diversos: 1) En un primer sentido, se puede decir que la Constitución es fuente del derecho por entender, simplemente, que los enunciados constitucionales expresan normas (ya sea normas en sentido genérico, ya sea normas en sentido estricto, o sea, mandatos), las cuales disciplinan – cuando menos – la organización del Estado y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Este primer modo de entender la tesis en examen es, prima facie, absolutamente obvio e no problemático. 2) En un segundo sentido, se puede decir que la Constitución es fuente del derecho por entender que las normas constitucionales – cuando menos bajo un régimen de Constitución rígida – son idóneas: a) para abrogar y/o invalidar (se trata, en este caso, de invalidez sobrevenida) normas anteriores de rango subconstitucional materialmente incompatibles con ella; b) para invalidar normas sucesivas de rango subconstitucional formalmente disconformes o materialmente incompatibles con ella. Esse segundo modo de entender la tesis en cuestión es menos obvio desde el momento que en Italia la doctrina y la jurisprudencia, al menos en relación con algunas normas constitucionales, han sostenido una opinión contrária. 3) En un tercer sentido, se puede decir que la Constitución es fuente del derecho por entender que las normas constitucionales son idóneas para disciplinar directamente no sólo la organización estatal y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino también las relaciones entre particulares, y son portanto susceptibles de aplicación jurisdiccional por parte de cualquier juez (y no solamente por parte del juez constitucional). También este tercer modo la tesis en examen no es obvio, ya sea porque está en contraste con la concepción clásica de la Constitución (como limite al poder político), ya sea porque, más en general, está conectado a un cierto modo de interpretar los textos constitucionales. GUASTINI, Riccardo. Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2007, p. 22/23.*

caso, de invalidez superveniente) normas anteriores de natureza subconstitucional materialmente incompatíveis com ela; b) para invalidar normas sucessivas de fundo subconstitucional formalmente não conformes ou materialmente incompatíveis com ela. Esse segundo modo de entender a tese em questão é menos óbvia desde o momento que na Itália a doutrina e a jurisprudência, ao menos em relação a algumas normas constitucionais, vêm sustentando uma opinião contrária. 3) Em um terceiro sentido, se pode dizer que a Constituição é fonte de direito por entender que as normas constitucionais são idôneas para disciplinar diretamente não só a organização estatal e as relações entre o Estado e os cidadãos, como também as relações entre particulares, e são, portanto, suscetíveis de aplicação jurisdicional por parte de qualquer juiz (e não somente por parte de um juiz constitucional). Também este terceiro modo da tese em exame não é óbvio, seja porque está em contraste com a concepção clássica de Constituição (como limite ao poder político), seja porque, em geral, está conectado a um certo modo de interpretar os textos constitucionais.

Mas a formação e existência das relações de poder dentro do Estado vão além da constituição escrita e formal como fonte do direito. Elas são facilmente constatáveis naquele ente que existe além da constituição jurídica, ou seja, a constituição real, aquela que sai do papel e ganha às ruas, e, como afirma Konrad Hesse ⁴²:

Em 16 de abril de 1862, Ferdinand Lassalle proferiu, numa associação liberal-progressista de Berlim, sua conferência sobre a essência da Constituição (Über das Verfassungswesen). Segundo sua tese fundamental, questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. É que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais. As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com estas expressem tão- somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder; Esses fatores reais do poder formam a Constituição real do país. Esse documento chamado Constituição jurídica – não passa, nas palavras de Lassalle, de um pedaço de papel (ein Stück Papier). Sua capacidade de regular e de motivar está limitada à sua compatibilidade com a Constituição real. Do contrário, torna-se inevitável o conflito, cujo desfecho há de se verificar

⁴² HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 09/10.

contra a Constituição escrita, esse pedaço de papel que terá de sucumbir diante dos fatores reais de poder dominantes no país.

Um dos exemplos mais claros do acima exposto figura no período do terror que durou de 1792 a 1794 na França revolucionária. Embora o art. 16 da Declaração do Homem e do Cidadão, a Constituição revolucionária, determine que: *a sociedade em que não esteja assegurada a garantia de direitos nem estabelecida a separações dos poderes não tem Constituição*, o que se presenciou durante este período histórico foi a perseguição política desenfreada, lastreada por julgamentos fraudados pelo Tribunal Revolucionário, levando, nada menos do que em apenas seis meses, 2600 pessoas à guilhotina em uma fase denominada de “fase do terror”.

Nenhum direito foi respeitado, e claramente o poder dos *seans-culottes* dominou o cenário administrativo, político e judiciário, chegando ao ponto de se afirmar que havia dois poderes atuando em Paris nesta época, os intelectuais que promoviam as leis e os trabalhadores dos Foubourgs que promoviam os massacres em nome da revolução. Nenhuma igualdade foi observada, nenhuma liberdade foi garantida e muito menos se viu traços de fraternidade.

De volta, portanto, ao defendido por Foucault, o que há de surpreendente no Estado moderno não é a sua existência, mas sim sua governabilidade, ou seja, a necessária combinação das relações de poder no seu interior vital para a sua sobrevivência.

3.4 O Descumprimento Ontológico de Preceitos Constitucionais

Do exposto até o momento, chega-se à conclusão de que o sistema de tripartição de poderes, como hoje previsto no art. 2º da Constituição Federal, é ineficaz. E o é porque simplesmente não existe, restando distante de espelhar a realidade do jogo de forças dentro do Estado brasileiro.

A saída para o problema visceral instaurado passa necessariamente pela revisão de paradigmas institucionais, ou seja, verdadeira mudança na forma da interpretação das normas constitucionais já existentes.

Não se discute que o ideal seria uma reforma do próprio Estado, passando pelo sistema político e pelo judiciário, mas, por motivos os mais diversos, inclusive a resistência sem fundamentos que hoje se encontra ao se falar em reforma constitucional e perda de privilégios, não há perspectiva para tanto.

Contudo um novo papel constitucional das instituições pode emergir da mudança na forma de se enxergar e aplicar as normas previstas na Carta Magna, tal como o faz Nino Piçarra ao decretar a *falência da idéia de uma tripartição rígida de poderes e sua substituição por uma teoria geral das funções estatais* ⁴³.

Uma nova hermenêutica jurídica da Constituição se faz necessária, para adequar as necessidades atuais às regras gerais reais já estabelecidas.

É o que demonstra Peter Häberle ⁴⁴:

As reflexões desenvolvidas levam a uma relativização da hermenêutica constitucional jurídica. Essa relativização assenta-se nas seguintes razões: 1. o juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente; 2. Na posição que antecede a interpretação constitucional “jurídica” dos juízes (Im Vorfeld juristischer Verfassungsinterpretation der Richter), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de “participante do processo constitucional” (am Verfassungsprozess Beteiligte) relativiza-se na medida que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (die pluralistische Öffentlichkeit) desenvolve força normatizadora (normierende Kraft). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com sua atualização pública. 3. Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim,

⁴³ In MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 382.

⁴⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antóio Fabris, 2002, p. 41/42.

a constituição material “subsiste” sem interpretação constitucional por parte do juiz. Considerem-se as disposições dos regimentos parlamentares! Os participantes do processo constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional.

Na mesma linha de pensamento, escreve Zagrebelsky

45.

A problemática coexistência entre os distintos aspectos que constituem o direito (direitos, justiça, lei) e a adequação entre casos e regras são questões que exigem uma particular atitude espiritual por parte de quem opera juridicamente. A esta atitude, que guarda uma estreita relação com o caráter prático do direito, se denomina “razoabilidade” e alude à necessidade de um espírito de “adaptação” de alguém em respeito a algo ou a alguém, com o fim de evitar conflitos mediante a adoção de soluções que satisfaçam a todos na melhor medida que as circunstâncias permitam. “Razoável”, também na linguagem comum (“ser razoável”), é quem se dá conta de que é necessário para a coexistência chegar a “composições” onde haja espaço não só para uma, mas para muitas “razões”. Se trata, pois, não do absolutismo de uma só razão e tampouco do relativismo de distintas razões (uma ou outra, são iguais), sinal do pluralismo (umas e outras a cada vez, na medida em que seja possível). Retornam neste ponto as imagens da ductibilidade e da raposa com que se começou descrevendo as aspirações plurais das sociedades atuais, até quando na metáfora usada na política clássica a

⁴⁵ *La problemática coexistencia entre los disitintos aspectos que constituyen el derecho (derechos, justicia, ley) y la adcuación entre casos y reglas son cuestiones que exigen una particular actitud espiritual por parte de quien opera jurídicamente. A esta actitud, que guarda una estrecha relación con el carácter práctico del derecho, se le denomina <<razonabilidad>> y alude a la necesidad de un espíritu de <<adaptación>> de alguien respecto a algo o a algún otro, con el fin de evitar conflictos mediante la adopción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que las circunstancias permitan. <<Razonable>>, también en el lenguaje común (<<sé razonable>>), es quien se da cuenta de lo necesario que es para la coexistencia llegar a <<composiciones>> en las que haya espacia no sólo para una, sino para muchas <<razones>>. Se trata, pues, no del absolutismo de una sólo razón y tampoco del relativismo de las distintas razones (una u otra, iguales son), sino del pluralismo (umas y otras a la vez, en la medida em que sea posible). Retornan en este punto las imágenes de la ductibilidad y de la zorra con que se comenzó describiendo las aspiraciones plurales de las actuales sociedades, aun cuando en la metáfora política clásica la zorra representa la astucia sin prejuicios y cínica, mientras que ahora la astucia que se precisa carga con el peso de muchas tareas, de muchas responsabilidades. La manera de concebir la <<razonabilidad>> ha cambiado: de requisito subjetivo del jurista ha pasado a ser requisito obeitivo del derecho. Es <<razonable>> el derecho que se presta a someterse a aquella exigencia de composición y apertura, es decir, el derecho que no se cierra a la coexistencia pluralista. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2008, p. 147.*

raposa representa a astúcia sem preconceitos e o cinismo, enquanto que agora a astúcia que se precisa combina com o peso de muitas tarefas, de muitas responsabilidades. A maneira de conceber a “razoabilidade” mudou: de requisito subjetivo do jurista passou a ser requisito objetivo do direito. É “razoável” o direito que se presta a submeter-se àquela exigência de composição e abertura, é dizer, o direito que não se fecha à coexistência pluralista.

O modelo americano que serviu de inspiração para determinados dispositivos constitucionais brasileiros não serve de parâmetro neste momento, pois, como afirma Ackerman ⁴⁶:

Com o declínio do poder organizador da legalidade comum, os Americanos descobrem que a Constituição contém imperativos profundos que continuam a moldar suas lutas por poder e legitimidade. Dois em particular. O primeiro é o calendário eleitoral que tem funcionado implacavelmente por duzentos anos. Mesmo quando protagonistas desafiam as regras e princípios existentes eles estão cientes de que o julgamento dos eleitores não tardará. E eles sabem que seus oponentes forçosamente trarão as irregularidades legais à atenção do público. Aqui é onde entra em jogo a segunda estrutura básica: a separação de poderes entre Câmara, Senado, Presidente e Tribunal. Devido ao ciclo eleitoral, é muito difícil para reformadores revolucionários deter o controle sobre todos os quatro ramos simultaneamente. Isso não só significa que movimentos não convencionais devem estar preparados para uma batalha longa e difícil. Eles também devem levar a sério os argumentos de seus oponentes, pelo menos durante o período em que tradicionalistas controlem algumas das instituições chaves.

Assim, a crise legal nos EUA leva seus intérpretes constitucionais a voltarem-se para suas instituições, algo impossível de se fazer neste momento histórico brasileiro, pois a crise nacional reside justamente no âmago das instituições, restando ao intérprete

⁴⁶ *As the organizing power of ordinary legality declines, Americans discover that the Constitution contains deeper imperatives that continue to shape their struggle for power and legitimacy. Two in particular. The first is the electoral calendar, which has proceeded remorselessly for two hundred years. Even when protagonists challenge existing rules and principles, they are well aware that the voters' judgment will not be long delayed. And they know that their opponents will forcefully bring legal irregularities to public attention. Here is where the second basic structure comes into play: the separation of powers between House, Senate, President, and Court. Given the electoral cycle, it is very difficult for revolutionary reformers to win control over all four branches simultaneously. This is not only means that unconventional movements must be prepared for a long and difficult struggle. They must also take their opponents' arguments seriously, at least during the interim period when traditionalists still control some of the key institutions.* ACKERMAN, Bruce. *When the people – transformations*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 384.

jurídico lançar um olhar atento ao povo e às manifestações cívicas, para daí retirar os novos fundamentos da aplicação das regras constitucionais.

Tampouco servirá a favor os métodos interpretativos europeus, podendo ser usados como base de trabalho, mas jamais como fim em si mesmo, já que seus objetivos sociais são outros.

Diante da realidade sócioeconômica brasileira, não há outro caminho, senão vislumbrar e estabelecer novos paradigmas de interpretação das regras que nos conduzem como nação. Nesse sentido ilustra Alain Touraine ⁴⁷:

O que urge tal reflexão crítica sobre o passado e, sobretudo, sobre o presente, é que, contrariamente aquilo que afirmava o discurso por tanto tempo dominante, não vivemos mais em num mundo vazio, sem capacidade de ação, sem esforços de libertação. Mas, ao mesmo tempo, hoje medimos melhor do que outrora que o triunfo mundial de uma economia capitalista liberada de todo controle social e político engendra rupturas, multiplica as situações de precariedade e aumenta as desigualdades. Ninguém mais é tentado a voltar para aquela confiança cega nos avanços da produção, do consumo e da comunicação; definitivamente perdemos as ilusões que guiavam as 'grandes potências' que as levavam a se considerar como as únicas depositárias do reino da razão e do futuro do mundo. No entanto, vemos surgir por toda parte novas demandas, novas representações e as idéias novas; em toda parte percebemos que o cenário histórico não está vazio, que ele não está ocupado somente por combates militares, ou invasões e destruições massivas. Estas catástrofes, mesmo se o peso que elas acrescentaram ao mundo é arrasador, não impedem aqueles que sempre disseram 'nada podemos fazer' de estarem errados, e aqueles que dizem 'sempre podemos fazer alguma coisa' de terem razão e merecem o esforço e o apoio de uma reflexão, tão importante quanto foram as transformações institucionais ou a criação de novas organizações ao serviço da ação coletiva.

Não há mais espaço para o alijamento das forças cidadãs em movimento na sociedade nacional, sejam elas centrais ou periféricas. Não existem soluções mágicas. Quando as instituições falham no seu papel constitucional é necessária a revisão de suas atuações, e dentro dessa revisão os excluídos de qualquer benefício

⁴⁷ TOURAINE, Alain. *Pensar outramente o discurso interpretativo dominante*. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 32.

estatal não podem ser deixados de lado.

É o que deixa claro Octávio Rodriguez no seguinte trecho ao discorrer sobre o desenvolvimento como processo de integralização da dignidade humana ⁴⁸:

O conceito atual de cidadania embute o de uma sociedade cujos integrantes se organizam a partir de seus diferentes papéis e participam da vida política procurando incidir nas decisões coletivas, de acordo com seus próprios interesses. O desenvolvimento da cidadania implica propiciar a conformação de “atores sociais” com capacidade e possibilidades de defender suas demandas e de contrapor-se àquelas propostas que os prejudicam na consecução de interesses legítimos. Este modo de ver leva a pensar o desenvolvimento, no que se refere à sua dimensão sócio-política, como marcado pelo conflito, mas também pela capacidade de resolvê-lo. De outra perspectiva, impulsionar a cidadania implica habilitar os mecanismos e instrumentos que permitem expressar os conflitos e construir, a partir dessas expressões, os projetos compartilhados que permitem resolvê-los.

Por fim, as mazelas que levam, em última análise, às distorções de poder, só desaparecerão quando os direitos do cidadão, objeto do Estado democrático de direito, forem levados a sério em obediência a uma interpretação sob novo enfoque das regras e princípios constitucionais.

4 O NOVO PARADIGMA: REVISÃO DAS DELIMITAÇÕES DE PODER DO ESTADO

4.1 A Crise das Instituições

Conforme apresentado na introdução deste texto, ao se referir a uma cegueira generalizada que atinge uma população determinada, José Saramago apresenta uma situação fictícia, em que as pessoas, em razão de uma restrição física que as acomete, tornam-se iguais e sofredoras das mesmas espécies de problemas, ou seja, a falência do Estado na capacidade de protegê-las do mal (a doença não possui explicação científica) e de atender as suas

⁴⁸ RODRIGUEZ, Otávio. *O Estruturalismo latino-americano*. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 641.

necessidades mais básicas.

Isso faz com que se realize um novo pacto entre elas, sob a égide da dependência, em que as pessoas se tornam mais humanas e dispostas a ajudar uns aos outros, ou seja, mais fraternos, possível o paralelismo com o conceito de *posição original* e *véu de ignorância* trazidos por John Rawls, em seu livro *Uma Teoria da Justiça*, pelos quais as pessoas, componentes de uma nação, ao identificarem a falência do pacto anteriormente realizado, encontrariam-se em posição de igualdade para negociarem um novo.

Ao se analisar a sociedade atual que apresenta descrença na capacidade de mudança das práticas de políticas públicas pelo Estado, em especial no atendimento de suas necessidades básicas, o que leva inevitavelmente ao ocaso da civilidade, é imperioso se perguntar que tipo de Estado se quer instituir para a nação, tanto agora, como num futuro próximo.

A respeito da questão Dalmo de Abreu Dallari relata que⁴⁹:

Apreciando esses aspectos da realidade contemporânea, De Gaulle assinalou que, a rigor, essa dependência do Estado ao bem-estar do povo ocorreu em todos os tempos. A diferença está em que hoje ela é mais acentuada do que nunca, por várias razões que podem ser assim enunciadas: porque todo indivíduo é constantemente impelido pelo desejo de possuir os novos bens criados pela época moderna; porque todos estão conscientes de que, a tal respeito, sua situação depende diretamente da conjuntura global e do que for decidido na cúpula; porque a rapidez e a amplitude de informação possibilitam a cada homem e a cada povo comparar o que têm com aquilo do que dispõem os outros. Dessa forma, conclui De Gaulle, o problema passa ao primeiro plano das preocupações públicas, não havendo governo que consiga manter-se sem cuidar-se seriamente dessas realidades. Como fica evidente trata-se de uma inovação que ocorre, em primeiro lugar, no comportamento dos indivíduos, mas que tem repercussões imediatas e profundas na atuação do Estado. Essa é, portanto, uma tendência relevante, já que está claramente manifestada e em função da qual, além de outras, o Estado deverá orientar suas transformações. Será necessário optar entre os vários caminhos que tornarão possível ao estado atender a essas exigências, interferindo nas atividades de produção e

⁴⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 174.

distribuição de bens e, talvez, assumindo também as funções de regulador do consumo, sem descuidar da conciliação de tais desempenhos com as características e as mutações impostas pelas demais tendências.

É impossível negar que o Estado tem recorrentemente falhado na aplicação e implementação dos direitos sociais constitucionais. Inevitavelmente essa ausência traz à tona o que há de pior no ser humano, a sua desumanização, retirando de seu caráter a noção do cuidado com o próximo.

Ao deixar de atender às políticas públicas para atender a seus interesses pessoais ou de grupos, o administrador público relega a segundo plano o indivíduo, retirando sua dignidade, causando uma distorção no sistema preconizado pela Constituição.

Cabe ao Judiciário consciente, ao identificar essas falhas e imperfeições provocadas pela má gestão dos recursos públicos, corrigi-las para que se possa começar a construir um novo pacto, com uma nova forma de Estado do bem, já prevista há vinte anos e até hoje não realizado, sob pena de, ao voltar a enxergar, o homem não mais reconheça a realidade em que se encontra.

Ao se concluir, portanto, a exposição acima acerca do histórico social, político e econômico do liberalismo, verifica-se que o desenlace do sistema econômico, adotado no Brasil, ainda se apresenta como base precária à sustentação da democracia.

A promessa de efetivação dos direitos sociais fundamentais, previstos na Constituição nacional, embora de inspiração liberal em seu conceito europeu, jamais foi cumprida, dando causa ao surgimento das distorções sociais maléficas do neoliberalismo, no modelo adotado na América.

A ausência do Estado no controle da economia e sua intervenção para garantir e regular a redistribuição de rendas e riquezas foi notada em sua forma mais crítica na recente crise americana, que, por um bom tempo, afetará os mercados mundiais, levando sistemas financeiros inteiros à bancarrota.

Dessa crise emergem lições importantes, entre elas a

de que a intervenção estatal reguladora é necessária, e o cumprimento do Estado social de direito depende dela, independentemente da ideologia política diretiva que se adote.

Como escreveu Boaventura de Souza Santos⁵⁰:

Esta não é a crise final do capitalismo e, mesmo se fosse, talvez a esquerda não soubesse o que fazer dela, tal generalizada que foi a sua conversão ao evangelho neoliberal. Muito continuará como antes: o espírito individualista, egoísta e anti-social que anima o capitalismo; o fato de que a fatura das crises é sempre paga por quem nada contribuiu para elas, a esmagadora maioria dos cidadãos.

O desafio está posto. Há uma nova globalização pós-neoliberal, com diversidades internas nunca antes enfrentadas. Emergem hoje novos regionalismos já presentes na Ásia e na África, e o Estado social brasileiro necessita posicionar-se para almejar obter os maiores benefícios possíveis do atual e futuro cenário econômico mundial, convertendo os seus ganhos para a satisfação plena dos direitos fundamentais sociais necessários para estabilização da sociedade.

4.3 Distanciamento entre Direito e Realidade Social

O fato do Estado social pós-moderno estar em crise é incontroverso. Basta uma rápida constatação dos acontecimentos políticos e sociais recentes e se verificará a ocorrência de fatos sintomáticos notórios como greves de trabalhadores em setores os mais diversos (inclusive públicos), exigindo melhores sistemas de aposentadoria e pensões, a existência de pessoas morrendo em filas para atendimento médico e em virtude da ausência de vagas para internamentos hospitalares, a insuficiência de vagas em creches e escolas públicas para a demanda populacional crescente, e muitos outros. Tal constatação concretiza-se no diagnóstico de que a eficácia

⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. O impensável aconteceu. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. A3, 26 set. 2008.

e a própria existência dos direitos sociais fundamentais previstos na Constituição Federal estão em xeque.

Mais do que isso, a própria necessidade de existência do Estado social democrático de direito é questionado em épocas atuais de conceitos pós-modernos, neoconstitucionais e, por óbvio, neoliberais.

Cabe levantar aqui, portanto, a questão: está o Estado social destinado ao fracasso ou existe outro modelo viável?

Parece que Canotilho, ao rever sua posição sobre o princípio da impossibilidade da reversibilidade das prestações sociais, já decretou a falência deste modelo⁵¹:

Considerações paralelas poderão fazer-se a respeito do problema da *reversibilidade* das prestações sociais. O rígido princípio da 'não reversibilidade' ou, em formulação marcadamente ideológica, o 'princípio da proibição da evolução reaccionária', pressupunha um progresso, uma direção e uma meta emancipatória, unilateralmente definidas: aumento contínuo das prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizávamos noutros trabalhos. A dramática aceitação de 'menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário para todos', o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.

Portanto orienta claramente o autor sua conclusão para a insustentabilidade de um Estado social nos moldes previstos pela constituição portuguesa e, por analogia, também para o modelo nacional.

Contudo, vale aqui a ressalva de que, embora herdeiros das tradições sociais, políticas e jurídicas dos colonizadores, o Brasil situa-se em uma realidade latinoamericana que, a cada dia, distancia-se mais da europeia, razão pela qual a forma da análise dos conceitos de dignidade humana e função social do Estado deve ser descentralizada, ou seja, se o Estado social apresenta-se sufocado pela ordem econômica, há que se promover um modelo próprio, que, embora não afaste o modelo predominante de capitalismo, produza

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais, 2008, p. 110/111.

limitações e contornos ao neoliberalismo e busque a justiça social democrática.

Nos dizeres de Boaventura de Souza Santos⁵²:

Os problemas sobre a refundação do Estado e a democracia estão relacionados à problemas teóricos e epistemológicos muito fortes, e para dar conta deles é necessário refletir sobre nossos conhecimentos. Provavelmente as teorias que temos e os conceitos que utilizamos não são os mais adequados e eficazes para enfrentar os desafios e para buscar soluções para o futuro.

Justamente a necessária refundação do Estado social haverá de passar por uma mudança de paradigmas, na medida em que o modelo europeu está se demonstrando insuficiente para o atendimento das necessidades de população cada vez mais crescente de excluídos, formados, em sua maioria, por imigrantes legais e ilegais.

Portanto, para a realidade brasileira, não basta apenas relacionar a ausência de condição econômica para a negação de direitos sociais fundamentais, já que epistemologicamente está o problema centrado exatamente no conceito e modelo desejável de aplicação do capitalismo neoliberal contemporâneo, que, através da criação de “normas” sociais e jurídicas, anula o indivíduo em detrimento do sistema.

Numa perspectiva foucaultiana, nada mais claro do que o evidente exercício do biopoder pelo sistema econômico predominante, conforme demonstra a seguinte análise⁵³:

Desde logo fica claro que a norma aqui não se confunde com a lei ou com a norma em um sentido exclusivamente jurídico. Nas análises de Foucault acerca do poder, a norma, que define o modo de constituição do sujeito moderno, deve ser compreendida em um sentido bem mais amplo, Ela se configura como um princípio de exclusão ou de integração em relação às práticas dos indivíduos, como observa Pierre Macherey (em *Rencontre Internationale. Michel Foucault*

⁵² SANTOS, Boaventura de Souza. Os desafios das ciências sociais hoje. *Cadernos da América Latina X, Le Monde Diplomatique Brasil*, ano 2, n. 22, maio 2009.

⁵³ FONSECA, Márcio Alves da. A época da norma. *Revista Cult*, nº 134, abril 2009, p. 57.

philosophe), e se revela na implicação de duas formas simultâneas: a forma de 'norma de saber', na medida em que enuncia critérios de verdade cujo valor pode ser restritivo ou constitutivo e a forma de 'norma de poder', na medida em que fixa para o sujeito as condições de sua ação segundo regras internas ou leis internas. A norma em Foucault define-se por seu caráter produtivo e, nesse sentido, não se confunde com um princípio de separação entre o lícito e o ilícito nem com um dispositivo de mera repressão ou restrição. Cabem, na abrangência de seu significado, as normas de comportamento, as normas sociais, as normas de conduta, as normas que regulam os saberes, as normas que prescrevem ações e que, relativamente à época moderna, funcionam segundo as formas dos corpos e da regulação da vida biológica das populações.

Portanto as mudanças a serem efetivadas e a própria conscientização pessoal da necessidade de exigência da aplicação e efetividade dos direitos fundamentais passa pela mudança do próprio indivíduo e na sua capacidade de identificar o meio em que está inserido e promover sua libertação das "normas" previamente programadas e nele inseridas.

Novamente Boaventura de Souza Santos expõe que⁵⁴:

A sociedade capitalista moderna cria uma discrepância enorme entre experiências atuais e expectativas de futuro. Isto é, é a primeira vez na história que as experiências correntes da atualidade não coincidem com as experiências do futuro. Uma pessoa nasce pobre, mas pode morrer rica, uma pessoa nasce iletrada, mas pode morrer sendo pai e mãe de um médico; essa é a idéia de progresso, a idéia de que as expectativas superem as experiências e é isto o que chama a atenção entre a regulação e a emancipação. A regulação da modernidade está baseada em três princípios: o princípio de Estado, o princípio do mercado e o princípio da comunidade. A emancipação é um processo de racionalidade crescente da sociedade que também tem três dimensões: a racionalidade cognitiva instrumental da ciência, a racionalidade da prática moral do direito e a racionalidade estética expressiva da arte e da literatura. Estes pilares são também formas de conhecimento, há um conhecimento de regulação e um conhecimento de emancipação. (...) De alguma maneira, a modernidade ocidental tinha essa dupla possibilidade de um conhecimento de regulação e de um conhecimento de emancipação, mas ocorreu que a modernidade simplesmente se transformou em capitalismo. Este conhecimento de regulação passou a dominar totalmente e ao dominar totalmente edificou, transformou, absorveu o conhecimento de emancipação, de forma que o conhecimento passou a ser a ignorância, a solidariedade passou a caos solidário entre cidadãos, o perigo da

⁵⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. *op. cit.*

solidariedade entre cidadãos; a emancipação passou de ignorância no colonialismo a ser ordem e o é de uma boa maneira. Isto é o que temos hoje: o conhecimento da emancipação está completamente absorvido pelo conhecimento de regulação e por isso fica difícil pensar a emancipação. Por isso é necessário pensar em outros mecanismos e reinventar a emancipação social talvez nos obrigue a repensar toda a questão do conhecimento.

Assim, resta claro que é chegada a hora, em virtude da ausência da consciência individual, de pensar novas formas de elaboração e aplicação do direito, resgatar o que Boaventura chama acima de “prática moral do direito”, como uma das formas de emancipação social, o que contradiz frontalmente a crença de Canotilho.

4.3 As Novas Relações de Poder

O fundamento, anteriormente exposto, reside na constatação fática de que não existe produção legal capaz de acompanhar a evolução social pós-moderna. Sejam quais forem os seus efeitos – benéficos ou maléficos, de acordo com os parâmetros adotados pelo observador – é realidade que a sociedade atual evolui a uma velocidade inatingível pela norma, criando e alterando relações interpessoais e sentimentos pessoais que levam os indivíduos a práticas de atos que, em conflito, ou não previstos pelas cada dia mais ultrapassadas regras jurídicas, chegam às portas do judiciário brasileiro.

Já advertia Konrad Hesse que⁵⁵:

A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (Sein) e dever ser (Sollen) não leva a qualquer avanço na nossa indagação. Como anteriormente observado, essa separação pode levar a uma confirmação, confessa ou não, da tese que atribui exclusiva força determinante às relações fáticas. Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo.

⁵⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 14/15.

Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e anormatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro. Essa via somente poderá ser encontrada se se renunciar à possibilidade de responder às indagações formuladas com base numa rigorosa alternativa. A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende se concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação e interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.

Nesse aspecto, pode-se afirmar, sem medo, que o positivismo tradicional está morto. Essa forma de positivismo é definida por Losano como o “direito positivo em vigor”, na seguinte síntese⁵⁶:

O que entendo, numa primeira aproximação, por *direitos positivos em vigor* (ou *vigentes*)? Se um direito positivo protege certas relações econômicas no interior de uma sociedade, sua existência será vinculada à persistência daqueles modos de produção: o desaparecimento destes últimos arrastará consigo também o sistema jurídico que os protege. Na realidade, porém, a interação entre economia e direito não é tão simples e mecânica: até 1975, por exemplo, o mesmo código civil de 1900 era aplicado tanto na República Federal Alemã quanto na República Democrática Alemã, ou seja em dois Estados que tinham relações antitéticas de produção, mas uma secular cultura unitária; e antes disso, aquele mesmo código regulara o Império Alemão e a Alemanha nazista. *Por direito positivo em vigor entendo, assim, o conjunto de normas jurídicas formalmente aprovadas e efetivamente aplicadas para regulamentar as relações econômicas numa certa sociedade.* (...) Como a adequação entre economia e direito não é imediata, às vezes há uma defasagem entre realidade e direito.

A defasagem a que se refere Losano gera a conhecida ineficácia da norma diante da realidade social transformada,

⁵⁶ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 06.

extinguindo, assim, os aparatos judiciais para uma resposta adequada ao conflito social. Contudo, essa ineficácia apresentada pelo positivismo tradicional não o eliminou do sistema jurídico, já que essa forma de apreciação legal está enraizada na tradição constitucional escrita. É identificável, nos dias atuais, com uma nova roupagem por vezes batizado de neopositivismo, mas tratando-se na realidade da tese da diferenciação prática do positivismo inclusivo defendido por Jules Coleman⁵⁷:

A tese da diferença prática consiste na proposição segundo a qual os pronunciamentos autoritativos, com o fim de ser direito, devem em princípio ser capazes de fazer uma diferença prática nos âmbitos de deliberação e ação das pessoas provocando uma atitude conforme ao conteúdo das regras jurídicas. Trata-se de uma tese positivista que contempla a tese do convencionalismo: enquanto a tese do convencionalismo é necessária para explicar a possibilidade do direito – uma condição da existência do direito -, a tese da diferença prática, por sua vez, trata de responder às exigências da orientação efetiva provocada pelo direito, ou seja, as condições que tornam efetiva a prática jurídica. Com efeito, em palavras de um positivista inclusivo como Coleman, o direito “(...) deve ser capaz de influenciar deliberação e ação. Como a tese do fato social, a tese da diferença prática propõe asseverar uma verdade necessária sobre nosso conceito de direito ou expressar uma verdade essencial sobre o direito. Se as regras que constituem o direito de uma comunidade particular não são em princípio capazes de fazer uma diferença prática, então é impossível que a façam. Se é impossível para tais regras fazer uma diferença prática, então o direito daquela comunidade não pode exigir coerentemente guiar a conduta humana. A tese da diferença prática implica que, onde quer que exista o direito, os estandartes que o constituem devem, em princípio, ser capazes de fazer uma diferença prática. Em caso contrário, estas regras não podem ser direito em um sentido relevante.

Embora com nova roupagem, a essência positivista continua a mesma, sendo insuficiente para resolver questões constitucionais, pois ainda se fundamenta na existência da regra jurídica escrita, restando tal fato evidente ao confrontar-se tal conceito com o tema tratado por Laurence Tribe ao definir o relevante

⁵⁷ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006, p. 51/52.

e inevitável papel da “matéria escura” constitucional⁵⁸:

Esse é um bom momento para fazer uma pausa e considerar o fascínio de um texto constitucional completamente visível, transparente, totalmente acessível e independente – um que não precisasse de nenhuma suplementação fora dos seus quatro cantos e, portanto, um texto em que o apelo igualitário vem com a ausência de significados misteriosos ou ocultos. Alguém pode resistir ao magnético apelo de tal possibilidade? Para se ter uma idéia sobre o imaginado, o leitor pode refletir acerca do título de um romance de Jonathan Safran Foer, *Everything Is Illuminated*. Um texto constitucional onde realmente tudo é iluminado e nada está oculto da visão pode ser enxergado mais como uma estrutura para governabilidade que expressa tudo que poderia ser aceito como legítimo, mesmo quando as partes pudessem discordar sobre alguns limites e interações dos ramos de governo ou de alguns direitos gerados pela estrutura para delimitar ou direcionar a ação de alguns desses ramos ou das várias esferas da vida privada. Iluminação pode gerar transparência e deveria gerar acesso participativo e a aceitação em potencial. Mas não é preciso muito pensar para expor a futilidade desta aspiração. Para começar, uma constituição escrita para uma sociedade complexa não pode ser gerada por imaculada concepção, desapegada da bagagem de uma invariável, contestada e complexa história.

Como então adequar as condutas não previstas ou indiretamente previstas e, portanto, ocultas na constituição à realidade social? Surge de imediato um conflito entre poderes nas bases já estabelecidas, cabendo ao judiciário a interpretação final do texto constitucional, realçando assim a divisão de poderes, que nunca

⁵⁸ *This is a good place to pause for a moment and consider the allure of a wholly visible, transparent, fully accessible, and entirely self-contained constitutional text – one needing no supplementation from outside its four corners and therefore one with the egalitarian appeal that comes with the absence of arcane or hidden meanings. Can anyone resist the magnetic pull of such a possibility? To bring a visible image to mind, the reader might reflect on the title of a novel by Jonathan Safran Foer, *Everything Is Illuminated*. A constitutional text in which all was indeed illuminated and nothing hidden from view might seem more likely to be a structure for governance whose output all could accept as legitimate, even when they might disagree with some of the boundaries and interactions among the branches of government or with some of the rights generated by the structure to delimit or direct the action of any of those branches on the various spheres of private life. Illumination might generate transparency should generate participatory access and potential acceptability. Alas, it doesn't take much thought to expose the futility of such an aspiration. To begin with, a written constitution for a complex society cannot be expected to arrive by immaculate conception, unburdened by the baggage of an invariably contested and complex history.* TRIBE, Lawrence H.. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

foi igualitária dentro do Estado.

Uma das soluções interpretativas, utilizadas para amenizar o problema da aplicação de normas constitucionais obscuras, é a prática do método chamado *check and balances*, conhecido no Brasil como a utilização da técnica da ponderação e racionalidade para o julgamento.

Conforme lembra Negri⁵⁹:

Resta apenas responder aos objetores, insistindo sempre na força do motor constitucional. Há objetores que pensam que a Constituição pode destruir a separação de poderes e, assim, ameaçar o seu equilíbrio? Não é verdade replicam os nossos autores. A separação de poderes definida pela Constituição é pura simplesmente a de Montesquieu – e tal doutrina, longe de defender a separação absoluta entre poderes, propõe, ao contrário, que se sejam concorrentes. “No curso do último ensaio, procurou-se demonstrar de que modo o princípio da divisão de poderes, de que então se tratava, não determina que os ramos legislativo, judiciário e executivo devam ser completa e rigorosamente separados um do outro. Proponho-me agora a explicar as razões pelas quais não é possível manter, na prática, aquela separação que o princípio impõe, se os ramos não forma conexos e interdependentes entre si, de modo a garantir a cada um o controle constitucional sobre os outros”. O equilíbrio entre os poderes passa, portanto, pelo controle recíproco, uma espécie de conspiração para fins constitucionais. Contudo, podem ocorrer conflitos entre os poderes. Como resolvê-los? É totalmente evidente que as normas da constituição escrita não podem ser suficientes em si mesmas para resolver conflitos, mas o recurso permanente ao povo o seria? Como sempre ocorre nesses casos, o *Federalist*, combinando considerações sociológicas e jurídicas, avalia o recurso ao povo como um típico “efeito perverso” da democracia, a inserção de um vírus democrático no organismo republicano. A rejeição à democracia é forte, insistente, repetitiva, acentuada – e, por oturo lado, coerente com a estrutura da Constituição. “A que expediente devemos recorrer para ativar, na prática, a necessária repartição do poder entre os vários ramos do sistema que a Constituição preceitua? A única resposta que se pode dar é esta: uma vez que todos os remédios externos parecem inadequados, é preciso suprir a deficiência projetando a estrutura interna do sistema constitucional de tal modo

⁵⁹ NEGRI, Antônio. *O Poder Constituinte*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 245/246.

que cada parte se constitua em meio apto a conter as demais dentro dos limites constitucionais que lhes foram estabelecidos. Um mecanismo de *checks and balances*, um sistema de controle recíproco de diferentes autonomias.

Nos Estados Unidos, as críticas à aplicação da ponderação levaram a movimentos de reforma da própria essência da técnica, enquanto que, na Alemanha, o esforço maior (doutrinário e jurisprudencial) é no sentido de criar e aperfeiçoar um procedimento metodológico geral para aplicação da técnica da ponderação. São meios, portanto, diversos e complementares.

A percepção da ponderação, como técnica ou método para lidar com conflitos normativos envolvendo valores ou opções políticas, surgiu nos Estados Unidos nas décadas de 30 e 40, do século XX, sendo, contudo, mais utilizada na década de 50, em virtudes dos conflitos gerados entre a *Bill of Rights* e as necessidades relacionadas às restrições de direitos individuais a título da manutenção da segurança nacional e combate ao comunismo.

Essas restrições só seriam validadas, portanto, caso se admitisse a ponderação dos direitos em questão com outros bens considerados valiosos. Nesse primeiro momento, o debate em torno da ponderação/*balancing* assume características políticas.

Na prática judicial, prevaleceu a utilização do chamado *ad hoc balancing*. Por essa prática, o juiz, diante de um caso concreto, pondera livremente os elementos em disputa, sem qualquer parâmetro prévio, objetivo e público que o oriente, guiado mais pelo bom senso do que por qualquer outro elemento.

Com o passar do tempo, formou-se o consenso na doutrina americana de que o *ad hoc balancing*, ao ensejar excessiva subjetividade e discricionariedade, é altamente indesejável e deve ser evitado. Para tanto, tem se buscado, junto com a ponderação, o desenvolvimento de categorias, parâmetros, testes dogmaticamente sustentáveis e aplicáveis de forma geral e abstrata, visando a redução da subjetividade no processo. No mais das vezes, a doutrina

e a jurisprudência norte-americana tratam do assunto casuisticamente, procurando construir parâmetros específicos para os diferentes conflitos.

Na Alemanha as discussões sobre a ponderação, a partir da constituição de 1948, desenvolveram-se em um contexto político totalmente diferente do norte-americano e receberam o influxo de idéias as mais diversas.

Como nos Estados Unidos, na Alemanha a técnica de aplicação do *ad hoc balancing* suscitou críticas, não só por força da inconsistência metodológica da técnica, mas também por conta da ameaça que esse recurso hermenêutico poderia representar em matéria de restrições a direitos fundamentais. Na Alemanha, em especial, desenvolveu-se a discussão sobre a possibilidade de restringirem-se direitos (via legislativa ou jurisprudencial) formulados de maneira aparentemente absoluta pelo constituinte (sem qualquer cláusula de restrição), em oposição àqueles outros direitos que contêm uma reserva de regulamentação atribuída pela Constituição ao legislador.

Uma técnica alternativa desenvolvida foi a chamada *concordância prática*. Por meio dessa técnica se buscava uma otimização dos bens em conflito sem privar qualquer deles de sua garantia jurídica e constitucional. Seu principal instrumento metodológico era e é a idéia de proporcionalidade, analiticamente desenvolvida em suas três fases (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Foi concebida como uma técnica alternativa à ponderação, pois se imaginava que a ponderação levaria sempre à preeminência de um bem constitucional sobre o outro, ao passo que a concordância prática procurava harmonizá-los. Com o tempo, a concordância prática acabou por ser incorporada à ponderação como um seu ideal, e com ela os testes relacionados com a proporcionalidade. Isto é: a ponderação deve, sempre que possível, buscar a concordância prática.

Ao longo do tempo, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão elaborou diversas diretrizes sobre a matéria, especialmente quando se trata de conflitos entre direitos fundamentais e metas públicas ou bens coletivos, podendo algumas delas serem resumidas nos seguintes termos: i) quanto maior for a intensidade da restrição, mais significativos devem ser os valores comunitários que a justificam; ii) quanto maior for o peso e a premência de realização do interesse comunitário que justifica a restrição, mais intensa ela poderá ser; e iii) quanto mais diretamente foram afetadas manifestações elementares da liberdade individual, mais exigentes devem ser as razões comunitárias que fundamentam a restrição.

Também decorre do tribunal a construção que visualiza no texto constitucional uma ordem escalonada de valores, conformada pelos direitos fundamentais, de modo que da própria Constituição se pode extrair relações de preferência ou *prima facie* entre seus enunciados.

Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, onde a ponderação foi sendo ordenada, sobretudo, por meio da elaboração da casuística de *standards* materiais (isto é, relativos ao conteúdo específico das disposições em tensão e, por isso mesmo, aplicáveis a conflitos particulares), na Alemanha o esforço doutrinário e as próprias formulações do Tribunal Constitucional se concentram na criação de parâmetros lógicos de caráter geral, cujo objetivo é organizar e controlar o raciocínio jurídico levado a cabo quando se emprega a ponderação. Porém, o propósito de ambos são os mesmos: reduzir a discricionariedade do intérprete, conferindo maior racionalidade e previsibilidade ao processo ponderativo.

Em resumo, é possível concluir que a ponderação é uma técnica de solução de determinados conflitos normativos, a saber, aqueles que envolvem colisões de valores ou de opções político-ideológicas. Essa técnica, embora venha se tornando cada vez mais popular, sofre hoje com a inconsistência metodológica, com excessiva subjetividade e com a banalização do discurso

constitucional, dentre outras críticas, sendo insuficiente sua aplicação para a resolução de questões que envolvem conflito entre poderes da mesma magnitude dentro do Estado.

Na realidade, a solução passa não só pela utilização de técnicas interpretativas, mas da própria definição fundamental dos limites e alcance de interferência de cada um dos poderes. Com efeito, esses limites e margens serão alcançados somente quando se delimitar o que é definido pela Constituição como direito fundamental e até onde esses direitos podem ser descumpridos, sem se descumprir a própria essência da Carta.

2.7 O Descumprimento de Preceitos Fundamentais Constitucionais pelo Estado

Desde sua origem, o Estado foi conceituado como uma forma de poder supraindividual capaz de propiciar o fim dos conflitos entre os homens e a busca de uma sociedade mais justa e igualitária.

Dessa gênese, representada pela relevância do interesse público sobre o privado, extrai-se a origem do hoje combalido Estado social democrático de direito, bem como as razões de sua crise atual.

O Estado, desde sua concepção como ente, sempre foi o provedor natural de direitos aos homens, e as formas de poder que se entrelaçaram em seu interior sempre geraram conflitos, motivos pelos quais, ao se analisar o momento crítico pelo que passa o direito positivado e sua aplicação como moderador e solucionador de conflitos, inevitavelmente se depar com os conflitos existentes dentro da própria configuração de Estado como detentor do poder.

Nesse contexto, Pisier comenta que já Hobbes, ao lançar com seu *Leviatã* os fundamentos do Estado absoluto, descrevia que ⁶⁰:

A concepção política de Thomas Hobbes é, então, mais sutil do que parece no enunciado de seus princípios iniciais. Tomando como ponto de partida uma concepção individualista e realista do homem, recusando, de imediato,

⁶⁰ PISIER, Evelyne. *História das Idéias Políticas*. Barueri: Manole, 2004, p. 57.

qualquer pressuposto moral, ela se empenha em conjurar o que, para ela, é o maior dos males: a guerra civil. Para tanto, ela analisa as condições, graças às quais se instaura uma ordem política estável. E a condição primordial é que a coletividade queira a instituição de um princípio soberano onipotente, o que não quer dizer, absolutamente despótico, e consinta me obedecer às leis civis e às decisões que o poder impõe ao encarnar a soberania. Estando assim resolvida a questão política de bom entendimento e da tranquilidade na república, os súditos poderão livremente dedicar-se às atividades que julgarem capazes de lhe trazer a salvação e satisfação empírica.

Nota-se que buscava Hobbes em seu conceito de Estado a pacificação social com a instituição de um Estado forte que subjugasse a todos aqueles que desafiassem seu poder com a finalidade de fomentar conflitos no seio social.

Porém resta evidente que, dentro do Estado democrático, o Poder Legislativo, por ser o representante natural do povo, é o que detém (ou deveria deter) a obrigação dos ditames do destino de um país soberano. Contudo o que acontece quando o legislativo, por inoperância, anula-se diante de outro poder, como, no caso pátrio, que atualmente transformou-se em mero referendador de medidas provisória do executivo? Resulta certamente em conflitos sociais iminentes para os quais a solução depende da previsão legal necessária para sua pacificação.

Diante de um legislativo engessado, qual a solução a ser tomada pelo judiciário para que o executivo não exerça o poder soberano e para a pacificação social? Sem mencionar os casos de relação de poder fora do alcance estatal, os quais ocorrem independentes da vontade do Estado diariamente dentro de comunidades pobres e periféricas seja nos confins do interior do país, seja nas favelas das grandes cidades.

São conflitos os quais exigem a intervenção do Estado e, por vezes, chegam às portas do judiciário, mas que pela “harmonização” com os poderes executivo e legislativo, não age, simplesmente negando a existência dessas microesferas de poder.

Nos dizeres de Alain Touraine ⁶¹:

⁶¹ TOURAINE, Alain. *Pensar Outramente*. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 32.

O que urge tal reflexão crítica sobre o passado e, sobretudo, sobre o presente, é que, contrariamente aquilo que afirmava o discurso por tanto tempo dominante, não vivemos mais em num mundo vazio, sem capacidade de ação, sem esforços de libertação. Mas, ao mesmo tempo, hoje medimos melhor do que outrora que o triunfo mundial de uma economia capitalista liberada de todo controle social e político engendra rupturas, multiplica as situações de precariedade e aumenta as desigualdades. Ninguém mais é tentado a voltar para aquela confiança cega nos avanços da produção, do consumo e da comunicação; definitivamente perdemos as ilusões que guiavam as 'grandes potências' que as levavam a se considerar como as únicas depositárias do reino da razão e do futuro do mundo. No entanto, vemos surgir por toda parte novas demandas, novas representações e as idéias novas; em toda parte percebemos que o cenário histórico não está vazio, que ele não está ocupado somente por combates militares, ou invasões e destruições massivas. Estas catástrofes, mesmo se o peso que elas acrescentaram ao mundo é arrasador, não impedem aqueles que sempre disseram 'nada podemos fazer' de estarem errados, e aqueles que dizem 'sempre podemos fazer alguma coisa' de terem razão e merecem o esforço e o apoio de uma reflexão, tão importante quanto foram as transformações institucionais ou a criação de novas organizações ao serviço da ação coletiva.

Assim, embora acolhidos e protegidos pela Constituição Federal, os direitos fundamentais, conquistados pela sociedade, estão sob contínuo descumprimento pelo Estado e, atualmente, sob o escopo de doutrinas jurídicas que buscam justificar esse descumprimento.

É o caso do entendimento de Canotilho, expressado na seguinte passagem⁶²:

Poder-se-ia dizer também que os direitos fundamentais – pelo menos a categoria dos direitos econômicos sociais e culturais –, não são verdadeiros direitos mas, apenas, política ou economia. A consagração acoplada de *direitos sociais* e de *políticas públicas* sociais – como acontece na Constituição portuguesa e na Constituição brasileira – pode originar sérias dificuldades no plano normativo-concretizador. Talvez não seja despidendo ilustrar essa acoplação normativa de direitos e políticas. Assim, por exemplo, consagra-se um direito saúde e uma política de realização da saúde com base num serviço nacional de saúde universal e gratuito; reconhece-se o direito ao ensino mediante uma política de democratização do ensino baseada na gratuidade

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 130/131.

progressiva dos vários graus de ensino; proclama-se o direito á segurança social com base num serviço nacional e unificado de segurança social. (...) Por outras palavras: as políticas constitucionalizadas fecham a comunicação quer com o *direito responsável* expresso na criação jurídica através de pactos e de concertação social, quer com o *direito reflexivo* gerado na <<rua>>, no <<asfalto>>, no <<emprego paralelo>>, na <<economia subterrânea>>. Terá aqui, pois, pleno cabimento a crítica de que um direito social, econômico e cultural não se concretiza, ou pelo menos, não se realiza através só através de *uma política constitucional*, que outra coisa não é senão uma projecção imperativa sobre órgãos constitucionais do Estado das *contingências* de várias esferas da sociedade. De forma sugestiva, poderemos dizer que, no âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais, <<a política faz os políticos, mas são as políticas que acabam por fazer a política>>.

Assiste razão, em parte, ao mestre português, pois plenamente aplicável a crítica acima aos países centrais de primeiro mundo, onde a ordem constitucional não é necessária para a criação das referidas políticas. Diametralmente oposto ao que acontece nos países periféricos, entre eles no Brasil, onde a criação de políticas públicas, através da previsão constitucional, é o que impulsiona os avanços nos índices de desenvolvimento humano no país.

Ademais, conforme alerta Bolzan de Moraes⁶³:

Neste contexto ganha sentido discutir a *judicialização da política* como uma conseqüência inescapável a um Estado que se apresenta como de *bem-estar*, mas que se executa como de *mal-estar* – não apenas o mal-estar da civilização de que falava Sigmund Freud, mas de um mal-estar *na* civilização (no projeto civilizatório moderno). Ora, se os sucessos do Estado Social fossem incontestáveis e não contrastáveis não se enfrentaria o dilema de sua realização nos termos postos pelo constitucionalismo contemporâneo. Se das garantias constitucionais – ou das promessas constitucionais – emergisse a satisfação inexorável das pretensões sociais este debate não se colocaria e tudo se resolveria por *políticas públicas prestacionais* e pela satisfação profunda dos seus destinatários. Não haveria dificuldades em se atender e atingir ótimos padrões e todas as expectativas relativas à satisfação das necessidades sociais da população. Com isso, a conflituosidade que se enfrenta não estaria posta perante os Tribunais, posto que ausente das preocupações sociais em uma *sociedade ótima*. Porém, por desgraça ou por humanidade (?), não se vive neste mundo ideal – não se confunda com idealizado (!) – e é

⁶³ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Constituição e Estado Social, os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 182/183.

exatamente do tensionamento entre *projeto político-constitucional* e *projeto político-econômico* que subjaz a fórmula do Estado contemporâneo. Democracia como política e capitalismo como economia não forma um par perfeito. Pelo contrário, são gêmeos da tradição liberal que trilham caminhos distintos. Neste ambiente emerge um confronto de interesses que deságua na Jurisdição que se torna, assim, o grande ambiente de disputa e definição política na atualidade, embora sem ultrapassar seus próprios limites no sentido de fazer valer para todos os compromissos constitucionais. Em um ambiente de mais *acesso* vive-se um contexto de maior *exclusão*. Com isso, se solidifica a idéia de que não se pode pretender construir uma teoria constitucional no contexto contemporâneo sem que se tenha presente os limites e possibilidades de e para o próprio Estado Constitucional, envolto que está na transformação de suas fórmulas políticas, bem como sujeito – muitas vezes incapaz – diante das mudanças radicais dos modelos econômicos adotados pela economia capitalista, da qual não logrou desassujeitar-se. Neste contexto, a disputa pela efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário passa a ser uma das marcas da contemporaneidade.

Buscar estabelecer os limites e possíveis alcances desta chamada *Jurisdição sociopolítica*, sem que se anule a atuação de qualquer dos outros poderes, mantendo-se intacta a legitimidade constitucional das decisões dos tribunais, é o desafio jurídico atual.

Neste capítulo foi preciso descrever historicamente a formação do próprio Estado, como ente jurídico, para se entender a conjugação de forças que levaram à sua criação e desenvolvimento, bem como para fundamentar a sua dinâmica atual. De igual forma houve a necessidade de se destacarem as fases críticas de choque entre essas forças atuantes as quais deram origem aos direitos fundamentais. No capítulo a seguir, analisar-se-á o próprio conceito de ativismo, bem como a forma de interação entre o Poder Judiciário e as demais fontes de poder do Estado.

CAPÍTULO II – O ATIVISMO JUDICIAL

1 A JURISDIÇÃO SOCIOPOLÍTICA

1.1 A Formação do Ativismo no Poder Judiciário

Dentro das relações de poder, intrínsecas ao Estado, surge a figura proeminente do Judiciário, hoje o poder em voga no Brasil, já que está em curso uma gradativa execução de uma forma de ativismo judicial, capitaneado pelo STF, ou seja, diante da clara impossibilidade da existência de vácuo de poder, decorrente diretamente de um legislativo inoperante, dominado por escândalos de corrupção, bem como de um executivo anabolizado, que busca dominar politicamente todas as esferas de poder. Surge a figura protagonista dos tribunais e de magistrados que aos poucos buscam limitar os excessos praticados pelas administrações, assim como suprir a ausência de definições legislativas que deveriam acompanhar os avanços econômicos, sociais e científicos.

Como afirmado por Vile⁶⁴:

Não é possível assinalar funções específicas e exclusivas a cada ramo do Estado (algo que contribui com o fato de que nos Estados Unidos, a Constituição estabeleça exceções específicas à distribuição geral do poder), mas se pode determinar quais procedimentos são mais adequados para o desempenho de cada função, limitar cada ramo a *procedimientos* específicos e, deste modo, fazer que haja uma função predominante para cada um dos ramos. De certo modo, este parece ser o objetivo dos juizes do Tribunal Supremo estadounidense que têm advogado pelo enfoque “funcionalista” nos últimos anos, embora tenham tentado chegar a ele sem estabelecer previamente uma base clara.

O Judiciário nacional, porém, encontra-se em uma encruzilhada, pois necessita atuar cada vez mais, já não somente para adequar a constituição jurídica à constituição real como defende Hesse, mas para se fazer presente em áreas não afeitas à sua concepção original. Frise-se que esta extensão se faz primordial para

⁶⁴ *No es posible asignar funciones específicas en exclusiva a cada rama del Estado (algo a lo que contribuye el hecho de que, em Estados Unidos, la Constitución establezca excepciones específicas a la distribución general del poder), pero si se puede determinar qué procedimientos son más adecuados para el desempeño de cada función, limitar cada rama a unos procedimientos específicos y, de este modo, hacer que haya una función predominante para cada una de las ramas. En cierto modo, éste parece ser el objetivo de los jueces del Tribunal Supremo estadounidense que han abogado por el enfoque <<funcionalista>> em los últimos años, aunque han intentado llegar a él sin establecer previamente una base clara. VILE, M.J.C..Constitucionalismo y separación de poderes. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 420.*

a manutenção da paz social e integridade das instituições governamentais, mas cria distorções já que o sistema tripartite clássico não responde adequadamente às necessidades sociais dos dias atuais. Conforme Dallari preconiza ⁶⁵:

Os três poderes que compõem o aparato governamental dos Estados contemporâneos, sejam ou não definidos como poderes, estão inadequados para a realidade social e política do nosso tempo. Isso pode ser facilmente explicado pelo fato de que eles foram concebidos no século dezoito, para realidades diferentes, quando, entre outras coisas, imaginava-se o “Estado mínimo”, pouco solicitado, mesmo porque só uma pequena parte das populações tinha a garantia de seus direitos e a possibilidade de exigir que eles fossem respeitados. (...) No caso do Brasil, essa inadequação tem ficado cada vez mais evidente, porque a sociedade brasileira vem demonstrando um dinamismo crescente, não acompanhado pela organização política formal e pelos métodos de atuação do setor público. De fato, os três Poderes que compõem o aparato governamental do Estado brasileiro estão muito necessitados de reformas, para que se democratizem, ganhem eficiência e atuem com o dinamismo exigido pelas condições da vida social contemporânea.

Todavia a extensão da abrangência desse poder não fica impune às críticas ao ativismo judicial como forma de atuação do Judiciário, tal como o faz Cass Sunstein ao discorrer sobre os limites institucionais das cortes ⁶⁶:

As cortes possuem graves limites institucionais, os quais são argumentos contra um papel judicial de maior importância nas reformas sociais. São três os problemas de maior interesse: 1) depender das cortes poderá prejudicar os canais democráticos utilizados para a busca de mudanças, e de duas maneiras. Poderia distrair as energias e recursos da política, e a eventual decisão judicial poderia barrar um desfecho político; (...) 2) as decisões judiciais são notavelmente ineficazes para propalar mudanças sociais. Estudos diversos chegaram a documentar essa conclusão. (...) 3) A adjudicação é um sistema excepcionalmente fraco para reforma social em grande escala. Raramente os tribunais se tornam especialistas nas áreas em questão. Ademais, o enfoque nos casos sob litígio dificulta aos juízes a compreensão dos efeitos complexos e frequentemente imprevisíveis da intervenção judicial. O conhecimento desses efeitos é crucial mas às vezes está inacessível.

⁶⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos Juízes*. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 1.

⁶⁶ SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 186/190.

A crítica mais ácida ao que se convencionou chamar de politização do judiciário ou “governo de juízes” vem do país onde a influência da Suprema Corte é indiscutível sobre todo o sistema de poder, ou seja, dos Estados Unidos, onde se afirma que ⁶⁷:

A Constituição dos Estados Unidos tem sido descrita “o trabalho mais maravilhoso já realizado em um período específico do tempo pelo cérebro e pelo desígnio do homem”. Mas a Constituição pode preencher esta promessa somente se for fielmente interpretada por aqueles responsáveis por sua aplicação ao nosso sistema legal. Quando o judiciário federal usurpa a autoridade dos poderes legislativo e executivo, e quando juízes substituem o que a Constituição realmente diz por seus preconceitos pessoais e preferências políticas, está criada uma crise em potencial para nossa república democrática.

E ainda ⁶⁸:

Mesmo se a Constituição fosse perfeita, é claro, e a maioria não se importasse com esse assunto, não seria certo que a Suprema Corte pudesse garantir os direitos individuais dos cidadãos. Uma decisão da Suprema Corte ainda seria uma decisão legal, e teria que levar em conta precedentes e considerações institucionais tais como relações entre a Corte e o Congresso, assim como a moralidade da decisão. E nenhuma decisão judicial é necessariamente a decisão certa. Juízes defendem diferentes posições em assuntos controversos de direito e moral (...).

É claro que não se deseja que o Judiciário exerça a administração do Estado, muito menos legisle, mas devido à notória ineficiência dos outros poderes é o que vem ocorrendo no Brasil.

⁶⁷ *The Constitution of the United States has been described as “the most wonderful work ever struck off at a given time by the brain and purpose of man.” But the Constitution can fulfill that promise only if it is faithfully interpreted by those responsible for its application to our legal system. When the federal judiciary usurps the authority of the legislative and executive branches, and when judges substitute their personal prejudices and policy preferences for what the Constitution actually says, it creates a potential crisis for our democratic republic.* LEVIN, Mark. *Men in Black*. Washington, DC: Regnery Publishing, Inc, 2008, p. 209.

⁶⁸ *Even if the Constitution were perfect, of course, and the majority left it alone, it would not follow that the Supreme Court could guarantee the individual rights of citizens. A Supreme Court decision is still a legal decision, and it must take into account precedent and institutional considerations like relations between the Court and Congress, as well as morality. And no judicial decision is necessarily the right decision. Judges stand for different positions on controversial issues of law and morals (...).* DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p.185.

Limitações impostas à administração pública que entende fazer por bem aquilo que politicamente lhe aprouver e a substituição da falta da elaboração de leis pelo Congresso nacional pela emissão sem controle de medidas provisórias vem se demonstrando constantemente necessárias, sob pena de se assistir ao colapso total das instituições nacionais. Podem-se citar como exemplo as recentes regulamentações da demarcação de terras indígenas, do direito de greve para funcionários públicos e a reforma da legislação eleitoral, todas realizadas por julgamentos pelo STF, em matérias, *prima facie*, estritamente vinculadas aos poderes executivo e legislativo.

Contudo, embora esse não seja o panorama desejável, as alternativas americanas e europeias em nada auxiliam a realidade brasileira já que distantes. As crises dos judiciários americano e europeu não se comparam à brasileira, restando, portanto, a saída em se buscar uma solução alternativa e regional para o impasse apresentado.

Nesse contexto é que se situa a figura do ativismo judicial, já que um dos pilares do Estado moderno democrático de direito é um poder Judiciário forte o bastante para contrabalancear as suas forças interiores, influenciadas pela economia de mercado e pela comunidade, que constantemente entram em conflito.

Contudo a forma da atuação judicial neste delicado espaço de delineamento de exercício de poderes demanda critérios e formas, que não são encontradas no pensamento jurídico singular, ou seja, será sempre necessária a busca pela complementaridade disciplinar, valendo-se o direito do auxílio que pode lhe emprestar as demais ciências, tais como a sociologia, a ciência política e a filosofia.

De que forma incorporar essas influências a uma decisão judicial que afetará a coletividade e moldará o próprio exercício desse direito é a questão principal a ser analisada.

1.2 O Engajamento Social da Instituição Judiciária e o Princípio da Inércia como Violador Moral da Constituição

Ao se desenvolver o conceito de direitos humanos necessários de aplicação imediata, é preciso anteriormente deixar claro que não busca o presente trabalho justificar a intervenção judicial em todo e qualquer ato administrativo discricionário. Pelo contrário, de início reafirma-se o conceito de que não cabe a um Juiz decidir, por exemplo, o sentido de trânsito em vias públicas, quais ruas serão asfaltadas, quais empedradas e quais não receberão asfalto, onde se devem colocar galerias de coleta de águas pluviais, quais professores trabalharão em determinadas escolas, etc.

Deve-se sempre levar-se em conta que a administração pública é um serviço complexo, que necessita de planejamento e decisões diárias que são afeitas exclusivamente ao administrador público e sua equipe de trabalho.

Trata-se aqui, na realidade, da justificação do ativismo jurisdicional, ou seja, da interferência direta do Juiz de Direito em ato do administrador quando, num caso concreto, identificar-se omissão ou má gestão por parte deste no atendimento aos direitos fundamentais indispensáveis à população e previstos na Constituição Federal⁶⁹.

Não se objetiva, contudo, a afirmação do Juiz como administrador de bens públicos em seu sentido *lato*, mas sim a apelação ao senso sociopolítico axiológico do cidadão que ocupa um

⁶⁹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: (...) II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

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

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

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

cargo que lhe confere parte do poder modificador do próprio Estado, previsto na Carta Magna. O Juiz não pode e não deve ser moralmente neutro ao apreciar questões que envolvam direitos fundamentais sociais, bem como sua aplicação e efetivação para o bem comum.

O Juiz estático que assiste passivamente à perpetuação da injustiça social age contra os princípios constitucionais de sua atuação e contra a natureza de seu *munus* que não é o de mero servidor público, mas sim o de agente político, deixando de exercer assim a essência de seu papel, que é o de mediador entre o Estado contemporâneo e a sociedade – executor de um Poder Judiciário próximo dos anseios populares.

Como anotado por Gilberto Giacóia⁷⁰:

Apresenta-se o Estado moderno não mais como um ente soberano, e assim deve ser. Porém, incapaz de atender aos mais elementares anseios populares, isso já é demais! Permanecer como mero expectador das grandes negociações que se processam entre mega-organizações ou cego às fraudes contábeis que entre elas se generalizam, relegando ao abandono econômico e social uma legião de excluídos e marginalizados, parece inaceitável. A miniaturização dos Estados nacionais é consequência direta da ingerência externa às governabilidades locais. A matriz de comando vem de fora para dentro, abrindo profunda fenda no sentimento de orgulho próprio e jogando por terra os conceitos de soberania, identidade e individualidade. Não é possível aceitar, sem mera consciência de justiça, que apenas três pessoas no mundo detenham patrimônio correspondente à renda de seiscentos milhões de seres humanos que habitam meia centena de países mais pobres, mas que longe estão de constituírem uma nação apenas. Sabe-se que as forças sociais encontram-se em processo de contínua recomposição. É preciso que o pacto social acompanhe essa renovação. Dínamo de um novo tempo, a atualização do contratualismo há que se ancorar na *doutrina dos direitos humanos*, ainda que considerada como nova religião civil, reescrevendo-se a história como signo da dignidade.

Assim, quando se fala em uma jurisdição ativa, fala-se, na realidade, na necessidade de intervenção do Estado-juiz dotado de consciência social e formação política suficientes para identificar as

⁷⁰ GIACÓIA, Gilberto. Justiça e Dignidade. *Revista Jurídica Argumenta*. Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho-PR, v. 02, p. 28, 2002.

causas que reivindicam a sua interferência, buscando-se sempre o equilíbrio social das desigualdades e a aproximação dos direitos fundamentais daqueles que somente os conhecem por ouvir dizer.

Resta concluir que a afirmação, por vezes aventada, de que não se poderia judicializar a efetivação dos direitos fundamentais, já que a Constituição entendeu por bem prevê-los como normas diretas para guiarem futura discussão que se daria na esfera política, através de movimentos sociais populares e representantes da sociedade eleitos (políticos), é inteiramente descabida, justamente porque o debate de intenções já ocorreu em sede de elaboração das emendas populares encaminhadas ao Congresso Nacional Constituinte e que resultaram nas previsões de referidos direitos na Constituição de 1988.

Relata Sarlet⁷¹:

No que concerne ao processo de elaboração da Constituição de 1988, há que fazer referência, por sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, à circunstância de que esta foi resultado de um amplo processo de discussão, oportunizado com a redemocratização do País após mais de 20 anos de ditadura militar. Em que pesem todos os argumentos esgrimidos impugnando a legitimidade do processo Constituinte deflagrado no governo José Sarney, não restam dúvidas de que as eleições livres que resultaram na instalação da Assembléia Nacional Constituinte (ou Congresso Constituinte), em 1º de fevereiro de 1987, propiciaram um debate sem precedentes na história nacional sobre o que viria a ser conteúdo da Constituição vigente na redação final que lhe deu o Constituinte. Embora não haja condições de reproduzir com minúcias o desenvolvimento dos trabalhos da Assembléia presidida pelo Deputado Ulysses Guimarães, importa registrar aqui a dimensão gigantesca deste processo. O anteprojeto elaborado pela Comissão de Sistematização, presidida pelo deputado Bernardo Cabral, continha 501 artigos e atraiu cerca de 20.700 emendas. Menos expressiva, mas ainda assim significativa, é a constatação de que o projeto foi objeto de 122 emendas populares, estas subscritas por no mínimo 30.000 eleitores. Ainda que tais números não sejam diretamente aplicáveis ao universo dos direitos fundamentais, é preciso reconhecer – guardadas as devidas proporções – que com relação a estes a situação não foi substancialmente diversa, de modo especial em se considerando a acirrada discussão em torno do reconhecimento de uma série de direitos econômicos, sociais e culturais.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, p. 65.

Como se percebe, a vontade popular manifestou-se na Constituinte e foi a de que se iniciasse de imediato o cumprimento pelo Estado dos direitos individuais e sociais fundamentais previstos, não cabendo, no presente momento, a retomada de qualquer discussão a esse respeito, em qualquer esfera de poder.

Dessa forma, encontra-se a atuação do Juiz com consciência sociopolítica, ao interferir no ato administrativo ou legislativo, fundamentada no tripé básico que sustenta o Estado democrático de direito contemporâneo, qual seja, na Justiça, no Direito e na Lei⁷²

1.3 Formas, Limites e Consequências do Ativismo Judicial

É inegável que o modelo de ativismo que permeia os principais sistemas políticos e jurídicos se constitui em eco da atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos. Contudo o reconhecido ativismo adotado pela corte referida sempre foi fruto de intensas disputas de fundo político constitucional que, em certa medida, colocaram em risco a recém instituída confederação de estados americanos, finalizando-se a disputa somente após uma sangrenta guerra civil.

A aplicação adaptada da separação de poderes, idealizada por Montesquieu, não teve o condão de equilibrar os poderes representantes de interesses diversos da época revolucionária americana, antes, forçou a uma grave disputa interna para a afirmação dos preceitos constitucionais.

Conforme observa Vile⁷³:

⁷² Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos, não é uma usurpação constitucional de competências legislativas, mas algo que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição. Isso significa que não está em discussão **se** o tribunal constitucional tem competências de controle no âmbito da legislação, mas apenas qual é sua **extensão**. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 546.

⁷³ *Es justo reconocer que John Adams, com su persistente defensa de la teoria de la Constitución equilibrada, marcó em gran medida el camino que siguieron los*

É justo reconhecer que John Adams, com sua persistente defesa da teoria da Constituição equilibrada marcou em grande medida o caminho que seguiram os estadunidenses quando abandonaram a doutrina pura da separação de poderes. Em suas primeiras propostas de Constituição para diversos Estados este autor desenvolveu as linhas gerais de uma separação de poderes combinada com o sistema de freios e contrapesos que serviria de inspiração para solucionar os problemas que haviam surgido até então. Contudo, Adams não soube desenhar os fundamentos teóricos de uma possível teoria constitucional estadunidense. Em suas obras posteriores, este autor se mostrou demasiadamente centrado na antiquada e irrelevante teoria do estado misto para traçar uma teoria política genuinamente norteamericana; Adams mostrou o caminho, mas não fez nada mais. A tarefa de desenvolver esta teoria foi empreendida em Massachusetts antes da Constituição de 1780 pelos autores de *Essex Result*, por Thomas Jefferson em suas *Notes on the State of Virgínia* de 1780, e por James Wilson e James Madison em seus debates sobre a Constituição Federal.

O descontentamento, com a assunção pela Suprema Corte do papel de guardião da Constituição e, portanto, como validadora final das normas escritas vigentes nos estados, vem desde a época da promulgação da própria Constituição, conforme se verifica ao se analisar o trecho seguinte do manifesto ao povo americano. Manifesto esse redigido em 11 de março de 1956 pelos representantes dos estados da região sul americana no Congresso nacional, contra o viés político assumido, nas suas interpretações, pela Corte Suprema em sua decisão de permitir que alunos negros frequentassem quaisquer faculdades do país, inclusive as reservadas

estadounidenses cuando abandonaron la doctrina pura de la separación de poderes. Em sus primeras propuestas de Constitución para diversos Estados este autor desarrolló las líneas generales de una separación de poderes combinada con el sistema de frenos y contrapesos que serviría de inspiración para solucionar los problemas que habían surgido hasta entonces. Sin embargo, Adams no supo diseñar los fundamentos teóricos de una posible teoría constitucional estadounidense. Em sus obras posteriores, este autor se mostro demasiado centrado en la anticuada e irrelevante teoría del estado mixto como para trazar una teoría política genuinamente norteamericana; Adams mostro el camino, pero no hizo nada más. La tarea de desarrollar esta teoría fue emprendida em Massachusetts antes de la Constitución de 1780 por los autores del Essex Result, por Thomas Jefferson em sus Notes on the State of Virgínia de 1780, y por James Wilson y James madison em sus debates sobre la Constitución Federal. VILE, M.J.C. Constitucionalismo y separación de poderes. Madri: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2008, p. 409.

somente a brancos⁷⁴:

Deram-nos uma Constituição de *checks and balances* porque se deram conta da lição inescapável de história de que a nenhum homem ou grupo de homens pode ser seguramente confiado poderes ilimitados. Eles moldaram essa Constituição com suas previsões de modificações por emendas com a finalidade de assegurar os fundamentos de governo contra os perigos da paixão popular temporária ou das predileções das pessoas detentoras de cargos públicos. Nós lamentamos a decisão da Suprema Corte nos casos das escolas como um claro abuso de poder judicial. Em seu ápice temos a tendência no judiciário Federal de se atribuir a função legislativa, derogando a autoridade do Congresso e invadindo os direitos dos estados e das pessoas. A Constituição original não menciona educação. Da mesma forma não o faz a Décima Quarta Emenda ou qualquer outra emenda. Os debates acerca da aplicação da Décima Quarta Emenda claramente não tinham a intenção de afetar os sistemas de educação mantidos pelos estados.

Os críticos da atuação ativa do judiciário americano comungam com a idéia de Alexander Hamilton, que resume a devida atuação judiciária nos seguintes termos⁷⁵:

Quem quer que seja que considere atentamente os diferentes departamentos do poder deve perceber que, em um governo em que cada um deles é separado um do outro, o judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por

⁷⁴ *Gave us a Constitution of checks and balances because they realized the inescapable lesson of history that no man or group of men can be safely entrusted with unlimited power. They framed this Constitution with its provisions for change by amendment in order to secure the fundamentals of government against the dangers of temporary popular passion or the personal predilections of public office holders. We regard the decision of the Supreme Court in the school cases as clear abuse of judicial power. It climaxes a trend in the Federal judiciary undertaking to legislate, in derogation of the authority of Congress, and to encroach upon the reserved rights of the states and the people. The original Constitution does not mention education. Neither does the Fourteenth Amendment nor any other amendment. The debates preceding the submission of the Fourteenth Amendment clearly that there was no intent that it should affect the systems of education maintained by the states.* BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 256/257.

⁷⁵ *Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, for the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may be truly said to have neither force or will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.* HAMILTON, Alexander. *78th Federalist, The Judges as Guardians of the Constitution*.

causa da sua capacidade mínima de perturbá-los ou ferí-los. O Executivo não só dispensa as honras como detém a espada da comunidade. O Legislativo não somente comanda o tesouro, mas prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de cada cidadão sera regulado. O judiciário, ao contrário, não tem qualquer influência sobre a espada ou o tesouro; nenhuma direção também sobre a força ou a riqueza da sociedade; e não pode tomar nenhuma medida ativa, nunca. Pode ser verdade afirmar não ter vontade ou força, mas somente julgamento; e ultimamente depende ainda do executivo para dar eficácia às suas decisões.

Aprofundando a crítica, chegando a afirmar que o ativismo da Suprema Corte está destruindo os Estados Unidos, afirma Levin⁷⁶:

É o que acontece com muitos desses juízes que confiam suas decisões a qualquer coisa menos à Constituição para guiar sua forma de decidir. E há um motivo para isso: A corte tem alterado tão fundamentalmente seus deveres e rejeitado tão completamente os limites que lhe foram colocados pelos *checks em balances* Constitucionais e pela regulamentação dos poderes, que os juízes estão em uma busca sem fim por justificativas extraconstitucionais e invenções para explicar seu ativismo. O poder que eles almejam não existe na Constituição, por isso eles precisam constantemente procurar por suas provisões. (...) Ativistas judiciais não são nada mais do que radicais de robe – desdenhosos das regras do direito, subvertendo a Constituição à sua vontade, e usando a confiança do público para impor suas preferências políticas à sociedade. De fato, nenhum movimento político radical tem sido mais efetivo em minar nosso sistema governamental do que o judiciário. E a cada período de julgamento da Suprema Corte, nós prendemos nosso fôlego coletivamente na esperança de os juízes não fazerem mais danos do que o esperado, sabendo muito bem que eles nos desapontarão. Essa é a natureza da tirania judicial.

A resposta às críticas acima descritas encontra-se no

⁷⁶ *It is as many of these justices will rely on anything but the Constitution to guide their decision-making. And there's a reason for this: The Court has so fundamentally altered its duties, and so completely rejected the limits placed on it by the Constitution's checks and balances and enumeration of powers, that the justices are in endless search for extra-constitutional justifications and inventions to explain their activism. The power they crave does not exist in the Constitution, which is why they must constantly skirt its provisions. (...) Judicial activists are nothing short of radicals on robes – contemptuous of the rule of law, subverting the Constitution at will, and using their public trust to impose their policy preferences on society. In fact, no radical politic movement has been more effective in undermining our system of government than the judiciary. And with each Supreme Court term, we hold our collective breath hoping the justices will do no further damage, knowing full well they will disappoint. Such is the nature of judicial tyranny.* LEVIN, Mark. *Men in Black*. Washington: Regnery Publishing, 2006, p. 22.

próprio fato de que, como já explicado, as normas constitucionais não se encontram hermeticamente isoladas do mundo exterior e, portanto, admitem interpretações diversas daquelas que se encontram disciplinadas estritamente no corpo da lei. Tanto é assim que, graças a novas formas de interpretação, hoje há uma ordem jurídica aplicável a casos de grande repercussão por pura interpretação de princípios constitucionais. E mais, atualmente, também no Brasil, somente surgem as grandes questões interpretadas e aplicadas pelos tribunais em virtude da completa ausência ou inércia da atividade legislativa e, de outro lado, pela excessiva atividade desrespeitosa aos direitos Constitucionais do executivo.

Assim descreve Roosevelt III⁷⁷:

⁷⁷ *The most striking example of a succesful “activist” decision is probably Brown v. Board of Education, which held public school segregation unconstitutional. Almost no one nowadays disputes that Brown was correctly decided – indeed, Mark Levin argues that Plessy v. Ferguson, which endorsed the idea of “separate but equal”, and which Brown overruled, was the activist decision. But, in 1953, when it was decided, many leading legal scholars thought that Brown was pure activism: a morally and politically appealing result, perhaps, but not one that could be justified by reference to the Constitution. Brown’s opponents took a still dimmer view; the segregationists’ 1956 Southern Manifesto denounced the decision as a “clear abuse of judicial power”. What does this survey show? The Supreme Court has been called activist by good politicians and bad ones, by those whose judgment history would vindicate, and by those whose views are now marginal and discredited. It has been called activist by pro-Union Republicans in the 1860s, by Progressives in the 1920s, by New Deal Democrats in the 1930s, by segregationists in the 1950s, by conservatives in the 1970s and 1980s. And though the complaints about judicial activism are hears most frequently from conservatives in the early twenty-first century, liberals are rediscovering the phrase as well. Recent books on the subject argue that the Rehnquist Court displayed “activism on the right” and was in fact “the most activist Supreme Court in history”. In short the Supreme Court has been castigated for activism almost continuously, from quite early on and by a wide variety of critics. If the charge of activism is to be anything more than a political talking point – and it should surprise no one that, frequently, that it all it is – we need some way of determining when the charge is justified and when it is not. We need some way of deciding whether a given decision is activist. Most critics start out by saying that the decisions that they call activist are wrong. But activism is more than error, and the next step is thus to argue that the error is so blatant that cannot be a good faith mistake; it must be the deliberate imposition of the judge’s own preferences in defiance of the Constitution. The plausibility of the charge of activism thus depends at least implicitly on the idea that there is a clearly correct answer (frequently called “the plain meaning of the Constitution”) that judges are disregarding. And the basic reason that the term “activism” has no place in a serious discussion is that relatively few significant or controversial cases posses clear rights answers. ROOSEVELT III, Kemit. *The Myth of Judicial Activism*. New Haven: Yale University Press, 2006, p. 14/15.*

O exemplo mais impressionante de uma decisão ativista de sucesso é provavelmente *Brown v. Conselho de Educação*, que julgou a segregação em escolas públicas inconstitucional. Quase ninguém discute hoje em dia que *Brown* foi corretamente decidido – na verdade, Mark Levin argumenta que *Plessy v. Ferguson*, que endossa a idéia de “separados, mas iguais”, e que *Brown* superou, era a decisão ativista. Mas, em 1953, quando foi decidido, muitos doutrinadores pensaram que *Brown* era puro ativismo: uma solução moral e política atraente, talvez, mas que não poderia ser justificada com fundamento na Constituição.

A conclusão a que se chega é a de que, na verdade, não existe ativismo judicial predatório, não passando de mito o papel intervencionista atribuído ao judiciário. Na verdade, age o poder julgador na esfera que lhe compete por determinação da própria constituição, ou seja, interpretando-se, e mais, de acordo com a realidade social atual, valendo-se dos instrumentos que lhe sejam úteis para se atingir o máximo de justiça possível em suas decisões.

1.4 A Politização Judiciária e a busca pela Adequação do Direito à Realidade Social

A diferença marcante entre a constituição americana e a brasileira reside na quantidade de previsões constitucionais. Enquanto a Constituição norteamericana erige princípios de proteção a direitos inalienáveis, a nacional, além deste princípio, forma um verdadeiro programa de estado e de governo, tutelando toda a estrutura administrativa, política, econômica e social do país.

O problema de seu cumprimento integral surge justamente ao se abordar as espécies de normas e princípios existentes em seu interior, principalmente aquelas chamadas programáticas e a possibilidade de sua exigência e aplicação imediata.

Segundo José Afonso da Silva⁷⁸:

As normas programáticas são de grande importância, como dissemos, porque procuram dizer *para onde e como* se vai, buscando atribuir *fins* ao Estado, esvaziado pelo liberalismo

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 142/143.

econômico. Essa característica teleológica lhes confere relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica, como bem assinala Natoli, tendente a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas a assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da *justiça social*. Esta é o fim que os arts. 170 a 193 da Constituição de 1988 prescrevem para as ordens econômica e social. Não é fácil realizar a *justiça social* num sistema em que predomina a riqueza. É que ela só se concretiza mediante equitativa distribuição da riqueza nacional, pois um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais de viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Um regime democrático de justiça social não aceita as profundas desigualdades, a pobreza e a miséria. Ora, o reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não tem tido a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas. (...) A Constituição de 1988 é mais incisiva no ceder a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos existência digna. Dá à justiça social um conteúdo preciso. Preordena alguns princípios da ordem econômica – a *defesa do consumidor*, a *defesa do meio ambiente*, a *redução das desigualdades regionais e pessoais* e a *busca do pleno emprego* – que possibilitam a compreensão de que o capitalismo concebido há de humanizar-se (se é que isso seja possível). Traz, por outro lado, mecanismos na ordem social voltados à sua efetivação. Tudo depende da aplicação das normas constitucionais que contém essas determinantes, esses princípios e esses mecanismos.

Em outras palavras, é de atribuir a função política à norma e, portanto, sendo provocado pelos instrumentos corretos, transformar-se o magistrado em agente político, na medida em que este ao aplicá-la adequa o sentido da proposição legislativa à distribuição de verbas públicas no interesse social, pois conforme afirma Francisco Neto⁷⁹:

Apesar de tudo isso, ou seja, da mais extensa declaração de direitos da história e de uma série de mecanismos de concretização, ainda não nos afastamos do que pode ser chamado de um período de “baixa constitucionalidade”, situação que pode ser explicada por dois aspectos que penso fundamentais. (...) Quanto ao segundo aspecto, deu-se pela ausência de atuação do Poder Judiciário em questões umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais,

⁷⁹ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *Constituição e Estado Social, os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 142/143.

especialmente os de natureza social, imperando (e em parte isso ainda ocorre) o entendimento de que muito do que está colocado na Constituição Federal, ou depende de manifestação parlamentar para que produza efeito, ou consiste em normas não dotadas de imperatividade e força vinculante. Tal comportamento possibilita a constatação de que, quando assim age, o Poder Judiciário assume uma postura neutra – típica da que lhe era exigida no modelo liberal – mas que não se coaduna com a situação atual, especialmente se observada a mais contundente das afirmações do constitucionalismo contemporâneo: todos sem qualquer exceção estão vinculados às normas constitucionais.

O posicionamento acima reforça a linha de pensamento dispersa através do presente texto. O poder judiciário para atualizar-se e adequar-se às demandas sociais necessita ser politizado - deixe-se claro, em causas que envolvam direitos fundamentais não individuais – não somente porque é necessário para o reconhecimento de seu papel social, mas porque a constituição assim o exige. É preciso, enfim, uma mudança completa de mentalidade, como declara Dallari⁸⁰:

A primeira grande reforma que deve ocorrer no Judiciário, e sem dúvida a mais importante de todas, é a mudança da mentalidade. Embora se tenha tornado habitual, na linguagem comum do povo, a referência ao Judiciário como sendo “a Justiça”, o fato é que na grande maioria das decisões judiciais, sobretudo dos tribunais superiores dos Estados e do país, fica evidente que existe preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça. Extensas e minuciosas discussões teóricas, farta citação de autores e jurisprudência, acolhimento ou refutação dos argumentos dos promotores e advogados, tudo isso gira em torno da escolha da lei aplicável e da melhor forma de interpretar um artigo, um parágrafo, ou mesmo uma palavra. São freqüentes as sentenças e os acórdãos dos tribunais recheados de citações eruditas, escritos em linguagem rebuscada e centrados na discussão de formalidades processuais, dando pouca ou nenhuma importância à questão da justiça. Não se percebe preocupação com os interesses e as angústias das pessoas que dependem das decisões e que muitas vezes já não tem mais condições para gozar dos benefícios de uma decisão favorável, porque esta chegou quando os interessados já tinham sido forçados a abrir mão de seus direitos, arrastados pelas circunstâncias da vida ou da morte. Ainda é comum ouvir-se um juiz afirmar, com orgulho vizinho da arrogância que é “escravo da lei”. E com isso fica em paz com sua consciência, como se tivesse atingido o cume da perfeição, e não assume responsabilidade pelas injustiças e pelos

⁸⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 84.

conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de usa decisões. Com alguma consciência esse juiz perceberia a contradição de um juiz-escravo e saberia que um julgador só poderá ser justo se for independente. Um juiz não poder ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei.

A maneira de atuar do magistrado frente às diversidades culturais plurais em sistemas e condições econômicas díspares vai determinar o futuro da sua utilidade para a sociedade e para o cumprimento de seus preceitos com respaldo constitucional. A respeito desse novo papel que aguarda o Poder Judiciário passaremos a discorrer a seguir.

2 O PODER JUDICIÁRIO CONTEMPORÂNEO

2.1 O Papel do Magistrado no Estado Neoliberal Pós-moderno

Na realidade, a Carta Magna atribui ao Estado o cumprimento de uma gama de direitos individuais e sociais que, reconhecidamente, necessitarão de tempo, talvez gerações, até que sejam plenamente atingidos, mas que se constituem em princípios a serem sempre buscados, como, por exemplo, a previsão do inc. I, do art. 3º, da CF⁸¹.

Por essa razão, surge a necessidade de escalonamento por ordem de prioridade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, quais sejam, aqueles que possibilitam a busca e a efetivação de qualquer outro direito básico individual ou coletivo. São esses os direitos humanos sociais necessários.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸²:

O ponto que nos interessa, porém, concerne ao nível de igualdade, ou, numa visão reversa, o nível de desigualdade existente na sociedade em que atua a democracia.

⁸¹ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

⁸² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estudos de Direito Constitucional em homenagem à Profª Maria Garcia*. São Paulo: IOB, 2008, p. 355.

Obviamente, a desigualdade é prejudicial à democracia, e mortal para ela, se excessiva. Assim, embora a eliminação da desigualdade seja utópica (...) é de todo interesse para a democracia a redução das desigualdades. Entre os meios de atenuação das desigualdades, certamente se inscrevem os direitos sociais. O direito ao trabalho, e os direitos do trabalhador, o direito à educação, à saúde, à moradia, ao lazer, à segurança e à previdência social, por exemplo, que enumera o art. 6º, da Constituição brasileira, se concretizados, conferem ao povo mais necessitado um mínimo de bem-estar, não apenas condizente com a eminente dignidade humana, mas também o apego ao regime democrático, no qual foram conquistados. Servem, portanto, de sustentação para a democracia.

Os direitos humanos sociais necessários ou prioritários abrangem quatro classes que, como pedras angulares de um alicerce, se ausentes, impossibilitam a perseguição e realização de qualquer outro direito fundamental, seja ele individual ou coletivo. São eles: o direito à saúde, o direito à educação, o direito à moradia e o direito a alimentos.

Sem a efetivação dos direitos acima relacionados não se pode afirmar a devida existência, busca ou proteção de qualquer outro direito, seja ele o de liberdade, lazer, segurança, propriedade, etc. Sequer pode se falar em direito à vida, pois constitucionalmente, prevê-se o direito a uma vida digna e feliz.

Há que se questionar se o cidadão não possui saúde, educação, alimentação e onde morar, que bem lhe traz a liberdade? E mais, que espécie de vida leva essa pessoa? Com certeza, não há de ser uma vida *digna e feliz*.

Resta desumanizado, não tem consciência de si mesmo nem dos outros, por isso não obedece à regra social alguma, não tem pretensões de futuro, portanto, não se importa em morrer ou passar o resto de seus dias encarcerado, não enxerga o outro como ser humano e por isso não o respeita, enfim, vive em estado cruel, primitivo e infeliz. Logo, ao se buscar a concretização imediata dos veios normativos, anteriormente descritos, pretende-se, na verdade, a efetivação do mínimo social a ser fornecido pelo Estado para o atendimento do bem-estar social e a busca da felicidade do cidadão.

Importante ressaltar que os quatro parâmetros citados

são formados por direitos complexos e não simples, portanto compostos de partes menores, ou seja, no direito à saúde encontra-se previsto, além do direito a atendimento médico, o direito ao fornecimento de remédios e realização de exames clínicos (tratamento médico integral para a doença diagnosticada), o tratamento profilático, englobando o direito a saneamento básico (água e esgoto tratados) e vacinação.

No direito à moradia inclui-se não só o da residência física em si, mas de todo o complexo necessário que a acompanha, tais como transporte, creches, escolas, etc. Quando se fala em direito à alimentação, não se fala apenas em programas assistenciais do estado, mas também em programas de recuperação familiar (tratamento de toxicômanos e alcoolistas) e direito ao trabalho, inclusive à profissionalização. Por fim, cumpre ressaltar que entre todos os direitos fundamentais necessários listados, sem dúvida alguma, o de uma educação de qualidade, constitui o cerne do desenvolvimento social.

Cabe deixar claro que, quando se fala em direito à educação, não se está defendendo simplesmente a disponibilização de uma educação formal, tradicional, ensinada em bancos de escolas que não educam, mas simplesmente regurgitam ensinamentos pré-estabelecidos, utilizando-se de vidas como números de frequência para serem apresentados em índices junto a órgãos financeiros internacionais. Antes, há que se falar em métodos educacionais que possibilitem a transferência de cultura em seu sentido amplo, proveniente de uma vivência social produtiva e enriquecedora, que torne possível ao receptor destes ensinamentos romper com o círculo da pobreza e da exclusão, pois, como alerta Warat⁸³:

Ao longo da modernidade, os estudantes mais que humanizados, foram escolarizados, conseguindo, assim, confundir o processo com conteúdo, obtenção do diploma com educação, diploma com competência, fluência comunicacional com capacidade de dizer algo novo. A imaginação do estudante é escolarizada de tal maneira que o

⁸³ WARAT, Luis A. *Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou*. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004, v. 2, p. 496.

levam a confundir vida comunitária com assistência social, segurança com proteção policial, trabalho produtivo com competência desleal. A própria academia é confundida com a administração escolar. Ivan Illich chega a sustentar “que a institucionalização de valores leva, inevitavelmente à contaminação física, à polarização social e à impotência psíquica: três dimensões de um processo de degradação global e miséria modernizada (Ivan Illich, *Sociedade sem escola*. Rio de Janeiro: Vozes, 1973). Temos, então, um processo de escolarização que é opressivo, alienante, desumanizante. É preciso atender a formas e fórmulas educativas que não escolarizem, que nos ajudem a apreender para a autonomia, inserindo os processos de humanização pedagógica em outras instituições que não sejam a escolar, instituições que não escolarizem, que não nos permitam seguir digerindo a falácia de que a escola se identifica com a formação do homem.

Em outra vertente, especificamente, quando se trata de direitos fundamentais sociais necessários, não existe espaço para a aplicação do princípio da reserva do possível, já que por serem estritamente indispensáveis à formação da cidadania, como componente de um Estado que deve visar ao bem comum, inclusive buscando a efetivação da paz social tão almejada, não se sustenta a alegação pelo administrador de que não existem recursos suficientes para a execução de todos os direitos simultaneamente, sem prejuízo de outros investimentos.

Nos dizeres de Andréas J. Krell⁸⁴:

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma **obrigação** do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, de ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros **direitos**.

Deve haver, por parte do administrador, a retenção de gastos ou investimentos públicos em qualquer área que não esteja relacionada ao cumprimento dos direitos humanos necessários.

Deixando de lado, por ora, a análise das motivações e

⁸⁴ KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 23.

critérios adotados por cada administrador para qualificar a destinação de verba do orçamento público como investimento, nada pode suplantar o interesse popular manifesto juridicamente na Constituição Federal em se ver cumprido uma parcela de direitos mínimos garantidores da sobrevivência digna e feliz do cidadão. Assim, é função essencial do Estado, adotando o princípio da prioridade, através do administrador, suprir a qualquer custo essas demandas, ainda que em prejuízo ao atendimento de outros direitos ou, na visão de alguns, de outros benefícios sociais.

Nesse sentido, destaca Bobbio⁸⁵:

Ainda mais importante e amplíssima é a tarefa dos sociólogos do direito no que se refere ao outro tema fundamental, o da aplicação das normas jurídicas, ou do fenômeno que é cada vez mais estudado sob o nome, por enquanto intraduzível {para o italiano} de *implementation*. O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas”. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de “direito”? A diferença entre esses auto-intitulados direitos e os direitos propriamente ditos não será tão grande que torna impróprio, ou pelo menos, pouco útil o uso da mesma palavra para designar uns e outros?

Conforme observado, “não há como negar o caráter imperativo e vinculante dos direitos sociais de cunho programático, que preordenam os Poderes constituídos, Legislativo, Executivo e Judiciário, à sua concretização”.⁸⁶

A vontade social, expressa na Carta Magna, constitui-se em obrigação moral e legal para o Estado, e cabe ao administrador obedecê-la, atendendo a seus preceitos. Não o fazendo, legitima-se o

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 77.

⁸⁶ BONTEMPO, Alessandra G. *Direitos Sociais – Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2008, p.195.

Estado-juiz a intervir para que o responsável cumpra o comando popular expresso.

2.2 O Orçamento Público e os Direitos Sociais

Para se sustentar economicamente as despesas sociais garantidas pela Constituição, o Estado necessita de verbas. Essas verbas são originárias, em sua maioria, de tributos que incidem sobre a circulação de riqueza em um país. O montante arrecadado obedece, por determinação do art. 165 da CF de 1988, a uma ordem de distribuição para custeio e investimento determinados prévia e anualmente pela aprovação de um conjunto de leis orçamentárias⁸⁷ (Lei de Orçamento, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Plano Plurianual) junto ao Congresso Nacional, a este corpo jurídico se atribui a denominação de *orçamento público*. O orçamento constitui-se, assim, no instrumento de sustentação das políticas públicas de atendimento social e distribuição de renda de um governo.

Conforme ensina Giacomini⁸⁸:

A função pública de promover ajustamentos na distribuição de renda justifica-se, pois, como correção às falhas do

⁸⁷ A iniciativa da apresentação do projeto de lei orçamentária é privativa do chefe do poder executivo. Isso a torna, na expressão jurídica, uma “lei de iniciativa reservada”. Conforme observado anteriormente, a lei complementar prevista no art. 165, § 9º, da CF deverá disciplinar a questão do prazo de encaminhamento do projeto de lei orçamentária anula ao Poder legislativo. No aguardo da lei complementar, a União adota o prazo fixado no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, enquanto os Estados e Municípios cumprem prazos estabelecidos em normas locais, em especial, nas constituições estaduais e nas leis orgânicas municipais. O Projeto de Lei Complementar nº. 135, de 1996, apresentado pela Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização e em apreciação na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, estabelece, no caso do orçamento federal, o primeiro dia útil do mês de agosto como último prazo para o encaminhamento do projeto de lei orçamentária anual ao Congresso Nacional. Com referência aos Estados e Municípios, o PLP nº. 125/96 prevê que a legislação local fixará o prazo de encaminhamento das matérias orçamentárias – PPA, LDO e LOA -, dispondo, no entanto, que a tramitação das mesmas no Poder Legislativo não será inferior a 45 dias. Este cuidado com adoção de período mínimo de tramitação visa impedir a aprovação de legislação local que não garanta, ao Poder Legislativo, prazo adequado para o estudo e a apreciação da proposta orçamentária. *In: Orçamento Público*, James Giacomini, São Paulo: Atlas, 2009, p. 263/264.

⁸⁸ GIACOMINI, James. *Orçamento Público*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 25.

mercado. Para tanto, deve-se fugir da idealização de Pareto⁸⁹: a melhoria da posição de certas pessoas é feita a expensas de outras. O problema é fundamentalmente de política e de filosofia social, cabendo á sociedade definir o que considera como níveis justos na distribuição da renda e da riqueza. Musgrave & Musgrave lembram os dois problemas que dificultam a transformação de “uma regra considerada justa em uma política real de distribuição de renda. Primeiro, é difícil ou mesmo impossível comparar os diferentes níveis de utilidade, que indivíduos diversos derivam de suas rendas (...) A outra dificuldade surge no fato de que o tamanho do ‘bolo’ disponível para distribuição está relacionado com a forma através da qual é realizada a distribuição”. Essas questões de difícil equacionamento estão sendo substituídas pela discussão das medidas que solucionem os problemas graves de miséria e de melhoria progressiva da qualidade de vida nas camadas mais pobres da população. O orçamento público, assim como na função alocativa, é o principal instrumento para a viabilização das políticas públicas de distribuição de renda. Considerando que o problema distributivo tem por base tirar de uns para melhorar a situação de outros, o mecanismo fiscal mais eficaz é o que combina tributos progressivos sobre as classes de renda mais elevada com transferência para aquelas classes de renda mais baixa. Exemplo clássico seria a utilização do imposto de renda progressivo para cobrir subsídios aos programas de alimentação, transporte e moradia populares.

Cabe ao gestor público definir, em primeiro lugar, as políticas públicas e, posteriormente, como aplicar as verbas disponíveis pelo orçamento para a garantia da efetivação dessas políticas. Essa sempre é a pretensão de um Estado democrático de direito: a busca da justiça social através da aplicação das verbas públicas em políticas que almejem a diminuição das diferenças sociais através da distribuição equitativa de riquezas, e essa deve ser a versão latina do princípio da busca da felicidade (*persuit of hapinnes*), esculpido pela Constituição americana, seguindo-se o princípio expresso na seguinte passagem⁹⁰:

Desse panorama, para além das questões relativas ao apoio político necessário para a redistribuição, podemos aferir a

⁸⁹ As doutrinas de bem-estar integradas na análise econômica convencional derivam da formulação consagrada pelo nome de “Ideal de Pareto” apresentado por Vilfredo Pareto no livro *Manuel d'économie politique* publicado na França em 1927. Segundo ela, há eficiência na economia quando a posição de alguém sofre uma melhoria sem que nenhum outro tenha sua situação deteriorada. *In Orçamento Público*, James Giacomini, São Paulo: Atlas, 2009, p. 26.

⁹⁰ RODRIGUES, Marta M. Assumpção. *Políticas Públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010, p. 78/79.

importância do papel da gestão das políticas públicas para a promoção da justiça social e a consolidação da democracia no país. Afinal, é a gestão que traduz valores sociais, reproduz as “continuidades institucionais” ou imprime mudanças na forma pela qual o Estado e a sociedade se relacionam. O incremento na eficiência e responsabilização política (*accountability*) depende, em grande medida, do comprometimento do gestor público com a democracia e com um projeto de desenvolvimento (nacional, regional, local) socialmente orientado, do seu engajamento num compromisso com os excluídos e da sua ousadia de propor novas formas de participação democrática. Além disso, o combate à pobreza, a organização da sociedade em defesa da igualdade política diante das desigualdades socioeconômicas e a proteção contra os riscos da vida social constituem, todas, tarefas importantes que, se reforçadas, incrementam a qualidade da nossa democracia. Jogar o jogo da política democrática, ética, e da justiça social é o desafio que os gestores de políticas públicas têm de enfrentar para planejar, administrar e extrair recursos e formatar políticas redistributivas que busquem promover sociedades mais iguais e mais livres, num contexto mundial de profundas mudanças econômicas, demográficas e ideológicas. Em suma, da capacidade do Estado (pelos diversos Governos) para executar políticas públicas sociais mais eficazes, abrangentes e universais, depende o aprimoramento do bem-estar e da cidadania, com a diminuição das desigualdades e a consolidação da democracia de cidadãos e cidadãs.

O problema central que, inclusive, fundamenta todo o desenvolvimento deste trabalho surge exatamente quando, por ausência de interesse político, ou por simples desleixo com a administração pública, escondidos atrás da afirmação de que não existem verbas para o cumprimento do previsto na lei orçamentária, recorrentemente administradores descumprem a Constituição da república.

É justamente essa ausência de aplicação de verbas em políticas públicas que se constitui em um dos fundamentos da intervenção pró-ativa do judiciário na concretização do orçamento público e, portanto, nas atribuições do executivo, pois de acordo como Roberto Wagner Lima Nogueira⁹¹:

Entende-se hodiernamente que os direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal sobrepairam, inclusive, sobre a legalidade orçamentária, sendo possível a

⁹¹ NOGUEIRA, Roberto Wagner de Lima. *Saúde e medicamentos, desenvolvimento social e princípios orçamentários*. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas. Coordenador Dejalma de Campos. São Paulo, RT, 2005, p. 61.

arguição de tais direitos junto ao Judiciário, quando negados pela administração pública. Os direitos fundamentais no campo orçamentário se revelam na proteção dos mínimos sociais ou direitos constitucionais mínimos que gozam do chamado *status positivus libertatis*, i. e., prescindem da lei orçamentária para terem eficácia, podem ser garantidos pelo Judiciário e postulam, além da garantia da não-incidência de tributos, prestações positivas de natureza assistencial, remédios, tratamentos e internações indispensáveis à sobrevivência, todavia, somente para aqueles indivíduos que não possuem os meios indispensáveis à sobrevivência.

2.3 O Estado Mínimo e a Interferência Social do Magistrado no Orçamento Público

Em primeiro lugar é necessário se diferenciar as expressões Estado mínimo de reserva do possível. Estado mínimo relaciona-se ao conceito da presença do Estado como garantidor do mínimo necessário à sobrevivência com dignidade do seu cidadão.

Segundo Canotilho⁹²:

As jurisprudências comuns e constitucionais, ao serem confrontadas com o “direito ao mínimo existencial”, orientaram a sua estratégia hermenêutica no seguinte sentido: (1) o direito ao mínimo prestacional para uma existência condigna é um direito prestacional originário fundando num direito fundamental da dignidade da pessoa; (2) os direitos, liberdades e garantias transportam uma dimensão *objectiva* conducente à ressubjectivação de posições prestacionais, configurando-se, assim, eles próprios como esquemas de garantia dos direitos sociais.

Já o princípio da reserva do possível ou reserva da Lei Orçamentária está ligada à alegação de escolha que o administrador deve fazer na aplicação de recursos públicos, pois seriam eles insuficientes para atender a todas as demandas sociais previstas na Constituição federal.

Novamente Canotilho explica que⁹³:

Esgrimir aqui com as tradicionais “reservas” – “reserva de lei” constitutiva das prestações e “reserva do possível” em termos económicos e financeiros – significaria que bastaria o legislador e todos os órgãos responsáveis pela concretização ficarem silentes, para se negar a existência de um núcleo

⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267.

⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *ibid.*, p. 266.

essencial de prestações sociais. Afinal, a *direccção* da Constituição, ou melhor, da *direccção* dos direitos sociais que, no fundo, são dimensões constitutivas da *igual dignidade social* e da *justiça distributiva*. É óbvio que os tribunais não podem ficar alheios à concretização judicial das normas directoras da constituição social. Não pode é impor-se à metódica constitucional a criação de *pressupostos* de facto e de direito claramente diferenciadora de sua competência, ou que extravasem os seus limites jurídico-funcionais.

Nesse ponto específico, há o posicionamento de Paulo de Tarso Brandão, contrariando Canotilho e atingindo o segundo ponto da explanação, ao dizer que⁹⁴:

O que parece mais importante questionar, no entanto, é se é possível falar-se em reserva do possível para os direitos sociais. Sem desconhecer que, sim, em algumas situações há que se levar em conta a reserva do possível. O que tem ocorrido, no entanto, é que em na maioria das vezes a alegação da impossibilidade é descabida, porque ela apresentada artificialmente como forma de impedir uma melhor forma de atendimento dos direitos sociais. Normalmente aqui a questão não diz respeito à impossibilidade do Estado, mas se trata somente de uma opção de Governo. É exatamente por isso e para garantir não só o Direito como o próprio Estado Democrático de Direito, que o deve o Poder Judiciário cumprir sua missão maior e interferir na implementação de políticas públicas.

Nesse aspecto são comuns as postulações de ações, solicitando serviços ou insumos de saúde, em cujas contestações, os gestores públicos, inclusive municipais, argumentam com o excessivo impacto nas finanças públicas ou mesmo a possibilidade de desestabilização do tesouro, em razão do valor do pedido. As discussões tendem a ser sobre custeio apenas, pouco se atendo ao que, efetivamente, é melhor para a saúde dos interessados.

Utilizam-se tais argumentos (às vezes *ad terrorem*), como justificativa à não concessão de liminares ou mesmo para as suas cassações nas ações propostas. Porém, é importante lembrar que, muitas vezes, tais razões não procedem. É que, não raro, o ente público que as usa, para se esquivar da imposição judicial, sequer aplica os percentuais mínimos que lhe cabem em ações e serviços de saúde, nos termos da Emenda Constitucional nº. 29.

⁹⁴ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Constituição e Estado Social, os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008, p. 311.

É o caso, por exemplo, do Estado do Paraná, que, nos exercícios de 2000 a 2007, deixou de aplicar o total de R\$ 2.275.617.914,44, em virtude do descumprimento da referida norma constitucional e, mesmo assim, costuma utilizar essa linha de raciocínio⁹⁵.

A simples alegação da falta de verbas orçamentárias para o cumprimento das obrigações constitucionais sociais não pode mais ter validade de argumento de interpretação, pois, conforme vem decidindo seguidamente a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, guinando o entendimento até então dominante⁹⁶:

A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. (...) A tese da reserva do possível assenta-se em idéia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de

⁹⁵ Disponível em: < <http://siops.datasus.gov.br> >. Acesso em: 10/11/2010.

⁹⁶ REsp 1041197/MS, Relator Ministro Humberto Martins, julgamento proferido em 25/08/2009, publicado no DJe em 16/09/2009 e na RSTJ, vol. 216, p. 313 e REsp 1185474/SC, Relator Ministro Humberto Martins, julgamento proferido em 20/04/2010, publicado no DJe em 29/04/2010 e na RSTJ, v. 219, p. 225. Os julgados em sua íntegra compõem o anexo deste trabalho.

escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas.

Nota-se, portanto, a plena inaplicabilidade do princípio da reserva do possível ao cumprimento dos direitos fundamentais, previstos e protegidos pela Constituição Federal, que ao não serem atendidos, em última análise, leva à legitimação do Poder Judiciário para intervir nos demais ramos do poder estatal, pretendendo garantir a existência do Estado mínimo, o que afasta, dessa forma, o conceito clássico de separação entre poderes.

2.4 O Magistrado Social

As formas principais de controle jurídico dos gastos públicos pelo Estado podem ser explicitadas por duas formas de concretização, a indireta, ou seja, mediante a aplicação ao administrador das medidas preventivas e punitivas, previstas na Lei nº. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), e a direta, caracterizada pela intervenção do Estado-juiz, no ato administrativo para cumprimento dos direitos fundamentais pelo Executivo ou Legislativo.

Um dos principais pontos argumentativos daqueles que defendem a interferência judicial para obrigar o Poder Executivo a atender direito fundamental coletivo ser indevida é o de que, ao se fazer esta prestação em obediência à determinação judicial, não havendo previsão orçamentária de gastos, estar-se-ia gerando desequilíbrio nas contas públicas e prejuízo aos demais destinatários dos benefícios sociais, pois, para se atender ao caso pontual, haveria que se reduzir a aplicação de recursos naquela área, já que as verbas seriam limitadas e insuficientes para o atendimento de todos os

direitos a todas as pessoas.

Já se demonstrou, contudo, pelos argumentos despendidos, a inaplicabilidade do raciocínio defendido. Ainda que a tese fosse aceitável, a legitimação da interferência judicial a bem do cumprimento dos direitos fundamentais necessários por parte do administrador pode revestir-se, ao invés da determinação indireta, na interferência no ato de elaboração do próprio orçamento público, diante da verificação da desobediência de normas constitucionais garantidoras.

A Constituição da República previu a elaboração de orçamentos públicos pelo administrador não como uma simples peça fiscal reguladora de receitas e gastos, mas sim como forma de programa de atuação, planejamento e direção do Estado no atendimento aos direitos sociais necessários.

Pode-se conceituar a instrumentalização do orçamento público constitucional da seguinte forma⁹⁷:

O orçamento anual é o instrumento que sintetiza as políticas públicas e apresenta a escolha dos representantes do povo dentre as diversas possibilidades de investimento da receita pública. É através deste instrumento normativo que a desnutrição, a saúde, a educação e o meio ambiente podem receber verbas imprescindíveis à prevenção e à solução de problemas drasticamente gravosos à sociedade. É nesta relação ética com o orçamento que se apresenta a problemática das escolhas trágicas, diante da esgotabilidade dos recursos públicos, haja vista a necessidade de se decidir entre soluções possíveis. Fala-se em decisões trágicas porque se tratam de escolhas que envolvem a vida de seres humanos. São escolhas do tipo: que famílias serão beneficiadas com o bolsa-escola?; que famílias receberão casas para morar?; equipamento hospitalar caríssimo para qual hospital? No Brasil diferentemente de escolhas trágicas, apesar de estas existirem, trata-se de escolhas constitucionais, e, quando se depara com opções entre emprestar dinheiro a clubes de futebol, gastos com auxílio-paletó, dentre outros, a ausência de valor à dignidade da vida humana. É irrazoável e inconstitucional gastar dinheiro público com regalias e frivolidades. Esses gastos inconstitucionais desviam-se dos objetivos previstos no artigo 3º da Constituição Federal, e fazem o Brasil regredir cada vez mais. O gasto constitucional de recursos públicos geram benefícios incomensuráveis à toda nação, cite-se, como exemplo, a reportagem do jornal Estado de São Paulo que ao

⁹⁷ MESSALA, Hélio. Constituição Orçamentária: Instrumento de Mudança Social. *Revista de Direito Social*. Porto Alegre: Notadez, 2004, v. 13, p. 63.

descrever os benefícios que o programa renda mínima pode gerar elucidou que a cada ano médio de ensino da população, tem-se um crescimento do PIB de 20%; o gasto com medidas preventivas da violência geram uma economia imediata de U\$ 6,00 ao Estado por pessoa, haja vista investimento de U\$ 1,00 na prevenção e de U\$ 7,00 na repressão. Infelizmente, no País, os orçamentos dos últimos 10, 20 ou 50 anos preteriram a educação primária e saúde pública em prol de uma política desenvolvimentista duvidosa, investimentos fiscais e empresas inidôneas e instituições assistenciais deficientes. Isso tudo acarretou na mais injusta concentração de rendas do ocidente.

Portanto o administrador público deve ter a consciência de que não foi eleito para um cargo diretivo apenas para “manter em ordem” as contas, mas sim para executar um planejamento estratégico de aplicação de verbas públicas, visando sempre o cumprimento dos direitos dos cidadãos.

A intervenção judicial para corrigir distorções no orçamento de governo não só é legitimada pela Lei maior, como se constitui em verdadeiro dever do Estado-juiz, que estará exercendo o devido controle sobre o ato administrativo, sem ferir a harmonia que deve prevalecer entre os poderes.

Nos dizeres de Novais⁹⁸:

Mais ainda, o risco de, por essa via, subverter a separação de poderes constitucionalmente instituída é tanto maior quanto, em grande parte destes casos de colisões não previamente reguladas pela Constituição, o juiz não dispõe, para além das fórmulas gerias e lapidares de consagração dos direitos fundamentais, de outros parâmetros jurídico-constitucionais, para sindicar as escolhas políticas do legislador que se traduzem em cedência dos direitos fundamentais. Seja pela ausência de decisões constitucionais de preferência relativas entre bens, seja por força da natureza *principal* dos direitos fundamentais envolvidos, seja, finalmente, por facto da colisão respeitar, como acontece na generalidade das situações controvertidas, a aspectos parcelares e dependentes das circunstâncias do caso concreto, tanto dos direitos fundamentais como dos bens que com eles colidem, o juiz constitucional vê-se, frequentemente, face ao legislador, sem pautas de referência que não sejam seus próprios valores e juízos de apreciação das situações controvertidas. Assim, quando controla a constitucionalidade das escolhas do legislador democrático, o juiz constitucional confronta-se com o dilema de, para não aceitar acriticamente quaisquer das suas opções – sob pena de renúncia ao exercício das competências que lhe estão

⁹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Lisboa: Coimbra, 2003, p. 882/887.

constitucionalmente atribuídas e de *entrega* dos direitos fundamentais ao legislador -, se ver perante o perigo de se substituir às decisões políticas do Parlamento, uma vez que se vê *constrangido* a colocar no lugar das ponderações por este efectuadas as suas próprias avaliações e juízos de valor enquanto pressuposto necessário da anulação da solução da colisão de bens encontrada pelo legislador. (...) Ora, se por um lado os direitos fundamentais foram retirados, por força da sua consagração constitucional, da disponibilidade do legislador ordinário, por outro lado a Constituição pede e exige que o legislador os realize enquanto princípios e valores constitucionais objectivos. Ou seja, com fundamento na natureza objectiva dos direitos fundamentais e na reserva geral imanente de ponderação e mesmo quando a Constituição nada prevê a propósito, o legislador está constitucionalmente habilitado e obrigado a resolver os problemas de eventual cedência dos direitos fundamentais por força de sua colisão com outros bens igualmente dignos de protecção. Nessa mediada, a ponderação de bens realizada primariamente pelo legislador ode conduzi-lo a uma decisão que, sendo criação política do órgão com legitimidade democrática para a fazer, é simultaneamente, porque só nesse plano se pode justificar a cedência de um bem constitucional, concretização de normas constitucionais.

Continua Novais sua análise a fim de determinar os marcos regulatórios da atuação do juiz comprometido com a constituição:

Enquanto tal, a restrição de direitos fundamentais não constitucionalmente autorizada, sendo, primariamente, uma incumbência política do legislador, é, também, substancialmente dependente dos parâmetros jurídico-constitucionais que são acessíveis, por força da vinculação directa aos direitos fundamentais, a todos os intérpretes, especialmente aos juízes, e, sobretudo e com direito à última palavra, isto é, à *primazia*, do juiz constitucional. A demarcação de limites jurídico-funcionais nete justiça constitucional e função política sofre, assim, da complexidade que BÖCKENFÖRD sintetizou na fórmula *o legislador tem a prioridade, mas o Tribunal Constitucional tem a primazia*. O juiz, designadamente o juiz constitucional, pode, com grande margem, considerar constitucionalmente desconforme o procedimento ou o juízo de ponderação em que se baseou a actuação restritiva da liberdade sujeita ao seu controlo. A decisão judicial de inconstitucionalidade pode, à luz da aplicabilidade directa dos direitos fundamentais e da vinculação a que sujeitam todas as entidades públicas, fundamentar-se simplesmente na ilegitimidade da restrição por facto de não observância do maior peso que, no caso e na opinião do juiz, apresentava o bem ou interesse de liberdade afectado quando em comparação com o bem ou interesse que pretendia justificar a restrição, pode basear-se na ponderação das vantagens e inconvenientes, avaliados em função dos parâmetros jurídico-constitucionais, que vêm implicados na decisão de restrição ou, por último, na

ponderação global entre a alternativa de restringir e a de não restringir.

A explanação define exatamente as condições para o exercício da magistratura comprometida com a justiça social, que é aquela voltada precipuamente à garantia da efetivação dos direitos constitucionais fundamentais que, por omissão da atuação legislativa ou executiva, não seja levada a termo.

Muito se discute a respeito da ausência de legitimidade do magistrado para a atuação política, vez que atuação do “representante do povo” seja ele vinculado ao executivo ou legislativo está fundado na procuração para agir em seu nome, materializado através das votações decorrentes de eleições periódicas, o que faltaria aos Juízes.

Contudo a própria constituição, mediante o exercício do Poder Constituinte originário – emanado diretamente do povo, conferiu legitimidade à jurisdição de cunho social no Brasil ao formular a disposição, prevista no art. 3º da Constituição da República⁹⁹.

Acerca do assunto, afirma Jônatas de Paula¹⁰⁰:

O disposto invocado trata do caráter finalístico das atividades jurisdicional. Acima da mera realização do ordenamento jurídico e normas infraconstitucionais, há uma diretiva da atividade jurisdicional que é a busca dos fins descritos pelo art. 3º da CF. Na medida em que a jurisdição realiza os fins estipulados, essa se legitima, posto que, ser o referido artigo, o referencial do discurso legitimador da atividade jurisdicional. Por isso, tem-se que a natureza jurídica do disposto constitucional é, em relação à jurisdição e ao direito processual, norma de direito material programática. (...) É uma norma programática posto que estabelece uma série de objetivos a serem alcançados pelo Estado brasileiro, subtendendo-se aí, a atividade jurisdicional mais específica.

Dessa forma, mais uma vez não se sustenta diante de

⁹⁹ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento social nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁰⁰ PAULA, Jônatas Luiz Pereira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social*. Barueri: Manole, 2002, p. 54.

uma análise mais detida o argumento de que o Poder Judiciário não possui legitimidade para interferir em políticas públicas.

2.5 Justiça, Democracia e a Realização de Direitos

Como já dito anteriormente, o conceito de justiça está intimamente ligado ao próprio reconhecimento da existência do Estado democrático de direitos, pois democracia, em seu sentido atual, é mais do que a vontade da maioria. Não se pode falar em democracia sem o cumprimento dos direitos fundamentais do cidadão.

E nada é tão distante da realidade jurídica do que a noção de justiça social que permeia o conceito popular. Diminuir essa distância entre o direito e a realidade comunitária, assim como a sensação de injustiça é a tarefa principal do operador do direito na contemporaneidade, sempre tendo por base as disposições da Carta constitucional.

Nos dizeres de Dallari¹⁰¹:

O juiz recebe do povo através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça. Essa legitimidade tem excepcional importância pelos efeitos políticos e sociais que podem ter as decisões judiciais.

A relação ente justiça, direito e democracia é perfeitamente demonstrada pelo seguinte entendimento¹⁰²:

A realização dos direitos contemplados em normas programáticas se prende à realização concreta da democracia. Pois se o Estado de Direito assenta a sua

¹⁰¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 91.

¹⁰² PAULA, Jônatas Luiz Pereira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social*. Barueri: Manole, 2002, p. 94/99.

legitimidade na democracia e que o instrumento regulador das atividades do Estado e da sociedade está regulamentado por um direito democrático produzido pelo próprio Estado, é preciso ter em conta que a realização concreta da democracia decorre de esta democracia apresentar-se como valor superior ao direito positivo. Democracia pressupõe não só a distribuição de poderes, mas igualdade entre os cidadãos membros da sociedade, seja em oportunidade, seja em condições. A despeito de a democracia referir-se à idéia de igualdade, fato inegável é que ela assenta-se sobre uma base social complexa e pluralista. (...) Tal advertência já havia feito Jürgen Habermas, ao afirmar que o discurso jurídico precisa assimilar a inclusão social como forma de legitimidade da ordem jurídica. Pois, deve-se estipular um sistema de direitos que faça jus à autonomia privada e pública dos cidadãos. E acresce: “Esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caos queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo.”

Contudo a doutrina da realização dos direitos sociais constitucionalmente previstos, não guarda unanimidade, longe disso, passa por sérias críticas, como a de Canotilho¹⁰³:

Temos que confessar que um dos <<campos jurídicos>> onde mais se sente a inquietação é o do direito constitucional. O direito constitucional, a Constituição, o sistema de poderes e o sistema jurídico de direitos fundamentais já não são o que eram. Já não são o que eram por quê? Porque apresentam indisfarçáveis *problemas de inclusão, problemas de referência, problemas de mal-estar, problemas de reflexão, problemas de reinvenção do território e problemas de competência do saber.*

Todavia o que Canotilho encara como problemas são os frutos naturais da diversidade da hipervelocidade das mudanças do mundo pós-moderno para a qual os sistemas jurídicos positivados tradicionais não apresentam soluções.

É justamente o que descreve Sarlet¹⁰⁴:

Nesta quadra, vale recordar que o estado Social de Direito – também denominado de filho da moderna sociedade industrial – não poderá jamais permanecer imune às suas transformações e desenvolvimento. Limitando-nos, por exemplo, a uma das manifestações da atuação do Estado

¹⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 120.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Democracia*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 307.

Social, analisando a problemática dos sistemas de segurança social e, quando for o caso, também da implementação dos direitos sociais assegurados na Constituição ou mesmo na esfera legal (infraconstitucional), verifica-se que é particularmente nesta esfera que o dilema representado pela simultânea necessidade de proteção e, por outro lado, de uma constante adequação dos níveis de segurança social vigentes à realidade sócioeconômica cambiante e tendencialmente desfavorável se manifesta com particular agudeza. Se, por um lado, a necessidade de uma adaptação dos sistemas de prestações sociais às exigências de um mundo em constante transformação não pode ser desconsiderada, simultaneamente o clamor lementar da humanidade por segurança e justiça sociais – em suma, por direitos sociais efetivos – continua a ser um dos principais desafios e tarefas do Estado.

A resolução para os dilemas levantados passa primeiro necessariamente por uma nova interpretação constitucional, em especial na forma de se ver a justiça fundada na constituição expressa pela garantia de direitos.

Como ressalta Conde¹⁰⁵:

Desde estas abordagens há que se ter em conta o duplo significado que encerra a justiça constitucional. Desde um ponto de vista objetivo se refere às funções jurisdicionais realizadas para a garantia e defesa da Constituição. Desde um ponto de vista subjetivo analisa os diversos órgãos que exercem ditas funções. O conteúdo da justiça constitucional tem experimentado também o processo histórico de sua própria evolução. Em princípio, o controle da constitucionalidade das leis pareceu ser seu único e primordial objeto. Posteriormente, a tutela dos direitos e liberdades fundamentais veio a desprezar aquela. A este tem que se adicionar, ainda que em um menor nível, a regulação

¹⁰⁵ Desde estos planteamientos hay que tener en cuenta el doble significado que encierra la justicia constitucional. Desde un punto de vista objetivo se refiere a las funciones jurisdiccionales realizadas para la garantía y defensa de la Constitución. Desde un punto de vista subjetivo analiza los diversos órganos que ejercen dichas funciones. El contenido de la justicia constitucional ha experimentado también el proceso histórico de su propia evolución. En un principio, el control de la constitucionalidad de las leyes pareció ser su único y primordial objeto. Posteriormente, la tutela de los derechos y libertades fundamentales vino a desprezar aquél. A ello hay que añadir, aunque en un menor nivel, la regulación de los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado y la llamada justicia política, que suponía el enjuiciamiento de ciertas magistraturas del Estado. Todo ello sin olvidar la importancia adquirida, en los Estados políticamente descentralizados, por la regulación de los conflictos entre el Estado central y las entidades políticamente descentralizadas. Naturalmente, este diverso contenido no se produce en todos los sistemas, sino que viene dado por múltiples circunstancias de cada sistema político, que contienen así un sistema propio de justicia constitucional. CONDE, Enrique Alvarez. *Curso de Derecho Constitucional, Vol. II*. Madrid: Tecnos, 2008, p. 302.

dos conflitos ente os órgãos constitucionais do Estado e a chamada justiça política, que suponha a judicialização de certas magistraturas do Estado. Tudo isto sem olvidar da importância adquirida, nos Estados politicamente descentralizados, pela regulação dos conflitos entre o Estado central e as entidades politicamente descentralizadas. Naturalmente, este conteúdo diverso não se produz em todos os sistemas, já que aparece por múltiplas circunstâncias de cada sistema político, que contém em sí um sistema próprio de justiça constitucional.

E, em segundo lugar, pela maneira de se ver essa nova espécie de interpretação que, como condição de execução, deve levar em conta sempre os direitos fundamentais e sua regulação com primazia sobre qualquer outra regulamentação ou método interpretativo da omissão, pois¹⁰⁶:

Em suma, a justiça do ato de julgar é comandada por suas percepções. A primeira é um modo que organiza o conjunto das normas vigentes como uma relação que vai do genérico ao particular, conforme graus de generalidade. Daí, a relação entre lei e sentença. Essa relação é justa na medida em que consegue delimitar, conforme o princípio da igualdade, as correspondentes competências da autoridade jurídica. Generalidade significa *extensão normativa*, sendo geral a norma que se dirige, proporcionalmente, ao maior número de sujeitos: a justiça como *igualdade de todos perante a lei* ou o justo como *justeza*. Assim, a sentença é norma individual, limitada ao caso concreto. Nesses termos, fundamentar a sentença significa pressupor que a justiça da ordem está na razão da delimitação da competência da autoridade como condição da autonomia dos sujeitos e de sua igualdade perante a lei, não importa, primariamente, quais sejam os seus conteúdos: *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*. A segunda organiza o conjunto de normas vigentes como uma relação uniforme que *vai do universal ao específico, conforme graus de universalidade*. Universalidade significa *intensão normativa*, sendo universal a norma que abarca, na sua abstração, a maior amplitude de conteúdo. Assim, a ordem é justa na medida em que consegue delimitar os conteúdos normativos, conforme um princípio material abrangente de inclusão e exclusão. Aqui a eleição de um princípio gera, conhecidamente, diversos posicionamentos, ora falando-se em bem comum, ora em necessidades vitais, ora em respeito à dignidade do homem, ou como cidadania, ou como desígnio divino etc. A justiça desta ordem está na razão da delimitação dos conteúdos normativos a partir de um critério de supremacia (o justo como absoluto), não importa a competência da autoridade ou o grau de autonomia de ação de um sujeito em face de outro. Donde o *reconhecimento como justa* de uma sentença que se

¹⁰⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 306/307.

expressa como a afirmação em nível de supremacia e diante de qualquer circunstância, de um *elenco de direitos e valores fundamentais materiais* (vida, propriedade, liberdade, segurança, igualdade), resumidos na *dignidade da pessoa humana*.

A relação direta entre a garantia de direitos fundamentais e interpretação constitucional não é matéria de fácil análise e aplicação, apresentando dilemas diversos e de natureza multifacetadas (sociais, econômicas, políticas). Registre-se, ainda, que não se apresenta de forma diferente sequer quando se trata de legislações comunitárias, como a própria formação da Constituição da Europa Comunitária, composta por países que frequentemente infringem respectivos direitos comuns, cabendo ao Tribunal Europeu a definição final sobre a aplicação e validade da norma.

A dificuldade acima é declarada no seguinte excerto¹⁰⁷:

Quarenta anos depois do Tratado de Roma, os Tratados por que se regia a União Européia não continham uma verdadeira carta de direitos fundamentais. Esta só viria a ser aprovada em Nice (Dezembro de 2000), mas apenas como *declaração de princípios* (que não é parte integrante dos Tratados), sem carácter vinculativo do ponto de vista jurídico, permanecendo na esfera de competência do Tribunal de Justiça o poder de conformação dos direitos fundamentais e a sua consideração nas decisões a tomar, à luz dos *princípios gerais do direito comunitário* constantes dos Tratados, das normas constitucionais comuns aos Estados-membros (a tradição constitucional democrática européia) e das normas da CEDH (Roma, 4.11.1950).

A conjugação desses fatores, juntamente com a inserção de outros fundamentos pertencentes a ciências diversas e com afinidade ao direito, é a porta de entrada para um novo mundo de aplicabilidade das normas e princípios constitucionais, como se verá a seguir ao se analisar a forma de atuação do magistrado e os instrumentos jurídicos disponíveis para se levar ao Poder Judiciário a busca pela resolução dos problemas sociais que afligem o Estado brasileiro.

¹⁰⁷ NUNES, A. J. Avelãs. *A Constituição Européia, a constitucionalização do neoliberalismo*. Portugal: Coimbra, 2007, p. 99.

CAPÍTULO III – INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

1 A CONCESSÃO, LEGITIMAÇÃO E RESTRIÇÃO DO PODER EM CAUSAS COLETIVAS

1.1 Conceito de Ações Coletivas Instrumentárias

Através da história do desenvolvimento da humanidade surgida do contexto de convivência comunitária, sempre se destacou o reconhecimento de direitos inerentes ao ser humano, decorrentes da própria evolução social e derivados, em princípio, da real necessidade de proteção de valores intrínsecos, como condição da própria sobrevivência da raça, sem os quais a vida (objeto maior de preocupação) não encontra alicerce para florescimento. Assim, durante o transcorrer desenvolvimentista das etapas históricas da civilização ocidental, direitos e deveres foram destacados e objetos de proteção, entre eles, os hoje denominados direitos humanos e fundamentais.

As organizações sociais, formadas em torno de necessidades básicas ligadas à sobrevivência da espécie humana, levaram à criação de normas que desaguaram na formação do Estado moderno de direito, tal como destaca Sarlet ¹⁰⁸:

a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto há que se dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma, também a história da limitação do poder.

Através dos tempos, verificam-se claramente etapas de reconhecimento desses direitos, tais como a elaboração pelos ingleses da Magna Carta (1215) e da *Bill of Rights* (1689), da Constituição de Weimar pelos alemães (1919), da Carta de Direitos do

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 36.

Homem e do Cidadão, do povo francês (1789) e da Declaração de Independência dos EUA (1776), entre outras.

O fato é que a evolução no reconhecimento dos direitos fundamentais materiais não foi acompanhada a contento pela evolução de instrumentos processuais que buscassem a efetivação de direitos, sendo que, somente no século XX, os meios para o pleno exercício desses direitos foram devidamente assentados junto aos Estados democráticos de direito, regidos tanto por constituições escritas como pela *Common Law*.

A percepção da necessidade premente de instrumentalização pelo Estado da busca pelos cidadãos da garantia ou reparação de um direito fundamental violado, como essência própria do princípio da garantia do acesso à justiça, ao que parece, foi relegado historicamente a segundo plano, enquanto as grandes lutas sociais e políticas se deram na fase de reconhecimento obrigatório pelo Estado dos referidos direitos.

Na medida em que a evolução natural do Estado liberal moderno levava ao reconhecimento gradual de novos direitos indispensáveis à sobrevivência digna do cidadão, em uma perspectiva processual a formação jurídica ainda se estabelecia e era regida em uma esfera de relação privada, na qual não era devidamente reconhecida a forma coletiva de pleitearem-se direitos.

Tanto a legislação quanto a formação jurídica dos operadores do direito, durante séculos, deixaram a desejar no reconhecimento, aceitação e aplicação dos direitos coletivos, em especial no que tange ao estabelecimento de um procedimento adequado ou de um instrumento legal que representasse a vontade social. Assim é que, aos poucos, surgiram mecanismos não estruturalmente novos, mas com formatações modernas que, com lastro em legislações e doutrinas estrangeiras, instituíram no país o que hoje pode ser denominado de sistema processual coletivo.

Contudo ainda permanece o visceral problema da distinção feita pelos operadores do direito, em particular por

magistrados, entre o que hoje se constitui direito de esfera privada e direito público, o que leva a sérios questionamentos quanto à legitimidade do direito de ação e o alcance dos efeitos da coisa julgada em ações coletivas. Junte-se ao fato a não raramente presente dificuldade, principalmente em razão da inexistência, salvo raras exceções, de familiaridade com a matéria, pelos julgadores e demais operadores do direito, em se fazer processar e julgar referidas ações coletivas, em especial quando amparadas pela previsão constitucional do inc. LXXVII, do art. 5º, ou seja, o “direito a uma razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O marco histórico na previsão de direitos para o cidadão, atingido com a promulgação da Constituição de 1988, deu-se graças à mudança de visão, propiciada pelos atores sociais organizados à época, os quais influenciaram diretamente na composição de seu texto final e que, no presente momento, após vinte anos de sua promulgação, possibilita a busca à implementação total das garantias previstas, utilizando-se sempre dos instrumentos e preceitos que se encontram no texto constitucional, referendando o espírito de luta e indignação que tomou conta de uma determinada sociedade em uma determinada época da história recente do país.

Nos dizeres de Cláudia Gonçalves¹⁰⁹:

Pode-se dizer que os movimentos populares, à época, além de visarem à liberdade política, cuja ausência era tão explicitamente sentida, davam evidência à luta pelos direitos sociais com os seguintes objetivos: de um lado, como forma de reivindicarem suas necessidades materiais básicas (educação, emprego, saúde, moradia etc.) e, de outro, como mecanismo conducente à democratização das liberdades individuais, haja vista que os referidos movimentos, em suas lutas, rechaçavam também a percepção apolítica e homogênea da sociedade civil, construída pelo liberalismo clássico, e representada no interior das constituições oitocentistas.

Os instrumentos jurídicos, previstos para efetivação do

¹⁰⁹ GONÇALVES, Cláudia M. C. *Direitos Fundamentais Sociais – Releitura de uma constituição dirigente*. Curitiba; Juruá, 2007, p.163.

controle dos atos administrativos e cumprimento dos preceitos fundamentais, são, em razão de sua natureza, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública, que sofreu, por assim dizer, uma ampliação em sua área de aplicação.

Embora haja a previsão constitucional dos quatro primeiros instrumentos, tanto em razão da distância do conhecimento e limitação de sua aplicação pelos operadores do direito, já que o Supremo Tribunal Federal ainda se constitui em verdadeira torre de marfim para os excluídos, como pela natureza das causas estarem distante da realidade primária e palpável do cidadão comum, é a ação civil pública pela proximidade que seus efeitos podem atingir que se constitui na principal forma de controle da administração, inclusive em sua forma pedagógica.

Conforme explica Alessandra Bontempo¹¹⁰:

A ação civil pública, disciplinada pela Lei 7.347/85, surgiu no ordenamento jurídico como instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A partir da promulgação da Constituição de 1988, o espectro dos bens passíveis de serem tutelados pela ação civil pública foi redimensionado, passando a englobar – além daqueles contemplados pela Lei 7.347/85 – outros interesses difusos e coletivos. (...) A ação civil pública é, portanto, um instrumento processual idôneo à defesa dos direitos sociais contemplados na Carta de 1988, bem como daqueles decorrentes dos instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil. Advoga-se, ainda, que a ação civil pública é o instrumento jurídico hábil ao controle judicial das políticas públicas.

Assim, a ação civil pública, conjugada às demais legislações que estatuem direitos e garantias fundamentais, tornou-se o instrumento jurídico primordial para obrigar o administrador a agir, não agir ou corrigir desvio de finalidade no cumprimento dos direitos sociais constitucionalmente previstos.

¹¹⁰ BONTEMPO, Alessandra G. *Direitos Sociais – Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2008. p.252 e 255.

1.2 Ação Civil Pública: Formas e Limites

O reconhecimento dos direitos fundamentais em termo constitucional material e formal teve seu efetivo início a partir do final do século XVIII, com as gradativas incorporações desses direitos às, então recentes, constituições democráticas e sociais.

No entanto, pode-se afirmar em princípio que os direitos fundamentais atravessaram três etapas históricas de reconhecimento, conforme lembrança de Sarlet ¹¹¹:

Sintetizando do devir histórico dos direitos fundamentais até o seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, K. Stern, conhecido mestre de Colônia, destaca três etapas: a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período da elaboração da doutrina jusnaturalista a da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

Paralelamente, houve um desenvolvimento do que mais tarde veio a se firmar como o direito fundamental do acesso à justiça, que, embora hoje seja universal, em seus primórdios era restrito a determinadas classes de pessoas.

As origens das ações coletivas podem ser identificadas já no direito romano antigo, especificamente no instituto que era conhecida como *actio popularis*, muito embora com a fundamentação diferenciada da atual ação popular, pois na época permitia-se que qualquer cidadão que preenchesse os requisitos processuais necessários (ser cidadão romano, ser livre e chefe de família) intentasse ação contra qualquer ameaça ao patrimônio (físico, cultural ou monetário) do império, tendo assim como característica principal, esta sim identificada com a ação moderna, a proteção à *res pública*, que, no entender dos juriconsultos romanos, era tudo o que pertencia a todos os cidadãos.

¹¹¹ SARLET, Ingo W. *op.cit.*, p. 37.

Já na idade média, pode notar-se um embrião das futuras ações coletivas com o surgimento dos primeiros processos coletivos em torno do séc. XII, que conforme destaca Mafra Leal ¹¹²:

Tratava-se de conflitos envolvendo uma comunidade (aldeões) de um vilarejo contra os senhores (*Lords*) por problemas relativos à administração e utilização das terras dos feudos; fiéis (*parishers*) disputando o pagamento de dízimos com os párocos; corporações (*guilds*) questionando o pagamento de tributos ou arrendamentos impostos pela autoridade local ou pelo senhor (*Lord*). A maioria da doutrina, entretanto, prefere localizar os antecedentes da moderna ação coletiva no século XVII como uma variante do *bill of peace*. O *bill* era uma autorização para o processamento coletivo de uma ação individual e era concebida quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos de todos que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme, evitando a multiplicação de processos.

Em uma evolução gradual, surge o que seria a ação coletiva moderna, ou seja, em meados do século XIX, no direito anglo-saxão, aparece a figura jurídica a que se denominou *Class Action*, vindo de encontro à formação de um novo Estado, “ao influxo da nova organização social, resultante de fatores diversos, como a formação e crescimento dos sindicatos, a revolução industrial, a criação do Estado Social de Direito” (welfare State)¹¹³.

As *class actions* são para o Brasil o que mais se identifica como fonte de origem das ações coletivas nacionais, em especial a ação civil pública, pois, conforme relata Ricardo de Barros Leonel, uma *class action*¹¹⁴:

Permite que seja levada ao tribunal uma demanda proposta por (ou em face de) um grande número de indivíduos ou organizações que tenham interesses correlatos, em situações que seja mais eficiente e eficaz a responsabilização em termos coletivos que individuais. Tais ações acabaram tornando-se extremamente populares, sendo certo que nas cortes federais americanas têm sido usada em casos como demandas antitruste, securitárias, em casos ambientais e relativos à discriminação sexual e racial, postulando

¹¹² LEAL, Márcio Flavio Mafra, *apud*, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 30-31.

¹¹³ MANCUSO, Rodolfo C. *op.cit.*, p. 32.

¹¹⁴ MANCUSO, Rodolfo C. *op.cit.*, p. 34.

benefícios governamentais, e ainda contra o uso de produtos tóxicos.

Não obstante, nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover¹¹⁵:

Quando o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, inspirou-se, sem dúvida nas *class actions for damages* norte-americanas, mas adotou uma disciplina original, como se pode ver, por exemplo, pela inexistência do *opt out*, pelo tratamento diverso à *fluid recovery*, pela adoção de uma coisa julgada *erga omnes*, mas só para beneficiar os titulares dos direitos individuais, que ainda podem mover suas ações pessoais após a improcedência da demanda coletiva. Precedentemente, a Lei 7.913, de 07.09.1989, havia instituído uma forma de *class action* para a tutela dos interesses dos investidores no mercado de valores mobiliários, mas restringiu ao Ministério Público a legitimação para agir e deu à matéria um tratamento bem diferente do adotado pelo Código.

No Brasil após o assentamento da fase em que se buscou a independência do direito processual em relação ao direito material, surge a doutrina da instrumentalidade do processo, sendo que¹¹⁶:

A tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos somente ganhou foro de destaque, dentro do direito processual, porque a visão instrumentalista pôde constatar que: (a) o processo, instrumento da atividade jurisdicional do Estado, tem como objetivo a restauração da paz social, abalada pela presença de determinado conflito de interesses (no caso, um conflito de interesses transindividuais, que não deixa de ser um conflito, apresentando-se, na verdade, como um conflito potencializado): esse é o escopo social do processo, com o qual se busca, juntamente e previamente com a atividade legislativa evitar condutas desagregadoras, estimular as agregadoras, distribuir os bens entre as pessoas – e, por essas formas, criar o clima favorável à paz entre os homens, eliminando as insatisfações; o mais importante é que essa pacificação, proporcionada pelo Estado, vem acompanhada de mecanismos de imunização dos conflitos, ou seja, nem mesmo a atividade legislativa (atividade jurídica primária, definidora de direitos e obrigações) poderá atacar o que restou decidido com o trânsito em julgado (Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXVI), não havendo, ainda, que se questionar sobre o contentamento das partes envolvidas e sujeitas ao teor do julgado, já que a própria lei prevê

¹¹⁵ MANCUSO, Rodolfo C. *Ibid.*

¹¹⁶ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 18.

mecanismos de imposição do julgado; este o escopo social do processo; daí por que não só os interesses individuais, mas também os metaindividuais devem ser tutelados, quando presente determinado conflito, pelo poder-dever-função-atividade jurisdicional do Estado; (b) o Estado Democrático de Direito (natureza político-jurídica da República Federativa do Brasil, conforme o *caput* do art. 1º da Constituição da República) abraça três valores fundamentais para que se possa assim qualificá-lo: o *poder* (capacidade estatal de decidir imperativamente), sem o qual nem mesmo o próprio Estado se mantém, nem tem como cumprir seus valores básicos; a *liberdade*, fator de limitação e legitimação do poder, garantindo a dignidade daqueles que se encontrem sujeitos a esse poder do Estado; a *participação* dos cidadãos para que possam criar e influenciar os destinos da sociedade. Poder (autoridade) e liberdade são dois pólos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; participação é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político. A função jurisdicional tem a missão institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na democracia, para a estabilidade das instituições; ora, a afirmação do poder do Estado e garantia da liberdade e da participação são facetas do escopo político do processo, que deve estar apto a cumprir essa finalidade, tutelando também os interesses transindividuais, presentes na sociedade; (c) há que se realizar, através da função jurisdicional do Estado, a atuação da vontade concreta da lei, quando não se mostre suficiente o direito material; este seria o escopo jurídico do processo, que prima pela manutenção da ordem jurídica estabelecida e, assim, via de consequência, os direitos difusos e coletivos nela inseridos.

Assim, foi trazido ao ordenamento jurídico brasileiro, com o fim de dotar de instrumentalidade jurídica, o reconhecimento dos direitos fundamentais protegidos pela legislação esparsa da época, a Lei nº. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

Conforme ressaltou Edis Milaré¹¹⁷:

A incorporação ao ordenamento positivo da Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública, como é conhecida, além de ensejar à Ciência Jurídica passo de inegável progresso, sobremodo alargou as lides jurídicas da sociedade civil. É que esta, face à institucionalização dos interesses difusos, e à correlata legitimação processual outorgada a entes habilitadas a patrociná-la em Juízo, abriu novos horizontes a que inalienáveis valores socioculturais passassem a ser tutelados perante a Justiça. Ministério Público e Poder Judiciário, instituições imanentemente agregadas ao Estado de Direito e à Democracia, galgaram, desde então, novo patamar de participação no debate em que lançam e se renovam os fundamentos da nacionalidade.

¹¹⁷ MILARÉ, Edis, *apud*, VIGLIAR, José M. M., *Ibid.* p. 20.

Ainda no mesmo sentido¹¹⁸:

Cumprе ressaltar, contudo, que esse diploma legal constitui o marco para grandes avanços que se sucederam e para um efetivo *acesso á justiça*, proporcionando agora a possibilidade de se postular em juízo a tutela dos interesses transindividuais, pois veiculou novidades que obrigaram uma releitura do tradicional art. 3º do Código de Processo Civil.

Pela primeira vez e antes ainda do advento da Constituição de 1988, o legislador pátrio dotava de instrumento de efetivação os direitos fundamentais reconhecidos, ainda que insipidamente, pela ordem legal.

Nascia, ainda, no bojo das referidas previsões, a essência cível do Órgão natural de defesa da comunidade contra a violação de seus direitos básicos, ou seja, a legitimação do Ministério Público para provocar a jurisdição sobre essas garantias.

Frise-se, nesse aspecto, que a ação popular também se enquadra entre as descendentes das *class actions* americanas, mas tanto em razão da limitação da legitimidade ativa dos agentes, quanto pelo desconhecimento legal pelo cidadão, ainda permanece como instrumento de pouca expressão prática no país, sendo que, em sua maioria, os direitos fundamentais violados são protegidos pela proposição de ações civis, tendo o Ministério Público como seu principal agente impulsionador.

1.3 A Coisa Julgada na Ação Civil Pública como Limitadora dos Direitos Fundamentais

O ponto central da divergência, a respeito do real alcance da coisa julgada material em sede de ações coletivas e especialmente da ação civil pública, verifica-se na abrangência do julgado e no seu conteúdo.

Ao se julgar ações coletivas raramente o julgador se depara, logo de início, com a real extensão do seu alcance, sendo

¹¹⁸ VIGLIAR, José M. M., *Ibid.*, p. 21.

necessário, por vezes, sua adaptação à realidade política e social como forma de se adequar o direito às necessidades comunitárias.

Tais atos julgadores despertam reações diversas, sendo que a corrente formal entende que não deveria o magistrado imiscuir-se em outros terrenos, julgando sempre sob a forma processual clássica de atender somente ao que lhe foi solicitado.

Pode-se notar tal pensamento nos seguintes julgados¹¹⁹:

Não pode o juiz, sob a alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça e equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério. A figura do *judge made law* é incompatível com a tripartição do poder, pois gera o arbítrio do Judiciário, a par de invadir a esfera legiferante, atribuição de outro poder (...) onde irá a certeza do direito se cada juiz se arvorar em legislador?

Contudo, em uma necessária modernização e adaptação do direito ao meio social, o que parece hoje, dentro do caminho democrático indissolúvel do conceito de justiça, as sentenças prolatadas em sede de ações civis devem adequar o máximo possível à concessão do direito à atribuição da justiça, onde quer que seja necessário, sob todas as formas possíveis.

Conforme ensina Mancuso¹²⁰:

É preciso não olvidar que a coisa julgada não é uma ocorrência do mundo fenomenológico, e sim uma criação do Direito, atuando em reforço da higidez e da operacionalidade da relação jurídica processual e de seu principal produto – a decisão de mérito –, exibindo a coisa julgada uma conotação dúplice, tanto negativa (o *non bis in idem*: a exceção de coisa julgada – CPC, art. 301, VI) como positiva (o *stare decisis*: a atribuição definitiva do bem da vida ao vencedor da causa). Não seria exagero especular que os romanos, com seu notório espírito prático, aperceberam-se que a coisa julgada não se sustentaria em si mesma (= não seria autopoietica) ou não se legitimaria de per si, donde terem-na concebido como uma sorte de *presunção ou de ficção*, recorrendo à fórmula que a ‘equipara’ à verdade (*res judicata pro veritate accipitur*).

¹¹⁹ STF, RBDP 50/159; AMAGIS 8/35 e RT 60/43.

¹²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 321.

Assim, pode-se afirmar que na sociedade contemporânea, em que as relações sociais estão cada vez mais mutantes e descoladas da noção de justiça, cabe ao magistrado, utilizando-se de métodos aplicáveis a cada espécie e sempre com base na Constituição Federal (fundamento maior da estabilidade jurídica), adequar o direito à realidade das ruas.

Mesmo em legislações recentes e com discurso de “contemporâneas” está indubitavelmente impressa a marca das leis de mercado a regerem os comportamentos sociais e a atenção que os Estados da pós-modernidade lhes dão.

É o que descreve Avelãs Nunes no seguinte trecho¹²¹:

Em caso de crise grave (especialmente num país débil como Portugal), não se vê que políticas (nacionais ou comunitárias) poderão ser mobilizadas para ultrapassá-la. No âmbito das negociações que conduziram à UEM (União Económica e Monetária), chegou a ser proposto um esquema baseado na transferência de verbas do orçamento comunitário para ajudar (sobretudo) os pequenos países afectados por choques externos (v.g. uma baixa significativa nas exportações) a desencadear políticas destinadas a ultrapassar a crise. Esta solução não foi adoptada, tendo-se sacrificado a economia real e a solidariedade comunitária aos equilíbrios financeiros. É o *fim da política*, a *morte da política económica*, o reinado do *deus-mercado*, enquanto ordem natural, espontânea que tudo resolve, acima dos interesses, acima das classes, para lá do justo e do injusto, como defendem os monetaristas mais radicais (ou mais coerentes) e todos os defensores da *libertação da sociedade civil*. É o tempo das *reformas estruturais*: da redução do papel do estado na economia (da *morte do estado*, substituído, a vários níveis, por agências reguladoras independentes), do esvaziamento do estado-providência (incluindo o sistema público de segurança social e os sistemas públicos e universais de ensino e saúde), da privatização das empresas prestadoras de serviços públicos, da desregulamentação dos mercados dos bens e dos serviços (Directiva Bolkenstein), dos mercados financeiros e dos mercados de trabalho.

¹²¹ NUNES, A. J. Avelãs. *A Constituição Europeia, a constitucionalização do neoliberalismo*. Portugal: Coimbra, 2007, p. 130/131.

Essa tensão entre direitos constitucionais fundamentais e realidade social encontra-se muito bem expressa por Konrad Hesse na idéia seguinte¹²²:

É que a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto a praxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática. (...). Considerada em suas conseqüências, a concepção da força dominante da Constituição jurídica, isto é, a coincidência da realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção de Direito Constitucional está configurada permanentemente uma situação de conflito: a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real.

É justamente no alívio dessa tensão existente que surge a função mediadora do magistrado, o qual, através de sua decisão em sede de ações coletivas, aproximará os dois pólos, ou seja, a lei da realidade.

Entretanto, para se atingir esse intuito, não há alternativa senão a abertura dos procedimentos às influências diversas de outras áreas do conhecimento, todas com a função precípua de auxiliar o julgador, fornecendo-lhe os elementos necessários para a aproximação máxima desejada entre norma e realidade social.

É justamente e talvez o de maior valia, o ensinamento legado por Luhmann¹²³:

Para que a sociedade prossiga em sua dinâmica evolucionista – que lhe é inerente por natureza – é indispensável que progressivamente converta as expectativas comportamentais genericamente aceitáveis em expectativas normativas expectáveis. Dessa forma o processo de mutação das expectativas normativas contemplará a evolução das assimilações fáticas do meio social, não acoiando o Ser

¹²² HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p.10.

¹²³ TRINDADE, André. *Para Entender Luhmann e o Direito como Sistema Autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 57.

com uma mudança brusca nas condutas que lhe são socialmente expectáveis. Além disso, as próprias expectativas normativas devem ser dotadas de certa elasticidade. Uma vez que idealizar uma completa e matemática igualdade – como defendido pelo positivismo Kelseniano – no tocante às expectativas comportamentais do Ser é presumir algo impossível de ser observado pela ciência atual. Portanto, o sistema de regulamentação das expectativas deve ser passível de adaptação pelas influências externas e que, naturalmente, lhe fornecem elementos para direcionar as adaptações normativo-sociais.

Justamente esse é o posicionamento adequado aos operados do direito ao manejarem as ações coletivas, especificamente a civil pública, observando-se a natureza, extensão e eficácia de seu julgado, ou seja, fazer funcionar referido instrumento processual como aliviador de tensões sociais e adaptador do Ser Luhmanniano à realidade e à norma.

Não se confunde, por óbvio, a porosidade de magistrado ao conhecimento diverso do jurídico com a não desejada ingerência entre poderes constituídos. O fato de uma decisão judicial ocupar um espaço vazio, deixado pelo administrador ou legislador (por ação ou omissão), não indica que o poder julgador deseje atuar, como sua função precípua, na esfera dos demais.

A questão é mais básica e reside no já dito: não existe vácuo de poder. Onde quer que seja necessária a pacificação social ou o atendimento a um direito constitucionalmente garantido e diante da inércia, voluntária ou não, dos poderes primazes em realizar tal intento, cabe ao judiciário fazê-lo, sob o risco da perda pelo Estado de sua legitimidade.

Para aqueles que defendem o direito como uma forma de linguagem, explica Habermas¹²⁴:

Certamente a divisão das competências da legislação e da aplicação do direito em dois diferentes poderes do Estado, independentes entre si a nível pessoal e institucional, não se deu por si mesma. A Atenas clássica fornece apenas um dos muitos exemplos de como reuniões populares ou parlamentos se reservam funções jurisdicionais. É certo que

¹²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 215.

razões pragmáticas sugerem uma separação entre o poder legislativo e o judiciário, tão logo a configuração dogmática do direito e a cientificização da jurisprudência acarreta uma ampla profissionalização da prática da decisão judicial. Porém, do ponto de vista normativo e da sistemática jurídica, há outros argumentos decisivos. Em primeiro lugar, a diferença lógica e argumentativa entre fundamentação e aplicação de normas reflete-se nas formas comunicativas de discursos de fundamentação e de aplicação, que precisam ser institucionalizados juridicamente, de diferentes maneiras. Em discursos jurídicos de aplicação, é preciso decidir qual das normas tidas como válidas, numa situação dada, e cujas características são descritas da forma mais completa possível, é adequada. Esse tipo de discurso exige, de um lado, uma constelação de papéis, na qual os partidos (e, conforme o caso, autoridades políticas mediadoras) podem apresentar todos os aspectos litigiosos de um caso a um juiz, como representante imparcial da comunidade; de outro lado, uma distribuição de competências segundo a qual o tribunal tem que fundamentar seu julgamento perante uma esfera pública jurídica em princípio ilimitada. Ao passo que nos discursos de fundamentação há apenas participantes. De outro lado, a fim de impor suas decisões – e a execução do direito – a justiça apela para os meios de repressão do Estado, passando a dispor ela mesma de um poder administrativo. Por essa razão a justiça precisa ser separada da legislação e impedida de uma autoprogramação. Dessa maneira se explica o *princípio da ligação da justiça ao direito vigente*. Além do mais do princípio da proteção do direito e dos direitos fundamentais da justiça resultam todos os demais princípios para especificação de tarefas, do modo do trabalho e a garantia do *status* de uma justiça independente, a qual deve aplicar o direito de tal maneira que estejam garantidos simultaneamente a segurança do direito e a aceitabilidade racional das decisões judiciais.

Resta ontologicamente evidente que as funções políticas, administrativas e judiciais não se misturam, muito embora todas sejam intrínsecas, em certa medida, aos poderes estabelecidos.

Ocorre que, em virtude da demanda crescente pelo cumprimento de direitos sociais previstos na Constituição brasileira, as decisões judiciais têm cada vez mais acompanhado as carências da sociedade e trazem consigo, já que inevitável, carga de responsabilidade política sobre outros poderes do Estado, uma vez que se trata do mesmo ente.

Conforme afirma Zagrebelsky¹²⁵:

¹²⁵ *Si, mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido de este carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de ductilidad. La coexistencia de valores y principios sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al*

Se, mediante uma palavra a mais aproximada possível, quiséssemos indicar o sentido deste caráter essencial do direito dos Estados constitucionais atuais, quizá poderíamos usar a imagen da ductibilidade. A coexistência de valores e princípios sobre a qual hoje deve basear-se necessariamente uma Constituição para não renunciar a seus princípios de unidade e integração e ao mesmo tempo não tornar-se incompatível com sua base material pluralista exige que cada um de tais valores e princípios se assumam com caráter não absoluto, compatível com aqueles outros com os que devem conviver. Somente assume caráter absoluto o metavalor que se expressa no duplo imperativo do pluralismo dos valores (no tocante ao aspecto substancial) e a lealdade em seu enfrentamento (ao que se refere ao aspecto procedimental). Estas são, ao final, as supremas exigências constitucionais de toda sociedade pluralista que queira ser e preservar-se como tal. Unicamente neste ponto deve valer a intransigência e unicamente nas antigas razões da soberania hão de ser plenamente salvaguardadas.

Pode-se concluir, portanto, que diante do descumprimento de direitos fundamentais, o dogma da separação integral de poderes é relativizado e, com certeza, não atinge a coisa julgada resultante de ação coletiva.

Ao contrapor-se à alegação de ausência de legitimidade da coisa julgada em ações coletivas para sua integral efetividade, vale lembrar a seguinte lição ¹²⁶:

Utilizando o moderno aparato conceitual fornecido pela semiótica, pode-se dizer que a coisa julgada é um signo com função de organizar o discurso comunicativo no direito processual, o que a coloca em uma dimensão puramente sintática, onde os signos se relacionam apenas entre si. Como o próprio processo se situa nesse plano formal, tem-se que o instituto em tela é tipicamente processual, prestando-se para atender função de organizar sistematicamente a matéria jurídica, tendo em vista sua aplicação, que afinal é a do processo. A coisa julgada aparece como artifício ou

*mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se assuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental). Éstas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal. Únicamente en este punto debe valer la intransigencia y únicamente en él las antiguas razones de la soberanía aún han de ser plenamente salvaguardadas. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 14.*

¹²⁶ MANCUSO, Rodolfo C., *op.cit.*, p. 322.

mecanismo de que se vale o ordenamento jurídico para implementar o convencimento e a certeza sobre a existência ou não de um direito ou qualquer outra situação jurídica, exercendo assim um papel ideológico de legitimação desse mesmo ordenamento e de garantia de sua manutenção, pois evita o confronto dos indivíduos entre si e com o próprio ordenamento, ao tornar incontrovertido, em princípio, o resultado da função cognitiva do processo, que leva a atuação do direito em um caso concreto.

Contudo, até a presente data, a atividade judicial politicamente engajada ainda é nascitura, pois conforme afirma Mancuso¹²⁷:

Boa parte da dificuldade na compreensão da coisa julgada – especialmente a que se forma no ambiente processual coletivo – deriva de não se fazer o melhor diagnóstico sobre os fundamentos que a sustentam e legitimam, muita vez deixando o operador do Direito levar-se pela literalidade dos conceitos positivados, sem lhes perquirir a verdadeira motivação, responsável pela existência de várias modalidades e coisa julgada, com diversa carga eficaz.

Papel diferente no manejo de implementação de políticas públicas exerce o Ministério Público pós constituição de 1988, em especial quando operante junto ao Poder Judiciário, provocando sua ação em temas de interesse e relevância social. É deste Ministério Público que trataremos a seguir.

1.4 O Ministério Público na Figura de *Ideological Plaintiff*

A Instituição do Ministério Público adquiriu uma característica singular dentre os corpos jurídicos das civilizações. Talvez por premente necessidade, ela tenha evoluído juntamente com o crescimento dos direitos adquiridos primeiro pelos indivíduos, depois pela sociedade. De mero representante da figura dos reis o Promotor de Justiça chega hoje, especialmente no Brasil, a defensor constitucional dos direitos sociais indisponíveis.

Em um breve histórico ilustrativo, Brüning relata que¹²⁸:

¹²⁷ MANCUSO, Rodolfo C., *op.cit.*, p. 325.

¹²⁸ BRÜNING, Raulino Jacó. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Ministério Público*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989, p. 72/73 e 76/77.

O primeiro texto legislativo dedicado à instituição de que se tem notícia foi a *ordonnance* de 25 de março de 1302, do Rei Felipe, o Belo, da França, considerada a certidão de batismo do Ministério Público. A partir daí inúmeros países passaram a legislar sobre o Parquet, sendo oportuno salientar que, pelas Ordenações Manuelinas de Portugal, aplicadas no Brasil-colônia, a figura do Promotor de Justiça apareceu no diploma legal de 9 de janeiro de 1609, que regulamentou o Tribunal de Relação da Bahia (...). Para ser melhor compreendido o longo período em que os Promotores de Justiça (ou seus precursores) eram simples agentes do rei, basta lembrar que o Rei Luiz XIV, ao tempo do absolutismo francês, por volta do ano 1700, ainda afirmava: “L’Etat c’est moi”. Não é preciso grande esforço para ver que tais procuradores não tinham as menores condições de controlar os atos do Rei, quer administrativas, legislativas, judiciais e outras, numa atmosfera própria do Estado Gendarme. (...) Assim, a Constituição francesa de 1791 já dispunha sobre a figura do Promotor de Justiça que, segundo a maioria dos autores, naquele país teve a sua origem. Mas foi somente em 1879 que a Corte de cassação Criminal da França decidiu que os Membros do Ministério Público eram independentes funcionalmente e só em 1810 foi reconhecida a sua unidade e indivisibilidade. Nos Estados Unidos o Ministério Público se afirmou a tal ponto como instituição que existe a figura do Promotor Especial, a quem compete fiscalizar a figura dos governantes. (...) Proclamada a independência em 1822, também por influência das idéias francesas, foi outorgada por um ato de absolutismo a primeira Constituição brasileira, em 1824 que, embora liberal, não fez qualquer referência ao Ministério Público. Existiam apenas algumas leis ordinárias que tratavam de um tipo de funcionários denominados Promotores de Justiça. Pelo aviso de 16 de janeiro de 1838 eles foram considerados “fiscais da lei”. Somente em 1890, com o então Ministro da Justiça Campos Sales, que promoveu ampla reforma da Justiça brasileira através do Decreto nº 848, o *Parquet* foi reconhecido como instituição e pela primeira vez apareceu em lei a expressão Ministério Público, além de terem sido seus membros, finalmente, considerados independentes no exercício de suas funções.

Contudo, no século XXI, ressurgiu a função do Promotor de Justiça na sua máxima expressão de defesa dos direitos coletivos através das conhecidas *state actions* ou *class actions*.

Com origem nas *group litigations* e no *Bill of Peace* da Idade Média inglesa, transladadas para as colônias americanas, as *class actions* do sistema de *common law*, trazem em seu bojo a figura do *ideological plaintiff*, o autor coletivo da ação.

Acerca do tema, Mancuso faz a seguinte referência¹²⁹:

¹²⁹ MANCUSO, Rodolfo C. *op.cit.*, p.35.

De fato, a busca por um critério seguro para a *standing* (legitimação para agir) passou a ser a pedra de toque no processo coletivo, justamente porque nesse plano cuida-se de interesses que se diriam *dessubstantivados* (= indivisíveis e concernentes a sujeitos indeterminados), donde não se revelar viável a técnica que busca estabelecer uma *ponte* entre uma posição de vantagem adrede definida no ordenamento positivo e um dado sujeito que se afirma titular do valor ou interesse judicializado. Ante essa dificuldade, duas possibilidades então se apresentavam: ou bem se admitia a representação por um *ideological plaintiff* (o autor ideológico), assim credenciado por consentimento dos representados, ou bem esse poder de agir se extrairia a partir da *identificação* entre os interesses da classe e os do portador judicial.

Assim, está o autor coletivo legitimado, por ser detentor dos interesses de um grupo, a representá-lo em Juízo, muito embora, em alguns casos, em virtude da regulamentação de ações dessa natureza, nos EUA seja necessária, pelo menos, a tentativa de notificação dos interessados, desde que tal medida seja razoavelmente possível de ser realizada, como no caso da *class action for damages*, que equivaleria à ação civil brasileira para defesa dos direitos individuais homogêneos.

Certo é que, por força de Lei (o brasileiro vive sob a égide do direito romanístico europeu continental), o Ministério Público é legitimado por dispositivos legais a proceder a representação de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos em Juízo.

Nesse sentido, destaca Mancuso¹³⁰:

(...) essa exclusão, para mais, sequer seria exequível frente ao Direito Positivo, já que o MP atua obrigatoriamente nas causas 'em que há interesse público evidenciado pela *natureza da lide* ou qualidade da parte (CPC, art. 82, III), o mesmo ocorrendo em sede dos instrumentos específicos de controle jurisdicional de legalidade dos atos administrativos: o mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 10), a ação popular (Lei 4.717/65, arts. 7º, I, a, e 9º); a ação direta de declaração de inconstitucionalidade (CF 1988, art. 129, IV); e, especificamente, a legitimação para a ação civil pública (Lei Federal 8.625/93 – Lei Orgânica do Ministério Público – art. 25, IV, a; Lei 7.347/85, art. 5º, § 1º; e para a ação de reponsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente – Lei Federal 6.938/81, art. 14, § 1º.

¹³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 198.

Contudo o melhor entendimento da legitimação, conferida ao Ministério Público, é aquele que vai além de meras disposições legais e deixa o critério de análise para cada caso sobre a real necessidade da interferência do *Parquet* para a busca da solução pacífica dos conflitos estabelecidos. É essa a idéia da representação ideológica e parece bem descrita no seguinte texto¹³¹:

Poder-se-ia resumir o quadro da legitimação do Ministério Público para a defesa dos interesses transindividuais da seguinte forma: (a) está sempre legitimado para a defesa de quaisquer interesses difusos, inclusive o patrimônio público e a moralidade administrativa; (b) para a caracterização de sua legitimidade na defesa, em Juízo, dos interesses coletivos e individuais homogêneos, há que se analisar se há harmonia entre esses interesses considerados no caso concreto e a destinação que vem expressa no art. 127 da Constituição Federal; (c) estará sempre legitimado para a defesa dos interesses individuais indisponíveis, embora não o faça mediante a ação coletiva, ainda que a Lei nº 8069/90 veicule previsão nesse sentido.

A questão da legitimação do Ministério Público, para a defesa dos interesses difusos, parece superada e assentada no sentido de sempre ser legitimado para o pólo ativo das respectivas ações o Órgão representante dos interesses da sociedade. Contudo, quanto a questões de direitos individuais homogêneos e coletivos, a análise dos pressupostos e fundamentos da intervenção caso a caso parece acertada.

Resta dizer que o Ministério Público não é e nem deve ser o único Órgão legitimado para a propositura das referidas ações, porém, na prática, recai sobre seus ombros tal responsabilidade, seja, como já dito, por ausência de interesse ou por falta de conhecimento legal das associações, entidades públicas e dos cidadãos.

1.5 A Representação Instrumentária Ideal de Direitos

¹³¹ VIGLIAR, José M. M. *op.cit.*, p. 87.

Em tempos de conceitos jurídicos, políticos e sociais maleáveis ao bel prazer de circunstâncias, sejam elas de natureza econômica ou política, em que se fala em conceitos como hipermodernidade, neoliberalismo, neoconstitucionalismo ou até na pregação do caos como solução para o que não tem solução, surge a necessidade premente de adequação daqueles direitos fundamentais previstos na Constituição pátria para a garantia primária dos direitos básicos daqueles que não têm voz ou entendimento suficiente para fazê-lo.

Aparecem como atores essenciais, nessa esfera, aqueles legitimados para o início de ações coletivas que levam à jurisdição do Estado questões que nunca antes foram debatidas, gerando, assim, a necessidade de que os magistrados decidam sobre tópicos originais e sem paradigmas. Daí a dificuldade em se tratar processualmente tais temas.

Certo é que, por mais espinhosas que sejam as questões colocadas em debate, pelo déficit social acumulado pelo Estado brasileiro, necessitam de imediata reflexão e decisão, pois conforme ressalta Sarlet¹³²:

No que diz com a eficácia dos direitos fundamentais propriamente dita, há que ressaltar o cunho eminentemente principiológico da norma contida no art. 5º, § 1º, da nossa Constituição, impondo aos órgãos estatais e aos particulares (ainda que não exatamente da mesma forma), que outorguem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, em favor dos quais (seja qual for a categoria a que pertençam e consideradas as distinções traçadas) militam um presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficaz. Também no plano da eficácia dos direitos fundamentais assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo, sugerindo-se que o limite seja, também aqui, reconduzido ao princípio fundamental do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana, fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser.

Portanto a eficácia dos direitos fundamentais, constitucionalmente previstos, depende umbilicalmente da sua

¹³² SARLET, Ingo W. *op.cit.*, p. 373.

efetividade. Efetividade esta que só virá via manejo correto das ações coletivas, em especial da ação civil pública, instrumento que exige tratamento diferenciado pela abrangência política, econômica e social das decisões emanadas.

2 SOBERANIA E CONSTITUIÇÃO

2.1 Novas Formas de Interpretação e o Papel do Judiciário na Garantia do Mínimo Vital Constitucional

Por detrás de instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais, delinea-se, antes, a forma de pensamento do arcabouço jurídico da nação, ou seja, antes da lei e dos princípios constitucionais existe o pensamento do ser humano com suas tendências, disparidades e características próprias. Por ele passa a interpretação e a aplicação da lei pelos operadores do direito e, portanto, ao pensamento humano da contemporaneidade deve se dar especial atenção, iniciando-se pelas formas de interpretação da Magna Carta.

A noção de formação do pensamento jurídico moderno encontra-se ultrapassada por novas tendências e relações interpessoais, formada, cada vez mais, pela influência econômica de conglomerados que levam o capitalismo ao radicalismo de se constituir como estilo e ideologia de vida, tentando retirar de seu meio qualquer empecilho aos seus objetivos principais, quais sejam o lucro e a acumulação de bens a qualquer custo, inclusive buscando restringir a atuação do Estado de bem estar social.

Acerca da crise do pensamento jurídico, alerta Villey¹³³:

Qualquer um que construa sobre esses princípios está fadado ao fracasso. É uma ilusão esperar tornar o positivismo viável fazendo retoques em alguns de seus detalhes. Rousseau, por exemplo, substituirá o monarca único de Hobbes pela soberania popular; mas ela não será menos tirânica. Os liberais, encabeçados por Locke, irão se empenhar em

¹³³ VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 754/755.

restaurar as liberdades individuais do cidadão perante o Estado, mas não conseguirão fazê-lo sem por em risco a ordem pública, ou sem aumentar ainda mais o campo da injustiça social. Oscilamos entre Cila e Caríbde, ente o estatismo e o anarquismo, mas não é tão fácil corrigir Hobbes. Pode-se sempre tentar salvar o edifício acrescentando andares suplementares ou refazendo as pinturas. Duvido que se tenha sucesso sem mexer nas *fundações*. Pois, repito, em Hobbes não é a lógica que é falha: ler suas obras proporciona até grandes satisfações lógicas e aquele tipo de prazer artístico que nos dá uma bela criação arquitetônica. Mas, abandonadas as premissas, toda essa bela construção desmorona como um castelo de cartas. Infelizmente são raríssimos os juristas que aceitarão discutir Ockham, Galileu, Bacon ou Descartes. Fomos educados nos hábitos da filosofia moderna, e são pouquíssimos aqueles entre nós que têm vontade de sair deles. Mesmo a maioria de nossos filósofos, que aliás se satisfazem com uma completa ignorância do direito, mais que olhar para trás, preferem avançar tomando impulso na filosofia moderna: nesse caminho, sempre se poderão inventar novas teses, isso sem chocar muito a opinião. Praticam uma escalada, eles mesmos escravos do preconceito moderno do progresso das luzes.

Efetivamente, diante da velocidade avassaladora do comportamento social atual, com influências variadas e, nem sempre facilmente identificáveis, não há solução possível para conflitos pela aplicação do positivismo puro ainda que nomeado de neopositivismo. A solução paupável deve passar cada vez mais pela generalização dos conceitos clássicos através de métodos outros de aplicação dos princípios constitucionais.

Não existe mais espaço para o pensamento único, representado pelo positivismo puro, que está ultrapassado, de acordo com o que lembra Mariotti¹³⁴:

Já sabemos que a principal propriedade dos sistemas complexos é a capacidade de adaptar-se. Adaptar-se equivale a aprender a conviver. Aprendizagem adaptativa é a que muda o comportamento dos sistemas complexos por meio de experiências vividas, aprender pela experiência é sinal de adaptabilidade. Entretanto, como mostra a história, os seres humanos dificilmente podem ser colocados entre os mais sábios, justamente porque têm dificuldade de aprender pela experiência. A evolução de um sistema implica sua modificação e reorganização em graus crescentes de complexidade, ou seja, em patamares superiores de adaptabilidade que permitam a manutenção de sua integridade. Quanto mais adaptável/complexo for um

¹³⁴ MARIOTTI, Humberto. *Pensando diferente*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 197/198.

sistema, mais longo ele será. No caso dos seres humanos, a modificação das estruturas perceptivas permite que mudemos de modo de pensar e aprendamos com as pressões evolutivas/adaptativas do ambiente. (...) Outro exemplo é a famosa tese de que o mercado se auto-organiza (o que é verdade) e o Estado regulador seria inútil, pois a auto-organização, isto é, a mão invisível de Adam Smith, se encarregaria de tudo. O que não é totalmente verdadeiro, pois além de ser um sistema complexo adaptativo o mercado é também uma instituição humana (e, portanto, cultural), e por isso necessita de um grau adequado de intervenção reguladora – mas não certamente da tutela completa do Estado. Expliquemos. Os sistemas se auto-organizam em patamares superiores de complexidade e adaptabilidade. É assim que eles se adaptam. Mas a auto-organização nem sempre os conduz aos níveis desejáveis de adaptação. Portanto, ela não deve ser entendida como algo sempre virtuoso. É o que muitas vezes ocorre na economia. É por isso que são necessárias intervenções para que a auto-organização leve os processos econômicos a se auto-organizar em patamares adequados de adaptabilidade. Esse é o papel do Estado. Mas não me refiro aqui ao “Estado mínimo”, quase ausente, da idealização neoliberal, nem ao Estado super-regulador do socialismo: falo de Estado necessário e suficiente, que regula mas também é regulado.

No mesmo caminho, destaca, com um alerta, Zagrebelsky¹³⁵:

Reconhecida a insuficiência das certezas positivistas e abandonado o terreno protegido da reconstrução-execução da vontade alheia, a ciência do direito constitucional não pode transformar-se em uma busca livre que parte de premissas arbitrárias e encontra resultados igualmente

¹³⁵ *Reconocida la insuficiencia de las certezas positivistas y abandonado el terreno protegido de la reconstrucción-ejecución de la voluntad ajena, la ciencia del derecho constitucional no puede transformarse en una búsqueda libre que parte de premissas arbitrarias y encuentra resultados igualmente arbitrarios, usando la constitución como pretexto plegable hacia acá o hacia Allá, como mejor convenga. Si, a pesar del abandono del entendimiento de la constitución há de ser entendida como um marco de referencia que permite distinguir lo que es y lo que no es consittucional, se hará necessário encontrar en la constitución misma las líneas de esta disitinción. Y ellas están dadas justamente por us disposiciones de principio. Las normas constitucionales de principio no son más que la formulación sintética, privada casi de significado desde el punto de vista del mero análisis del lenguaje, de las matrices histórico-ideales del ordenamiento. Por um lado declaran las raíces y, por outro, indicam uma dirección. Ofrepo, orientan el futuro. Los principios dicen, por um lado, de qué pasado se proviene, em qué líneas de continuidad el derecho constitucional actual quiere estar immerso.; por outro, dicen hacia qué futuro está abierta la constitución. Los principios son, al mismo tiempo, factores de conservación y de innovación, de uma innovación que consiste em la realización siempre más completa y adecuada a las circunstancias del presente del germen primigenio que constituye el principio. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitucion*. Madrid: Minima Trotta, 2005, p. 89.*

arbitrários, usando a constituição como pretexto dobrável ora para cá ora para lá, como melhor convenha. Sim, apesar do abandono do entendimento, a constituição há de ser entendida como um marco de referência que permite distinguir o que é e o que não é constitucional, se fará necessário encontrar na constituição mesma as linhas desta distinção. E elas estão dadas justamente por suas disposições de princípio. As normas constitucionais de princípio não são mais que a formulação sintética, quase privada de significado desde o ponto de vista de mera análise de linguagem, das matrizes histórico-ideais do ordenamento. Por um lado declaram as raízes e, por outro, indicam uma direção. Orientam o futuro. Os princípios dizem, por um lado, de que passado se provém, em que linhas de continuidade o direito constitucional atual quer estar imerso; por outro, dizem que para o futuro está aberta a constituição. Os princípios são, ao mesmo tempo, fatores de conservação e de inovação, de uma inovação que consiste na realização sempre mais completa e adequada a circunstâncias do presente do germen primogênito que constitui o princípio.

Não há outro caminho senão a relativização da rígida interpretação constitucional com o abandono do purismo doutrinário que tanto gosto faz aos juristas, pois, conforme ensina Häberle¹³⁶:

As reflexões desenvolvidas levam a uma relativização da hermenêutica constitucional jurídica. Essa relativização assenta-se nas seguintes razões: 1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente; 2. Na posição que antecede a interpretação constitucional “jurídica” dos juízes (*Im Vorfeld juristischer Verfassungsinterpretation der Richter*), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de “participante no processo constitucional” (*am Verfassungsprozess Beteiligte*) relativiza-se na medida que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (*die pluralistische Öffentlichkeit*) desenvolve força normatizadora (*normierende Kraft*). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública. 3. Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material “subsiste” sem interpretação constitucional por parte do juiz. Considerem-se as disposições dos regimentos parlamentares! Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material. Vê-se, pois,

¹³⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 41/42.

que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional.

É o que afirma também Lênio Streck¹³⁷:

A crise do modelo (modo de produção de Direito) se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos (civil, comercial, penal, processual penal, processual civil, etc.). *Esta é a crise de modelo (ou modelo de produção) de Direito, dominante nas práticas jurídicas de nossos tribunais, fóruns e na doutrina.* No âmbito da magistratura – e creio que o raciocínio pode ser estendido às demais instâncias de administração da justiça -, Faria aponta dois fatores que contribuem para o agravamento dessa problemática: o excessivo individualismo e o formalismo na visão de mundo: esse individualismo se traduz pela convicção de que a parte precede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima do direito da comunidade; como o que importa é o mercado, espaço onde as relações sociais e econômicas são travadas, o individualismo tende a transbordar em atomismo: *a magistratura é trinada para lidar com as diferentes formas de ação, mas não consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas onde elas são travadas.* Já o formalismo decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em norma da certeza jurídica e da “segurança do processo”. Não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos.

Em seguida destaca o autor a necessidade intrínseca do deslocamento de forças decisivas dos demais ramos de poderes para o judiciário, essencialmente em virtude da inaptidão dos demais para dar aplicação prática aos dispositivos constitucionais:

Estamos, assim, em face de um sério problema: de um lado temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos da forma mais ampla possível. *Este é o contraponto.* Daí a necessária indagação: *qual é o papel do Direito e da dogmática jurídica neste contexto?* Segundo Moraes, o Estado Democrático de Direito, teria (tem?) a característica

¹³⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 34/35.

de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *Welfare State* neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida aos cidadãos e à comunidade. *Ou seja, no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado*, tendo como método assecuratório de usa efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Registre-se que os direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem, no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência. Desse modo, se na Constituição se coloca o modo é, dizer, os instrumentos para buscar/resgatar os direitos de segunda e terceira gerações, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção (individual e coletivo) e tantas outras formas, *é porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas*. Por isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário.

As relações interpessoais do indivíduo na comunidade e com o Estado democrático de direito, tanto no âmbito doméstico como global, influenciadas por uma forma de capitalismo neoliberal, geraram uma crise sem precedentes na formação dos valores atuais dos cidadãos. É impossível negar sua ascendência sobre o direito. As crises pessoais passam pela crise do próprio modelo adotado de Estado que não consegue mais corresponder às expectativas de sua criação perante uma sociedade de consumo alienada e massiva, ligada diretamente ao sistema econômico predominante.

É o que descreve Bauman ao tratar do Estado pós-moderno¹³⁸:

Quer seja voluntária ou imposta, a submissão às pressões globais, e a conseqüente abertura de seu território à livre

¹³⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 39.

circulação de capitais e mercadorias, colocou em risco a maior parte das empresas familiares e comunais que antes tinham a capacidade e a disposição de absorver, empregar e apoiar todos os seres humanos que nasciam e, na maioria das vezes, garantiam sua sobrevivência. É só agora que os recém-chegados ao mundo dos “modernos” experimentam aquela “separação entre o lar e a empresa”, como todo seu séquito de levantes sociais e miséria humana, processo que os pioneiros da modernidade atravessaram centenas de anos atrás e de uma forma atenuada pela disponibilidade de soluções globais para seus problemas: a abundância de terras “vagas” e “de ninguém” que podiam ser facilmente usadas para depositar uma população excedente que não podia mais ser absorvida por uma economia emancipada das restrições familiares e comunais. Esse luxo está absolutamente indisponível aos retardatários.

O direito, como solucionador de conflitos sociais, aparece fundamentado em velhos paradigmas, incapaz de responder a contento à velocidade das mudanças do mundo globalizado pós-moderno. A antiga fórmula, baseada na expectativa de que o legislativo conseguiria cumprir seu papel prevendo em leis expectativas de direito, não se aplica mais à realidade em que se vive. Diante desse quadro, é necessária, para própria sobrevivência da ordem social, a utilização de instrumentos outros que consigam adaptar a aplicação do direito positivo às novas realidades e conflitos sociais, e é justamente neste aspecto que se destacam as teorias dos sistemas autopoieticos elaboradas por Niklas Luhmann.

Neste aspecto, Luhmann e sua teoria de sistemas oferecem uma nova dimensão para a hibridação do direito com as demais ciências, não somente no campo da teoria empírica, mas também onde mais se precisa, ou seja, na prática diária forense, nos casos de grande repercussão social, naquelas lides que influenciam de forma definitiva o desenvolvimento da comunidade, delineando os parâmetros a serem adotados. Daí a relevância da proposta.

Autor de uma superteoria social geral contemporânea e original que pretende oferecer instrumentos de descrição da sociedade, Niklas Luhmann considera o direito como um dos componentes deste quadro, entendido como um subsistema parcial do sistema social formador do Estado democrático.

O pensamento desenvolvido na teoria luhmaniana tem por característica principal a transição pelas esferas do direito, da sociologia e da filosofia o que possibilita uma crítica aprofundada às matrizes jurídicas existentes.

Luhmann, ao descrever a interdisciplinaridade do tecido social, utiliza a sociologia como ponto de partida para a construção do direito. Seu principal objetivo foi o de reduzir a complexidade da sociedade atual, e sua teoria sistêmica prima por uma observação lógica, desvinculada de experimentações, cujo foco não é a análise das partes, mas a funcionalidade dos sistemas sociais. Abandona a análise do indivíduo como agente social e adota, como referência, os sistemas em que está o sujeito inserido, através da comunicação. Também pressupõe inexistir um ponto de partida para a análise da sociedade, como fazem Descartes, Marx, Heidegger e outros. Ao contrário, baseia sua teoria na existência em uma integração entre direito e sociedade.

A forma de construção do conhecimento, através de partes de uma estrutura, (edifício) é substituída pelo conceito de sistemas (redes), compostos por unidades que se relacionam com seus entornos e com o sistema em si, sendo, portanto, diferenciados e autorreferentes.

Logo, contesta a doutrina analítica (demasiadamente fragmentada - positivismo) e a hermenêutica (demasiadamente aberta). Ambas são insuficientes para compreensão da sociedade complexa em que se vive, possibilitando, dessa forma, com sua teoria dos sistemas, a produção da diferença e da singularidade em detrimento do consenso e da racionalidade.

Para Luhmann estudar a realidade de uma sociedade ou, em termos sistêmicos, um sistema social, inicialmente significa estudar os sistemas em suas características e funções para, após, aplicarem-se os resultados à realidade fática. Segundo o autor, o direito se conceitua como um dos sistemas sociais a que se dá função de integração social, assim como a tarefa de gerar e de exercer os

meios de controle social pelos quais se comunicam aos usuários do sistema as regras de comportamento que devem ser seguidas. Porém, as próprias expectativas normativas devem ser dotadas de elasticidade. O sistema de regulamentação de expectativas deve ser passível de adaptação pelas influências externas e que, naturalmente, fornecem-lhe elementos para direcionar as adaptações normativo-sociais. Luhmann vê o sistema jurídico como, simultaneamente, aberto em termos cognitivos e fechado em termos operativos.

Assim, conforme sua exposição ¹³⁹:

A instauração de processos legislativos como componente institucional da vida político-estatal é uma condição imprescindível para a reorientação global do direito em termos de positivação, no sentido de uma premissa para decisões. Por isso, a preparação da positivação do direito no plano conceitual em geral e no plano do conceito jurídico-científico concentrou-se inicialmente no processo legislativo, com a transparência dessas formas de procedimento e de seus resultados, reduz-se o medo frente ao novo Leviatã desconhecido, crescendo, em contrapartida a convicção sobre limites imanentes à legislação. Torna-se evidente que nem todo o direito pode ser cunhado na forma genérica da lei, que as fixações programáticas do legislador não podem captar integralmente o sentido do direito vigente. No século XX, no entanto, isso não leva ao reconhecimento de princípios ou de fontes invariantes do direito, mas sim a nova acentuação dos direitos dos juízes, e isso no terreno da positividade.

A denominação autopoiese decorre da fusão de dois termos: “auto”, que se refere ao próprio objeto e “poiese” que diz respeito a reprodução/criação. Empregada inicialmente pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela designa os elementos característicos de um sistema vivo e sua estrutura. Apresenta como conceito fundamental a ordem interna de uma organização que é autorreferencial pelos próprios elementos e autorreprodutivos a partir de uma interação circular e interativa com o meio (cada célula do corpo é uma parte que está no todo do organismo, mas cada célula contém a totalidade do patrimônio genético do conjunto do corpo).

¹³⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 235/236.

Assim, por analogia, o sistema jurídico sob a ótica da autopoiese pode ser considerado como um sistema ao mesmo tempo aberto e fechado. Para que o processo autopoietico ocorra, é imprescindível que haja comunicação com outros sistemas (trocas comunicativas com outros sistemas que tenham conteúdos jurídicos), como, por exemplo, o elo entre sistema jurídico e sistema político existentes na Constituição Federal, o que permite a interferência de um sistema em outro se trata do que é chamado por Luhmann de acoplamento estrutural. O referencial autopoietico permite suprir lacunas no processo de construção/aplicação do direito, uma vez que possibilita que o sistema jurídico se torne mais adequado às necessidades sociais.

Talvez a principal crítica realizada à teoria sistêmica de Luhmann venha do autor latinoamericano Enrique Dussel ao referir que ¹⁴⁰:

Por outro lado, referindo-se a 'um entorno especial dos sistemas sociais': O 'ser humano' (não podemos escrever isso sem uma certa ironia ou constatação trágica) não é um constitutivo interno do sistema, mas apenas um 'entorno'. Não obstante Luhmann faz reflexões que não desenvolve e nas quais toca o problema 'material' da ética. Assim falando da 'reprodução orgânica' e da 'reprodução psíquica', que tem a ver com 'a vida' e com a 'consciência', escreve: A autopoiese, *qua* vida e *qua* consciência, é a condição prévia da formação dos sistemas sociais; isto é, os sistemas sociais só podem auto-reproduzir-se se for garantida a continuação da vida e da consciência...Para a vida e a consciência, a auto-reprodução só é possível no sistema fechado. Isto nos mostra que, para a razão instrumental, só os sistemas formais autopoieticos – que têm a vida como condição mas não como critério material e princípio ético – se encarregam da vida. Isto é, deveriam encarregar-se principalmente da vida dos trabalhadores. Além disso, como se pode observar, aqui vida significa apenas uma dimensão biológica, naturalista, 'reprodução orgânica' exclusivamente. A questão não oferece maiores possibilidades dentro do horizonte luhmanniano que continua sendo a compreensão do 'sistema social' sem sujeitos, dentro de um paradigma da consciência e a partir da razão instrumental (...). Luhmann, em nossa visão, se mostra melhor do que nunca neste texto: A teoria econômica se vê obrigada (de outra maneira não seria útil) a manter sangue frio diante da diferença rico/pobre...As almas simples

¹⁴⁰ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na Idade da Globalização e da Exclusão*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 260.

tentam fazer oposição ao anterior recorrente à ética.

Por óbvio é impossível negar o desvio da teoria social de Luhmann ao retirar de seu centro o ser humano, substituindo-o por integração de sistemas. Contudo não é esta a abordagem que se procura ao se dar relevância à citada teoria. Busca-se, sim, a aplicação de seus princípios, em especial os das relações sistêmicas independentes e necessárias entre si e a esfera jurídica, com o fim de se solucionar o grave problema da aplicação positiva cega e, neste aspecto, isolacionista, do direito.

Basta, nesta abordagem, lembrar que os direitos fundamentais são considerados por Luhmann, em uma visão autopoietica, como uma diferenciação do sistema jurídico, voltada para o atendimento das necessidades humanas e, portanto, possíveis de serem impostas contra o Estado e contra particulares como o mínimo existencial.

2.2 A Realidade Econômica como Modificadora do Reconhecimento de Direitos Fundamentais

Não há como se analisar a necessidade de cumprimento dos direitos sociais previstos na Constituição brasileira sem se levar em conta o fracasso na implementação das políticas públicas principalmente em decorrência direta da influência da doutrina econômica, em virtude da globalização mundialmente predominante, dentro do aparato estatal.

Acerca da nova realidade social formada por uma massa amórfica de mudanças, destaca César Altamira que ¹⁴¹:

Um consenso parece ter-se estabelecido entre os estudiosos da economia e de diversos campos sociais: a suspeita de que algo novo está efetivamente acontecendo; que o mundo, tal como conhecemos, está se desmaterializando; ou, como postulou Marx em outros tempos, 'tudo que é sólido se desmancha no ar'. Ao mesmo tempo paira também no ar a idéia de que, de alguma maneira, este processo coloca em xeque, em seu conjunto, o modelo conceitual que deu sentido ao velho mundo material. Dizem que estamos diante

¹⁴¹ ALTAMIRA, César. *A Política no Império – os marxismos do novo século*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 23/24.

de um universo paradoxal: geografias sem distâncias, história sem tempo, valor sem matéria, transações sem dinheiro. Trata-se de um mundo econômico comodamente apoiado em uma estrutura filosófica do tipo da defendida por Jean Baudrillard, onde toda a realidade se transforma em simulacro e as ações humanas são reduzidas à manipulação de abstrações. Nesse contexto foi sendo gestada uma nova ortodoxia que considera o conhecimento como única fonte de valor, onde o trabalho é uma contingência deslocalizável, a globalização um processo inexorável e inevitável que torna inútil qualquer resistência social. Trata-se da emergência de um *sentido comum* que, a partir da incorporação de espaços como os da legislação trabalhista, do nível de gasto social do Estado, da validade dos direitos privados e das políticas ambientais, procura legitimar uma nova agenda política mais adequada ao cenário de uma nova fase de acumulação de capital. (...) A liberdade alcançada pela digitalização, pelas telecomunicações, pelos sistemas de redes informáticas de controle da produção, em um contexto de mercantilização generalizada, está provocando crises massivas de desemprego tecnológico, de momopolização da cultura, de privatização dos campos de conhecimento, vitais para a subsistência da espécie humana, além de, por último, a transformação dos seres vivos guiada pelo mercado.

Gabam-se atualmente os administradores que “enxugam” a máquina pública de realizarem o chamado “choque de gestão”, que nada mais é do que trazer para dentro do Estado as doutrinas e práticas da iniciativa privada para a prestação de serviços. Nada há de errado em se fazer economia e evitar desperdícios com o dinheiro público, aliás, tais ações constituem um dos princípios da própria administração previsto no artigo. 37 da CF, ou seja, o da eficiência.

Contudo o que se nota é que, sob o manto da chamada eficiência da gestão administrativa, o Estado está sendo capturado por interesses privados que, além de impedirem a realização das políticas sociais, por não serem de seu interesse, ainda se utilizam de verbas públicas para o financiamento de suas atividades empreendedoras, não retornando ao tesouro os recursos e os dividendos que deveriam, e mais, buscam de todas as formas que o Estado deixe de regular completamente a economia e o mercado financeiro.

Não é preciso ir longe para se identificar o fracasso dessa postura governamental e o alto preço pago pela sociedade

pelos ideais econômicos neoliberais.

Um dos exemplos clássicos do fracasso da utopia de se desvincular marcos regulatórios de governo e mercado ocorreu durante o governo britânico de Margareth Thatcher. Em análise desse fracasso, escreveu Gray em seu *Missa Negra*¹⁴²:

O preço do sucesso de Thatcher foi uma sociedade sob muitos aspectos oposta à que pretendia. Seu objetivo de soltar as amarras do livre mercado era viável e em certa medida foi alcançado; mas sua suposição de que poderia liberar os mercados ao mesmo tempo que fazia encolher o Estado era utópica, assim como seu objetivo de reafirmar os valores burgueses.

O resultado das políticas do governo conservador foi socialmente desastroso para a Inglaterra.

Atualmente depara-se com a atual crise mundial dos mercados financeiros, iniciada justamente pela ausência por completo de qualquer espécie de monitoração do Estado nas relações comerciais e financeiras americanas, e, ainda, da utilização do Estado norte americano como financiador de riquezas privadas, pois afinal de contas foi o governo quem teve que intervir para impedir o colapso do sistema ao custo de bilhões de dólares do povo americano que, em sua maioria, a cada dia está mais pobre.

Sobre a atual crise financeira americana e mundial, relata

Skidelsky¹⁴³:

¹⁴² GRAY, John. *Missa Negra, religião apocalíptica e o fim das utopias*. São Paulo: Record, 2008, p. 119.

¹⁴³ *Any great failure should force us to rethink fundamental ideas. The present economic is a great failure of the market system. As George Soros has rightly pointed out, 'the salient feature of the current financial crisis is that it was not caused by some external shock like OPEC... The crisis was generated by the system itself.' It originated in the US, the heart of the world's financial system and the source of much of its financial innovation. That is why the crisis also reveals an ideological and theoretical vacuum where the challenge form the left used to be. Capitalism no longer has a global antagonist. (..) If one wants to keep capitalism system going – and there is no alternative – confidence, especially the confidence of the business community in the policies of the government, is essential. Reforms should not be pressed prematurely, because they may cut off recovery by denting business confidence; and they should follow a deep, not superficial, attempt at understanding what went wrong.* SKIDELSKY, Robert. *Keynes, the return of the master*. New York: PublicAffairs, 2009, p. 168/169.

Qualquer grande falha deveria nos forçar a repensar idéias fundamentais. A economia do presente é uma grande falha do sistema de mercado. Como George Soros tem corretamente apontado, 'O aspecto de destaque da crise financeira atual e que ela não foi causada por algum choque externo como a OPEC... A crise foi gerada pelo próprio sistema.' Se originou nos US, o coração do sistema financeiro mundial e fonte da maioria das inovações financeiras. É por isso que a crise também revela um vácuo teórico e ideológico onde antigamente existia a esquerda política. O capitalismo não possui mais um antagonista global. (..) Se alguém quiser manter vivo o sistema capitalista – e não há alternativa – confiança, especialmente a confiança da comunidade de negócios nas políticas de governo é essencial. Reformas não devem ser levadas a efeito prematuramente, porque pode cortar a recuperação ceifando a confiança nos negócios; E as reformas devem seguir uma profunda, não superficial, tentativa de entender o que deu errado.

Portanto certo é que as políticas públicas é que devem moldar a economia de um Estado democrático de direito e não o inverso.

A realidade da utilização do Estado como ponte para apropriação de riquezas que deveriam ser empregadas em políticas públicas é mais próxima do Brasil do que se imagina. Em duas passagens de seu livro, Greg Palast descreve com riquezas de detalhes como se opera a chamada “captação do Estado”¹⁴⁴:

Em outubro de 1998, o presidente nominal do Brasil, Fernando Henrique Cardoso, foi reeleito para o cargo por um único motivo: tinha estabilizado o valor da moeda brasileira e, portanto, contido a inflação. Na verdade, não tinha. O real brasileiro estava ridiculamente supervalorizado. Mas, com a aproximação das eleições sua taxa de câmbio contra o dólar simplesmente desafiava a gravidade. Esse milagre levou Cardoso à linha de chegada com 54% dos votos. Mas não existem milagres. Quinze dias depois da posse de FHC, o real despencou e morreu. Seis meses depois da eleição, ele tinha aproximadamente a metade de seu valor no dia da eleição. A inflação está aumentando e a economia implodindo. A taxa de aprovação de Cardoso, que se revelou um incompetente e uma farsa, caiu para 23% do eleitorado. (...) Todas as políticas importantes, do orçamento ao emprego, são ditadas pelo Fundo Monetário Internacional e seu órgão irmão, o Banco Mundial. E por trás deles, dando as cartas, estava o secretário do Tesouro, Rubin, que governou de fato como presidente do Brasil sem precisar perder uma única festa em

¹⁴⁴ PALAST, Greg. *A melhor democracia que o dinheiro pode comprar*. São Paulo: W11, 2004, p. 23/24 e 27.

Manhattan. Mas esse é o preço que Cardoso pagou pelos serviços de Rubin na campanha eleitoral. Pois foi o secretário do Tesouro quem, junto como o FMI, manteve a moeda brasileira alta. Rubin tem bons motivos para manter a dívida moeda brasileira, além de ajudar FHC. Sabendo muito bem que a moeda seria destroçada logo depois da eleição, o Tesouro dos Estados Unidos garantiu que os bancos americanos conseguissem tirar seu dinheiro do país em condições favoráveis. Entre julho de 1998 e a posse em janeiro do ano seguinte, as reservas do Brasil caíram de 70 bilhões de dólares para 26 bilhões de dólares, um sinal de que os banqueiros pegaram seu dinheiro e fugiram. Mas a moeda permaneceu alta antes da eleição porque os Estados Unidos deixaram clara sua intenção de substituir as reservas perdidas por um pacote de empréstimos do FMI. E também se deixou muito claro para os eleitores que os fundos seriam entregues apenas a FHC, e jamais ao Partido dos Trabalhadores, da oposição. O apoio da elite internacional a FHC foi selado pela presença, em julho, no Rio, de Peter Mendelson, cão-de-caça político do primeiro ministro britânico, Tony Blair. O estranho e inédito apoio de Mandelson a FHC marcou o ingresso oficial de Cardoso no projeto da Terceira Via de Clinton e Blair. Um mês após a reeleição de Cardoso, o FMI ofereceu devidamente ao Brasil um crédito no total de 41 bilhões de dólares. O Brasil não ficou com nada disso, é claro. Qualquer parcela que tenha realmente pingado no país embarcou no primeiro avião com os investidores e especuladores que o abandonaram. Agora, os brasileiros têm que pagar a conta. Mas essa é a menor de suas preocupações. Como parte da magia negra para manter a taxa de câmbio antes da eleição, Washington pressionou o Banco Central do Brasil e elevar a taxa de juros básica para 39%. O FMI pressionou por 70%. Nas ruas de São Paulo, isso se traduziu em taxas de juros de até 200% sobre empréstimos privados e crédito a empresas.

E qual a relação dos fatos acima relatados com a pobreza nacional? Ela está devidamente demonstrada na segunda parte de seu comentário:

Eu acabara de me servir mais uma dose da pinga caseira Zeb. Era dezembro de 1998. Estava brindando a três conquistas extraordinárias do Brasil que haviam ocorrido naquele dia. A primeira era a aprovação de uma linha de crédito de 42 bilhões de dólares do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial para o Brasil. A segunda, realcionada à primeira, era um salto de 4% no valor das ações da Bolsa do país. A terceira era o anúncio pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) de que o Brasil finalmente havia superado o Chile como economia mais desigual do hemisfério. O BID calcula que 10% das famílias mais ricas do Brasil, hoje recebem 47% da renda do país. Os 10% mais pobres recebem menos de 1%. A expectativa de vida no Brasil é hoje a mais baixa das Américas. Menos de uma em cada cinco crianças mais pobres no país completam a escola primária, menos ainda que na Bolívia e no Peru. No

entanto, o economista-chefe do Banco Mundial aplaudiu as “boas condições dos fundamentos econômicos do Brasil”. A pergunta é: boas para quem?

É claro que hoje não se fala mais em dívida externa e interferência de bancos e fundos internacionais na economia nacional, mas os problemas estruturais relatados continuam os mesmos. Saíram de cena os interesses de governos e países estrangeiros, e ingressaram na estrutura econômica nacional os interesses privados de grandes conglomerados empresariais globalizados.

Em recente publicação, a revista Newsweek trouxe uma lista dos melhores países do mundo para se viver, baseado em critérios da ONU de índices que mediram o bem estar social, educacional e econômico da população. O Brasil ocupa a 48ª posição no ranking liderado pela Finlândia, atrás de países como Jamaica, Peru, Panamá e Romênia¹⁴⁵.

E é justamente essa realidade, especialmente quanto àqueles fatores que interferem diretamente no planejamento e execução do orçamento público, que deve estar sujeita às normas constitucionais e, portanto, ao controle judicial ativo.

¹⁴⁵ FOROOHAR, Rana. The best Countries in the world. *Newsweek magazine*, New York, edição de 23 a 30 de agosto, 2010, p. 27.

CONCLUSÃO

Há algo de errado com o mundo contemporâneo ou, como queiram, pós-moderno. Algo indubitavelmente pernicioso, que afeta tanto as relações entre indivíduos, como relações entre o Estado e o indivíduo. A perda de valores, a desintegração do conceito de relação familiar, a dependência do econômico e do material estão acarretando mudanças no sentimento humano. Perceber-se a desumanização avançando a todo tempo. Cada vez mais pessoas, indivíduos, cidadãos estão sendo tratados como números, possibilidades de mercado e aferimento de lucro. Nunca houve tanto acúmulo de capital como nos tempos atuais.

Não é preciso ser portador de destacado conhecimento para notar que se está diante de uma forma de sociedade paradoxal, composta de novas relações surgidas de geografias sem distâncias, transações sem dinheiro físico, afetividade descartável e a perda da individualização do ser humano, ditadas por uma tecnologia cada vez mais avançada que tem por objetivo a transformação do cidadão em produto, despersonalizando-o. Atingiu-se a época da morte das ideologias, em que a lógica consumista e comercial não encontra resistência ou oposição estrutural.

Esperar que o Estado, nesse contexto, consiga garantir e preservar, mediante previsão e antecipação legislativa, os direitos fundamentais do cidadão é, no mínimo, relegar o povo excluído e marginalizado, formador da nação brasileira à própria sorte.

É fato que não pode existir direito sem positivismo, pois devem existir parâmetros a serem seguidos para aplicação do direito posto. Contudo amarrar a aplicação do direito à previsão normativa pura e simples é, sem dúvida, uma forma de gerar exclusões sociais irreparáveis.

Não existe mais espaço para o pensamento único, representado pelo positivismo puro, que está ultrapassado, sendo imperativo a sua substituição pelo pensamento complexo

multifacetado e adaptado às realidades sociais que se modificam em hipervelocidade.

Transportando a idéia para o sistema jurídico constitucional, este deve ser adaptado às variadas e pluralísticas formas de proteção de direitos nele previsto, independentemente de regra ou lei específica para cada situação, visando à solução do seguinte problema: o de como acomodar grupos distintos em uma mesma sociedade? Não há outra resposta a não ser pelo pensamento complexo do multiculturalismo¹⁴⁶ que deve permear a interpretação das normas abertas constitucionais.

Como já observava Morin, qualquer sociedade humana é ao mesmo tempo complementar, ou cooperativa, e antagônica, pois possui rivalidades. A questão colocada situa o magistrado em meio aos fatores que causam desequilíbrio nessas relações sociais ao ponto de não mais se identificar os valores por elas expressos, ou sequer se eles ainda existem.

De certa forma a formulação de Luhmann, embora não isenta de críticas, oferece um novo paradigma para lidar com questões econômicas e sociais específicas que mudam diariamente à velocidade em que se aceleram os acessos às redes de computadores, ou seja, apresenta sua teoria uma visão do direito de uma forma plural e não unitária isolacionista.

Assim, para se efetivar direitos sociais conforme previstos na Constituição, faz-se necessário, primeiro, que o magistrado moderno modifique sua forma de pensar o direito, absorvendo os princípios do magistrado social. Segundo, é preciso entender que direito é linguagem e, portanto, adaptar-se a forma de julgar relações de acordo com o que atualmente a sociedade almeja

¹⁴⁶ Sobre a definição de multiculturalismo como fator determinante nas relações contemporâneas devemos levar em conta a nova idéia de distribuição de poderes pela comunidade mundial expressa no seguinte conceito: *For centuries we have used maps to delineate borders that have defined by politics. But its may be time to chuck many of our notions about how humanity organizes itself. Across the world a resurgence of tribal ties is creating more complexe global alliences. Where once diplomacy defined borders, now history, race, ethnicity, religion, and culture ae dividing humanity into dinamic new groups.* KOTKIN, Joel. Newsweek maganize, New York, Edição de 4 de outubro, 2010, p.30.

do resultado de uma sentença que satisfaça, na sua forma de entendimento, a coletividade. Terceiro, buscar soluções nas demais ciências sejam elas sociais, políticas filosóficas, biológicas, eletrônicas etc., para serem incorporadas à linguagem do direito com o fim de se dar efetividade aos atos decisórios e, por fim, entender que a Constituição é aberta à interpretação ampla e irrestrita em favor dos princípios nela previstos e, sendo assim, qualquer interpretação constitucional deve vir em favor do cidadão brasileiro.

Ademais, o que se chama ativismo judicial, senão a atuação do magistrado como acima exposto?. Ao agir interpretando a constituição em favor da sociedade e de acordo com seus princípios não está o juiz praticando nada mais do que aquilo que se espera de uma magistratura de acordo com a constituição. Assim o que hoje se chama “ativismo” judicial na realidade não existe, pois o juiz ao obrigar que os demais entes da federação ajam de acordo com a previsão de seu papel constitucional não está agindo de forma a interferir nos poderes outros, os quais por motivos diversos desviaram-se do foco social, mas sim adequando suas condutas com as previsões da constituição e, em última análise, à vontade soberana do povo materializada na Carta Magna.

Ao final do texto de Saramago mencionado na introdução deste trabalho, a personagem principal da trama, já conformada com a situação peculiar em que vive, ou seja, ser a única a enxergar o que ocorre ao seu redor é surpreendida pelo repentino início da restauração da visão das pessoas que compõem seu grupo de relacionamento. Deixa-se entender que tão inexplicavelmente como surgiu, a nédoa branca que envolve os olhos dos indivíduos desaparecerá, tirando a humanidade do caos.

Para nós, contudo, não há cegueiras inexplicáveis, conforme demonstrado. Muito menos podemos esperar sentados pelo retorno das visões estirpadas pelo modo de vida que nos é diuturnamente imposto pelos ideais financeiros pós-modernos.

Portanto, de tudo se pode concluir que, enquanto os

operadores do direito não enxergarem na aplicação da lei algo além de sua letra fria e sua interpretação estrita, deixa-se de atender aos direitos de indivíduos que jamais terão a sensação de terem passado pela existência sem uma perspectiva de felicidade, ainda que mínima. Está-se, enfim, condenando milhares de pessoas a cumprirem pena de vida.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo – transformações (Whe the people – transformations)*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- ADAMS, Jonh. Defesa das Constituições de Governo dos Estados Unidos da América. Disponível em: <www.brittanica.com>. Acesso em: 27 set. 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALTAMIRA, César. *A Política no Império – os marxismos do novo século*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- ARNAULD, André-Jean. *O Direito Traído pela Filosofia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. São Paulo: Renovar, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BICKEL, Alexander M. *O Ramo Menos Perigoso (The Least Dangerous Branch)*. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONTEMPO, Alessandra G. *Direitos Sociais – Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2008.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Constituição e Estado Social, os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRÜNING, Raulino Jacó. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Ministério Público*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais, 2008.

CONDE, Enrique Alvarez. *Curso de Derecho Constitucional*, v. 2. Madrid: Tecnos, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos Juízes*. São Paulo, Saraiva, 2007.

_____. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O Futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUARTE, Écio O. R. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na Idade da Globalização e da Exclusão*. Petrópolis: Vozes, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério (Taking Rights Seriously)*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. São Paulo: Atlas, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Estudos de Direito Constitucional em homenagem à Prof^a Maria Garcia*. São Paulo: IOB, 2008

FONSECA, Márcio Alves da. A época da norma. *Revista Cult*, n. 134, abr. 2009.

FOROOHAR, Rana. Os melhores países no mundo (The best Countries in the world). *Newsweek magazine*, New York, edição de 23 a 30 de agosto, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

GIACÓIA, Gilberto. Justiça e Dignidade. *Revista Jurídica Argumenta*, v. 2. Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho-PR. 2002.

GIACOMINI, James. *Orçamento Público*. São Paulo: Atlas, 2009.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Interpretando Constituições (Interpreting Constitutions)*. New York: Oxford University Press, 2006.

GONÇALVES, Cláudia M. C. *Direitos Fundamentais Sociais – Releitura de uma constituição dirigente*. Curitiba, Juruá, 2007.

GRAY, John. *Missa Negra, religião apocalíptica e o fim das utopias*. São Paulo: Record, 2008.

GUASTINI, Riccardo. *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Edición de Miguel Carbonell*. Madrid: Trotta, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antóio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMILTON, Alexander. *78º Federalista, Os Juízes como Guardiões da Constituição (78th Federalist, The Judges as Guardians of the Constitution)*.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã (Leviathan, or Mather, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil)*. New York: Touchstone, 1997.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos, uma história*. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

KOTKIN, Joel. *Newsweek magazine*, Edição de 4 de outubro, 2010.

KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LEVIN, Mark. *Homens de Preto (Men in Black)*. Washington, DC: Regnery Publishing, Inc, 2008.

LIPOVETSKY, Gilles. *A Era do Vazio*. Barueri-SP: Manole, 2009.

LOCKE, Jonh. *Segunfo Tratado de Governo (Second Treatise of Government)*. Indianapolis/Cambridge: Hacket Publishing Company, 1980.

_____. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do civil*. Petrópolis, Vozes, 1994.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*, v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Interesses Difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARIOTTI, Humberto. *Pensando diferente*. São Paulo: Atlas, 2010.

MESSALA, Hélio. *Constituição Orçamentária: Instrumento de Mudança Social*. *Revista de Direito Social*, v. 13. Porto Alegre: Notadez, 2004.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. *Manual da Metodologia da Pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Constituição e Estado Social, os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.

NEGRI, Antônio. *O Poder Constituinte*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NOGUEIRA, Roberto Wagner de Lima. *Saúde e medicamentos, desenvolvimento social e princípios orçamentários*. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas. Coordenador Dejalma de Campos. São Paulo, RT, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Lisboa: Coimbra, 2003.

NUNES, A. J. Avelãs. *A Constituição Européia, a constitucionalização do neoliberalismo*. Portugal: Coimbra, 2007.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *Constituição e Estado Social, os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PALAST, Greg. *A melhor democracia que o dinheiro pode comprar*. São Paulo: W11, 2004.

PAULA, Jônatas Luiz Pereira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social*. Barueri: Manole, 2002.

PISIER, Evelyne. *História das Idéias Políticas*. Barueri: Manole, 2004.

RODRIGUES, Marta M. Assumpção. *Políticas Públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010.

RODRIGUEZ, Otávio. *O Estruturalismo latino-americano*. Rio de Janeiro: Record, 2009.

ROOSEVELT III, Kemit. *O Mito do Ativismo Judicial (The Myth of Judicial Activism)*. New Haven: Yale University Press, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Escritos básicos sobre Política (The basic Political Writings)*. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 1987.

_____. *O Contrato Social (The Social Contract)*. USA: BN Publishing, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os desafios das ciências sociais hoje. *Cadernos da América Latina X, Le Monde Diplomatique Brasil*, ano 2, n. 22, maio 2009.

_____. O impensável aconteceu. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. A3, 26 set. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: 1998, Livraria do Advogado.

_____. *Constituição e Democracia*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SKIDELSKY, Robert. *Keynes, o retorno do mestre (Keynes, the return of the master)*. New York: PublicAffairs, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A Democracia na América. Livro I, Leis e Costumes*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOURAINÉ, Alain. *Pensar Outramente*. Petrópolis: Vozes, 2009.

TRIBE, Lawrence H.. *A Constituição Invisível (The Invisible Constitution)*. New York: Oxford University Press, 2008.

TRINDADE, André. *Para Entender Luhmann e o Direito como Sistema Autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Atlas, 2001.

VILE, M.J.C. *Constitucionalismo e separação de poderes (Constitucionalismo y separación de poderes)*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *O direito dúctil (El derecho dúctil)*. Madri: Editorial Trotta, 2008.

_____. *História e constituição (Historia y constitución)*. Madrid: Minima Trotta, 2005

WARAT, Luis A. *Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou*. v. 2. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004

ANEXO

ANEXO 1

EMENTA. ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL. UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional. 2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico. 3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. 4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. 5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. 6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do

Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 25 de agosto de 2009 (Data do Julgamento) MINISTRO HUMBERTO MARTINS Relator.

EMENTA. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. DIREITO SUBJETIVO. RESERVA DO POSSÍVEL. TEORIZAÇÃO E CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA. ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA. PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. A tese da reserva do possível assenta-se em idéia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. 2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. 3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. 4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preteri-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às idéias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia. 5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez

quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial. 6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social. 7. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade. 8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstrato, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias. 9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei n. 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, Dje 27.8.2009; RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76. 10. Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável. 11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, Dje 10.12.2009. Recurso especial improvido. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), com a ressalva do ponto de vista da Sra. Ministra Eliana Calmon."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.