



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO
PROCESSUAL CONSTITUCIONAL**

DORABEL SANTIAGO DOS SANTOS FREIRE

**SEPARAÇÃO DOS PODERES: UMA READAPTAÇÃO DA TEORIA NO ÂMBITO
DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

FORTALEZA - CEARÁ

2015

DORABEL SANTIAGO DOS SANTOS FREIRE

SEPARAÇÃO DOS PODERES: UMA READAPTAÇÃO DA TEORIA NO ÂMBITO DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional do Centro de Estudos Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará, em convênio com a Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional.

Orientador: Prof. Ms. Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato.

FORTALEZA – CEARÁ

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade Estadual do Ceará

Sistema de Bibliotecas

Freire, Dorabel Santiago dos Santos.

Separação dos poderes: uma readaptação da teoria no âmbito do Estado Democrático de Direito [recurso eletrônico] / Dorabel Santiago dos Santos Freire. - 2015.

1 CD-ROM: 4 ⅓ pol.

CD-ROM contendo o arquivo no formato PDF do trabalho acadêmico com 66 folhas, acondicionado em caixa de DVD Slim (19 x 14 cm x 7 mm).

Monografia (especialização) - Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional, Fortaleza, 2015.

Orientação: Prof. Me. Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato.

1. Separação dos Poderes. 2. Estado Democrático de Direito. 3. Neoconstitucionalismo. 4. Judicialização da Política. 5. Poder Judiciário. I. Título.

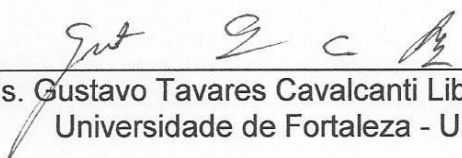
DORABEL SANTIAGO DOS SANTOS FREIRE

SEPARAÇÃO DOS PODERES: uma readaptação da teoria no âmbito do Estado
Democrático de Direito

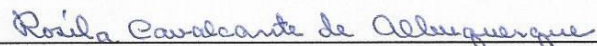
Monografia apresentada ao Curso
de Especialização em Direito
Constitucional e Direito Processual
Constitucional do Centro de
Estudos Sociais Aplicados da
Universidade Estadual do Ceará,
como requisito parcial para
obtenção do título de Especialista.

Aprovada em: 10/12/2015

BANCA EXAMINADORA



Profº Ms. Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato (Orientador)
Universidade de Fortaleza - UNIFOR



Profª. Drª. Rosila Cavalcante de Albuquerque
Universidade Estadual do Ceará- UECE



Profª. Ms. Silvia Lúcia Correia Lima Paleni
Universidade Estadual do Ceará – UECE

Ao meu pai, Manfredo Porto Freire (in memoriam) pelo amor, dedicação, sacrifício e pelo exemplo de vida. A ti, meu pai querido, todo meu amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente ao meu orientador, Professor Gustavo Liberato, por suas orientações e por acreditar na importância do tema.

Aos meus pais, pelo amor, dedicação e pelos inúmeros sacrifícios feitos em razão da minha formação e educação. A eles meu amor, adoração e gratidão eternos.

Ao meu irmão Marcelo pela companhia e por me ajudar a tornar mais leve o fardo da vida.

À Coordenadora dessa Especialização, Dr. Rosila Cavalcante de Albuquerque, pela excelência do trabalho desempenhado na frente da coordenação, pela dedicação e preocupação com cada um dos alunos.

A cada um dos professores dessa instituição que contribuíram para minha formação e fizeram a diferença durante essa Especialização.

Aos companheiros de sala que fizeram de cada aula um momento único de aprendizado e amizade.

A todos, meu amor e gratidão.

RESUMO

Este trabalho tem como propósito o estudo do princípio da separação dos poderes no contexto da estrutura do Estado moderno, mais especificamente no contexto do Estado Democrático de Direito. Partindo do estudo documental e bibliográfico, pretende revisar o tradicional conceito e aplicabilidade do princípio da separação dos poderes, bem como verificar os efeitos da mitigação de tal princípio no âmbito do Estado Democrático de Direito. Para a execução deste trabalho serão consultadas várias obras no ramo do Direito, além de documentos nacionais e de direito comparado. O desafio à execução do presente trabalho acadêmico é apresentar de forma mais detalhada o estudo do princípio democrático da separação dos poderes, a discussão acerca da sua readaptação/relativização diante dos novos deveres assumidos pelo Estado, bem como as consequências geradas pela redefinição desse princípio. Como resultado final, chega-se à conclusão de que a nova postura do Poder Judiciário configura uma técnica de rebalanceamento do controle recíproco dos poderes, na medida da sua colaboração com o poder político para a efetivação dos direitos tutelados pela Constituição. Assim, a Separação de Poderes deve ser entendida como uma técnica de colaboração e ajuda mútua entre os três poderes.

Palavras-chave: Separação dos Poderes. Estado Democrático de Direito. Neoconstitucionalismo. Judicialização da Política. Poder Judiciário.

ABSTRACT

This work aims to study the principle of separation of powers in the context of the structure of the modern state, specifically in the context of the democratic rule of law. Based on the documentary and bibliographical study, aims to revise the traditional concept and applicability of the principle of separation of powers, and to verify the effects of mitigation of this principle under the democratic rule of law. For the implementation of this work will be consulted several works in the branch of law, and national documents and comparative law. The challenge to the implementation of this academic work is to present in more detail the study of the democratic principle of separation of powers, the discussion about their rehabilitation / relativity before the new duties assumed by the State as well as the consequences generated by the redefinition of that principle. As a final result, one comes to the conclusion that the new attitude of the judiciary constitutes a rebalancing technique of reciprocal control of powers, the extent of its cooperation with the political power to the realization of rights protected by the Constitution. Thus, the separation of powers must be understood as a technical collaboration and mutual help among the three powers.

Keywords: Separation of Powers. Democratic State. Neoconstitutionalism. Judicialization of Politics. Judiciary.

LISTAS DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	CONSTRUÇÃO TEÓRICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS: ORIGEM E EVOLUÇÃO..	14
2.1	CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES.....	15
2.1.1	Origens Remotas.....	15
2.1.2	A Separação de Poderes e os Teóricos Contratualistas.....	17
2.3	SEPARAÇÃO DOS PODERES E A TEORIA DE FREIOS E CONTRAPESOS.....	20
2.4	A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.....	23
2.5	SEPARAÇÃO DOS PODERES: CRÍTICAS E AVALIAÇÕES.....	25
3	DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	29
3.1	FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ESTADO LIBERAL.....	29
3.2	A CRISE DO ESTADO LIBERAL E A FORMAÇÃO DO ESTADO SOCIAL.....	33
3.3	O ESTADO SOCIAL EM FACE DO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	36
4	JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A DISTINÇÃO DE FUNÇÕES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	42
4.1	A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: SEUS PRESSUPOSTOS E LIMITES.....	42
4.1.1	Judicialização da Política <i>versus</i> Ativismo Judicial: Definições e Distinções.....	42
4.1.2	Os Pressupostos e Condições para a Judicialização da Política.....	45
4.1.3	A Judicialização da Política no Direito Comparado.....	50
4.2	VIRTUDES E LIMITES DA TRANSFORMAÇÃO DO PERFIL DO PODER JUDICIÁRIO.....	52
4.3	O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO ELEMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O REBALANCEAMENTO DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS NO BRASIL.....	56

5	CONCLUSÃO.....	62
	REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

Indiscutivelmente, sabe-se que o poder do Constituinte Originário é uno e indivisível. Todavia, para que o Estado possa bem desempenhar sua finalidade de garantir “a prosperidade pública ou o complexo das condições requeridas para que, na medida do possível, todos os membros possam atingir a felicidade” (MALUF, 2013, p.713), bem como assegurar os direitos e liberdades do cidadão, é necessário que essa soberania se manifeste por funções diversas. É o que propõe a doutrina da separação dos poderes.

A teoria da separação dos poderes remonta aos tempos de Aristóteles (1997, p.151). Já naquela época, a noção de divisão e estruturação dos três poderes essenciais (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário) era condição indispensável para o bom Governo. Contudo, é no século XVIII através de Montesquieu que essa teoria ganha realce com objetivo de defender os indivíduos das arbitrariedades do Estado absolutista. Montesquieu entendia que, quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, pois que se pode esperar que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente (MONTESQUIEU, 1996, p.167-168).

Com o intento de frear o poder do Estado sobre os seus indivíduos, esse princípio/teoria da separação dos poderes passou a constar expressamente em diversos ordenamentos jurídicos e em algumas declarações de Direitos Humanos, a exemplo da Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 16 de junho de 1776 e da Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, que estabelecia no seu artigo 16 que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” (Universidade de São Paulo.Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, *on line*, 12/01/2015).

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a separação dos poderes goza do status de princípio e está previsto na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, *on line*, 16/02/2015), no rol das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, III), ou seja, dentro do núcleo intangível da Constituição.

Há que considerar que o momento histórico que ensejou o florescimento da teoria da separação dos poderes e a sua aplicação de forma mais rígida é

diverso do momento atual. O papel do Estado diante da sociedade é diverso, os deveres do Estado diante da sociedade são diversos. Assim, partindo-se da definição do Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*) cuja função precípua é a realização da justiça social, do desenvolvimento nacional e a promoção do bem de todos, não seria correto interpretar esse princípio como outrora e de modo tão rigoroso que só se justificaria diante do contexto do século XVIII.

Para que o Estado Democrático de Direito possa desempenhar de forma eficiente os seus deveres, dentre os quais se destaca a realização da justiça social e a promoção do bem comum, se faz necessária uma releitura desse princípio/teoria objetivando sua readaptação aos atuais contornos do Estado.

A escolha desse tema se deve a sua enorme relevância na atual sociedade. A sociedade do XVIII, movida pelo ideal de liberdade em face do Poder Público, reclamava uma limitação ao poder do Estado, que durante o período das Monarquias era absoluto, para a garantia dos seus direitos individuais. A forma de limitar esse poder era através da desconcentração, atribuindo a pessoas diversas parcelas desse poder, evitando dessa forma os governos tirânicos. Em movimento contrário, a sociedade do século XXI reclama uma postura ativa do Estado, bem como uma atuação eficiente na realização da justiça social, dos direitos sociais e do bem comum. Essa mudança de papel do Estado não se coaduna com a antiga leitura da teoria da separação dos poderes. Tal princípio, que outrora cumpriu o relevante papel de assegurar os direitos individuais do cidadão, sobretudo suas liberdades, pondo limites ao poder absoluto do monarca, agora deve ser revisado para que o Estado cumpra a função de promover o bem comum de forma eficiente.

A relevância desse objeto de estudo se justifica pelo debate acerca das novas concepções do papel do Estado na vida social, contribuindo academicamente na medida que leva a pensar e a rever a relação entre Estado e sociedade, na qual a reestruturação das funções/poderes do Estado é essencial para o desempenho dos seus deveres.

Diante de tudo o que até aqui já foi exposto, indaga-se: tendo como fundamento a realização do bem comum, da justiça social e a atuação eficiente do Estado, é possível uma mitigação ou readaptação do princípio da separação dos poderes a ponto de um dos poderes fazer as vezes de outro poder?; A atual

organização do Estado ainda justifica a separação rígida dos poderes?; Há situações em que o princípio da separação dos poderes deve ser relativizado?

O trabalho monográfico se propõe demonstrar a necessidade da relativização ou readaptação do princípio da separação dos poderes em face dos novos papéis assumidos pelo Estado na contemporaneidade. Como objetivos específicos, é a pretensão do trabalho: identificar a origem histórica da teoria da separação dos poderes; refletir sobre o poder do Estado e a distribuição das suas funções no âmbito dos três poderes; analisar, na história das Constituições brasileiras, o tratamento dado à organização dos poderes do Estado; revisar a teoria dos freios e contrapesos no contexto da relativização da separação dos poderes.

A presente monografia compõe-se de três capítulos. No primeiro, far-se-á uma síntese histórica, buscando as raízes da separação de poderes desde a Antiguidade, onde pela primeira vez se debateu a necessidade da distinção das funções essenciais da pólis, passando pelo Estado absolutista, pela teoria de Montesquieu, pela contribuição norte-americana da releitura dos freios e contrapesos até às atuais críticas apontadas pela doutrina. O segundo capítulo analisa as evoluções pelas quais o Estado vem passando desde a formação da sua concepção Liberal até a concepção assumida atualmente, destacando a participação do princípio da Separação de Poderes nessa evolução. O terceiro capítulo, considerando o apelo da reformulação da teoria da Separação de Poderes, tratará das novas funções assumidas pelo Poder Judiciário ante as necessidades do Estado Democrático de Direito através do fenômeno da judicialização da política. Por fim, chega-se à conclusão de que a postura assumida pelo Poder Judiciário através do fenômeno da judicialização configura uma técnica de rebalanceamento do controle recíproco dos poderes. Dessa forma, a Separação de Poderes, no âmbito do Estado Democrático de Direito, deve ser entendida como uma técnica de colaboração e ajuda mútua entre os poderes visando à atuação eficiente do Estado na promoção das políticas necessárias ao bem estar da coletividade.

2 CONSTRUÇÃO TEÓRICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS: ORIGEM E EVOLUÇÃO

A teoria da separação dos poderes, dogma do constitucionalismo moderno, consiste em distribuir organicamente as funções do Estado (legislar, administrar e julgar) entre os diferentes poderes, atribuindo a cada um deles uma função precípua e organizando-os de tal forma que promova a atuação harmônica e equilibrada dos poderes.

A relevância desse postulado há tempos pode ser observada devido ao tratamento recebido pelos mais diversos ordenamentos. Ilustrando, algumas declarações de Direitos Humanos, a exemplo da Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, que estabelece no seu artigo 16 que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” (Universidade De São Paulo, Biblioteca Virtual De Direitos Humanos, *On Line*, 12/01/2015).

Nos dias atuais, a doutrina da separação dos poderes é norma expressa em diversos ordenamentos jurídicos e princípio obrigatório nos Estados Democráticos. Entretanto, nem sempre a organização do Estado conheceu a divisão funcional dos poderes. Nas primitivas sociedades gregas e romanas não havia uma divisão dos poderes do Estado. Nos Estados monárquicos antigos e no início da Idade Moderna o poder também se achava concentrado. Os monarcas se encarregavam de elaborar as leis, de executá-las e aplica-las, bem como de resolver eventuais lides dos seus súditos (RICCITELLI, 2007, p.46-47).

A separação dos poderes despontou como doutrina durante a passagem do Estado absolutista para o Estado liberal com o objetivo de conter o poder arbitrário do rei e legitimar os interesses da classe em ascensão. O princípio da separação dos poderes desempenhou papel fundamental na defesa das liberdades individuais e no desenvolvimento do Estado e do constitucionalismo moderno.

Considerando o caráter medular da separação dos poderes para a organização do Estado, a exata análise da construção teórica deste princípio deve necessariamente iniciar-se por uma síntese histórica, buscando as suas raízes desde a Antiguidade, onde pela primeira vez se debateu a necessidade da distinção das funções essenciais da polis, passando pelo Estado absolutista, pela teoria de Montesquieu, pela contribuição norte-americana à releitura do sistema dos freios e

contrapesos até às atuais críticas apontadas pela doutrina. Disso cuidará o presente capítulo.

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Como bem asseveram Hamilton, Madison e Jay (2003, p. 299), quando se fala em separação de poderes, a doutrina mais relevante para a formação moderna de Estado é a de Montesquieu. Contudo a separação dos poderes começou a ser desenhada, ainda que de forma bastante modesta, em tempos mais remotos.

Na presente seção far-se-á uma contextualização histórica acerca da origem do princípio da separação dos poderes.

2.1.1 Origens Remotas

A teoria da separação de poderes encontra sua raiz remota na antiguidade greco-romana. Ela começou a ser pensada ainda na Antiguidade grega por Aristóteles quando ao tratar do tema distinguia a assembleia-geral (responsável pela função deliberativa), o corpo de magistrados (responsável pela função administrativa) e o corpo judiciário (responsável pela função de jogar) (CARVALHO, 2008, p.166).

Em sua obra “A Política”, Aristóteles (1997, p.151) já defendia a necessidade da distinção das funções. Conforme aduz:

Todas as formas de constituição apresentam três partes em referência às quais o bom legislador deve examinar o que é conveniente para cada constituição; se estas partes forem bem ordenadas a constituição será necessariamente bem ordenada, e na medida em que elas diferem uma das outras as constituições também diferem entre si. Destas três partes uma trata da deliberação sobre assuntos públicos; a segunda trata das funções públicas, ou seja: quais são as que devem ser instituídas, qual deve ser sua autoridade específica, e como devem ser escolhidos os funcionários; a terceira trata de como deve ser o poder judiciário.

De acordo com Barros (2010, p. 151), a idealização dessa teoria desde a antiguidade já tinha como objetivo principal a limitação do poder político, abrangendo os seguintes axiomas: a) o poder político deveria emanar de uma estrutura institucional objetiva; b) essa estrutura institucional deveria ser diferenciada, tanto

organicamente como funcional; c) essa estrutura deveria atuar conforme a lei; e por fim d) deveria ser estável, sendo ponto de convergência de várias classes sociais.

Durante a Idade Média o poder fragmentou-se entre diversos feudos. Nesse período, a pluralidade de ordenamentos e de poderes impossibilitou a existência de um critério único de avaliação jurídica. Quanto aos limites do poder, ele estava incluído na própria estrutura feudal, “segundo um equilíbrio recíproco que os vários poderes produzem com a sua *concordia discors* e *discordia concors*.” (BOBBIO, 2000, p.18).

Após a superação desse período de fragmentação do poder político, começa a despontar a consciência para a busca da unidade e afirmação de um poder soberano reconhecido dentro e fora de um território. Nesse contexto, a doutrina da soberania chega como solução política para a justificação da unidade do poder e para a justificação da existência do Estado Moderno. O século XVII foi fundamental para a propagação e consolidação da doutrina da soberania (BONAVIDES, 2000, p.171). A unificação do poder, característica da passagem do Estado Medieval para o Estado Moderno, acarretou a hipertrofia do poder do Monarca. O Rei, como legítima personificação do Estado, concentrava todos os poderes em suas mãos. O poder era absoluto, ilimitado e pessoal.

Na análise de Bobbio (2000, p.17):

O Estado, entendido como uma forma suprema de organização de uma comunidade humana, traz consigo, já a partir das suas primeiras origens, a tendência para colocar-se como poder absoluto, isto é, como poder que não reconhece limites, uma vez que não reconhece acima de si mesmo nenhum outro poder. Esse poder do Estado foi chamado de soberania, e a definição tradicional de soberania, que se ajusta perfeitamente à supremacia do Estado sobre todos os outros ordenamentos da vida social, é a seguinte: *potestas superiorem non recognoscens*. Portanto, o Estado absoluto coloca-se como a encarnação mais perfeita da soberania entendida como poder que não reconhece ninguém superior.

Durante esse período de fortalecimento do poder do Monarca, a ordem econômica da burguesia se implantou no Ocidente e recebeu os mais variados tipos de proteção e incentivo por parte dos Reis. Esse foi o primeiro intervencionismo estatal dos tempos modernos. Contudo, a partir do século XVIII, a doutrina da soberania passa a perder a sua legitimidade. A burguesia, agora já consolidada e próspera, via no intervencionismo do Estado um óbice à sua expansão, como destaca Bonavides (2000, p.172):

A empresa capitalista, com a burguesia economicamente vitoriosa, dispensava os reis, nomeadamente os monarcas da versão autocrática. O rei era o Estado. O Estado, intervencionista. O intervencionismo fora um bem e uma necessidade, mas de súbito aparecerá transfeito num fantasma que o príncipe em delírio de absolutismo poderia improvisamente soltar, enfreado o desenvolvimento de uma economia já consolidada, de um sistema, como o da economia capitalista, que, àquela altura, antes de mais nada demandava o máximo de liberdade para alcançar o máximo de expansão; demandava portanto menos o paternalismo de um poder obsequente mas cioso de suas prerrogativas de mando, do que a garantia impessoal da lei, em cuja formação participasse ativa e criadoramente.

Para esse desejo de expansão e liberdade da burguesia fez-se necessária a idealização de uma doutrina que pudesse impor limites ao poder absoluto do rei. É nesse contexto, e tendo como finalidade precípua a minimização do poder estatal, que nasce de forma sistematizada a doutrina da separação de poderes.

É dessa reação contra o Estado absoluto que nasce o Estado moderno, liberal e democrático. Esse nascimento foi acompanhado por teorias políticas, dentre as quais desponta a teoria da separação de poderes, cujo objetivo principal era o de desenvolver uma solução legítima contra o absolutismo do rei (BOBBIO, 2000, p.24).

2.1.2 A Separação de Poderes e os Teóricos Contratualistas

Conforme Hamon, Troper e Burdeau (2005, p.91), os autores do século XVIII recomendam a separação dos poderes, contudo não indicam de que maneira as funções devem ser divididas, mas somente de que forma elas não devem ser. Assim, o intuito original do princípio é evitar o acúmulo dos poderes nas mãos dos déspotas, sem, contudo determinar a forma de como essa divisão deve se dar.

Antes de Montesquieu difundir de maneira sistematizada a teoria da separação de poderes, outros pensadores chegaram próximo da teorização final dessa doutrina. Bodin, Swift e Bolingbroke, por exemplo, já concebiam a ideia de poderes que se contrabalanceavam no interior do ordenamento estatal (BONAVIDES, 2000, p.173). Inclusive Rousseau, apesar de ser considerado adversário de Montesquieu e da separação dos poderes, já ensaiava uma fórmula semelhante à ideia de Montesquieu ao sugerir não ser de bom grado que aquele encarregado de fazer as leis também as executasse (HAMON, TROPER e BURDEAU, 2005, p.92).

Contudo, a construção desse postulado do Estado Liberal deve-se principalmente às doutrinas de Locke e Montesquieu. A atribuição da autoria desse princípio ainda é bastante controversa. Alguns doutrinadores entendem ser Locke o autor da teoria enquanto outros atribuem a Montesquieu autoria da doutrina, considerando Locke apenas o seu precursor. Existem ainda os doutrinadores que não reconhecem nenhuma doutrina da separação dos poderes na obra de Locke, mas apenas uma distinção das funções estatais (TAVARES, 2013, p.907).

Divergências à parte, apesar da teoria da separação dos poderes ter sido mais bem desenvolvida e sistematizada por Montesquieu, é inquestionável a relevância do pensamento político de Locke (1998) para o desenvolvimento da teoria.

Locke propõe uma separação entre os poderes Executivo, Legislativo e Federativo. Para Locke, o Poder Executivo compreenderia a execução das leis naturais da sociedade; o Poder Federativo compreenderia “o poder de guerra e paz, de firmar ligas e promover alianças e todas as transações com todas as pessoas e todas as sociedades políticas externas” (LOCKE, 1998, p.516); e ao Poder Legislativo caberia “fixar as diretrizes de como a força da sociedade política será empregada para preservá-la e a seus membros” (LOCKE, 1998, p.514).

Conquanto Locke defenda a separação dos poderes, a sua doutrina aponta que os poderes Executivo e Federativo, apesar de distintos, quase sempre apresentam uma atuação conjunta. Nesse sentido, Locke (1998, p.517) expõe o seguinte:

Embora, como já se disse, os poderes executivo e federativo de toda sociedade política sejam realmente distintos entre si, dificilmente podem ser separados e depositados, ao mesmo tempo, nas mãos de pessoas diferentes. Como o exercício de ambos requer a força da sociedade, é quase impraticável depositar a força do corpo político em mãos diferentes e não subordinadas, ou que os poderes executivo e federativo sejam depositados em pessoas que podem agir separadamente, com o que a força do público estaria sob comandos diferentes, o que poderia causar, num momento ou outro, desordem e ruína (LOCKE, 1998, p.516).

Como se constata, no pensamento de Locke estão presentes os traços do princípio da separação dos poderes. No entanto, a separação pensada por ele não é tríplice, mas sim uma separação dual. Embora seu pensamento visualize a existência de três poderes distintos, Locke aponta como conveniente a separação do Poder Legislativo de um lado e os poderes executivo e federativo de outro.

É no pensamento de Montesquieu que a teoria da separação dos poderes alcança sua versão completa e se difunde pela Europa. Em sua reconhecida obra “O Espírito das Leis”, cuja citação é imperativa, Montesquieu (1996, p.167-168) defende o seguinte:

Existem em cada Estado três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. [...]. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se este mesmo homem, ou mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Essa divisão dos poderes sistematizada por Montesquieu teve grande repercussão na política e exerceu forte influência sobre as Constituições escritas que se promulgaram nos fins do século XVIII. Em decorrência da sua ampla difusão, o pensamento original de Montesquieu sofreu modificações nas diversas legislações e doutrinas. Azambuja (2008, p.179) menciona que nem sempre essas modificações foram para melhor, a exemplo dos revolucionários franceses de 1789 que a desvirtuaram proclamando a separação absoluta das funções do Estado de tal forma que os três poderes não se limitavam reciprocamente, mas provocavam verdadeiros conflitos entre si.

Com efeito, a ideia original da teoria de Montesquieu não tinha como propósito patrocinar uma separação absoluta entre os poderes do Estado. Considerando a própria Constituição inglesa, que serviu de base à elaboração desse axioma político, no que diz respeito à organização dos poderes, estes não se acham nela inteiramente distintos e separados (HAMILTON, MADISON e JAY, 2003, p.299).

Hamilton, Madison e Jay (2003, p.299-300) imprimem a seguinte interpretação ao pensamento de Montesquieu:

[...] quando ele estabeleceu ‘que não há liberdade todas as vezes que a mesma pessoa ou a mesma corporação legisla e executa ao mesmo tempo, ou por outras palavras, quando o poder de julgar não está bem distinto e separado do Legislativo e Executivo’, não quis proscrever toda a ação parcial, ou toda a influência dos diferentes poderes uns sobre os outros; o que quis dizer, segundo se colige das suas expressões, e ainda melhor dos exemplos que lhe serviram de regra, foi que, quando dois poderes, em toda a sua plenitude, se acham concentrados numa só mão, todos os princípios de um governo livre ficam subvertidos.

Analisando o princípio da separação dos poderes, Hamon, Troper e Burdeau (2005, p.88) entendem que ele é composto por duas regras distintas, a regra da especialização e a regra da independência. Conforme a regra da especialização, o Estado deve exercer três atividades: fazer a lei, executá-la e resolver os litígios. Para cada uma dessas atividades deverá haver uma autoridade ou órgão, dotado de poder específico, para o exercício especializado de uma dessas funções. Assim, cada autoridade exercerá específica e inteiramente uma função sem interferir nas demais.

Quanto à regra da independência, esta desempenha função garantidora da regra da especialização e da própria separação dos poderes. Esta regra preconiza que os órgãos sejam mutuamente independentes a fim de evitar a pressão de um poder sobre o outro (HAMON, TROPER e BURDEAU, 2005, p.89).

A separação dos poderes deve ser entendida como uma técnica de especialização de funções e de cooperação entre os órgãos para o alcance do verdadeiro propósito de Montesquieu: o próprio poder limitar o poder (AZAMBUJA, 2008, p.179) para assegurar a liberdade individual e fragilizar o poder do Estado ante as necessidades da sociedade daquela época.

2.3 SEPARAÇÃO DOS PODERES E A TEORIA DE FREIOS E CONTRAPESOS

A elaboração do dogma da separação de poderes deve ser entendida como “como arma de que se valeu a doutrina para combater sistemas tradicionais de opressão política” (BONAVIDES, 2007, p.72). A ideia de tripartição dos poderes tinha na sua origem a finalidade precípua de limitar o poder do estado frente às liberdades individuais.

Não obstante a distribuição orgânica dos poderes em diferentes mãos, Hamilton, Madison e Jay (2003, p.305) ponderam o seguinte:

Como todo o poder tende naturalmente a estender-se, é preciso colocá-lo na impossibilidade de ultrapassar os limites que lhe são prescritos. Assim, depois de ter separado em teoria os diferentes Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o ponto mais importante é defendê-los em prática das suas usurpações recíprocas. Tal é o problema que se trata de resolver. Porventura, será bastante para esse fim que os limites dos poderes sejam marcados com precisão e clareza na Constituição - e poder-se-ia esperar que estas trincheiras de papel tenham força suficiente para prevenir as usurpações? Pelo menos, tal foi o caminho que tomaram todos os legisladores da América; mas em breve a experiência lhes mostrou que

mais seguras armas eram precisas para defender os membros mais fracos do governo contra os mais fortes.

Essa preocupação em garantir a separação dos poderes e principalmente defendê-los das usurpações recíprocas ensejou a criação de uma teoria complementar à separação de poderes: o sistema de freios e contrapesos.

O sistema de freios e contrapesos, técnica de controle recíproco entre os poderes, na experiência norte-americana divide os atos praticados pelo Estado em duas espécies: atos gerais e atos especiais. Ao Poder Legislativo, e somente a ele, caberia a prática dos atos gerais, consistentes na emissão de regras gerais e abstratas. Uma vez emitida a norma geral a atuação do poder Executivo far-se-ia possível através dos atos especiais. Destaque-se que o exercício dos atos especiais deveria obedecer aos limites previstos nos atos gerais editados pelo Poder Legislativo. Quanto ao Poder Judiciário, este exerceria ação fiscalizadora. Havendo exorbitância de qualquer dos poderes, caberia ao Poder Judiciário obrigar cada um deles a permanecer nos limites de suas respectivas competência (DALLARI, 1998, p.170-171).

Percebe-se, portanto, que o sistema de freios e contrapesos consiste em técnica de controle recíproco entre os três poderes. Esse sistema tem como propósito evitar que um dos poderes usurpe a esfera de competência dos demais e consequentemente ponha em questão o dogma da separação dos poderes.

Nessa perspectiva, Hamilton, Madison e Jay (2003, p.317) propõem:

Que meio se recorrerá, portanto, para manter na prática essa separação essencial dos poderes, que a Constituição estabelece em teoria? Como todos os remédios exteriores são sem efeito, não há outro remédio possível senão traçar de tal maneira a construção do governo, que todas as suas diferentes partes possam reter-se umas às outras nos seus lugares respectivos.

E continuam desenvolvendo a teoria dos freios e contrapesos nos seguintes termos:

Mas o verdadeiro meio de embaraçar que os diferentes poderes não se vão sucessivamente acumulando nas mesmas mãos, consiste em dar àqueles que os exercitam meios suficientes e interesse pessoal para resistir às usurpações. Nesse caso, como em todos os outros, os meios de defesa devem ser proporcionados aos perigos do ataque; é preciso opor ambição à ambição e travar de tal modo o interesse dos homens, com as obrigações que lhes impõem os direitos constitucionais dos seus cargos, que não possam ser ofendidas as últimas sem que o primeiro padeça. É desgraça inerente à natureza humana a necessidade de tais meios; mas, já a necessidade dos governos é em si mesma uma desgraça. [...]. Esse sistema, que consiste em fazer uso da oposição e da rivalidade dos interesses, na falta de motivos melhores, é o segredo de todos os negócios

humanos, quer sejam particulares, quer públicos. E o que se está vendo todos os dias na distribuição dos poderes inferiores, onde o que em todo o caso se procura é combinar de tal modo os diferentes empregos, que uns sirvam aos outros de corretivo e que os direitos públicos tenham por sentinela os interesses populares. Essa invenção da prudência não pode ser menos necessária na distribuição dos supremos poderes do Estado (HAMILTON, MADISON e JAY, 2003, p.318).

Para Bonavides (2007, p.74), o sistema de freios e contrapesos foi a primeira correção essencial que se fez ao princípio constitucional da separação de poderes. De fato, não é suficiente que a Constituição apenas distribua o poder entre pessoas diferentes e defina sua esfera de atuação, como pretende a doutrina tradicional de Montesquieu, dado que isso não garante a proteção de um poder contra as lesões cometidas pelos demais.

Considerando que o detentor do poder tende dele abusar, faz-se necessário que a Constituição estabeleça instrumentos para que os próprios poderes controlem-se reciprocamente com o propósito de que nenhum deles burle a atuação dos demais e consequentemente alcancem o equilíbrio.

O sistema de freios e contrapesos pode ser percebido no direito brasileiro em diversos dispositivos da Constituição de 1988, mas nenhum é tão explícito quanto o artigo 2º quando dispõe que: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Em exame ao dispositivo acima transcrito, Bulos (2014, p.517) argumenta que a independência consiste em investidura e permanência das pessoas num dos órgãos do governo. Estas pessoas ao exercerem as atribuições que lhes foram conferidas devem atuar sem a interferência de outros órgãos, com total liberdade, sem interferência alheia, mas permitindo a colaboração quando necessária. Para Bulos (2014, p.517), “em última análise, a independência das funções do poder político, uno e indivisível, exterioriza-se pelo impedimento de uma função se sobrepor à outra, admitidas as exceções participantes dos mecanismos de freios e contrapesos”.

Já no que diz respeito à harmonia, esta deve ser exteriorizada através da cortesia e do respeito entre os órgãos do poder. Ressalte-se que a organização harmônica dos poderes não impede a interferência de um órgão no outro, a fim de assegurar o controle recíproco estabelecido pelo sistema de freios e contrapesos, evitando-se assim, o arbítrio (BULOS, 2014, p.516).

2.4 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A primeira Constituição brasileira, outorgada por D. Pedro I, trouxe um dispositivo bastante peculiar quanto à forma da separação dos poderes. Com o intento de mostrar ao mundo o avanço político, econômico e social da ex-colônia, D. Pedro I, ao declarar a independência, determinou a elaboração de uma Constituição nos moldes daquelas dos países líderes garantidores do liberalismo e do Estado de Direito. Contudo, apesar da intenção de imprimir modernidade à constituição do império através da adoção do dogma da separação de poderes defendido pelos Estados Liberais, também houve a intenção de preservar a figura do imperador, garantindo-lhe a irresponsabilidade dos seus atos e o poder de controle sobre a decisão dos demais poderes (RICCITELLI, 2007, p.83-84).

Nesse contexto, a Carta Imperial de 1824 trouxe os seguintes dispositivos:

Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.

Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

[....]

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Politica, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma (*on line*).

Percebe-se que formalmente a Carta do Império adotou a ideia de separação e harmonia dos poderes como pretendiam os ideais liberais e a doutrina de Montesquieu. Contudo, a Carta de 1824 se desvia dessa teoria ao instituir um quarto poder: o Poder Moderador.

A teoria do Poder Moderador, desenvolvida por Benjamin Constant, tinha como propósito a instituição de um poder neutro, que seria o poder real, ao lado dos

Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Esse poder real deveria estar assentado na pessoa do rei, a quem caberia exercer o papel de autoridade neutra e intermediária e atuar como “o poder judiciário dos demais poderes” (BONAVIDES, 2000, p.184).

Em tese, a finalidade do Poder Moderador, como dispõe o artigo 98 da Carta de 1824, seria velar a manutenção da independência, o equilíbrio e a harmonia dos demais poderes. Todavia, Riccitelli (2007, p.84) aponta que a inserção do Poder Moderador na nossa primeira Constituição teve o objetivo substancial de preservar a figura do imperador, garantindo-lhe a completa irresponsabilidade dos seus atos e o controle sobre os atos praticados pelos demais poderes, através do seu “poder de revisão”.

Efetivamente, o que se percebe é que essa separação de poderes aconteceu apenas no plano formal, já que, na realidade a instituição do Poder Moderador e a sua delegação privativa ao imperador D. Pedro I, que também era chefe do Poder Executivo, figurou mais como uma dissimulação para assegurar a permanência da concentração do poder nas mãos do soberano.

Sobre a adoção da teoria do Poder Moderador, Riccitelli (2007, p.51-52) observa o seguinte:

Entretanto, a inclusão de um quarto poder na Constituição Imperial de 1824, representado pelo Poder Moderador, significava um atraso de mais de um século da efetiva entrada do Brasil no sistema do Estado liberal de direito. Por meio do Poder Moderador, o Imperador podia, por exemplo, absolver réus condenados pelo Judiciário e vice-versa. Em síntese, enquanto a Europa Ocidental e os Estados Unidos da América já respiravam os ares liberais desde a eclosão da Revolução Francesa em 1789, o Brasil atingiu o efetivo *status* de Estado democrático apenas em 1891, com a promulgação da primeira Constituição Republicana, após a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, por Deodoro da Fonseca. Com o texto redigido basicamente por Rui Barbosa, inspirado no modelo da Constituição norte-americana, a primeira Constituição Republicana de 1891 tornou-se conhecida também como provisória, em virtude de ser o resultado da edição do Decreto n. 1, de autoria do então Ministro da Fazenda e interino da Justiça Rui Barbosa, valendo como uma espécie de regra de transição entre o Império e a República.

O Poder Moderador deixou de existir no direito brasileiro a partir da Constituição de 1891. Atualmente, o princípio da separação dos poderes está previsto nos artigos 2º e 60, § 4º, III da Constituição de 1988, nos seguintes termos:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 60. (*omissis*)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

A Constituição de 1988 atribui status de cláusula pétrea à separação dos poderes. Dessa forma, qualquer proposta de emenda que tenha intenção de aboli-la, formal ou substancialmente, não poderá ser objeto de deliberação. Contudo, isso não significa que a interpretação desse princípio seja estática. O dogma da separação dos poderes deve se adaptar às necessidades do Estado. Assim, partindo-se da definição do Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*) cuja função precípua é a realização da justiça social, do desenvolvimento nacional e a promoção do bem de todos, não seria correto interpretar esse princípio como outrora e de modo tão rigoroso que só se justificaria diante do contexto do século XVIII.

2.5 SEPARAÇÃO DOS PODERES: CRÍTICAS E AVALIAÇÕES

Indubitavelmente a teoria da separação dos poderes desempenhou papel fundamental na construção do constitucionalismo. Com efeito, esse postulado do Estado Liberal serviu de inspiração e paradigma a todos os textos de Lei Fundamental e de garantia contra os arbítrios do poder político. Ajudou, ainda, “a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate, aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz” (BONAVIDES, 2007, p.64).

A despeito da sua importância, o princípio da Separação dos Poderes não passou imune a algumas críticas da doutrina. A primeira crítica que se faz diz respeito à sua nomenclatura. A doutrina entende que o mais correto seria se referir a essa teoria como teoria de “separação de funções” ou “distinção de funções”, uma vez que o poder do Estado é uno e indivisível.

Nesse sentido entende Rocha (1995, p.13):

Por conseguinte, a 'divisão dos poderes', na verdade, é divisão de órgãos, ou separação relativa de órgãos, para exercitarem as distintas *funções* do Estado. Uma coisa é o poder do Estado, uno e indivisível, outra coisa é a diversidade de *funções* com a correspondente diversidade de órgãos preordenados ao seu exercício. Concluindo e resumindo: a separação de poderes é uma técnica para *distribuir funções* distintas entre órgãos relativamente separados.

Dessa forma, entende-se que a separação de poderes constitui uma técnica de distribuição de funções entre os órgãos entre os três órgãos do Estado, tendo em vista a unidade do poder do Estado. Assim, "como o corpo humano que dispõe de vários órgãos e sentidos (visão, audição, dicção etc.) sujeitos ao fulcro de uma só vontade, o Estado manifesta a sua vontade, o seu poder, através desses três órgãos que compõem a sua unidade" (MALUF, 2013, p.477).

Outra crítica apontada é a de que o sistema de separação de poderes foi empregado apenas no sentido formal, sem jamais ter sido praticado efetivamente. Dallari (1998, p.170) observa que, mesmo onde as Constituições consagram enfaticamente a separação de poderes, sempre houve interpenetração entre os poderes. Dallari (1998, p.171) acrescenta ainda que esse sistema de separação de poderes jamais conseguiu assegurar a liberdade dos indivíduos ou o caráter democrático do Estado. Conforme seu entendimento, a ideia da separação de poderes garantiu efetivamente apenas a liberdade de um pequeno número de privilegiados, enquanto o liberalismo criava uma sociedade plena de injustiças e desigualdades sociais.

Nessa mesma linha de pensamento, Bonavides (2007, p.42) aponta que esse fato foi a grande contradição do Estado Moderno:

A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social. E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generaliza-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social, mas no momento que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípio constitutivo de uma ideologia de classe.

Além das críticas já apontadas, atualmente a doutrina propõe uma avaliação da doutrina da separação dos poderes diante dos novos papéis assumidos pelo Estado na contemporaneidade. Considerando, que para a sociedade do século XXI, diferentemente da sociedade do século XVIII, não é suficiente apenas a proteção aos direitos e liberdades individuais. Considerando ainda, o anseio da atual

sociedade por uma postura mais ativa do Estado, no sentido de promover e assegurar os direitos e interesses sociais e coletivos, há que se questionar se o sistema original de separação dos poderes – aquele difundido pelos revolucionários franceses de 1789 – não poderia representar um embaraço à atuação eficiente do Estado na concretização desses interesses.

A respeito disso, se faz interessante trazer à colação o pensamento de Bonavides (2000, p.185-186):

Numa idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado liberal jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação. Os valores políticos cardeais que inspiraram semelhante técnica ou desapareceram ou estão em vias de desaparecimento. [...]. Desde porém que se desfez a ameaça de volver o Estado ao absolutismo da realeza e a valoração política passou do plano individualista ao plano social, cessaram as razões de sustentar, em termos absolutos, um princípio que logicamente paralisava a ação do poder estatal e criara consideráveis contra-sensos na vida de instituições que se renovam e não podem conter-se, senão contrafeitas, nos estreitíssimos lindes de uma técnica já obsoleta e ultrapassada. O princípio perdeu pois autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vemo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda.

De fato, observa-se uma transformação nas funções do Estado na medida em que o Estado assume novos contornos. Em decorrência disso, a clássica separação de poderes vai sendo aos poucos superada. Já com os primeiros sinais do intervencionismo estatal, próprio do Estado Social, foi possível observar alterações na esfera das relações entre os Poderes do Estado, com o deslocamento da esfera de tensão do Poder Legislativo para o Poder Executivo. Já no Estado Democrático de Direito, o deslocamento se deu do Poder Executivo e do Legislativo para o Poder Judiciário, sobretudo nos países com Constituições dirigentes, onde os Tribunais Constitucionais apresentam postura mais ativa (STRECK; MORAIS, 2003, p.163).

A aplicação da separação de poderes no Estado Democrático de Direito deve considerar dois aspectos: o momento histórico que ensejou o florescimento dessa teoria e a sua aplicação de forma mais rígida e o momento atual, onde a sociedade reivindica a efetiva atuação do Estado.

Como será discutido no capítulo seguinte, o desenvolvimento da sociedade vem exigindo uma mudança na forma de organização do Estado. O papel

do Estado diante da sociedade contemporânea é diverso, os seus deveres também são diversos. Assim, partindo-se da definição do Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*) cuja função precípua é a realização da justiça social, do desenvolvimento nacional e a promoção do bem de todos, não seria correto interpretar esse princípio como outrora e de modo tão rigoroso que só se justificaria diante do contexto do século XVIII.

Para que o Estado Democrático de Direito possa desempenhar de forma eficiente os seus deveres, dentre os quais se destaca a realização da justiça social e a promoção do bem comum, se faz necessária uma releitura desse princípio objetivando sua readaptação aos atuais contornos do Estado.

3 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO CONSTITUCIONAL

Segundo Bobbio (2000, p.212), uma concepção de Estado se distingue das demais de acordo com o fim que propõe às atividades do governante. Partindo dessa premissa, o presente capítulo cuidará de analisar as evoluções pelas quais o Estado vem passando desde a formação da sua concepção Liberal até a concepção assumida atualmente.

Dentro desse contexto evolutivo do Estado, será analisada ainda a participação do princípio da Separação de Poderes na evolução do Estado, bem como na legitimação dos interesses buscados por cada sociedade.

3.1 FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ESTADO LIBERAL

Conforme as ideias de Gomes e Mazzuoli (2010, p. 21), o Estado passou por cinco ondas evolutivas antes de alcançar a fase pós-moderna, quais sejam: absolutismo, legalismo, constitucionalismo, internacionalismo e o universalismo.

O Estado absolutista, entendido como a onda zero na evolução do Estado, foi produto do processo de unificação das sociedades medievais. As deficiências da sociedade política medieval, o despertar da antiga aspiração à unidade e a crise do sistema feudal foram os fatores que impulsionaram a busca da unidade do Estado. Essa unificação consequentemente gerou a afirmação do poder soberano, supremo e reconhecido como o mais alto poder dentro de uma delimitação territorial (DALLARI, 1998, p.155-156).

O fortalecimento do poder dos reis caracterizou o Estado absoluto monárquico, que foi um modelo de Estado arbitrário não submisso ao direito. Nesse tipo de Estado, a vontade do monarca era prevalente, não havia sentido falar em poderes independentes e menos ainda em garantia da legalidade (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 26).

Dessa forma,

O que ali havia era um governo de homens e não um governo das leis. E era exatamente nisso que consistia o Estado absoluto. [...]. No Estado absoluto monárquico cabia ao rei fazer e executar a leis (*rex facit legem*). Exercia seu mister em nome de Deus (d'Ele era seu representante na Terra). Estado e Igreja achavam-se unidos, daí a confusão que se fazia entre crime e pecado (entre Igreja e Estado, entre direito e religião). Cuidava-se do exercício de um poder teocêntrico (poder centrado em Deus)

e sem qualquer limite. Se Deus não tem limites, o poder que em nome Dele é exercido também não pode ter limites (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p.26).

Em razão do caráter divino do poder, os reis exerciam soberania absoluta sobre os indivíduos e estes deveriam existir apenas em função do poder monárquico. A crescente insatisfação com esse modelo de Estado fez eclodir no século XIX importantes revoluções contra as tiranias absolutas. Essas revoluções do século XIX constituíram a primeira onda evolutiva do Estado, o legalismo.

De acordo com Gomes e Mazzuoli (2010, p. 22) o legalismo passou por algumas mutações, dentre as quais eles apontam o Estado Liberal de Direito, o Estado social de Direito e o Estado Democrático de Direito, até enraizar-se perpetuamente no século XX. Por hora considerar-se-á o Estado Liberal.

Indubitavelmente, a formação do Estado Liberal, fruto da reação burguesa ao Estado Absolutista, se deve principalmente a dois eventos históricos, quais sejam: a Revolução Francesa e a Revolução Inglesa do século XVII. Destaque-se que na tradição do pensamento político inglês, a esse conjunto de movimentos contrários ao poder absoluto e ao abuso do poder estatal, deu-se o nome específico de constitucionalismo.

Como visto no capítulo anterior, a burguesia, durante o seu período de desenvolvimento, recebeu vários tipos de proteção e incentivos da realeza. Contudo, após sua consolidação, esse intervencionismo estatal passou a figurar como um óbice à sua expansão. O poder absoluto do rei perdeu, pois, sua legitimidade. A burguesia “demandava o máximo de liberdade para alcançar o máximo de expansão” (BONAVIDES, 2000, p.172).

Para legitimar esse desejo de expansão e liberdade, se fazia necessária uma doutrina que pudesse impor limites ao poder absoluto do rei. É nesse contexto, e tendo como finalidade precípua a minimização do poder estatal, que nasce de forma sistematizada a doutrina da separação de poderes.

Riccitelli (2007, p.30) ensina que a primeira revolução liberal burguesa foi a Revolução Gloriosa, ocorrida na Inglaterra em 1688. Naquela época, o Rei Jaime I, por razões políticas e religiosas, para não ser preso ou sofrer lesões, fugiu para a França. O resultado desse fato foi a assinatura, em fevereiro de 1689, pelo povo, pela burguesia e pelo baixo parlamento da *Bill of Rights*, cuja consequência mais importante foi a implantação efetiva do parlamentarismo na Inglaterra. Esse sistema

delegou ao Parlamento a missão de elaborar as leis, transformando-o no Poder Legislativo. Assim, restou ao monarca apenas a execução das leis – exercício do Poder Executivo.

Acerca da Revolução burguesa na Inglaterra, Bobbio (2000, p.46) pondera o seguinte:

E a Inglaterra hoje se apresenta como o país no qual Reforma e constitucionalismo estiveram conexos de maneira mais estreita. É necessário, porém, acrescentar que a formação de um Estado constitucional, fundado nos limites do poder soberano e na garantia dos direitos naturais do indivíduo, era favorecida pela própria tradição da monarquia inglesa. A monarquia inglesa nunca fora uma monarquia absoluta; por esse motivo, a reação contra a tendência para o absolutismo dos Stuart foi mais forte do que em outro lugar. Certamente, a dissidência política foi alimentada pela dissidência religiosa, uma vez que o absolutismo político tendia a valer-se, para os próprios fins, da igreja de Estado (anglicanismo). Assim, contra a monarquia encontraram-se alinhados, ainda que em luta entre eles, os movimentos religiosos contra o anglicanismo, sejam os presbiterianos, seja a ala extrema do não-conformismo religioso, os puritanos, ambos de luta política, favorecendo a dissolução do absolutismo estatal e a afirmação da liberdade religiosa e de pensamento, fundamento do Estado liberal clássico.

Outro momento decisivo na luta contra o Estado absoluto é a Revolução Francesa, que sob a proteção das ideias de Rousseau e Locke, inaugurou em 1789 uma nova fase do Estado Moderno: o Estado Liberal (STRECK; MORAIS, 2003, p.46).

Na França pré-revolucionária, o clero e a nobreza não pagavam impostos. Por duas vezes – a primeira em 1774 e a segunda em 1787 - o Rei propôs a supressão desses privilégios. Em ambas as ocasiões os ministros foram forçados à renúncia, e o Conselho dos notáveis, insistindo na manutenção dos privilégios, dissolvido. Estes ministros, embora não tenham conseguido por fim aos privilégios, favoreceram a emergência das forças sociais através de algumas medidas: o incentivo da política de liberação do comércio de cereais, a abolição do trabalho gratuito dos camponeses na construção de estradas, supressão dos grêmios corporativos e emancipação das fazendas reais. A combinação das demandas das forças sociais em emergência e as exigências da burguesia foram providenciais para o desenvolvimento da revolução. Visando superar essa crise, em 1788, o Rei concordou em convocar os Estados Gerais, que não se reuniam desde 1614. Em 27 de dezembro do mesmo ano, o Rei autorizou a duplicação do número de representantes do Terceiro Estado (a burguesia) nos Estados Gerais, convocado

para 1º de maio de 1789. Quando da instalação dos Estados Gerais, em 5 de maio de 1789, o clero e a nobreza queriam sessões separadas e as votações por Estado, o que lhe assegurava sempre dois votos; já o Terceiro Estado, fortalecido e cheio de reivindicações, pretendia sessões conjuntas e votação nominal, por cabeça, o que lhe garantia metade dos votos. Esse impasse foi fundamental à eclosão dos fatos revolucionários. Em 17 de junho, por proposta de Emmanuel Joseph Sieyès, o Terceiro Estado se declarou em Assembleia Nacional. Nesse contexto, representantes do clero e da nobreza começaram a aderir ao Terceiro Estado e finalmente, em 9 de julho, a Assembleia Nacional, constrangida pelo impacto da insurreição popular, declarou-se em Assembleia Constituinte, para dias depois, ocorrer a queda da Bastilha (STRECK; MORAIS, 2003, p.47-49).

É nesse contexto de reação ao poder absoluto e à excessiva intervenção do Estado que nasce e se desenvolve o Estado Liberal.

A finalidade do Estado Liberal é assegurar a liberdade individual, assim um Estado Liberal será mais perfeito quanto mais permitir e garantir a todos o desenvolvimento da liberdade individual. Desse modo, o objetivo dessa concepção de Estado “não é prescrever fins para cada indivíduo, mas atuar de maneira que cada indivíduo possa alcançar livremente, ou seja, numa situação de liberdade extrema garantida, os próprios fins” (BOBBIO, 2000, p.212).

Destaca-se que:

Essa concepção de Estado também foi chamada de *negativa*, porque sua característica é de não ter fins próprios e sua tarefa essencial não é a de fazer algo para a felicidade dos seus próprios súditos, mas simplesmente impedir, pela limitação das liberdades externas, que um cidadão não possa alcançar a sua própria felicidade, segundo a sua maneira de ver; ou, em outras palavras, não é de promover o bem-estar geral, mas de remover os obstáculos que se colocam para que cada um alcance o bem-estar individual por suas próprias capacidades e meios. Metaforicamente, essa concepção de Estado foi chamada de *Estado protetor*, o que significa que sua tarefa não é dirigir os súditos para este ou aquele fim, mas unicamente vigia-los para impedir que, na busca de seus próprios fins, cheguem a conflitos. Mediante uma metáfora mais atual, seria possível comparar o Estado liberal não a um protetor (ou, como também foi dito, a um vigia noturno), mas a um guarda de trânsito com a tarefa não de indicar de forma imperativa aos motoristas qual direção devem seguir, mas unicamente de agir de maneira que ordenando a circulação, cada um possa alcançar, da melhor maneira e de modo compatível com igual direito dos outros, sua própria meta (BOBBIO, 2000, p.213).

O dogma da separação de poderes foi fundamental para a criação e desenvolvimento do Estado Liberal. Considerando que a finalidade precípua das revoluções burguesas era o enfraquecimento do poder do Estado e a consequente

criação de um Estado menos intervencionista - Estado Liberal - que favorecesse a expansão da economia, a ideia de separação dos poderes contribuiu para conter a arbitrariedade do poder estatal, através do seu fracionamento, bem como para legitimar os interesses da classe em ascensão.

A urgência por sepultar definitivamente os ares da Idade Média, o corporativismo, o feudalismo e seus privilégios e o absolutismo do rei (BONAVIDES, 2007, p.66) justificar que naquele momento a teoria da separação dos poderes, diferentemente do pretendido por Montesquieu, tenha sido aplicada de forma rígida. Esta foi a forma de proteger o indivíduo contra os arbítrios do Estado e garantir a integridade dos seus direitos individuais.

3.2 A CRISE DO ESTADO LIBERAL E A FORMAÇÃO DO ESTADO SOCIAL

O advento do Estado Liberal rompeu com a antiga estrutura do Absolutismo e representou a realização plena do conceito de humanismo e igualitarismo político que dominou ao século XVIII (MALUF, 2013, p.311). Ele traduziu os ideais das revoluções daquela época: soberania nacional, regime constitucional, limitação do poder e supremacia da lei, tripartição do poder com limitações recíprocas garantidoras das liberdades públicas, separação do Estado e Igreja, igualdade jurídica, não intervenção do poder público na economia particular (MALUF, 2013, p. 311-312).

Streck e Moraes (2003, p.56) explicam que o liberalismo se apresentou como uma “teoria antiestado”. Nessa concepção de Estado, a atividade estatal recobre-se de um aspecto mínimo, reduzido e previamente reconhecido. Ao Estado competia apenas a manutenção da ordem e da segurança e a proteção das liberdades civil, pessoal e econômica (STRECK; MORAIS, 2003, p.56).

Apesar de todo o arcabouço teórico, o Estado Liberal não guardava a relação necessária com a realidade. A sua construção e desenvolvimento desconheceu as iminentes mudanças sociais que eram trazidas pela Revolução Industrial que se iniciara na Inglaterra em 1770 (MALUF, 2013, p.312). É então a partir de meados do século XIX que se começa a perceber uma mudança nos rumos da organização do Estado.

Na segunda metade do século XIX, a revolução industrial evidencia na sociedade um novo tipo de homem: o operário. Ocorre que nesse período de

crescimento industrial, o aparecimento das máquinas começou a gerar um desemprego em massa. O trabalho humano desvaloriza-se passando a ser negociado como mercadoria, sujeito à lei da oferta e da procura. Mulheres e crianças também passam a procurar trabalho nas fábricas com o objetivo de reforçar a renda familiar (MALUF, 2013, p.314).

No lado da classe patronal grandes fortunas se acumulavam nas mãos de poucos dirigentes do poder econômico. Diante desse quadro, enquanto o desequilíbrio econômico e social tornava-se cada vez mais evidente, o Estado Liberal sacralizando o mercado, com sua mão invisível, limitava-se a manter as liberdades e a ordem pública (MALUF, 2013, p.315).

A abstenção estatal possibilitou que a sociedade e a economia se desenvolvessem pelas próprias forças, contudo esse desenvolvimento trouxe uma grande crise de desigualdade social. Em análise a esse momento histórico, Maluf (2013, p.315) ressalta:

Sem dúvida, eram anti-humanos os conceitos liberais de igualdade e liberdade. Era como se o Estado reunisse num vasto anfiteatro lobos e cordeiros, declarando-os livres e iguais perante a lei, e propondo-se a dirigir a luta como árbitro, completamente neutro. Perante o Estado não havia fortes ou fracos, poderosos ou humildes, ricos ou pobres. A todos, ele assegurava os mesmos direitos e as mesmas oportunidades... Ressalta à evidência a desumanidade daqueles conceitos, porque os indivíduos são naturalmente desiguais, social e economicamente desiguais, devendo, por isso, ser tratados desigualmente, em função do justo objetivo de igualizá-los no plano jurídico. Além disso, não basta que o Estado proclame o direito de liberdade, é preciso que ele proporcione aos cidadãos a possibilidade de serem livres.

De fato, não era mais o suficiente a proclamação da liberdade frente ao Estado e aos demais indivíduos. Agora, o Estado deveria prover os meios necessários para garantir efetivamente o exercício de uma liberdade real. Por essa razão, em reação às injustiças sociais, o proletariado, munido das ideias do socialismo materialista, insurge-se contra o Estado Liberal.

Assim, a manifestação histórica do Estado Social pode ser explicada pela necessidade de superar a contradição básica – capital *versus* trabalho - do modo de produção capitalista (ROCHA, 1995, p.130). Nessa circunstância é que se dá a passagem do Estado Liberal para o Estado Social. A mudança da concepção liberal para a concepção social de Estado é marcada pela luta dos movimentos operários para a conquista de direitos, tais como: previdência e assistência social, transporte, moradia, etc. Toda essa movimentação provocou uma mudança de paradigma na

atuação do Estado. O Estado, outrora apenas garantidor do livre desenvolvimento, agora era chamado a intervir nas relações sociais e assumir tarefas que até então eram próprias da iniciativa privada. É justamente esse intervencionismo estatal que caracteriza o Estado Social ou Estado do Bem-Estar Social (STRECK; MORAIS, 2003, p. 141).

Rocha (1995, p.129) ensina que o perfil do Estado Social é de Estado intervencionista em duplo sentido: econômico e social. Ou seja, enquanto intervém na ordem econômica, dirigindo e planejando o desenvolvimento econômico, também intervém no âmbito social, onde realiza a prestação de bens, serviços e atividades com o objetivo de elevar a qualidade de vida das populações mais carentes.

O Estado, forçado a assumir um papel ativo, torna-se Estado Social para garantir o desenvolvimento e a realização da justiça social. Ademais, com o objetivo de favorecer o desenvolvimento econômico, especialmente nos países subdesenvolvidos, o Estado foi chamado a atuar como agente econômico substituindo a iniciativa privada em atividades reputadas importantes. Então, surgem assim os chamados direitos sociais e junto com eles, o direito de exigir certas prestações positivas do Estado (SUNDFELD, 2009, p.55).

Nesse sentido, observa Leal (2003, p.14):

Diante de tal quadro, o Estado não pode mais ser tido como mero espectador, devendo intervir diretamente nas questões sociais e passando de ente de postura negativa (com o simples dever de não invadir a esfera dos direitos individuais constitucionalmente assegurados) a promotor de bens e serviços - devedor de uma prestação positiva – como forma de assegurar-los a uma parcela mais abrangente da sociedade, sendo que as categorias sociais desfavorecidas passam a ser beneficiárias de um tratamento diverso (discriminação positiva), de acordo com a idéia de que devem ser tratadas desigualmente situações desiguais. Pode-se dizer, portanto, que este processo consistiu, em ultima análise, numa generalização de direitos, antes sonegados para grande parcela da população em decorrência do padrão extremamente competitivo vigente.

Streck e Moraes (2003, p.141-142) explicam que o modelo constitucional do Estado de Bem-Estar Social teve início com as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919. Explica ainda que não há um modelo uniforme de Estado de Bem-Estar Social, o que existe são características que lhe conferem unidade, como a intervenção estatal e a promoção de serviços. Assim, o Estado de Bem-Estar Social pode ser compreendido com um Estado interventor e garantidor de direitos sociais.

Contudo, deve-se atentar para o fato de que o Estado Social ou o Estado de Bem-Estar Social não representa um produto da ruptura do Estado Liberal. Na realidade, ele representa uma medida corretiva dos efeitos negativos gerados pelo sistema de autorregulador do mercado, uma adaptação do modelo liberal às necessidades sociais (LEAL, 2003, p. 12-13).

Essa mudança de perfil do Estado, que deixa de ser absenteísta para assumir uma postura ativa no sentido da realização da justiça social, altera também a forma de relação entre os poderes do Estado, apontando a predominância para do Poder Executivo, como comenta Rocha (1995, p.130):

O caráter intervencionista e ativo do Estado social, exigindo a realização prática das políticas econômicas e sociais, enseja um maior protagonismo e uma maior concentração de recursos materiais e humanos no Poder Executivo, por ser o mais adequado ao desempenho dos objetivos de mudança da realidade a que se propõe o Estado social. Outro fator a concorrer para a predominância do Executivo sobre o Legislativo foi a extensão do poder de voto a camadas cada vez mais amplas da população. Este fenômeno, aumentando a presença de representantes das forças populares nos Legislativos, Induz as elites econômicas a concentrar as decisões sobre a economia na área de competência do Executivo, retirando-as, assim, do Legislativo que, dada sua estrutura mais democrática e, por isso mesmo, mais sensível às reivindicações do povo, significaria uma ameaça ao sistema, o que não acontece com o Executivo onde as decisões são tomadas por tecnocratas de ideologia conservadora, inacessíveis às pressões populares.

Destaque-se assim, que a formação do Estado Social se caracteriza pela hipertrofia do Poder Executivo, uma vez que é através dele que se torna possível a realização das políticas econômicas e sociais necessárias à realização da justiça social.

3.3 O ESTADO SOCIAL EM FACE DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Desde o final da Segunda Guerra Mundial, o Estado sofreu uma mudança de paradigma. Enquanto regido exclusivamente pelas regras, valores, normas, princípios e garantias, como acontecia no Estado Legalista, quer seja ele Liberal, quer seja ele Social, o Estado experimentou algumas crises (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p.36).

A primeira delas foi a crise de legalidade. Apesar da inflação legislativa vivenciada pela sociedade pós-industrial, as leis se apresentavam pouco eficientes, tendo em vista que a subordinação dos poderes públicos exclusivamente às leis

nunca foi mecanismo eficaz para a contenção do exercício arbitrário do poder. Outra importante crise vivida pelo Estado nessa época foi a crise da função social do Estado, considerando que os Estados se tornavam cada vez mais neoliberais, se abstendo de cumprir suas tarefas básicas (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p.37).

No que se refere especificamente ao Estado Social ou de Bem-Estar Social, a partir da década de 1960 vai se evidenciar a crise de caixa, quando os primeiros sinais de não correspondência entre as receitas e despesas foram percebidos. Contudo, é na década seguinte que a crise se aprofunda. O aumento da atividade estatal e a crise econômica mundial implicaram o crescimento do déficit público (STRECK, 2002, p.65). Além da crise de caixa, caracterizada pela escassez de recursos para a manutenção do Estado Social, Streck (2002, p.65) aponta a crise de legitimação que atingiu o Estado Social nos anos de 1980. Essa crise de legitimação pode ser entendida em dois aspectos: crise ideológica – caracterizada pelo confronto entre a democratização do acesso e a burocratização do serviço - e crise filosófica do Estado Social – caracterizada pela afronta ao princípio base do Estado Social: a solidariedade. É então, diante dessas crises e da possível ineficiência econômica desse modelo de Estado que as ideias neoliberais encontram força.

Todas essas crises pelas quais passou o Estado acabaram por refletir seus efeitos no Direito, gerando aí também uma crise. Essa crise ocorre devido a uma distorção da dogmática jurídica, que insiste em manter – inclusive nos dias atuais, ainda que de forma mais velada que outrora – a solução dos conflitos adstrita a uma esfera de direitos interindividuais, enquanto a sociedade moderna transborda de conflitos transindividuais (STRECK, 2002, p.83).

A consequência de tudo isso é a transformação gradual do velho Estado Legalista em Estado de Direito Constitucional. Apesar de o constitucionalismo, como movimento jurídico, político e cultural, começar adquirir consistência a partir do final do século XVIII, é após a Segunda Guerra Mundial, com o movimento pós-positivista, que o Estado Constitucional conhece o seu ápice com o que ficou conhecido de constitucionalismo principialista. Em outras palavras, significa dizer que a partir desse período, que os princípios constantes da Constituição, sejam eles expressos ou implícitos, passaram a ser considerados normas constitucionais (BULOS, 2014, p.73).

Nesse contexto, vencendo as questões liberais e sociais, dentro do Estado Constitucional, surge o Estado Democrático de Direito com o objetivo de promover a igualdade, a justiça social e a transformação da sociedade. Nesse sentido Streck (2002, p.85) aponta:

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 ao cidadão 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 sua 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 um plus normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. [...]. 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.

De fato, o Estado Democrático de Direito, através da Constituição e tendo por base princípios como o da supremacia das normas constitucionais, da força normativa da Constituição, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, tem como objetivo principal a realização efetiva dos direitos sociais e dos direitos de terceira geração.

A passagem do Estado Liberal até o alcance do Estado Constitucional de Direito acarretou uma mudança de paradigma no direito e na sociedade. Dentre as principais pode ser citada a passagem da visão legalista, caracterizada pelo culto exagerado às leis, para a cultura do principialismo, onde a justiça é fundada nos princípios e valores constitucionais (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 48).

Outras transformações são apontadas por Gomes e Mazzuoli (2010, p.48-55): a interpretação do direito deixa de se dar conforme à lei para ser conforme a Constituição; a radical transformação das fontes do Direito, que passam a incluir em seu rol os costumes, os princípios e a jurisprudência; a mutação do papel do juiz, que abandona o seu caráter de mero reproduzidor das leis e assume o papel de agente transformador e criador do direito; dentre outras.

A despeito da importância de todas essas transformações, maior destaque deve ser dado àquela que, sem dúvida, mais caracterizou a quebra do

paradigma do Estado Liberal extremamente legalista e efetivamente promoveu – e ainda promove – uma necessidade de revisão e readaptação na organização dos poderes do Estado: a mudança na atuação do juiz, bem como a transformação da atuação do Poder Judiciário que passa a assumir responsabilidades sociais.

Ao comparar a sociedade do século XVIII, momento em que a teoria da Separação dos Poderes despontou, à sociedade contemporânea, observam-se duas situações opostas. No primeiro caso, a sociedade marcada pelo repúdio ao regime monárquico-absolutista, pela ascensão da burguesia, pelo impulso da atividade legislativa e pelos ideais liberais e individualistas reclamava uma abstenção do poder absoluto e arbitrário do Estado. Nessa ocasião, a teoria da Separação dos Poderes, que foi difundida na forma de uma separação estanque dos poderes, representou um instrumento eficaz de proteção dos direitos e liberdades individuais em face dos arbítrios e intervenções do Estado.

Contudo, no sentido contrário daquela sociedade se posiciona a sociedade contemporânea. Não é mais suficiente apenas a proteção aos direitos e liberdades individuais. Agora se deseja uma postura ativa do Estado, no sentido de promover e assegurar os direitos e interesses sociais e coletivos, a realização do bem comum e da justiça social. Diante dessas necessidades, diante dos novos papéis assumidos pelo Estado, bem como diante da complexidade de conflitos apresentada pela sociedade atual indaga-se se ainda é cabível a aplicação da teoria da Separação dos Poderes nos mesmos moldes de outrora.

Sobre essa questão Bonavides (2007, p.64) opina no seguinte sentido:

Esse princípio – que na origem de sua formulação foi, talvez, o mais sedutor, magnetizando os construtores da liberdade contemporânea e servindo de inspiração e paradigma a todos os textos de Lei Fundamental, como garantia suprema contra as invasões dos arbítrios nas esferas da liberdade política – já não oferece, em nossos dias, o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental. [...]. Quando cuidamos dever abandoná-lo no museu da Teoria do Estado queremos, com isso, evitar apenas que seja ele, em nossos dias, a contradição dos direitos sociais, a cuja concretização se opõe, de certo modo, como técnica dificultosa e obstrucionista, autêntico tropeço, de que inteligentemente se poderiam socorrer os conservadores mais perspicazes e renitentes da burguesia, aqueles que ainda supõem possível tolher e retardar o progresso das instituições no rumo da social-democracia.

De fato, diante da complexidade das relações e dos conflitos da sociedade contemporânea não há mais espaço para uma separação rígida e absoluta dos poderes. Nesse contexto, o foco se volta para o Poder Judiciário. Para

a solução desses conflitos, a sociedade clamava por um Judiciário mais ativo, surgindo assim, a necessidade de rever a sua atuação. É então com a transição para o regime democrático em 1985, no Brasil, que o Judiciário passa a decidir de modo cada vez mais contundente obrigando o Executivo a assumir funções inéditas e até mesmo, por vezes, incompatíveis com a estrutura jurídico-política do Estado Liberal (FARIA, 2010, p.54-55). A partir desse momento é que o Poder Judiciário começa a assumir uma postura mais ativa e política para garantir e assegurar a efetivação dos direitos, que apesar de previsão constitucional, eram negligenciados pelo poder público.

Diante dessas mudanças, quando se fala hoje em separação de poderes deve-se considerar o presente processo de interpenetração de funções. Sobre essa nova ótica da separação de poderes propõem Streck e Morais (2003, p.164-165):

Todavia, este mecanismo não é imune a críticas, dentre as quais as mais repetidas apontam para que a teoria separatista não tem o condão de assegurar uma estruturação democrática do poder estatal e que a mesma demonstra uma profunda ineficiência frente às exigências técnicas do Estado Contemporâneo. Para amenizar estes problemas, alguns mecanismos são utilizados, tais como a delegação de atribuições ou a redistribuição constitucional de competências. As funções tradicionalmente foram apresentadas como sendo a legislativa que se manifesta através da edição de normas gerais e obrigatórias para todos, a executiva que atua através da implementação de soluções concretas, sendo a função como responsabilidade de governo, como atribuições políticas, co-legislativa e de decisão, além da administração pública em geral e a jurisdicional cujo campo é o da solução em específico dos conflitos surgidos e regulados pelas regras gerais, interpretando e aplicando a lei. Atualmente, seria preferível falar em colaboração de poderes, particularmente no âmbito do parlamentarismo e de independência orgânica e harmonia dos poderes, quando do presidencialismo, embora mesmo isso sofra os influxos da organização sociopolítico-econômica atual, podendo-se melhor falar em exercício preponderante de certas atribuições por determinados órgãos do poder público estatal ou, como é o caso das funções executiva e jurisdicional no campo da aplicação do direito ao caso concreto, onde o que diferencia é a maior ou menor eficácia conclusiva do ato praticado ou da decisão.

A despeito de o princípio da separação dos poderes ainda representar um “dogma, aliado à idéia de democracia, daí decorrendo o temor de afrontá-la expressamente” (DALLARI, 1998, p.171), o Estado Democrático de Direito exige uma readaptação desse princípio. Como pôde ser analisado no fragmento acima, essa readaptação pende muito mais para o lado da colaboração de poderes, sobretudo entre os poderes executivo e judiciário.

Esse debate acerca da colaboração de poderes, principalmente diante das situações de inércia do poder público na concretização de políticas públicas e na efetivação dos direitos fundamentais será objeto de estudo do próximo capítulo.

4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A DISTINÇÃO DE FUNÇÕES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O presente capítulo tratará das novas funções assumidas pelo Poder Judiciário ante as necessidades do Estado Democrático de Direito através do fenômeno da judicialização da política.

Com esse objetivo serão analisados os pressupostos que viabilizam a judicialização, quais os limites que devem ser observados, as virtudes e os limites da transformação do perfil do Poder Judiciário e ainda, a importância das ações do controle concentrado de constitucionalidade como elemento da judicialização da política.

4.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: SEUS PRESSUPOSTOS E LIMITES

A presente seção cuidará do estudo dos pressupostos necessários para a viabilidade da judicialização da política, bem como dos limites que devem ser observados para que a judicialização ocorra de forma legítima.

4.1.1 Judicialização da Política *versus* Ativismo Judicial: Definições e Distinções

O nascimento do Estado Constitucional de Direito, cuja característica mais marcante é a força normativa da Constituição, fez despontar a jurisdição constitucional e a supremacia do Poder Judiciário. Contudo, a grande visibilidade alcançada pelo Judiciário é um fato ocorrido nos últimos tempos, em razão de suas decisões recentes e recorrentes que exigem do Executivo o respeito estrito à ordem constitucional (FARIA, 2010, p.52).

De fato, diante da inércia do poder público na concretização de políticas públicas e na efetivação dos direitos fundamentais, constantemente se tem recorrido ao Judiciário em busca da satisfação desses direitos expressamente assegurados na Constituição.

Observando o papel da magistratura ante as transformações sociais e das estruturas normativas, Campilongo (2010, p. 49) defende que a magistratura ocupa atualmente uma posição singular dentro da “nova engenharia institucional”,

passando o juiz a integrar o “circuito de negociações políticas” e desempenhar “função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva”.

Essa transformação na estrutura das funções do Poder Judiciário se deve principalmente a dois fenômenos, a judicialização da política e o ativismo judicial, que apesar de serem meios de exercício da responsabilidade social do Poder Judiciário, não se confundem.

Diferenciando esses dois fenômenos da esfera de atuação do Poder Judiciário, Barroso (2012, p.382) explica que a judicialização “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”. Portanto, a judicialização da política ocorre quando há a transferência de poder do Poder Público (Executivo e Legislativo) para o Poder Judiciário. Assim:

Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas num resíduo da atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça. Assim, o juiz não parece mais como ‘o responsável pela tutela dos direitos e das situações subjetivas, mas também como um dos titulares da distribuição de recursos e da construção de equilíbrios entre interesses supra-individuais’ (CAMPILONGO, 2010,p.49).

Observando a judicialização, Barroso (2012, p.383) continua explicando que esse fenômeno tem causas de naturezas diversas, dentre as quais ele cita: o reconhecimento da importância de um Judiciário forte como elemento fundamental nas democracias modernas; a crise de representatividade dos parlamentos em geral que faz com que a sociedade deposite no Poder Judiciário a esperança de efetivação dos direitos fundamentais; bem como a preferência de que seja o Poder Judiciário a instância decisória das questões polêmicas sobre às quais exista desacordo na sociedade.

No Brasil, o fenômeno da judicialização é fruto de dois fatores: o modelo adotado de constitucionalização abrangente e o sistema de controle de constitucionalidade vigente no nosso ordenamento, que combina a matriz americana de controle difuso com a matriz europeia de controle concentrado da constitucionalidade (BARROSO, 2012, p.385). Portanto, a judicialização é “uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário” (BARROSO, 2012, p.385).

No que diz respeito ao ativismo judicial, este consiste na participação mais ampla e enfática do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins

constitucionais. Trata-se, pois, de uma postura assumida pela magistratura de procurar extrair o máximo das potencialidades da Constituição, principalmente a partir dos seus enunciados vagos (BARROSO, 2012, p.386).

Pode-se dizer que a primeira manifestação de ativismo judicial se deu em 1803, nos Estados Unidos, quando o juiz Marshall da Corte Suprema estadunidense avocou a responsabilidade pela supremacia da Constituição. Desde então, o Judiciário passou a enfrentar acusações de usurpação de atribuições que não lhe cabiam. Esse modelo de controle, que foi amplamente difundido principalmente pelos países da América, conduziu os juízes para o desempenho de um papel diferenciado e tendencialmente ativo na efetivação da Constituição (TAVARES, 2012a, p.56-57).

O nascimento da Justiça Constitucional, munida de magistrados aptos a repelir as situações de desrespeito à Constituição foi uma alternativa de combate ao modelo legalista, que entrou em crise após o fim da Segunda Guerra Mundial. A partir de então, a lei deixou de ser paradigma e a consagração de direitos fundamentais pelas Constituições passou a representar uma proteção dos indivíduos contra eventuais práticas espúrias do legislativo e, mesmo do executivo. Tudo isso legitimou uma postura cada vez mais ativa do juiz constitucional (TAVARES, 2012b, p.41-43).

Nesse sentido, Tavares (2012b, p.43) defende que o ativismo judicial é legitimado pelos direitos fundamentais e pela abertura semântica das constituições:

Em síntese, percebe-se que a ampliação do espaço 'tradicional' do juiz constitucional (entre Judiciário e Tribunal Constitucional), na tutela da Constituição e sua supremacia (quer dizer, para além de um mero *legislador negativo*, na expressão cunhada por Kelsen), foi viabilizada, dentre outras ocorrências, pela abertura semântica das constituições, em sua contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados e, sobretudo, pela necessidade de retirar, do âmbito político, certas opções.

Portanto, não há que se confundir judicialização da política com ativismo judicial. Como já exposto, a judicialização é um produto, uma circunstância do desenho institucional brasileiro que transfere parcela do poder político, originalmente desempenhado pelos Poderes Executivo e Legislativo, ao Poder Judiciário, o que ocorre quando, por exemplo, lhe é submetido o controle de determinada política pública. Contudo, o modo como vai ser exercida essa competência é que vai

determinar a existência ou não de ativismo judicial. Diversamente, o ativismo é um comportamento proativo, assumido pela magistratura, de interpretar a Constituição conferindo-lhe a máxima eficácia, sentido e alcance dos seus dispositivos (BARROSO, 2012, p.386).

4.1.2 Os Pressupostos e Condições para a Judicialização da Política

Ainda que a interferência do Poder Judiciário na revisão das atividades desenvolvidas pelos Poderes Executivo e Legislativo não seja novidade (freios e contrapesos), a sua atuação no controle das políticas públicas o é. Os efeitos sociais da adoção de um modelo econômico neoliberal, que transformaram os juízes em parcela importante do Estado brasileiro na realização da justiça social, e o crescimento do Ministério Público após a Constituição de 1988 foram fatores relevantes para a judicialização de muitas questões políticas (APPIO, 2007, p.17).

A redefinição dos papéis do Estado, bem como o crescimento das demandas sociais concretas têm ampliado a esfera de atuação destinada ao Poder Judiciário. Efetivamente, o Judiciário pode figurar como um forte instrumento formador de políticas públicas, além de ser palco do avanço da democracia ao permitir a discussão de temas relevantes para a sociedade.

Sem dúvida, a existência de um Poder Judiciário forte e responsável socialmente é fundamental para o Estado Democrático de Direito. Contudo, essa supervalorização da atuação do Judiciário deve ser comedida, como alerta Appio (2007, p.20):

A frustração coletiva decorrente de um Brasil contemporâneo, que vê cada uma das promessas sociais ser substituída por mais uma reforma da Constituição e pelo aumento do contingente policial, não pode legitimar uma atuação judicial arbitrária. Teorias da ruptura se justificam, unicamente, em sistemas em que a Constituição não possui qualquer normatividade. Conflitos familiares mal resolvidos facilmente se transformam em laboriosas teorias jurídicas de ruptura com o sistema vigente, através de uma revolução do Poder Judiciário. A professora Ingeborg Maus alerta para um processo de 'divinização' dos juízes, no que pode ser considerada uma nova teocracia constitucional: o Judiciário exerceria a função de superego da sociedade, através de um processo de infantilização dos cidadãos.

Nesse contexto, para que a judicialização da política se desenvolva de forma legítima e não venha a configurar ofensa ao princípio democrático, nem à supremacia da Constituição, devem ser observados alguns pressupostos e

condições. Primeiramente, é forçoso lembrar que a principal característica do Poder Judiciário é a inércia, ou seja, qualquer manifestação sua só pode se dar mediante provocação. Diferentemente do Executivo e do Legislativo, que podem dar início espontaneamente a reformas, o Judiciário somente poderá manifestar-se após prévia provocação dos interessados através dos meios processuais adequados.

Por isso, antes de qualquer coisa, destaque-se que a intervenção judicial para efetivação de direitos através da implementação de políticas públicas pelos demais poderes só ocorre mediante provocação de interessados através do meio processual adequado e respeitado o devido processo legal.

Na visão de Tate e Vallinder (1995, *apud* LOPES JÚNIOR, 2007, p.38), existem certas precondições que facilitariam a judicialização da política. São elas: a prevalência de regimes democráticos, a separação constitucional dos poderes, a positivação constitucional de direitos e garantias individuais, a utilização das vias judiciais por grupos de interesse e de oposição política, a ineficácia das instituições majoritárias e das políticas públicas e a delegação de competência às instâncias judiciais pelas instituições majoritárias. Analisar-se-ão, pois, essas precondições.

Apesar da Judicialização da política ser considerada por alguns como uma ameaça ao princípio democrático, principalmente no que diz respeito à representatividade e à mobilização política pelas vias eletiva, Lopes Júnior (2007, p.38) afirma que essa expansão das competências judiciais é muito mais acelerada nos regimes democráticos, em razão do ampliado caráter da cidadania e do excesso de competências do Estado democrático contemporâneo.

De fato, considerando que a noção de Estado Democrático de Direito está vinculada à realização e efetivação dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional, obviamente exige-se uma reformulação do papel desempenhado pelo Poder Judiciário dentro dessa nova estrutura estabelecida pelo constitucionalismo do pós-guerra (STRECK, 2002, p.127). Assim, pode-se afirmar que o regime democrático favorece a expansão da atuação do Judiciário na medida em que exige a atuação desse poder na realização da justiça social e dos direitos fundamentais.

No que diz respeito à separação constitucional dos poderes no âmbito da judicialização da política, este paradigma do Estado Constitucional deve ser compreendido como uma “técnica de arranjo da estrutura política do Estado” (TAVARES, 2012b, p.121). Isso implica dizer que as funções do Estado devem ser distribuídas pelos diversos órgãos de maneira não exclusiva para que, dessa forma,

seja possível o controle recíproco entre os poderes e a realização das ações necessárias à concretização dos direitos assegurados pela ordem constitucional. Assim sendo, a expansão da competência judiciária no âmbito do Estado Democrático de Direito em face das demandas sociais, apesar de legítima, deve se dar moderadamente dentro de determinados limites para que não configure um esvaziamento do princípio da Separação de Poderes.

Outro pressuposto para a Judicialização da política é a positivação constitucional de direitos e garantias individuais. Sobre esse assunto, Tavares (2012a, p.60) explica que a ampliação do espaço tradicional do juiz constitucional através da judicialização da política foi viabilizada pela abertura semântica das constituições, pela supremacia da Constituição e principalmente pela necessidade de retirar do espaço político e do livre arbítrio do Poder Legislativo certas opções referentes aos direitos fundamentais consagrados na Lei Maior.

Corroborando, isso, o pensamento de Barroso (2012, p.388), segundo o qual o grande papel de um tribunal constitucional e da justiça constitucional é proteger e promover os direitos fundamentais e velar pelo regime democrático. Nas demais situações, ou seja, quando não estiverem envolvidos direitos fundamentais, cabem aos juízes e tribunais acatarem as escolhas legítimas feitas pelo Poder Público.

Outro elemento indispensável para a viabilização da judicialização da política é a utilização das vias judiciais. Como já tratado em linhas anteriores, a inércia é um princípio e característica do Poder Judiciário. Assim sendo, para que o Poder Judiciário possa atuar na realização de direitos fundamentais negligenciados pelas demais esferas de poder é indispensável que haja provocação através do meio processual adequado, seja ele individual ou coletivo.

Por fim, a judicialização da política pressupõe a ineficácia das instituições majoritárias e das políticas públicas, bem como a delegação de competência às instâncias judiciais pelas instituições majoritárias. Sobre esse aspecto, é válida a transcrição do pensamento de Barroso (2012, p.388):

Nas demais situações — isto é, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos —, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política. Isso deve ser feito não só por razões ligadas à legitimidade democrática, como também em atenção às capacidades institucionais dos órgãos judiciários e sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais. Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios — como ninguém

deve, aliás, nesta vida —, supondo-se *experts* em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único — nem no principal — foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes.

Portanto, pode-se afirmar que o fenômeno da judicialização da política tem o objetivo de favorecer a colaboração do Poder Judiciário em relação aos demais poderes para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na ordem constitucional e não de transformá-lo em poder supremo.

Superada a questão dos pressupostos ou precondições, passar-se-á agora ao estudo das condições para a judicialização da política. As condições ou requisitos que viabilizam a judicialização da política com a consequente incursão judicial no campo das políticas públicas são apontados pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 440.028/SP, 29/10/13, Rel. Min. Marco Aurélio).

Antes da análise das condições, é válida a ilustração de um caso em que elas foram invocadas para legitimar a intervenção judicial nas políticas públicas. Trata-se do RE 440.028/SP de relatoria do Ministro Marco Aurélio. No caso em questão, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública em face do Estado de São Paulo com o objetivo de condenar o Executivo na obrigação de fazer para a realização de obras e melhorias em prédio público visando a facilitação do acesso de portadores de deficiência física. Em resposta o Estado de São Paulo alegou que obrigar a Administração Pública a realizar obras e melhorias significa olvidar o princípio da separação dos Poderes, porquanto se trata da efetivação de atos discricionários. Em sede do Recurso Extraordinário ficou decidido que não configura afronta à separação dos poderes a intervenção judicial nas políticas públicas.

Em seu voto, o Ministro relator Marco Aurélio consignou o seguinte:

Em deferência ao princípio da separação de Poderes, que funciona não apenas como uma técnica de contenção do arbítrio, consoante sustentou o Barão de Montesquieu na clássica obra *O Espírito das Leis*, mas também como instrumento de racionalização e eficiência no exercício das funções públicas, mostra-se indispensável reconhecer que a intervenção judicial em políticas públicas deve ser realizada pelo meio menos gravoso possível. Explico. Em regra, princípios constitucionais obrigam a Administração Pública a colocar em prática uma política pública abrangente que esteja voltada à concretização deles, sem, contudo, especificar qual é. Não se encontrando o Poder Judiciário aparelhado a tomar decisões quanto à eficácia das inúmeras políticas disponíveis para concretizá-los, há de reconhecer a prerrogativa do administrador em selecioná-las. Essa situação, contudo, revela-se diferente se estão em causa prestações

relacionadas ao mínimo existencial ou obrigações que, por força dos próprios enunciados adotados pela Constituição e leis aplicáveis, restringem as opções da Administração, exatamente o que ocorre na situação em análise, pelos motivos já veiculados (RE 440.028/SP, 29/10/13, Rel. Min. Marco Aurélio).

No recurso citado, o Ministro Marco Aurélio aponta as condições para viabilizar a incursão judicial no campo do controle das políticas públicas (judicialização da política), são elas: a natureza constitucional da política pública reclamada, a existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais e a prova de que há omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para tal comportamento.

A primeira e segunda condições – natureza constitucional da política pública reclamada e a correlação entre a política pública e os direitos fundamentais – consideram-se a principal função da justiça constitucional, que é garantir a supremacia e a máxima eficácia dos dispositivos da Constituição. Nesse sentido, uma vez assentada a natureza constitucional de uma política pública indispensável à fruição de um direito fundamental, se torna legítima a intervenção judicial para obrigar a Administração Pública a realizar a política pública mais conveniente para concretiza-lo. Destaque-se que nesse caso a aferição da adequação da política pública para a realização do direito fundamental faz parte do poder discricionário da Administração Pública, cabendo ao Poder Judiciário força-la a realização, sem, contudo, tomar o poder de decisão quanto à eficácia das inúmeras políticas públicas existentes (RE 440.028/SP, 29/10/13, Rel. Min. Marco Aurélio).

Quanto à terceira condição - prova da omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para tal comportamento -, esta é um desdobramento de um dos pressupostos analisados acima, qual seja: ineficácia das instituições majoritárias e das políticas públicas. O Poder Judiciário só poderá se manifestar dentro do espaço das políticas públicas quando efetivamente for demonstrada a omissão ou deficiência por parte da Administração Pública na realização de políticas públicas necessárias à promoção de direitos fundamentais e desde que a justificativa para tal omissão ou deficiência não seja razoável.

Assim sendo, não assiste à Administração o direito de invocar seu poder discricionário para repelir a intervenção do Poder Judiciário nos casos em que existe o perecimento de um direito fundamental previsto na Constituição em razão da inexistência ou deficiência de uma política pública. Como aponta o Ministro Marco

Aurélio em seu voto proferido no recurso acima citado, o poder discricionário “não se estende a ponto de permitir ao administrador público escolher qual preceito da Lei Maior deseja observar” (RE 440.028/SP, 29/10/13, Rel. Min. Marco Aurélio).

4.1.3 A Judicialização da Política no Direito Comparado

Barroso (2012, p.382) destaca que a judicialização da política é um fenômeno mundial que alcança os mais diversos países, inclusive aqueles que tradicionalmente seguiram o modelo inglês pautado na soberania parlamentar e na ausência de controle de constitucionalidade. Considerando a amplitude desse fenômeno cumpre agora uma análise sumária de como o direito comparado trata a judicialização da política. Para tanto, trar-se-ão os exemplos da Itália, EUA e França.

Na Itália, conforme a Constituição de 1948, as questões constitucionais devem ser examinadas pela Corte Constitucional, portanto tais questões escapam à magistratura ordinária (LOPES, 2010, p.79). No que diz respeito à atuação dos juízes no trato com a norma constitucional, a doutrina italiana diverge com base em duas correntes. A primeira delas, denominada de originalismo, defende que a interpretação deve estar adstrita ao significado do texto no momento da sua feitura e à intenção dos seus fundadores. Em oposição a esta, a outra corrente defende a teoria da Constituição viva. Conforme essa doutrina, a hermenêutica deve ser utilizada para a expansão dos direitos. A corrente originalista aponta que a interpretação evolutiva possibilitaria o desenvolvimento de uma jurisprudência criativa, o que acarretaria o aumento da discricionariedade do juiz, a sua politização e conseqüentemente, isso figuraria como uma ofensa à separação dos poderes e à legitimidade da justiça constitucional (ZAGREBELSKY, 2007, p.95 *apud* PEIXINHO, online, p.4042-4041).

Nos Estados Unidos a Suprema Corte não é o único tribunal competente para apreciar a constitucionalidade da legislação infraconstitucional. O ordenamento jurídico norte americano permite que qualquer juiz pode, por ocasião de qualquer processo, decidir sobre questão de constitucionalidade arguida pelas partes. As decisões proferidas pela Suprema Corte produzem efeitos apenas entre as partes litigantes. Contudo, considerando que a questão dos julgados precedentes é bastante forte nos tribunais americanos, as decisões da Suprema Corte rapidamente

são generalizadas pela doutrina do “stare decisis” (HAMON; TROPER; BURDEAU, 2005, p.267).

A Suprema Corte dos EUA possui também um poder de injunção que lhe permite ordenar funcionários quanto ao cumprimento de determinado ato a respeito de uma lei considerada inconstitucional, como aconteceu, por exemplo, em 1954 quando a Suprema Corte obrigou as autoridades a suprimir a segregação racial nos transportes e no ensino público. A corte pode ainda intervir e formular as regras que regerão a vida do país no que se refere às questões consideradas mais relevantes. Assim, por exemplo, foi sob o fundamento do direito ao respeito da vida privada, que não está expresso no texto constitucional, mas que foi herdado do direito inglês, que a Corte autorizou a contracepção e em seguida o aborto (HAMON; TROPER; BURDEAU, 2005, p.267).

Diante dessas circunstâncias pode-se afirmar que a Suprema Corte dos EUA, além do poder jurisdicional de aplicar a norma ao caso concreto, possui também poder político para intervir nas questões sociais da coletividade. Esse fato gera grande controvérsia na doutrina e na própria jurisprudência da Suprema Corte, conforme apontam Hamon, Troper e Burdeau (2005, p.268):

Existe, aliás, a esse respeito uma controvérsia bem viva na doutrina jurídica americana e até mesmo na Suprema Corte. Alguns afirmam que interpretando amplamente a constituição de 1787, e num sentido bem liberal, a Corte lhe dá um sentido diferente daquele dado por seus redatores. Afirmam que certamente os autores não possuíam a mesma concepção de igualdade ou de liberdade. Acrescentam que, num sistema democrático, as regras sobre a não-segregação ou o aborto deveriam ser tomadas pelos eleitos do povo, e não por um pequeno número de juízes nomeados. A esses argumentos, os partidários de interpretações mais liberais argumentam que pouco importa a opinião dos constituintes de 1787, que não possuíam poder nem tinham a intenção de associar as gerações futuras e que finalmente produziram uma obra que evolui. A constituição é considerada viva. Sua significação não é dada de antemão, mas depende do contexto social e político no qual é aplicada. Deve assim ser interpretada segundo as necessidades de nossa época. Quanto ao princípio democrático, ele é respeitado já que a Corte, graças a uma forma específica de deliberação, só exprime a vontade latente do povo americano que nem sempre corresponde à opinião pública do momento mas que é a vontade geral.

Quanto à França, a partir de 1789 ela passou a adotar como sistema especial de jurisdição o contencioso administrativo. Como isso, a jurisdição francesa passou a ser dúplice, como juízos distintos para cuidar das questões civis e administrativas. A competência da jurisdição civil abrange os assuntos da esfera

privada, enquanto que a jurisdição administrativa é competente para tratar de questões que envolvam os entes públicos. Por não dispor de um corpo normativo uniforme, o judiciário administrativo tornou-se mais especializado. A autonomia do direito administrativo francês se deve a isso. Assim, quando os juízes da esfera administrativa são chamados a exercer o controle de ato administrativo e decidirem sobre sua legalidade, eles analisam as regras inseridas e transformam-nas em princípios gerais do direito com o objetivo de melhor proteger os cidadãos (LAFON 1999 *apud* LEITE; LIBERATO *on line*, p.404-405).

A judicialização da política francesa conta com outro importante instrumento, o Conselho Constitucional instituído pela Constituição de 1958. A oposição parlamentar francesa faz uso constante do Conselho Constitucional com a finalidade de se contrapor às principais iniciativas do governo que não poderia derrotar através do processo majoritário comum (LEITE; LIBERATO *on line* p.405). Tate (1995, p.30 *apud* LEITE; LIBERATO *on line*, p.406) defende que o Conselho Constitucional pode até ser considerado como um terceiro ramo do poder legislativo em razão da sua função judicial se concentrar no exercício do controle de constitucionalidade.

Destaque-se por fim, que na França, em razão da fidelidade aos princípios da representação da soberania popular, o Poder Judiciário não é tratado como um poder da República, pelo fato de que os juízes não são eleitos. Dessa forma, os juízes são considerados meros funcionários civis com função jurisdicional e garantias especiais (LOPES, 2010, p.79). Nesse caso, pode-se afirmar que o Judiciário não possui a liberdade necessária para intervir em questões sociais. A interpretação da norma será válida quando emanar da autoridade competente, sendo que a competência outorgada a um juiz para interpretar a lei significa que ele possui legitimidade para estatuir os sentidos corretos do texto normativo (TROPER, 1995 *apud* PEIXINHO, *online*, p. 4043).

4.2 VIRTUDES E LIMITES DA TRANSFORMAÇÃO DO PERFIL DO PODER JUDICIÁRIO

A afirmação dos direitos fundamentais como epicentro do ordenamento jurídico, principal característica do movimento constitucionalista, gerou uma necessidade de revisão da teoria da Separação dos Poderes. Tendo em vista que

não apenas os direitos de primeira dimensão – aqueles referentes aos direitos e liberdades individuais - devem ser protegidos pela separação dos poderes, mas todas as dimensões dos direitos fundamentais, este mesmo princípio não pode configurar um entrave à efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, uma releitura ou readaptação da separação dos poderes, que tem como objetivo redimensionar a função judicial na materialização da Constituição, é indispensável para a efetivação da Constituição no Estado Democrático de Direito (FREIRE JUNIOR, 2005, p.38-39).

No âmbito da história constitucional brasileira, Faria (2010, p.54-55) explica que a transformação do perfil do Poder Judiciário, que abandonara o comportamento mais tímido para assumir uma postura ativa e incisiva, se deu a partir da transição do regime burocrático-autoritário pós-1964 para o regime democrático. Com a redemocratização, muitos juízes ganharam destaque por procurar deslocar a esfera de sua atuação judicante do campo político-institucional para o campo socioeconômico ao buscar a efetivação dos novos direitos sociais consagrados pela Constituição, mas que ainda careciam da devida regulamentação.

É fato que o Estado Democrático de Direito criou uma necessidade de valorização do papel do Poder Judiciário. Diante dos novos tipos de conflitos – negligência dos direitos sociais, demandas de interesses coletivos, ofensa a direitos fundamentais, ofensa a direitos humanos – o magistrado foi chamado a assumir uma postura ativa e socialmente responsável pelos anseios da coletividade. Essa postura foi gradativamente realizando uma mudança no perfil do Poder Judiciário.

Atualmente, a sentença não é mais vista como produto de mero silogismo, onde a premissa maior, que seria a norma, se aplica à menor, que seriam os fatos, gerando uma conclusão, que seria a sentença. Sendo composta a sentença não só por elementos lógicos, mas também por fatores políticos, filosóficos e morais, há que se destacar que o trabalho judicial é também político, no sentido de que o juiz ao decidir faz opções em função de argumentos políticos em sentido amplo - filosóficos, ideológicos, sociais etc (ROCHA, 1995, p.77).

Essa mudança de perfil consequentemente promoveu algumas mudanças no Estado brasileiro, na forma de produção do direito, na elaboração das políticas públicas, dentre outras.

Primeiramente, o novo papel do Judiciário permite, através de seus debates judiciais, o avanço da democracia ao ensejar as discussões de temas

relevantes. Independente da opinião a respeito dos mais diversos temas – censura, aborto, direito das minorias etc. – sua “submissão a uma discussão judicial amplia o espaço de democracia, porque exige, com mais ou menos sucesso, a racionalidade das propostas divergentes” (LOPES, 2010, p.136-137).

Além disso, outra virtude da transformação do perfil do Poder Judiciário é que ele se transformou em um poderoso instrumento de controle de políticas públicas. Exemplificando, Lopes (2010, p.135-136) aponta o caso da previdência social brasileira. Resumidamente, o caso é o seguinte: em 1991, vários casos de reajustes de pensões e aposentadorias foram levados ao Judiciário. As ações e as decisões começaram a surgir de forma fragmentária. Contudo, as decisões judiciais não tinham o poder de fazer-se substituir ao orçamento da previdência social. Considerando que o empenho das verbas é feito de forma legal, um representante do INSS chamado a responder judicialmente era impossibilitado de solucionar o caso. Nessa situação, o número extraordinário de demandas judiciais foi fundamental para impulsionar a reorganização das contas da previdência.

No mais, a mudança de perfil do Judiciário fortalece a imagem da Constituição como norma suprema do Estado brasileiro, favorece a máxima efetividade das regras e dos princípios constitucionais, quer sejam eles expressos ou implícitos; bem como assegura que o mínimo existencial dos direitos sociais seja oferecido e garantido pelo Poder Público.

Diante de tudo analisado até aqui, de fato o Poder Judiciário sofreu uma grande mudança na sua estrutura funcional, mudança esta que reclama uma readaptação/revisão do princípio da Separação dos Poderes. É inquestionável a importância dessa mudança para o Estado Democrático de Direito, contudo há que se destacar que essa nova postura do judiciário deve ser pautada por alguns limites para que não se retorne aos tempos do Absolutismo, com a única diferença de que neste caso o governo tirânico seria exercido pelos juízes.

Seguindo essa linha de raciocínio, Barroso (2012, p.388) defende que cabe à jurisdição constitucional proteger e promover os direitos fundamentais e ainda resguardar os princípios democráticos. Nas demais situações, quando não digam respeito a esse tipo de matéria, as escolhas legítimas feitas pelo legislativo, bem como o exercício razoável da discricionariedade do administrador devem ser respeitados. Assim, “o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único — nem no principal — foro

de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo” (BARROSO, 2012, p.388).

Quanto aos limites à atuação do Poder Judiciário, Freire Júnior (2005, p.119) aponta que eles podem ser de dois tipos: a autocontenção e a heterocontenção. Conforme sua lição, a autocontenção está fundamentada pela reserva de consistência, que “nada mais é do que o princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, o qual obriga, inclusive como forma de legitimação que os juízes expliquem as razões de sua decisão” (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.121). A fundamentação das decisões judiciais é, pois, um dos mecanismos de grande eficácia no controle da atuação do Poder Judiciário na medida em que coíbe o uso do subjetivismo disfarçado de interpretação constitucional.

Quanto à heterocontenção, esta consiste em limitar o Poder Judiciário através de mudanças na Constituição. Considerando que os efeitos decorrentes de uma decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade não vincula o legislativo, este, não concordando com a inteligência dada pelo Judiciário a um dispositivo constitucional, poderia, no exercício do poder constituinte derivado, emendar a norma constitucional dando-lhe sentido diverso (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.124).

Em relação a esta forma de limite à atuação do Poder Judiciário, Freire Júnior (2005, p.124) pondera e alerta para o fato de que a heterocontenção deve se dar de forma comedida para que não se transforme em uma legítima forma de descumprimento das decisões judiciais. Nesse sentido, ele expõe:

Admitir, silenciosamente, a simples mudança da Constituição, com o claro propósito de modificar o conteúdo de uma decisão judicial, é menoscar o Poder Judiciário, é transformá-la num poder de segunda categoria, pois, quando as decisões não interessam ao Poder legislativo, há uma mudança da Constituição, quiçá com efeitos retroativos. A Constituição vincula Judiciário e Legislativo, não podendo ser esquecido que as emendas à Constituição não são fórmulas mágicas, infensas a qualquer controle jurisdicional (FREIRE Júnior, 2005, p. 124).

Analisados os limites para atuação do Poder Judiciário, passar-se-á à discussão do Controle de Constitucionalidade como elemento de judicialização da política no Brasil.

4.3 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO ELEMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O REBALANCEAMENTO DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS NO BRASIL

Primeiramente, antes de discutir sobre o Controle de Constitucionalidade como método de judicialização e de controle de políticas públicas no Brasil, faz-se necessária uma análise breve sobre o controle concentrado no Brasil.

O sistema de Controle de Constitucionalidade pressupõe a ideia de supremacia da Constituição. O princípio da supremacia da Constituição, responsável por atribuir à Constituição força subordinante e fornecer legitimidade e validade ao ordenamento jurídico do Estado, “é a base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.39).

Não fosse a supremacia Constitucional, material e formal, as normas constitucionais estariam fadadas à escassez de força normativa. Com o intento de garantir a supremacia das normas constitucionais surge o Controle de Constitucionalidade, previsto pelo próprio texto constitucional, como técnica de aferição da compatibilidade do ordenamento jurídico em relação aos dispositivos da Constituição. Daí a sua importância, já que além de assegurar a superioridade, a prevalência e a força normativa da Constituição, o Controle de Constitucionalidade se apresenta atualmente como um relevante meio de conter os excessos, abusos e desvios de poder, de garantir a efetivação dos direitos fundamentais e controlar as omissões em políticas públicas (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.39).

O sistema judicial de controle de constitucionalidade brasileiro combina o método difuso-incidental, onde qualquer juiz ou tribunal pode manifestar-se acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo no bojo de um processo subjetivo, e o método concentrado-principal, onde a análise da constitucionalidade compete exclusivamente ao Tribunal Constitucional. Quanto ao Controle Concentrado de Constitucionalidade, o ordenamento brasileiro prevê quatro espécies de ações, são elas: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Ação Direta por Omissão (ADO) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Passa-se agora a análise dessas ações como elemento de judicialização da política.

Considerando que um dos pressupostos que viabiliza a judicialização é a ineficácia ou omissão das demais instituições majoritárias, inicie-se, pois, pela Ação Direta por Omissão.

A Ação Direta por Omissão, também chamada de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, é instaurada através de um processo objetivo, assim como todas as outras ações que integram o sistema de Controle Abstrato de Constitucionalidade, ou seja, a ADO não envolve a discussão de uma lide.

A Ação Direta por Omissão é um instrumento de controle concentrado principal das omissões do poder público. Ela se destina a suprir, de forma geral e abstrata, a inércia inconstitucional dos órgãos políticos morosos na realização das imposições constitucionais, com o objetivo de resguardar a supremacia e a efetividade da Constituição do estado de inconstitucionalidade gerada pelas omissões do poder público. Assim, a finalidade desta ação é a defesa objetiva da Constituição, visando preservação da integralidade normativo-constitucional, não se destinando, pois, à tutela de direitos subjetivos, mas sim à tutela da própria integridade do ordenamento constitucional (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.223-224).

Mendes e Branco (2014, p.1087) explicam que a omissão constitucional objeto desse instrumento de controle pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, resultante tanto de regra expressa da Constituição como de decisões fundamentais identificadas no processo de interpretação da Constituição.

Complementando a análise da omissão,

E necessário enfatizar que não é toda e qualquer omissão do poder público que a Constituição conduz à inconstitucionalidade. Não haverá omissão inconstitucional, *v. g.*, se a medida omitida não for indispensável à exequibilidade da norma constitucional. Por outro lado, o conceito de omissão não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples 'não fazer'. Omissão inconstitucional somente é aquela que consiste numa abstenção *indevida*, ou seja, em não fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado a fazer, por imposição de norma 'certa e determinada'. De observar-se que a inconstitucionalidade por omissão não se afere em face do sistema constitucional em bloco, mas sim em face de uma *certa e determinada* norma constitucional, cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da constituição (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.231).

Dessa forma, a ação direta por omissão figura como elemento de judicialização ao permitir que o Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal, exerça um controle sobre as omissões do poder público que

afetam a promoção e a efetividade dos direitos fundamentais e consequentemente ferem uma imposição constitucional.

O efeito da decisão proferida em sede de ADO está previsto no artigo 103, § 2º da CF/88 que prevê que uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, deve ser dada ciência ao Poder competente para que este adote as providências necessárias e, se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias, ressalvado o art. 12-H, § 1º da Lei 9868/99, quando o Tribunal poderá excepcionalmente estipular outro prazo razoável, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

Sobre esse aspecto, Freire Júnior (2005, p.114-116) entende o seguinte:

Idealizado o instrumento de combate às omissões, infelizmente não se constata na jurisprudência da Suprema Corte efeito idêntico ao idealizado pelo constituinte. A postura de apenas comunicar a omissão ao Poder Legislativo enfraqueceu o Instituto, principalmente pela notória falta de consciência da necessidade de respeito ao cumprimento de decisões judiciais, tornando a inovação um avanço formal sem a produção dos efeitos almejados. [...] A interpretação tradicional restringe as potencialidades da ação direta por omissão. [...] É interessante um repensar dos efeitos da decisão na ação direta por omissão, além da necessidade metajurídica de uma consciência social de que as decisões judiciais precisam ser cumpridas independentemente de interesses pessoais.

Outra ação de Controle Concentrado através da qual se materializa o fenômeno da judicialização é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A ADPF, prevista no § 1º do artigo 102 da CF/88 e regulada pela Lei nº 9882/99, é cabível para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público. Seu objeto alcança qualquer ato, de qualquer dos poderes, que possa violar a Constituição, bem como leis municipais e leis anteriores à Constituição Federal que afronte preceito fundamental.

Apesar de nem a Constituição, nem a lei que regula a ADPF terem indicado quais são esses preceitos fundamentais, há um certo consenso em identificar como preceito fundamental os seguintes: os princípios fundamentais do título I da Constituição Federal (art. 1º ao 4º); os direitos e garantias fundamentais; os princípios constitucionais sensíveis; as cláusulas pétreas, explícitas e implícitas e as normas referentes ao pacto federativo, organização política do Estado e organização dos poderes (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.282).

A despeito do seu caráter subsidiário, já que seu cabimento depende da não existência de outro meio hábil para sanar a lesão, a ADPF é considerada um instrumento potencialmente útil para o controle de políticas públicas em razão da sua abrangência quanto aos atos controlados. Assim, destaque-se que há uma grande expectativa sobre essa modalidade de Controle Concentrado, dado que se espera que esse instrumento possa, efetivamente, servir como um meio eficaz de combate às omissões e às ações violadoras da Constituição (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.118).

A título de ilustração, a doutrina destaca alguns casos relevantes de ADPF que demonstram o posicionamento do Supremo tribunal Federal e sua atuação através das ações de Controle Concentrado:

Na ADPF 54 – caso do aborto de feto anencéfalo – foi concedida, em 2-8-2004, monocraticamente, liminar requerida para, além de determinar o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, reconhecer o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos. Na sessão de 20 -10 -2004, o Tribunal negou referendo à liminar concedida. Mencione-se, ainda, a liminar deferida pelo Presidente da Corte na ADPF 79, em 29-7-2005, *ad referendum* do plenário, para, nos termos do § 3º do art. 5º da Lei n. 9.882/99, determinar a suspensão de todos os processos em curso, inclusive as eventuais execuções, e dos efeitos de decisões judiciais que tratassem da elevação dos vencimentos de professores do Estado de Pernambuco, com base no princípio da isonomia. Vale referir, igualmente, o julgamento da ADPF 144. Entendeu-se que ofenderia o princípio de presunção de não culpabilidade a aplicação da sanção de inelegibilidade, gravíssimo ônus político e civil, sem que houvesse contra o cidadão sentença condenatória transitada em julgado. O Supremo Tribunal Federal afirmou, na ocasião, que, embora se reconheça a alta importância cívica da vida pregressa dos candidatos, o respeito ao valor da moralidade administrativa, ‘cuja integridade há de ser preservada, encontra-se presente na própria LC 64/90, haja vista que esse diploma legislativo, em prescrições harmônicas com a CF, e com tais preceitos fundamentais, afasta do processo eleitoral pessoas desprovidas de idoneidade moral, condicionando, entretanto, o reconhecimento da inelegibilidade ao trânsito em julgado das decisões, não podendo o valor constitucional da coisa julgada ser desprezado por esta Corte’. (MENDES; BRANCO, 2014, p.1141-1142)

Sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), esta tem como objeto a análise da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal visando transformar a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta. Freire Júnior (2005, p. 117) destaca que “a ADC tem um alcance restrito no plano do controle de políticas públicas, posto que, se eventualmente proposta para esse fim, a ação visa apenas ratificar a constitucionalidade de medidas já adotadas”.

Diante do que já foi analisado, é possível dizer que a existência de uma justiça constitucional e de um Poder Judiciário forte e ativo tornaram-se requisitos de legitimação e credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos, tendo em vista que “ a justiça constitucional deve ser considerada como uma condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.44-45).

Nos dias que correm, o sistema representativo passa por uma grande crise, que se caracteriza pela falta de correspondência entre a vontade popular e a atuação parlamentar como efetivo instrumento de realização de representação. Diante desse panorama, Cunha Júnior (2010, p.45) explica que a ideia de soberania do Poder Legislativo e da separação de Poderes, com a submissão do Poder Judiciário à lei, deu lugar a um novo paradigma do Estado Democrático de Direito. Esse novo paradigma se baseia no regime democrático, na garantia dos direitos fundamentais e na atuação da justiça constitucional. Nesse contexto, a soberania do Legislativo foi substituída pela soberania e supremacia da Constituição e o dogma da Separação dos Poderes foi superado pela prevalência dos direitos fundamentais em face do Estado.

Considerando que o regime democrático, bem como a necessidade de promoção dos direitos fundamentais tem exigido do Poder Judiciário uma postura mais ativa na efetivação das normas constitucionais, percebe-se que a atuação da jurisdição constitucional, através do controle da constitucionalidade dos atos e omissões do poder Público, se constitui como uma necessidade para um reequilíbrio do sistema de freios e contrapesos, como assinala Cunha Júnior (2010, p.46):

O regime democrático e a necessidade de defesa e realização dos direitos fundamentais - premissas básicas do Estado Democrático de Direito - tem exigido dos órgãos da justiça constitucional uma atuação mais ativa na efetivação e no desenvolvimento das normas constitucionais, máxime em face de omissões estatais lesivas a direitos fundamentais. Aqui reside, sem dúvida, a melhor das justificativas da legitimidade da justiça constitucional e do controle judicial de constitucionalidade, como instrumento de efetivo controle das ações e omissões do poder público, cumprindo lembrar que, o que caracteriza a democracia não é, propriamente, a intervenção do povo na feitura das leis — hoje mera ficção- mas, sim, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, cuja guarda e defesa incumbe ao Poder Judiciário.

Por tudo isso se percebe que essa nova postura do Poder Judiciário configura uma técnica de rebalanceamento do controle recíproco dos poderes exigida pelo Estado Democrático de Direito e essencial à efetivação e promoção dos

direitos fundamentais e à garantia da supremacia da Constituição. Dessa forma, a separação dos poderes deve ser entendida atualmente como uma técnica de colaboração e ajuda mútua entre os Poderes visando à atuação eficiente do Estado na promoção das políticas necessárias para o bem-estar da coletividade.

5 CONCLUSÃO

Ao longo da história da humanidade, o Estado vem passando por um considerável processo de mudança na sua estrutura e na sua concepção. Todas essas mudanças acarretaram uma transformação na atuação do Estado frente às necessidades da sociedade de cada época. Com o intento de conter o poder do Estado, bem como, de maneira secundária, organizar a forma como deveria ser desempenhada a sua atuação é que se desenvolve o princípio da Separação de Poderes.

O presente trabalho monográfico se propôs a apresentar e discutir o princípio da Separação de Poderes no contexto do Estado Democrático de Direito, partindo-se do pressuposto de que, para que o Estado Democrático de Direito possa desempenhar de forma eficiente os seus deveres, dentre os quais se destaca a realização da justiça social e a promoção do bem comum, se faz necessária uma releitura desse princípio/teoria objetivando sua readaptação aos atuais contornos do Estado.

Para atingir o objetivo proposto, foram percorridas três etapas, correspondentes aos três capítulos: (a) investigação, por meio da doutrina, do processo de evolução da teoria da Separação dos Poderes e do sistema de freios e contrapesos; (b) análise da evolução do Estado, da sua concepção Liberal à Constitucional, e a sua relação com a evolução do dogma da Separação dos Poderes; (c) apresentação e discussão da nova versão de Separação de Poderes, partindo-se da premissa da necessidade de adequar o princípio constitucional estudado às exigências do Estado Democrático de Direito.

A primeira etapa desse trabalho cuidou de estudar a construção teórica, origem e evolução, da teoria da Separação de Poderes e do sistema de freios e contrapesos. Observa-se que esse dogma desempenhou papel fundamental na construção do constitucionalismo, à medida que limitou o poder arbitrário do Estado e assegurou as liberdades individuais.

No que diz respeito à segunda etapa desse estudo, partindo-se da análise da evolução do Estado, desde a sua forma Liberal até a constitucional, constatou-se que a teoria da Separação dos Poderes passou por alguns ajustes para que fosse possível direcionar a atuação do Estado à satisfação das necessidades da

sociedade de cada concepção de Estado, como, por exemplo, pode-se citar a hipertrofia do poder Executivo no Estado Social.

Na terceira etapa, considerando a força normativa da Constituição e o despontar de uma Jurisdição Constitucional apta a defender a Constituição diante da inércia do Poder Público na concretização de políticas públicas e na efetivação de direitos fundamentais, chegou-se ao entendimento de que o dogma da Separação dos Poderes não pode ser concebido de maneira deturpada como separação absoluta entre os poderes. A Separação dos Poderes deve, pois, ser entendida como uma técnica de colaboração entre os diversos poderes para que o Estado possa alcançar com eficiência os fins que pretende.

Nesse sentido, a Judicialização da política figura como um fenômeno necessário à garantia do equilíbrio da atuação dos demais poderes, na medida em que assegura a manutenção da supremacia e da força normativa.

Com base no exposto e como reflexão final do presente estudo monográfico, compreende-se e conclui-se que a nova postura do Poder Judiciário configura uma técnica de rebalanceamento do controle recíproco dos poderes exigida pelo Estado Democrático de Direito e essencial à efetivação e promoção dos direitos fundamentais e à garantia da supremacia da Constituição. Dessa forma, a separação dos poderes deve ser entendida atualmente como uma técnica de colaboração e ajuda mútua entre os Poderes visando à atuação eficiente do Estado na promoção das políticas necessárias para o bem-estar da coletividade.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.

ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed.. Trad.: Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1997.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Eficácia dos Direitos Sociais e a nova Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: Biblioteca 24 horas, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. Trad.: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (1824)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. **Constituição da República dos Estado Unidos do Brasil (1891)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 440.028-SP**. DJ 20/10/2013. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/re_440_028.pdf. Acesso em: 23 mar. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPILONGO, Celso Fernandes. Os Desafios do Judiciário: Um Enquadramento Teórico. In: In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010. p.30-51.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. **Direito Constitucional**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: teoria e prática. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010. p.52-67.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luis Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Supraconstitucional**: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad.: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. **Direito Constitucional**. 27. ed. Trad.: Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio**: os limites da jurisdição constitucional brasileira. Barueri: Manole, 2003.

LEITE, Vanessa Gomes; LIBERATO, Gustavo Tavares Cavalcante. O Estado Constitucional contemporâneo e sua relação com a judicialização da política: pressuposto ou consequência? In: **TEORIA DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI**, Florianópolis, 2014. Anais. p.383-412. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bb43b255f1e4020e>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad.: Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES JÚNIOR, Eduardo Monteiro. **A Judicialização da Política no Brasil e o TCU**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da Norma Jurídica e a Reforma do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010. p.68-93.

_____. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010. p.113-143.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**. 2ª Edição. Trad.: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais**. In: CONGRESSO NACIONAL DO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO CONPEDI, Brasília, 2008. Anais do XVII Congresso. p.4031-4054. Disponível em: <
http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf
 >. Acesso em: 25 mar. 2015.

RICCITELLI, Antônio. **Direito constitucional**: teoria do Estado e da Constituição. 4.ed. Barueri, SP : Manole, 2007.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e teoria geral do estado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. **Manual do Poder Judiciário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012b.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 12 jan. 2015.