



AS BASES PARA A GOVERNANCE ENTRE OS TRÊS PODERES: OS LIMITES E A INTERAÇÃO ENTRE OS TRÊS PODERES DA REPÚBLICA

¹Edmundo Alves de Oliveira

²Diego Herminio Stefanutto Falavinha

³Dirceu Pereira Siqueira

⁴Fernando Passos

RESUMO

A teoria da divisão de poderes na organização do Estado nacional estrutura as bases da governança definindo diferentes instâncias de poder e suas funções. A divisão do Estado e de um governo republicano em três estruturas de poder, iguais e equilibrados, será analisado no decorrer do texto. Essa estrutura, é lastreada na concepção de que os pensamentos desenvolvidos em torno da separação de poderes apresentam a necessidade de organização do poder estatal, visando a preservação da sociedade, a qual deve ter alguns direitos garantidos. Este estudo tem por objetivo demonstrar as mudanças de paradigmas da teoria da divisão dos três poderes de uma república, por meio de uma contextualização histórica de sua formação até os dias atuais, com foco principalmente nas disposições constitucionais da Constituição brasileira de 1988.

Palavras-chave: Governança; Estado Nacional; Constituição Federal; República; Poderes da República.

¹ Doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista - UNESP, São Paulo (Brasil). Professor de Sociologia Geral e Jurídica pela Universidade de Araraquara - UNIARA, São Paulo (Brasil). E-mail: edmundowedmundo@gmail.com

² Doutorando no programa de pós-graduação em Sociologia pela Universidade Federal de São Carlos – Ufscar, São Paulo (Brasil). Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista - UNESP, São Paulo (Brasil). E-mail: diegofalavinha@msn.com

³ Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra - UC, Coimbra (Portugal), Professor pela Universidade de Araraquara - UNIARA, São Paulo (Brasil).. dpsiqueira@uol.com.br

⁴ Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista - UNESP, São Paulo (Brasil). Coordenador do Curso de Direito e Professor da disciplina de Direito Empresarial pela Universidade de Araraquara - UNIARA, São Paulo (Brasil). E-mail: fernando@pss.adv.br





THE BASES FOR GOVERNANCE BETWEEN THE THREE POWERS: THE LIMITS AND THE INTERACTION BETWEEN THE THREE POWERS OF THE REPUBLIC

ABSTRACT

The theory of the division of powers in the organization of the national state structures the bases of governance by defining different instances of power and their functions. The division of the state and a republican government into three equal and balanced power structures will be analysed throughout the text. This structure is based on the idea that the thoughts developed about the separation of powers presents the necessity of organization of state power, aiming at the preservation of society, which must have some guaranteed rights. This study aims to demonstrate the paradigm changes of the theory of the division of the three powers of a republic, through a historical contextualization of its formation to the present day, focusing mainly on the constitutional provisions of the Brazilian Constitution of 1988.

Keywords: Governance; National State; Federal Constitution; Republic; Powers of the Republic.

LAS BASES PARA LA GOVERNANCE ENTRE LOS TRES PODERES: LOS LÍMITES Y LA INTERACCIÓN ENTRE LOS TRES PODERES DE LA REPÚBLICA

RESUMEN

La teoría de la división de poderes en la organización del Estado nacional estructura las bases de la gobernanza definiendo diferentes instancias de poder y sus funciones. La división del Estado y de un gobierno republicano en tres estructuras de poder, iguales y equilibradas, será analizado en el transcurso del texto. Esta estructura, se basa en la concepción de que los pensamientos desarrollados en torno a la separación de poderes presentan la necesidad de organización del poder estatal, buscando la preservación de la sociedad, la cual debe tener algunos derechos garantizados. Este estudio tiene por objetivo demostrar los cambios de paradigmas de la teoría de la división de los tres poderes de una república, por medio de una contextualización histórica de su formación hasta los días actuales, con foco principalmente en las disposiciones constitucionales de la Constitución brasileña de 1988.

Palabras clave: Gobernanza; Estado Nacional; Constitución Federal; (En inglés). Poderes de la República.



INTRODUÇÃO

Formalmente a teoria da divisão de poderes na estruturação do estado nacional objetiva estruturar a organização governamental. Essa proposta é amplamente conhecida e utilizada em quase todos os Estados Nacionais, desenvolvida por Montesquieu, mas com raízes que vem desde Aristóteles, passando por Locke e Rosseau.

Essa proposta teórica objetiva organizar a estrutura do estado definindo diferentes instâncias de poder e funções de governança, qual sejam: o Executivo, responsável pela aplicação da lei, o Legislativo, responsável pela criação das leis, e o Judiciário, responsável pela interpretação nos moldes da lei.

A divisão do estado e do governo em três estruturas iguais e equilibrados em poderes como forma de dar-lhe funcionalidade e organicidade será analisado ao decorrer do texto, que pretenderá demonstrar as mudanças de paradigmas dessa teoria, citando passagens de sua formação histórica até os dias atuais, focando principalmente nas disposições constitucionais da Constituição brasileira de 1988.

Neste sentido, buscar-se-á analisar a função contemporânea dos três poderes, principalmente do Judiciário, o qual passou por importantes mudanças nas últimas décadas.

RELEITURA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A teoria denominada separação de poderes remete aos clássicos pensamentos desenvolvidos por Montesquieu no século XVII na famosa obra “O espírito das Leis”, onde é relatado que “Em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das que dependem do Direito Civil. Pelo primeiro, o Príncipe ou o Magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes, ou julga as demandas particulares.



A este último chamar-se-á Poder de Julgar; e ao anterior, simplesmente Poder Executivo do Estado”⁵

Como se observa, a separação desenvolvida por Montesquieu pressupõe a tripartição das funções do Estado, determinando a necessidade de existir órgãos responsáveis pelas principais atividades de governança, como o Legislativo para criar as leis, o Executivo para executá-las e o Judiciário para julgar eventuais demandas particulares e controvérsias de aplicação das leis. Tal teoria se apresenta moldada na não intervenção de um poder na esfera do outro, devendo todos trabalharem de forma independente.

Mas, embora Montesquieu tenha sido o pensador mais conhecido e prestigiado pelo desenvolvimento desta separação, a muito houve o desenvolvimento da mesma por eméritos filósofos como Locke⁶, o qual determinava a criação de uma função legislativa, com intuito de definir a maneira como a força pública deve ser empregada, uma executiva, determinando a aplicação desta força, e um federativo da comunidade civil, para manutenção das relações diplomáticas com outros Estados. Aristóteles⁷, também na “Política”, dividiu o Estado em função deliberante, capaz de tomar decisões, executiva, determinando a aplicação pelos magistrados dessas decisões, e judiciária, com a ideia de concretização da justiça.

Ainda, Rousseau⁸ defendia uma separação de poderes baseada na soberania da lei, pois acreditava que esta seria expressão da vontade geral de todos.

Todos os pensamentos desenvolvidos em torno da separação de poderes apresentam a necessidade de organização do poder estatal, visando a preservação da sociedade, a qual deve ter alguns direitos garantidos.

É tutelado, também pela separação de poderes, a segurança jurídica do Estado, pois é capaz de assegurar normas pré escritas e conceituadas que não podem ser alteradas facilmente, devendo cada uma das três funções laborar para a manutenção dessa estrutura, desempenhando um papel determinado.

⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Trad.: Pedro Vieira Mota, São Paulo: Saraiva, p. 164/165, 1987.

⁶ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil** : Ensaio sobre a Origem, os Limites e os fins Verdadeiros do Governo Civil. Trad.: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, Petrópolis : Vozes, p.171/173, 1994.

⁷ ARISTÓTELES. **A Política**. Trad.: Roberto Leal Ferreira, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad.: Ricardo Rodrigues da Gama. 1ª ed. São Paulo: Russel, 2006.





Tal teoria “Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.9.1787. Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal compreensão de que ela constituiu técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é.”⁹

No cenário brasileiro, “Como em todos os Estados de derivação liberal, estruturou-se o Poder político no Brasil de acordo com a separação dos poderes. Isto é tão verdade da Carta de 1824 – embora acrescente aos três Poderes da fórmula de Montesquieu um quarto, o Poder Moderador[...].”¹⁰.

No texto constitucional vigente, a separação dos poderes se encontra no artigo 2º, onde é disposto que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

O desenvolvido acerca da tripartição do poder estatal desponta a ideia de que não deve existir qualquer intervenção de um poder na atividade do outro, tal preceito é comumente invocado pelo Poder Público (Executivo e Legislativo) para eximir-se da intervenção do Poder Judiciário, como forma de excluir a legitimidade deste órgão em controlar a finalidade de seus atos, mesmo quando há claro desrespeito a direitos fundamentais como demonstrado no tópico anterior.

No entanto, tal teoria é infundada, pois mesmo na teoria clássica da separação dos poderes há uma forma de controle conhecida como “check and balances” ou “freios e contrapesos”¹¹.

Tal sistema compõe a estruturação de funções típicas e atípicas, determinando que o executivo além de administrar e executar a lei, deve também controlar a atividade legislativa, através do veto do Chefe do Poder Executivo, ou delegar poderes e emitir normas administrativas próprias, o Legislativo, além de criar as leis, tem o poder atípico de fiscalização de alguns pontos

⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 109, 2006.

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, p. 190, 2009.

¹¹ Adaptação norte-americana da teoria dos três poderes e sobre a qual se edifica a ideia de contraposição e busca pelo equilíbrio.





do Executivo, e o Judiciário, além de julgar as demandas que lhe são provocadas, pode através do controle de constitucionalidade controlar disposições legais e administrativas.

Ora, até mesmo na sua forma mais pura, “O próprio Montesquieu abria exceção ao princípio da separação ao admitir a intervenção do chefe de Estado, pelo veto, no processo legislativo. A organização, todavia, dos três poderes na Constituição envolve sempre uma certa invasão de um poder na função reservada a outro.”¹²

Portanto, como leciona Paulo Bonavides¹³, “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. A separação foi historicamente necessária quando o poder pendia entre governantes que buscavam recobrar suas prerrogativas absolutas e pessoais e o povo que, representado nos parlamentos, intentava dilatar sua esfera de mando e participação na gerência dos negócios públicos [...] Não temos dúvida por conseguinte em afirmar que a separação de poderes expirou desde muito como dogma da ciência. Foi dos mais valiosos instrumentos de que se serviu o liberalismo para conservar na sociedade seu esquema de organização do poder. Como arma dos conservadores, teve larga aplicação na salvaguarda de interesses individuais privilegiados pela ordem social. Contemporaneamente, bem compreendido, ou cautelosamente instituído, o velho princípio haurido nas geniais reflexões políticas de Montesquieu poderia, segundo alguns pensadores, contra-arrestar outra forma de poder absoluto para o qual caminha o Estado moderno,: a onipotência sem freio das multidões políticas.”

Ainda, “Pois que é indubitável que a soberania é uma, é impossível admitir com o sistema presidencial que existem três poderes separados. Mas porque a soberania é uma, não preciso concluir que todas as funções do Estado devem ser necessariamente confundidas. Para realizar uma organização harmônica nos poderes públicos, é preciso ao contrário construí-los sobre o princípio da diferenciação das três funções do Estado: legislativa, executiva e judiciária. Para tomar

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35ª Ed., São Paulo: Saraiva, p. 137, 2009.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 13ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 157/159, 2006.





de empréstimo uma comparação simples à ordem biológica, é exato por exemplo que o corpo humano é uno e todavia o homem não faz com os olhos o que tem hábito de fazer com as mãos. É preciso que ao princípio da unidade orgânica se junte com a regra da diferenciação das funções. Há muito tempo que a regra da separação dos poderes, imaginada por Montesquieu como um meio de lutar contra o absolutismo, perdeu toda a razão de ser.”¹⁴

Neste sentido e com agasalho na ordem constitucional brasileira vigente, temos um sistema de separação de poderes com algumas particularidades e que adequadamente interpretado expressa a garantia e concretude de todos os direitos fundamentais.

Ante o exposto, embora a Constituição Federal, como retro mencionado, estipula no artigo 2º a independência e harmonia dos três poderes, há diversas disposições na lei maior que demonstram a imposição necessária de um sistema de controle, com os moldes do check and balances citado e a inovação de medidas a serem utilizadas pela própria população.

Neste viés, logo no inciso XXXV, do artigo 5º, C.F., exaure a disposição de que “ a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça de direito;” e no inciso LII, do artigo 5º, C.F., “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”

Essas disposições do texto constitucional implicam no reconhecimento do Poder Judiciário em rever decisões tomadas por outros poderes quando lesionam ou causam perigo de lesão a direitos fundamentais, compreendendo no “princípio da inafastabilidade do controle judicial”¹⁵.

Ao contrário do contencioso administrativo existente na França, com poder jurisdicional, compreendido em um órgão idôneo e imparcial, no direito brasileiro a ultima ratio para salvaguardar os direitos fundamentais dos abusos dos poderes governamentais é o poder judiciário.

Para corroborar tais afirmações, ao longo do texto constitucional nos incisos LXVII, LXIX, LXX, LXXII, do artigo 5º, C.F., apresentam remédios constitucionais que visam a proteção de direitos fundamentais, que se apresentam respectivamente como o habeas corpus, mandado de

¹⁴ COSTE-FLORET *apud* BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 13ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 158, 2006.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, p. 192, 2009.





segurança, individual e coletivo, mandado de injunção e habeas data, todos instrumentos que devem ser interpostos ao Poder Judiciário e estão sujeitos ao seu crivo decisório.

Ainda, no inciso LXXIII, do artigo 5º, C.F., é disposto que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural [...]”, e neste mesmo sentido, no artigo III, do artigo 129, C.F., ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, lhe garante “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos;”

Outras disposições constitucionais podem ser elencadas, como o controle de constitucionalidade exercido através de um sistema próprio que será alvo em tópico pertinente deste trabalho.

Portanto, o que a carta constitucional quer demonstrar é a necessidade do Poder Judiciário controlar e fiscalizar os outros poderes, não de forma absolutista e imprudentemente intervencionista, mas unicamente para assegurar os direitos fundamentais de todos os indivíduos.

A legitimidade do Poder Judiciário em controlar as políticas públicas é amplamente aceita pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual será demonstrada a seguir.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45-9/DF –STF - (DJU 04.05.04, p. 12), ainda que em decisão monocrática, o relator, Ministro Celso de Mello, ponderou que, muito embora não caiba ao Poder Judiciário a implementação regular de políticas públicas, excepcionalmente este papel lhe é conferido "se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático". Existindo este papel do Poder Judiciário, prossegue o Ministro, há que se considerar, na determinação da implementação da política pública, a "reserva do possível", mas apenas na estrita medida em que esta reserva se mostre, efetivamente, existente. Ainda que reconheça a necessária vinculação da implementação dos direitos sociais aos limites financeiros



do Estado, ressalta a decisão que isto não implica a liberdade plena do Estado em, a seu talante, concretizar ou não a norma garantidora do direito fundamental. A "reserva do possível" não poderá, portanto, ser invocada sem qualquer critério, somente com o intuito de exonerar o Poder Público de cumprir com sua função constitucional de implementar os direitos fundamentais. Como ressalta o Min. Celso de Mello, "Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência."

Ainda, "Desrespeito à Constituição – modalidades de Comportamentos Inconstitucionais do Poder Público. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operante e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non prestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que poder ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Celso de Mello).



Nesta égide, as ementas a seguir expostas buscam traduzir a necessidade de intervenção do Poder Judiciário no Poder Público Governamental com intuito de preservação, garantia e concretização dos direitos fundamentais.

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DE PROFESSORES. UNIDADES DE ENSINO PÚBLICO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. ARTS. 205, 208, IV E 211, PARÁGRAFO 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que “[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental[...]. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.(RE 594018 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-11 PP-02360).”

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. VAGA EM ESTABELECIMENTO DE EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que “embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria



Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 595595 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/04/2009, DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-09 PP-01651)"

"EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANÁLISE DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. OFENSA REFLEXA. POLÍTICAS PÚBLICAS. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A apreciação dos temas constitucionais, no caso, depende do prévio exame de normas infraconstitucionais. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - Admite-se a possibilidade de atuação do Poder Judiciário para proteger direito fundamental não observado pela administração pública. Precedentes. III - Agravo regimental improvido.(AI 664053 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 03/03/2009, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENTA VOL-02354-06 PP-01282)"

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL E INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS -ABRATI. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 8.899, DE 29 DE JUNHO DE 1994, QUE CONCEDE PASSE LIVRE ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA, DA ISONOMIA, DA LIVRE INICIATIVA E DO DIREITO DE PROPRIEDADE, ALÉM DE AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FONTE DE CUSTEIO (ARTS. 1º, INC. IV, 5º, INC. XXII, E 170 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): IMPROCEDÊNCIA. 1. A Autora, associação de associação de classe, teve sua legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade reconhecida a partir do julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.153, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 9.9.2005. 2. Pertinência temática entre as finalidades da Autora e a matéria Veiculada na lei questionada reconhecida. 3. Em 30.3.2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com





Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. 4. A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.(ADI 2649, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2008, DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-01 PP-00029 LEXSTF v. 30, n. 358, 2008, p. 34-63).”

A exposição das decisões do Supremo Tribunal Federal se fazem necessárias para corroborar as afirmativas elaboradas com base na doutrina e texto constitucional, pois demonstram empiricamente a necessidade do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, o qual, na esteira de pensamento do Tribunal Constitucional, deve aferir a eficácia dessas políticas comparando-as com as disposições constitucionais, para concluir se restam eficazes ou a necessidade de criação de novas políticas para atender os direitos fundamentais dispostos.

Neste panorama, Germana de Oliveira Moraes¹⁶ concede a atenção de que “Grande, enorme, imensa, gigantesca é a responsabilidade do juiz constitucional – ao atribuir corpo e alma aos princípios, ao dar vida à Constituição: cabe a ele libertar os princípios de sua sina escorpiônica – de sua tendência autodestrutiva, que ameaça a prática de injustiça em nome da justiça que eles (os princípios) pretendem realizar. Cabe ao juiz constitucional estar atento para que, em nome dos princípios constitucionais, mais injustiças não sejam perpetradas” As jurídico-poéticas palavras, expressam a competência do Poder Judiciário em garantir o texto constitucional, primariamente na sua essência de direitos fundamentais, devendo ponderar suas decisões adequadamente¹⁷, para realmente concretizar a dignidade da pessoa humana em um ambiente saudável e pacífico.

¹⁶ MORAES, Germana de Oliveira. O Juiz Constitucional no Brasil. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 2, p. 537/541, jul./dez., 2003.

¹⁷ A ponderação das decisões do Poder Judiciário é tema complexo que demanda estudo apropriado e específico, não sendo objeto do presente artigo.





Ademais, a doutrina clássica da separação de poderes demonstrava, em sua essência, o respeito máximo com a lei, devendo todos os poderes seguir suas disposições, mas tal premissa positivista não é mais coerente com a nova ordem jurídica, pelo simples fato da lei ser elaborada por um único poder, o legislativo, o qual concentraria uma tendência tirana a exacerbar suas pretensões na letra da lei.

Posto isso, é possível concluir que Poderes Estatais devem respeito pleno a lei, mas daí surge a mudança de paradigma, não é uma lei simples e criada sem qualquer escrúpulo ou anseio social, é a lei maior, a Constituição, onde existem todos os preceitos para o desenvolvimento de uma sociedade livre, justa e igualitária. Justamente essa mudança de paradigma que incorpora a possibilidade do Poder Judiciário de manter a segurança jurídica prometida através da concretude dos fundamentos, objetivos e direitos do texto constitucional.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, resta comprovada a legitimidade do Poder Judiciário em controlar atos da administração e legislativos, utilizando como norte os disposto no texto constitucional.

Ademais, é neste sentido que na doutrina internacional Ronald Dworkin¹⁸, em suas obras, determina que, para se garantir uma sociedade mais justa e equilibrada, preservando-se o sistema democrático, o Poder Judiciário deve agir positivamente na busca da efetivação dos direitos fundamentais. Mauro Cappelletti¹⁹, já mencionava que “os tribunais judiciários mostram-se geralmente relutantes em assumir essas novas e pesadas responsabilidades. Mas a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX,

¹⁸ A ponderação das decisões do Poder Judiciário é tema complexo que demanda estudo apropriado e específico, não sendo objeto do presente artigo.

¹⁹ CAPELLETI, Mauro. **Juizes Legisladores?** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 19, 1999.



dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.”

Ademais, o Judiciário pode utilizar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade que se encontram pautados, segundo Robert Alexy²⁰, nas máximas parciais da adequação, relação entre meio e fim, necessidade, entre os existentes deve-se optar pelo menos gravoso possível, e a proporcionalidade em sentido estrito, quando há superação das vantagens frente às desvantagens.

Na doutrina nacional, Krell²¹ assinala que se necessita de um Poder Judiciário intervencionista, que controle a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e exija a implementação de políticas sociais eficientes. Freire²², conclui que o Poder Judiciário não pode ser mero carimbador de decisões políticas tomas ao arrepio da Constituição e ao sabor de conjuntura que em nada se preocupam com os direitos do povo, que produziu uma Constituição e indicou o Poder Judiciário para defendê-los.

Por fim, Luiz Jorge Werneck Vianna²³ leciona que “Como reação aos efeitos do estreitamento da esfera pública por onde deveria transitar a formação da soberania popular, de um lado, e da primazia do Executivo concedida à esfera sistêmica da economia, de outro, tem-se observado um movimento crescente por parte da sociedade civil, das minorias políticas a organizações sociais, quando não de simples cidadãos, no sentido de recorrerem ao Poder Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões quanto a práticas que dela seria legítimo esperar, originárias tanto do Executivo quanto do Legislativo. Nesse movimento, tem-se buscado, às vezes com êxito, impor limites à ação legislativa do Executivo, enquadrar a sua intervenção de caráter estratégico-instrumental na regulação do mercado aos comandos da ordem racional-legal, além de, por meio de novos institutos processuais, como a ação popular e a ação civil pública, encontrar defesa para o cidadão diante do Estado e do poder econômico. O caráter afirmativo desse processo adquiriu tal importância que já se pode falar, sem retórica, em

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Silva, Virgílio Afonso da São Paulo: Malheiros, 2008.

²¹ KRELL, Andreas Joachim. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição Concretizada**: construindo pontes com o direito público e o privado. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 25- 60, 2000.

²² FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: RT, p. 130, 2005.

²³ VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, p. 10-11, 2002.





judicialização da política e das relações sociais como uma dimensão da sociedade brasileira de hoje.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert . Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad.: Silva, Virgílio Afonso da São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. A Política. Trad.: Roberto Leal Ferreira, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 13ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A democracia e os Três Poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, p. 10-11, 2002.

CAPELLETI, Mauro. Juizes Legisladores? São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 35ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

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

KRELL, Andreas Joachim. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A Constituição Concretizada: construindo pontes com o direito público e o privado. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 25-60, 2000.





LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil : Ensaio sobre a Origem, os Limites e os fins Verdadeiros do Governo Civil. Trad.: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, Petrópolis : Vozes, 1994.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Trad.: Pedro Vieira Mota, São Paulo: Saraiva, 1987.

MORAES, Germana de Oliveira. O Juiz Constitucional no Brasil. Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 2, p. 537/541, jul./dez., 2003.

OLIVEIRA, Edmundo Alves de. Estado e Sociedade Em Transformação: o Sistema Desenvolvimentista e os Limites Para a Administração, São Carlos: RIMA, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Trad.: Ricardo Rodrigues da Gama. 1ª ed. São Paulo: Russel, 2006.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.