

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

CLÁUDIO HENRIQUE DA CRUZ VIANA*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A conquista dos direitos e a judicialização da política. 3. O judiciário diante da clássica tripartição dos poderes. 4. Os tribunais e o Estado moderno. 5. Repercussão do estado regulador no plano teórico do direito. 6. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

“Pedimos a los tribunales que defiendan nuestra libertad, que reduzan las tensiones raciales, que condenen la guerra y la contaminación, que nos protejan de los poderes públicos y de nuestras tentaciones privadas, que impongan penas... que compensen las diferencias entre los individuos, que resuciten la economía, que nos tutelen antes de nacer, que nos casen, que nos concedan el divorcio y, si no que nos sepulten, al menos que aseguren que se paguen los gastos de nuestro funeral (HUFSTEDDER, 1971, p. 901)”¹.

Não seria difícil continuarmos enunciando o extenso rol de demandas que diariamente são levadas aos tribunais, o que demonstra a intensa relação que a sociedade trava com o Poder Judiciário. A importância social e política da Justiça é realidade presente em todas as democracias contemporâneas.

O avanço do Estado regulador teve relevante influência sobre a tradicional relação entre os três Poderes. Verifica-se que o Executivo, ao selecionar a melhor política pública para sua agenda, precisa de se utilizar de normas jurídicas, avançando sobre um espaço até então ocupado pelo Legislativo.

O Judiciário não fica indiferente a esse processo, colocando-se como verdadeiro “escudo da sociedade” contra os avanços do Executivo, assumindo, assim, um novo perfil. Surge, então, o que se tem denominado por “Judicialização da Política”.

O item I deste trabalho ocupa-se desse tema. Primeiro é demonstrado como

* Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. Carlo Guarnieri e Patrizia Pederzoli. *Los jueces y la política*, 1999, p. 15.

se chegou à denominada judicialização da política, analisando-se, sucintamente, o processo de conquista dos direitos humanos. Logo em seguida, no item II, fala-se sobre separação de Poderes, demonstrando-se como a tripartição foi concebida e qual sentido tem nos dias atuais.

No item III, focaliza-se a importância dos Tribunais no Estado Moderno, distinguindo-se em três grandes períodos no seu significado sociopolítico: o período do Estado Liberal, o do pós-guerra e o período atual, em que o Estado-providência encontra-se em crise no mundo.

No último tópico (item IV), demonstra-se que a nova postura do Poder Judiciário, a partir do pós-guerra, colabora para o surgimento de uma visão crítica do positivismo jurídico. A Constituição brasileira de 1988 já adota um modelo societário e comunitário, que confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humana, rompendo com a cultura positivista e privatista vigente entre nós.

2. A CONQUISTA DOS DIREITOS E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Os direitos humanos são direitos históricos, surgidos a partir dos conflitos travados pelos grupos humanos em busca de sua inserção social e das transformações produzidas por tais conflitos no seio da sociedade.

Nos séculos XVII e XVIII, a luta dos indivíduos contra os Estados absolutistas faz emergir os denominados direitos civis e políticos (liberdade, consciência, expressão...), também chamados de direitos de primeira geração. O indivíduo é o titular de tais direitos, que são oponíveis ao Estado. A subjetividade é o seu traço mais característico.

Segundo BONAVIDES, entram na categoria do *status negativo*, fazendo ressaltar na ordem dos valores políticos a separação entre Sociedade e Estado: "São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil"².

Esta concepção teve grande influência do direito natural, para quem o homem tem direitos naturais, anteriores à instituição do poder civil. BOBBIO destaca que a afirmação de que o homem, enquanto tal, fora e antes da formação de qualquer grupo social, tem direitos originários representa uma verdadeira reviravolta tanto na teoria quanto na prática políticas de então.

"Tradicionalmente, tanto no pensamento político clássico quanto naquele que predominou na Idade Média, a relação política foi considerada

2. Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*, 1994, p. 518.

como uma relação desigual, na qual um dos dois sujeitos da relação está no alto enquanto o outro está em baixo; e na qual o que está no alto é o governante em relação ao governado (...). Nos termos da linguagem política, a potestas vem antes da libertas, no sentido de que a esfera da liberdade reservada aos indivíduos é concedida magnanimamente pelos donos do poder”³.

O pensamento político moderno nasce justamente dessa inversão de ponto de vista, ou seja, deixa-se de lado a concepção de homem “animal político que nasce do grupo social”, para que se considere o homem como indivíduo em si mesmo. Daí a necessidade de se chegar a um estado anterior (“estado da natureza”) a toda a forma de organização. Sintetiza BOBBIO:

“Enquanto os indivíduos eram considerados como sendo originariamente membros de um grupo social natural, como a família (que era um grupo organizado hierarquicamente), não nasciam nem livres, já que eram membros submetidos à autoridade paterna, nem iguais, já que a relação entre pai e filho é a relação de um superior com um inferior. Somente formulando a hipótese de um estado originário, sem sociedade nem Estado, no qual os homens vivem sem outras leis além das leis naturais, (que não são impostas por uma autoridade externa, mas obedecidas em consciência), é que se pode sustentar o corajoso princípio contra-intuitivo e claramente anti-histórico de que os homens nascem livres e iguais, como se lê nas palavras que abrem solenemente a declaração: ‘Os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’. Na realidade, os homens não nascem livres nem iguais. Que os homens nasçam livres e iguais é uma exigência da razão, não uma constatação de fato ou um dado histórico. É uma hipótese que permite inverter radicalmente a concepção tradicional, segundo a qual o poder político – o poder sobre os homens chamados de *imperium* – proceda de cima para baixo e não vice-versa”⁴.

Verifica-se, com essa inversão, o nascimento da concepção individualista da sociedade e da história, onde o indivíduo vem em primeiro lugar. E da concepção individualista da sociedade vem a democracia moderna⁵.

Com a revolução industrial, ocasião em que o artesão deixa a oficina em direção à fábrica, tornando-se operário, sujeito à autoridade do patrão, uma nova categoria de direitos começa a clamar proteção (os direitos sociais e econômicos). A disputa entre o capital e o trabalho exige que se lute também pela consagração de novos direitos. Assim, tanto o Manifesto Comunista de MARX e ENGELS (1848)

3. Norberto Bobbio. *A era dos direitos*, 1992, p. 116.

4. *Id.*, *ib.*, p. 118.

5. Segundo Bobbio, a democracia moderna deve ser entendida como “o poder dos indivíduos tomados um a um, de todos os indivíduos que compõem uma sociedade regida por algumas regras essenciais, entre as quais uma fundamental, a que atribui a cada um, do mesmo modo como a todos os outros, o direito de participar livremente na tomada das decisões coletivas, ou seja, das decisões que obrigam toda a coletividade” (*op. cit.*, p. 119).

como a doutrina social da Igreja (a encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII, em 1891) alardearam essa nova expectativa de direitos, que acabaram merecendo consagração nas constituições do pós-guerra (direitos denominados de segunda geração).

Não adiantaria a conquista de direitos políticos meramente formais, já que acompanhados de completa desigualdade social. Era preciso estender o princípio democrático da esfera política para o social e econômico. Emergiu, assim, por volta de 1850, o movimento socialista.

O projeto dos primeiros socialistas adeptos do comunismo era a construção de uma sociedade dentro da sociedade, um mundo à parte, independente do mundo "burguês". Desejava-se desviar do capitalismo e de sua forma de vida. Entretanto, a consolidação das instituições políticas burguesas, fez com que o pensamento socialista verificasse que não seria possível uma efetiva postura de distanciamento e independência. Não se poderia ignorar as instituições políticas ("burguesas") estabelecidas. E para que se alcançasse mudança social era preciso, também, mudança política.

MARX afirmou que os trabalhadores precisavam de organização, através de um partido, para que esse partido conquistasse o poder. O grande dilema era saber se para alcançar o poder o partido deveria usar do processo eleitoral (o voto).

Os anarquistas não acreditavam nesse mecanismo, seja porque viam a ação política como algo ineficaz, seja porque temiam que a utilização de instituições burguesas desnaturasse o movimento socialista.

Mas, entre os socialistas, a decisão foi de participar. Apesar de terem dúvidas de que se vencessem no voto a classe burguesa respeitaria o resultado e aceitaria as modificações, optaram pela utilização daquele instrumental já pronto, ao menos para divulgar seus projetos.

Na verdade, a participação política é fundamental no mundo capitalista, onde o detentor do capital acaba sendo, também, o detentor das decisões. A democracia proporciona aos trabalhadores a oportunidade de defender seus interesses, influenciando na esfera de decisões.

Ressalta PRZEWORSKI⁶ que a política eleitoral constitui o mecanismo pelo qual todo cidadão pode reivindicar seu direito a bens e serviços. Apesar dos trabalhadores, como produtores imediatos, não terem direito legal ao produto, como cidadãos podem obter tal direito via sistema político, chegando a intervir na própria organização da produção e na alocação dos lucros.

A participação eleitoral, porém, tem as suas dificuldades. A uma porque nem sempre o interesse da coletividade de operários é compatível com o interesse individual de cada trabalhador, sendo comum a existência de incompatibilidades.

6. Adam Przeworski. *Capitalismo e social democracia*. Tradução de Laura Teixeira Motta, São Paulo, 1989.

Mesmo dentre a coletividade de trabalhadores há grupos distintos, que também podem ter interesses antagônicos.

A duas porque o capitalismo e os “burgueses” acabaram por conseguir difundir ideologicamente seu modo de vida, que começou a ser visto, muitas vezes, como objetivo da própria classe operária. A luta de muitos acabaria sendo para que todos tornassem-se “burgueses”.

A três porque o “proletariado” não conseguiu, como regra, se tornar a maioria, não podendo, dessa forma, governar sozinho. Era preciso fazer concessões...

Verificou-se a necessidade da criação de estratégias para ampliação do apoio eleitoral, que não podia ficar restrito ao operariado. Era preciso que a pauta do partido do operariado fosse expandida, com a inclusão de questões que transcendessem a seus próprios interesses, como o transporte, a saúde, a educação, o consumidor... Esses não são interesses apenas do operariado como classe, mas dos pobres, dos consumidores, dos usuários de transportes públicos, etc.

Com isso, reinstalou-se uma visão da política desvinculada do conceito de classe. Quando os partidos social-democratas tornam-se partidos de toda a nação, reforçam a idéia de política como um processo de definição do bem estar da coletividade e não de uma classe apenas.

Para alcançar seus objetivos finais (abolir a exploração e a divisão da sociedade em classes, remover as desigualdades sociais e injustiças...) os social-democratas passaram a tomar medidas imediatas, que consistiram em reformas para atender às necessidades mais próximas do povo.

A social democracia passou a sustentar a nacionalização dos meios de produção, maneira de combater a propriedade privada e realizar a revolução socialista. Entretanto, faltavam métodos para a consecução do programa social democrata. O que fazer de imediato se não tinham condições de empreender um programa de nacionalização a curto prazo? Trabalharam por medidas *ad hoc* para melhorar as condições de vida dos trabalhadores: programas habitacionais, legislação sobre salário mínimo, proteção contra desemprego, pensão para idosos, etc.

Contudo foram as idéias de KEYNES que fizeram os social-democratas descobrirem exatamente o que necessitavam: uma política econômica precisa para a gestão de economias capitalistas⁷. O Estado passa, nessa concepção, a regulador do pleno emprego, tendo um papel ativo de controlador do mercado. Além disso, o keynesianismo defendia que a elevação salarial representava incremento do consumo, o que, por sua vez, aumentava a produção e o emprego. Essa teoria, além de justificar uma participação socialista no governo, conferia um caráter universalista aos interesses dos trabalhadores.

Desenvolve-se nesse período o “estado do bem-estar”. Os social-democratas afastam-se do projeto de nacionalização, sem negarem que o Estado possa

7. Adam Przeworski, *op. cit.*, p. 53.

dedicar-se excepcionalmente a atividades econômicas. Mas, partem para um novo caminho.

“Daí que o Estado do Bem-Estar [...] consista, na verdade, uma combinação do dirigismo econômico do estilo keynesiano, que aproximou a administração pública do mercado, com a mudança operada no sistema do direito, que passou a unir, de modo heteróclito, princípios que antes estavam subordinados ao direito privado ou público. Se o direito privado clássico se assentava sobre a liberdade individual e sobre o pressuposto de auto-limitação dos indivíduos, o fato de ele ter admitido um elemento de justiça, como a proteção do “economicamente desfavorecido” introduzida pelo Direito do Trabalho, emprestou-lhe um novo significado, pondo-o a serviço da justiça social. Sob esse ângulo, nas palavras de Habermas, “considerações de ética social infiltraram-se em regiões do direito que, até então, se limitavam a garantir a autonomia privada”⁸.

O advento do *Welfare State* fez com que os órgãos estatais passassem a desempenhar funções que antes não lhes eram próprias. O legislativo, originariamente concebido para preponderar sobre os demais Poderes, começa a abdicar de funções, tendo sua esfera de influência diminuída. O Estado do bem-estar exige um Executivo mais dinâmico, com possibilidade inclusive de legislar através de delegações legislativas. Selecionando a melhor política pública para sua agenda, o Estado traduzia suas opções criando normas jurídicas.

“No *Welfare State*, dissociado o sistema político da formação democrática da opinião, a Administração não apenas se racionaliza e se burocratiza como também, e principalmente, se autoprograma, apropriando-se da iniciativa das leis, quer por deter o monopólio das informações essenciais sobre a vida social, quer pela perícia técnica de seus quadros em atuar sobre elas.

.....

A primazia do Executivo em face do legislativo seria constitutiva da operação do Estado social, ao tempo em que faz do direito um de seus principais recursos de comunicação [...] O Estado Social, ao selecionar o tipo de política pública que vai constar de sua agenda, como também ao dar publicidade às suas decisões, vinculando as expectativas os comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduz, continuamente, em normas jurídicas as suas decisões políticas”⁹.

O Judiciário não fica indiferente a esse processo. É chamado para interpretar as normas, decidir sobre sua legalidade e aplicação, enfim, passa a ser visto como verdadeiro “escudo da sociedade” contra os avanços do Estado, intervindo em

8. Viana Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, 1999, p. 16.

9. *Id.*, *ib.*, p. 20.

questões eminentemente políticas e sociais. “A linguagem e os procedimentos do direito, porque são dominantes nesta forma de Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia”¹⁰. O Poder Judiciário acaba sendo investido, pelo próprio caráter da lei no estado social, no papel de “legislador implícito”.

VIANNA destaca que em torno do Poder Judiciário tem-se criado uma:

“nova arena pública, externa ao circuito clássico “sociedade civil — partidos — representação — formação da vontade majoritária, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nesta nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos — como no caso de países que admitem o controle abstrato de normas —, em um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separam o *tempo passado*, de onde a lei geral abstrata hauria o seu fundamento, do *tempo futuro*, aberto à infiltração do imaginário, do ético e do justo”¹¹.

Portanto, a agenda da igualdade importará mais que difundir o direito na sociedade: redefine a relação entre os três Poderes, entregando ao Judiciário funções de controle dos Poderes políticos. Exercer o “controle sobre a agenda igualitária e sobre as suas repercussões sociais dependeria, então, de o Poder Judiciário exercer jurisdição sobre a forma de comunicação nela dominantes — que é a do direito — erigindo-se em um “terceiro gigante” capaz de controlar o legislador mastodonte e o levianesco administrador”¹².

GUARNIERI e PEDERZOLI observam esse fenômeno aduzindo que a intervenção cada vez mais penetrante do “Estado providência” em setores que o “Estado liberal” deixava ao controle privado tem levado a uma expansão sem precedentes do sistema jurídico e da esfera de decisões do juiz.

“Como Froedman (1994b, p. 22) pone de relieve, no existen hoy sectores pontencilamente inmunes a la intervención pública y, por tanto, tampoco existen áreas que puedan sustraerse a la eventual decisión de un juez. De una manera si se quiere obvia, allí donde hay una ley, allí hay también un juez que en cualquier momento puede verse infestado de la tarea de interpretarla y de aplicarla. En realidad, este tema no es nada banal. Como se há visto, es precisamente a través de la sentencia como un simple enundiado normativo se convierte en una verdadera y atuéntica norma de derecho positivo (Tarello, 1974; Baratta, 1990), al menos para las partes implicadas, que están obligadas a respetarla, pero no hay que

10. *Id.*, *loc. cit.*

11. Luiz Werneck Viana, *op. cit.*, p. 22/23.

12. *Id.*, *ib.*, p. 20.

*olvidar que la decisión del juez suele tener consciencias que van más allá de los intereses normalmente representados en el juicio*¹³.

Por oportuno, deve ficar claro que no Brasil não há Estado providência, em seu sentido clássico, ou seja, Estado que distribui benefícios sociais. Entretanto, todo este processo também ocorre, já que nossa Constituição afasta-se do liberalismo puro, que impunha ao Estado dever de abstenção, assumindo papel interventor tanto na economia, quanto nas relações sociais.

Merece ser destacada, também, a importância do Ministério Público neste processo, seja porque muitas vezes mobiliza a participação de grupos sociais, levando ao Judiciário demandas de interesse coletivo; seja porque o Princípio da Inércia do Poder Judiciário (o Judiciário somente pode agir quando provocado: *ne procedat iudex ex officio*), acaba por limitar sua manifestação de vontade, impedindo sua intervenção espontânea. O Ministério Público coloca-se, outrossim, como alavanca para possibilitar essa nova relação entre os Poderes.

Todo esse complexo processo, que tem sido denominado de “judicialização da política”, tem gerado inúmeras perplexidades e questionamentos sobre a independência e a legitimidade do Judiciário para intervir, numa sociedade democrática, nos rumos políticos traçados pelos outros Poderes.

3. O JUDICIÁRIO DIANTE DA CLÁSSICA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes encontrou em MONTESQUIEU sua maior expressão. Referindo-se ao Estado inglês, do qual era grande admirador, afirmou 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”. Sobre a função de cada poder explicava o autor citado:

“Pelo primeiro, o Príncipe ou o Magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz e a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune crimes ou julga as demandas dos particulares. A este último chama-se Poder de Julgar; e ao anterior, simplesmente Poder Executivo do Estado”¹⁴.

13. Carlo Guarnieri e Patrizia Perderzoli, *op. cit.*, p. 18.

14. Charles de Secondat, Baron de Montesquieu. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo, p. 165.

O Poder Judiciário, segundo essa concepção, não passava de mero executor das leis, “a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”¹⁵. Suas funções restringiam-se à punição de criminosos e ao julgamento de querelas entre os particulares. A liberdade de criação dos juízes era, portanto, extremamente limitada. Sobre o tema escreveu LEAL:

“O que parece estar por trás da concepção exposta por Montesquieu é a necessidade de limitar ao máximo a liberdade de criação do juiz de modo a preservar o princípio da segurança jurídica, na medida em que se possa ter uma certa previsibilidade do conteúdo das decisões judiciais, o princípio da igualdade, na medida em que os casos iguais não sejam resolvidos de forma distinta, e o princípio da unidade do direito, na medida em que o direito seja aplicado uniformemente no território em que vige”¹⁶.

MONTESQUIEU dizia que os julgamentos deviam ser fixos, representando, na realidade, o próprio texto das leis. Assim, sua intenção era evitar o arbítrio judicial. Acresce-se a isso, que esta mesma concepção aplicava-se também ao Executivo.

“Tanto o Poder Executivo quanto o Poder Judiciário tinham a função de aplicar o direito. Previu-se, na verdade, uma divisão de competências. Enquanto a um cabia aplicar o direito das gentes, ao outro cabia aplicar o direito civil. Não se falava em controle judicial da atividade do executivo. Tal disposição dos poderes traduzia uma prevalência da lei, em última análise, resulta na supremacia do Parlamento”¹⁷.

MONTESQUIEU defendia, ainda, o equilíbrio entre os três Poderes, diferenciando a técnica de estatuir da faculdade de impedir, em razão da dinâmica dos Poderes. Antecipa assim a noção dos “freios e contrapesos” (*checks and balances*), admitindo o veto do Executivo para frear proposição legislativa¹⁸.

No século XVIII, o princípio, baseado na noção de lei (ídolo dos que viviam naquela época), ganhou consistência e radicalidade. Visava-se à diminuição do poder do monarca, sendo afastado o absolutismo até então existente. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão o explicitou em seu artigo 16: “Toda sociedade em que a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação dos Poderes determinada, não tem constituição”.

ACKER comenta que naquela época era tão grande o receio de retorno do absolutismo, que a separação imaginada por Montesquieu tornou-se total e drástica:

15. *Id.*, *op. cit.*, p. 176.

16. Roger Stiefelmann Leal, A judicialização da política, in *Cadernos de Direito constitucional e ciência Política*, nº 29, Rio de Janeiro, p. 230/231.

17. *Id.*, *loc. cit.*

18. Kildare Gonçalves Carvalho, *Direito constitucional didático*, Belo Horizonte, p. 87.

“Chegava-se mesmo, por força de uma completa e integral vedação de delegação de poderes, a situações de impasse de impossível superação. A interpretação, por exemplo, encontrava pouco espaço num Judiciário totalmente impedido de se afastar da vontade do legislador. Esta, se não clara, deveria ser pelo próprio legislador explicitada, sem o que a lei quedava-se inaplicável. Quanto ao Executivo, nenhum poder regulamentar lhe cabia. Com isso se chegou ao extremo de uma completa alienação do Estado face à realidade palpável da mobilidade social”¹⁹.

Hoje, considera-se que dentre as dimensões fundamentais do princípio do Estado de Direito está a denominada divisão de poderes. O pensamento político contemporâneo repugna a ilimitação do poder. O poder, mesmo legítimo, deve ser limitado. Entretanto, não se pode conceber a separação de Poderes tal qual em *O espírito das leis*.

Sobre o tema, CANOTILHO leciona que a constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação transporta duas dimensões complementares: uma negativa (leia-se separação como divisão, controle e limite do poder) e outra positiva (a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas). Destaca o autor:

“O princípio da separação como forma e meio de limite do poder (separação de poderes e balanço de poderes) assegura uma medida jurídica ao poder do Estado (K. Hesse alude aqui a “*Massigung der staatsmacht*”) e, consequentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos. O princípio da separação como princípio positivo assegura uma justa e adequada ordenação de funções do Estado e, consequentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos do Estado. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder”²⁰.

Verifica-se, pois, que a separação de poderes está diretamente relacionada à ordenação das funções estatais, obtendo-se um controle recíproco do poder (*checks and balances*) e uma ordenação jurídica de limites dos órgãos do poder. Decorre daí, que, muitas vezes, estará o Legislativo praticando atos jurisdicionais e administrativos, estará a Administração exercendo competências dos outros Poderes e, também o Judiciário desempenhando típicas funções administrativas e legislativas. O mais importante num Estado constitucional de direito será saber se o que o juiz, o governo e o parlamento fazem pode ser feito por cada um deles. A natureza do ato é questão instrumental, importando tão somente para o enquadramento da competência.

19. Anna Brito da Rocha Acker. *Poder normativo e regime democrático*, São Paulo, p. 16.

20. J.J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional*, Coimbra, p. 365.

É preciso, contudo, que se fique atento para que o núcleo essencial dos limites de competência não seja violado, a fim de que não se vulnere todo o sistema de legitimação, controle e sanção, definido no texto constitucional. Exemplifica Canotilho com o possível deslocamento da proteção jurídica dos tribunais para outro órgão, como o Parlamento. Isso poderia conduzir a que o Parlamento confirmasse as próprias arbitrariedades do Governo, principalmente quando houvesse maioria governista naquele órgão²¹.

Nesta concepção de separação de Poderes não mais há lugar para os juízes "boca da lei". É o que veremos a seguir.

4. OS TRIBUNAIS E O ESTADO MODERNO

O Poder Judiciário tem sido considerado um dos pilares do Estado Moderno, podendo-se distinguir três grandes períodos no seu significado sociopolítico: o período do Estado liberal, o período do pós-guerra e o período atual, em que o Estado-providência encontra-se em crise no mundo²².

No período do Estado liberal, que desenvolveu-se durante todo o século XIX até a Primeira Guerra Mundial, consolidou-se o modelo judicial moderno. O Poder Legislativo prevalece sobre os demais, conforme a clássica separação de Montesquieu. O Princípio da Legalidade é extremado, cabendo ao Judiciário a reprodução da vontade legislativa pré-constituída. O Poder Judiciário é, portanto, retrospectivo, volta-se sempre ao passado (momento em que a norma foi concebida). Na resolução dos conflitos dá-se prioridade à segurança jurídica, prevista na universalidade da lei. A independência dos Tribunais resume-se apenas à aplicação da lei, havendo submissão administrativa e financeira aos demais Poderes.

É importante destacar que o Judiciário, nesse período, ficou de fora dos grandes debates sociais, apesar da explosão dos conflitos dessa natureza. Boaventura Santos destaca que "confinados como estavam à administração da Justiça retributiva", tiveram os Tribunais de se acomodar aos padrões de Justiça distributiva adotados pelos outros Poderes. Foi assim, continua o autor citado, "que a justiça retributiva se transformou numa questão de direito, enquanto a justiça distributiva passou a ser uma questão política"²³.

No período do pós guerra (ou período do Estado providência em muitos países) começaram a se alterar as condições político-jurídicas até então vigentes: a teoria da separação dos Poderes é revista, assumindo o Executivo a predominância dentre os demais Poderes; a explosão legislativa faz naufragar o

21. *Op. cit.*, p. 367.

22. Santos, Boaventura de Souza. Os tribunais nas sociedades contemporâneas, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, nº 30, ano 11, fevereiro de 1986, p. 29/62.

23. Boaventura de Souza Santos, *op. cit.*, p. 33.

princípio da subsunção lógica dos fatos à lei, aumentando cada vez mais a necessidade interpretativa pelo Judiciário; a proteção jurídica passa a ser necessária para que as intervenções estatais sejam controladas.

CARNEIRO enfatiza que “a nova ordem resgata a dimensão social do Estado, com mais intensidade no que concerne à ordem jurídica”, não mais sendo suficiente a igualdade formal, “que se utiliza de conceitos quase casuísticos, como se observa com facilidade nas grandes codificações”. Busca-se a igualdade material, sendo a utilização de conceitos jurídicos indeterminados cada vez mais comum, “o que exige uma atuação mais efetiva do controle do Poder”, sendo preciso que os juízes “deixem de simular a mera declaração do conteúdo da lei para se utilizar de instrumentos técnicos e dogmáticos para interpretar e aplicar a lei”²⁴.

Atualmente tem-se falado em crise do Estado-providência no mundo, devido, basicamente, à incapacidade financeira do Estado para satisfazer seu “papel social”. E, normalmente, quando há maior necessidade de que o Estado desempenhe esse papel, menor é a condição econômica para desempenhá-lo. Santos aponta, ainda, como causas dessa crise “a criação de enormes burocracias que acumulam um peso político próprio, que lhes permite funcionar com elevado nível de desperdício e ineficiência”; “as alterações nos sistemas produtivos e na regulação do trabalho tornadas possíveis pelas sucessivas revoluções tecnológicas”; “a difusão do modelo neoliberal e do seu credo desregulamentador a partir da década de 80”; “a sempre crescente proeminência das agências financeiras internacionais (Banco Mundial, FMI)” e “a globalização da economia”²⁵.

A desregulamentação da economia e a chamada globalização trouxeram aos Tribunais uma nova realidade jurídica. Por um lado, a desregulamentação vem proporcionando uma significativa produção legislativa específica e elaborada. Por outro lado, a globalização faz surgir toda uma legislação internacional e transnacional. A multiplicação de contratos internacionais enseja a contradição entre inúmeras legislações. Ao lado do crescimento quantitativo das demandas, é inegável o aumento qualitativo, ou seja, os litígios apresentam-se mais complexos. Os direitos da terceira geração (direitos difusos e coletivos)²⁶ exigem reformulação técnica e preparação, que os Tribunais, na verdade, não têm.

Outra marca desse período é a crise da representação política (crise do sistema partidário, da participação política...). Esta crise, gerada por diversos fatores, é singularmente agravada pela corrupção. “O afrouxamento das referências éticas

24. Paulo César Pinheiro Carneiro, *Acesso à justiça – juizados especiais cíveis e ação civil pública*, Rio de Janeiro, 1999.

25. Boaventura de Souza Santos, *op. cit.*, p. 37.

26. A Lei 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, define interesse difuso os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, I) e interesse coletivo o o transindividual, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

no exercício do poder político, combinado com as deficiências do controle do poder por parte dos cidadãos, permitiu que essa promiscuidade redundasse num aumento dramático da corrupção²⁷.

Na sociedade democrática, a corrupção é suscetível de se alastrar basicamente porque sendo menor a concentração de poder, maior é a classe

política e maiores são as relações dos políticos com o poder econômico. Destaca BOAVENTURA SANTOS:

“A corrupção é, conjuntamente com o crime organizado (...) a grande criminalidade desse terceiro período e coloca os Tribunais no centro de um complexo problema de controle social. No segundo período, a explosão da litigiosidade deu-se sobretudo no domínio civil, e foi aí que a visibilidade social e política dos Tribunais teve lugar. No período atual, a visibilidade, sem deixar de existir no domínio civil, desloca-se de algum modo para o domínio penal²⁸.”

Registre-se que o aumento da corrupção é apenas um dos sintomas da crise da democracia, mas o combate a ela coloca o sistema judicial perante uma situação dilemática. Se o Judiciário, em nome do corporativismo, se exime de uma atuação agressiva contra a corrupção para preservar a sua independência, acaba colaborando, por omissão, para a degradação do sistema democrático, que, em última instância, lhe garante a independência efetiva.

“Se, pelo contrário, assume uma posição ativa de combate à corrupção, tem de contar com ataques demolidores à sua independência por parte sobretudo do Poder Executivo, ao mesmo tempo em que se coloca na contingência de ver transferida para si a confiança dos cidadãos no sistema político, o que, por ser órgão soberano não diretamente eleito, acaba por suscitar com acuidade a questão da legitimidade²⁹.”

5. REPERCUSSÃO DO ESTADO REGULADOR NO PLANO TEÓRICO DO DIREITO

A nova postura do Poder Judiciário, com o surgimento do “Estado Providência” em alguns países e do “Estado Regulador”, aqui no Brasil, faz surgir no plano teórico uma visão crítica do positivismo jurídico extremado. A criatividade interpretativa e o enaltecimento da Justiça como valor necessário à aplicação da lei passam a ser componentes fundamentais da atividade jurídica.

27. Boaventura de Souza Santos, *op. cit.*, p. 39.

28. *Id.*, *op. cit.*, p. 39.

29. *Id.*, *op. cit.*, p. 40 e 41.

Escolas filosóficas e teorias jurídicas empenham-se em demonstrar que o direito não se reduz a uma lógica formal, mas é “antes uma questão complexa, na qual fatores lógicos, axiológicos e fáticos se correlacionam segundo exigências de uma unidade dialética, desenvolvida ao nível da experiência, a luz dos fatos e de sua prova”³⁰.

Merece ser destacado, ainda, o denominado “movimento de retorno ao direito”, vivido a partir dos anos 80. Tal movimento foi como uma resposta ao “mundo desencantado”, que precisava descobrir de onde vinha a força do direito. O afastamento do direito natural, com o advento do positivismo jurídico, fez com que o direito perdesse sua fonte legitimadora, chegando a ser apontado como mero instrumento para manutenção do poder sobre o mais fraco.

CITTADINO leciona que “o movimento de retorno ao direito [...] pretende exatamente encontrar um fundamento ético para a crescente juridificação das relações sociais, que hoje envolve não apenas o mundo econômico, mas também aquilo que Habermas designa por mundo da vida. É, portanto, contra a racionalidade sistêmico-instrumental do positivismo jurídico que o movimento de retorno ao direito se constitui”³¹.

CAPPELLETTI afirma que a legislação com finalidade social é muito diferente da legislação tradicional, conduzindo o Estado a superar os limites tradicionais de “proteção” e “repressão”. Os direitos sociais pedem para a sua execução a intervenção ativa do Estado, impondo-se aos juízes importantíssimas implicações.

“É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda a interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo também se torna o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”³².

Não obstante, tal postura ainda não foi assimilada totalmente entre nós. O mesmo CAPPELLETTI chama a atenção para essa dificuldade:

“Em face de legislação social que se limita, freqüentemente, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação

30. Miguel Reale, *Filosofia do direito*. São Paulo, p. 497.

31. Gisele Cittadino, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro, p. 143.

32. Mauro Cappelletti, *Juízes legisladores?* Porto Alegre, p. 42.

do futuro, os juizes de determinado país bem poderiam assumir – e muitas vezes, de fato, têm assumido – a posição de negar o caráter preceptivo, ou self-executing, de tais leis ou direitos programáticos. [...] Mais cedo ou mais tarde, no entanto, [...] os juizes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas um ‘ramo’³³.

A evolução que a Justiça conheceu fez cada vez mais visível a distância entre a representação tradicional do juiz como “boca da lei” e as funções que na realidade desempenha. É o que diz GUARNIERI e PEDERZOLI:

“En cierta medida esta distancia también depende del hecho de que la imagen clásica del juez ejecutor no pretendía tanto describir sus comportamientos cuanto más bien prescribir límites a sus prerrogativas, en el ámbito de un marco ideológico en gran parte heredado de la Revolución Francesa y marcado por la indiscutible supremacía del poder legislativo. En realidad, como ya había puesto de relieve Kelsen (1926) la decisión del juez no es, ni nunca puede ser, pramente declarativa ni agotarse en el mero enunciado de la voluntad del legislador. Al interpretar la ley o juez concurre de hecho a crear el derecho. Mejor dicho, su decisión es una auténtica “norma jurídica individual”³⁴.

A Constituição brasileira de 1988, rompendo com a cultura jurídica positivista e privatista vigente entre nós, adota um modelo societário e comunitário, que confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humanas. É o que escreveu JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“O constituinte (...) rejeitou a chamada constituição sintética, que é a constituição negativa, porque construtora apenas de liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de constituição-garantia (ou constituição-quadro). A função garantia não só foi preservada como até ampliada na nova constituição, não como mera garantia do existente ou como simples garantia das liberdade-limites. Assumiu o novo texto a característica de constituição-dirigente, enquanto define fins e programa de ação futura...”³⁵.

Para CITTADINO o denominado constitucionalismo societário e comunitário “toma a constituição como uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores”³⁶, sendo objetivo principal da constituição a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade. A constituição é aberta aos valores do ambiente sociocultural da comunidade. “As constituições dos Estados democráticos, pela via da abertura constitucional, se abrem a outros conteúdos, tanto normativos (direito comunitário), como extranormativos (usos e costumes) e metanormativos (valores e postulados morais)”³⁷.

33. *Id.*, *loc. cit.*

34. Carlo Guarnieri e Patrizia Pederzoli, *op. cit.*, pp. 16 e 17.

35. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, p. 6.

36. Gisele Cittadino, *op. cit.*, p. 16.

37. Gisele Cittadino, *op. cit.*, pp. 16 e 17.

Pode-se afirmar que a dimensão “comunitária” da Constituição de 1988 está presente em três grandes temas adotados em seu texto: a definição do fundamento ético do ordenamento jurídico e amplo sistema de direitos fundamentais; a atribuição de caráter político à Corte Suprema; e institutos processuais destinados a garantir a efetivação dos direitos, controlando a omissão do poder público.

No bojo deste último tema constitucional, pode-se incluir o Ministério Público, órgão que alcançou relevante destaque em nossa Carta Política, recebendo poderes e garantias das mais relevantes para a concretização da conquista dos direitos.

O Ministério Público passa a ser tratado pela Constituição em capítulo próprio e distinto dos demais Poderes (“Das Funções Essenciais à Justiça”), sendo definido como função essencial à prestação jurisdicional do Estado, tendo a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Para tanto, foram-lhe outorgadas autonomias administrativa e financeira, gozando seus membros das mesmas garantias dos magistrados (inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e vitaliciedade). É clara a preocupação constitucional em preservar a independência do Ministério Público, tendo o texto maior afastado, inclusive, a representação judicial das pessoas jurídicas de direito público da sua esfera de atuação.

A ação civil pública, importante instrumento para a defesa dos direitos transindividuais, foi elevada ao patamar constitucional e colocada dentre as funções institucionais do Ministério Público, mostrando-se um eficiente meio para garantia desses direitos.

6. CONCLUSÕES

Do que foi exposto, algumas conclusões evidenciam-se:

Em primeiro lugar, que o advento do “estado do bem-estar” e do estado democrático de direito inscritos nas constituições contemporâneas fez com que os órgãos estatais passassem a desempenhar funções que antes não lhes eram próprias. O Poder Executivo assume um papel mais dinâmico, chegando inclusive a legislar, a fim de implementar uma melhor política pública para a sua agenda. E ao fazer do direito um dos seus principais recursos, o Poder Judiciário é chamado para interpretar e decidir sobre as normas criadas, mobilizando esse Poder para o exercício de um novo papel. O Poder Judiciário transforma-se em controlador dos Poderes políticos.

Na verdade, a separação dos Poderes tal como concebida por Montesquieu não mais encontra espaço em nossa realidade jurídica. Não se pode perder de vista o momento histórico em que foi concebida a tripartição dos Poderes, ocasião em que o receio de volta ao absolutismo fez com que se hiperdimensionasse o poder do Legislativo, sendo o Judiciário subjugado a um plano inferior. Hoje a separação de poderes está diretamente relacionada à ordenação das funções estatais.

Em segundo lugar, que a crise do “estado providência”, provocada pelas burocracias estatais criadas para que o Estado cumpra seu papel social, pelas alterações nos sistemas produtivos e nas regulamentações do trabalho, pela difusão do modelo neoliberal e da globalização da economia, dentre outros, trouxe aos Tribunais uma nova realidade jurídica: o aumento quantitativo e qualitativo das demandas. Exigem-se, cada vez mais, reformulação técnica e preparação dos Tribunais.

Em terceiro lugar, o “estado do bem-estar” acentua no plano teórico do direito uma visão crítica do positivismo jurídico extremado. Busca-se um fundamento ético para o direito. Reforça-se o caráter criativo da jurisprudência. Não há, outrossim, mais lugar para o Juiz “boca da lei”, que exclusivamente reproduz em suas decisões a vontade do legislador.

A Constituição de 1988, rompendo com a nossa tradição positivista, adota um modelo societário e comunitário, que confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade.

Em quarto lugar, há que se concluir que todo esse processo não significa atribuição de superpoderes ao Judiciário, já que sua própria natureza e característica impedem que assim seja (o Judiciário é Poder inerte, que é chamado a aplicar normas pré-existentes, utilizando-se de procedimento também já estabelecido, de forma fundamentada, estando suas decisões sempre sujeitas à revisão).