

## TODOS QUEREM LEGISLAR. E AGORA?

Cassiana Alvina Carvalho<sup>1</sup>

**Sumário:** Introduzindo o tema. 1 A Crise entre poderes: verdade ou mentira. 2 O sistema tripartite sob uma nova perspectiva. Conclusões preliminares. Referências bibliográficas.

**Resumo:** A atividade legiferante de todos os poderes constituídos tem se tornado um dos grandes embates do Estado contemporâneo, certo que a separação de poderes na forma idealizada por Montesquieu já não coaduna com as feições que o Estado moderno tomou no correr dos séculos, aqui a problemática se instaura em como harmonizar essa tensa relação e qual o papel do cidadão nesse reelaboração das funções estatais.

**Palavras-chave:** Estado, contemporaneidade, separação de poderes, cidadão.

**Abstract:** The activity legislative consisting of all powers has become one of the great clashes of the contemporary, true that the separation of powers as developed by Montesquieu no longer consistent with the features that the modern state took in running the centuries, here problem is how to harmonize this introduces in tense relationship and what the role of citizens in redesigning the state functions.

**Keywords:** state, contemporary, separation of powers, citizen.

### Introduzindo o tema

A constante atividade legiferante dos poderes constituídos mostra-se uma das constantes fontes de tensão do Estado (pós-)moderno. O tema aparentemente recorrente, merece reiteradamente ser discutido em face de as novas roupagens e à releitura que recebe dia a dia, a evolução da sociedade e a atividade inventiva de quem pretende utilizar-se de meios, nem sempre legítimos e por vezes antidemocráticos de impor-se perante a sociedade.

Os exemplos dessa atividade fazem parte de nosso cotidiano e não devem ser mitigados ou mesmo considerados normais, devem sim ser encarados com a importância que merecem e servir de alerta para que possamos repensar a principal crise porque passa o Estado contemporâneo: a crise de identidade.

A problemática do presente trabalho resume-se, a nem sempre simples, tarefa de (re)discutir as indagações: Qual o limite de atuação dos poderes sem que o princípio da harmonia e independência dos poderes seja ferido? A revisão que se impõem ao Estado Democrático de Direito contemporâneo abrange redefinição aos papéis dos poderes?

Um caso recente chama atenção, diz respeito às constantes reclamações do Presidente da República da atividade que chama de “ingerências” de um poder no outro, notícia veiculada na Folha de São Paulo traduz o problema: “Seria tão

---

<sup>1</sup> Procuradora municipal, assessora de Câmaras de Vereadores, advogada, professora de Direito Eleitoral e de Direito Municipal, especialista em Direito Público, mestranda em direito pela URI – Santo Ângelo/RS.

bom se o Judiciário metesse o nariz apenas nas coisas dele. Iríamos criar a harmonia que está prevista na Constituição para que democracia seja garantida...”<sup>2</sup>

Como lembra Mauro Capeletti, citando Koopmans, o *welfare state* foi resultado da atividade legislativa<sup>3</sup>, e, com o avanço das necessidades da sociedade na contramão da capacidade estatal de atendimento imediato, surge o papel do Juiz, que, em sua atividade, transforma-se em legislador, seja para suprir ausência dos demais poderes, seja pela atitude vaidosa de alguns julgadores de querer medir forças com o Executivo ou mesmo com o Legislativo.

A crise está instaurada! O Judiciário legisla através de uma minoria não eleita democraticamente e passa a ditar os caminhos e rumos do Estado; o Legislativo passa a preocupar-se com tarefas bem diversas daquelas destinadas ao seu poder de regulamentação da ordem social e, quando a faz, esquece de seu primordial princípio, o interesse da sociedade, por último, mas não menos importante, o Executivo, que encontrou na delegação do Poder Legislativo – que atribui o direito do administrador de legislar de forma extraordinária –, uma forma indiscriminada de “criar” leis, ferindo mais uma vez princípios democráticos basilares.

Como discorre Streck, os poderes Legislativo e Executivo não tomaram consciência do conteúdo compromissário e dirigente (que é boa ou má dependendo dos interesses colocados em jogo) da Constituição e o Judiciário mostra-se comprometido com o paradigma liberal individualista<sup>4</sup> o que demonstra cabalmente a inviabilidade de o sistema presente permanecer inalterado.

O Poder Legislativo passa cada dia a preocupar-se mais com atividades que, ao menos teoricamente, não seriam, ou deveriam ser de sua ocupação, relegando a segundo plano sua função de organizar através da atividade legislativa as relações públicas e privadas e, por conseqüência, os rumos do Estado, os sujeitos eleitos para representar o povo já não correspondem à expectativa mínima, muitas vezes legislando na contramão da necessidade popular, mas em consonância com interesses econômicos de uma minoria, isso sem contar na crise moral que vivem os sujeitos eleitos democraticamente.

Por sua vez, o Poder Executivo tem usado de forma nada convencional a atividade legiferante, principalmente através do instituto das medidas provisórias, e a ocorrência recorrente marginaliza os requisitos mínimos para sua edição: relevância e urgência. Além disso, o administrador em algumas situações pretere o interesse geral da sociedade em favor de poucos interesses pessoais e deixa de realizar direitos mínimos da população agravando conseqüências de aspectos decorrentes da globalização e exclusão social. E o que é pior, quando o Poder

<sup>2</sup> RODRIGUES, Lorena. *Lula defende a harmonia entre poderes e critica ingerência*. São Paulo: Folha on line. 2008, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u378595.shtml>>, acesso em: 09 de mar. 2008.

<sup>3</sup> CAPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.p. 33-34.

<sup>4</sup> STRECK, Lênio Luiz. O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz. *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. ps. 177 - 178.

Executivo se vê na berlinda da análise de seus atos pelos demais poderes, reclama de ingerência.

Por conseguinte, o Poder Judiciário tem constantemente adentrado na matéria administrativa, gerindo, muitas vezes, o orçamento, realizando medidas que seriam obrigação dos demais poderes. Estamos aqui diante do outro lado da moeda, mas o que fazer quando os demais Poderes falharam? Não seria, como lembra Garapon, o Juiz o último guardião das promessas estatais<sup>5</sup>? Ocorre que a justiça não pode se colocar no lugar da política, do contrário arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias, em resumo, o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia como seu pouco uso<sup>6</sup>.

No contexto acima narrado, em primeira análise, podemos dizer que todos têm sua *mea culpa*, nenhum dos Poderes está agindo dentro de seus limites, os excessos são facilmente vislumbrados, e acabam por desencadear um ambiente de tensão, que se não for mediado poderá colocar em xeque o próprio sistema democrático bem como o sistema de *check and balances*, um dos fundamentos de existência do sistema de repartição e equilíbrio na atuação dos poderes.

Esse desvirtuamento de entendimento sobre os limites de atuação de cada Poder sem que venha ferir a “harmonia” dos poderes, ditada pela Carta Política de 1988, é deveras importante para poder dar segurança mínima nas relações em todos os níveis, bem como para não deixar o povo sujeito a atitudes que coloquem em prova a própria existência do Estado Democrático de Direito, por abusos, vaidades ou decisionismos entre Poderes.

Lembra Canotilho que hoje a tendência é considerar a teoria da separação dos poderes como consagrada por Montesquieu um mito, visto que consistiria num modelo teórico composto por poderes rigorosamente separados, com funções próprias e sem qualquer interferência de um nos outros. Alguns doutrinadores, como Eisenmann, argumentam que a teoria nunca existiu, pois mesmo em sua concepção original essa separação não era absoluta, com o Executivo reconhecendo como legítimo o direito de interferir no Legislativo, com o poder de veto do rei. O Legislativo, por sua vez, possuía direito de vigilância nas leis que votara, interfere no judicial quando julgava os nobres pela Câmara dos Pares. Em última análise, não havia uma “separação” de poderes, mas, sim, uma combinação de poderes.<sup>7</sup>

Surge a indagação sobre se estamos ou não diante de uma crise de poderes, e se toda essa situação traz perda de identidade de funções, caminhando um pouco mais longe, questionaríamos se seria o momento oportuno para que os poderes fizessem uma releitura de seus papéis.

A impressão que temos é que essa “revisão” se impõe de forma urgente e que vem sendo feita completamente às avessas do almejado pela sociedade, qual

<sup>5</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1999. p. 27.

<sup>6</sup> GARAPON. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. p. 56.

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almeida. 2000. p. 114-115.

seja, atingindo papéis que não deveriam ser seus, acarretando o agravamento de um estado doentio crônico que parece não ter fim, transitando pelos obscuros caminhos da competição entre poderes, num fenômeno que, diriam os pessimistas, impossível de retrocesso, mas para os otimistas apenas mais um momento propício para encontrar soluções.

Nessa perspectiva, tentaremos deixar mais uma vez, como tantos que já discorreram da matéria, o assunto vivo e constante no debate, analisando a urgência da revisão do paradigma da separação dos poderes, tomando como exemplo prático as situações dantes narradas, sempre tendo por base a própria sociedade, na senda evolutiva do dia-a-dia, na produção de suas necessidades e dentro de seu poder de invenção e adaptação para que encontre a melhor resposta, ou a resposta que melhor satisfaça, não apenas as vontades de um ou outro poder, mas sim do povo como detentor e destinatário direto da soberania e quem deveria ser não apenas mero destinatário, mas principal partícipe das decisões decorrentes da atividade legislativa praticada por todos os poderes, seja de forma legítima ou não.

### **1 A crise entre poderes: verdade ou mentira**

Muito se diverge sobre a existência ou não de um prenunciado conflito entre os poderes, trabalhamos, no Estado Moderno, com uma nítida crise funcional. Descrevê-la vai muito além das perspectivas da perda da exclusividade dos órgãos que desempenham funções estratégicas, e o significado da afirmação tem cabimento uma vez que os reflexos diretos dessa perda de exclusividade atingem diretamente os fundamentos do Estado Moderno. Streck e Bolzan conceituam a crise funcional como sendo a “perda de exclusividade sentida pelos órgãos incumbidos do desempenho de funções estatais, aos quais são atribuídas tarefas que lhes são inerentes”<sup>8</sup>.

Não há como manter longe do debate as considerações sobre a harmonia dos poderes constituídos, ou, mesmo, sua remota independência<sup>9</sup>. A fragilização do Estado Contemporâneo pelos fenômenos e agentes decorrentes da globalização atuam tanto no viés interno como no viés externo da organização, do alcance e dos limites das funções estatais, trazendo uma necessidade intrínseca e extrínseca de transformação dos conceitos e paradigmas dessas atividades.

No seu viés interno, as funções do Estado atuam diretamente sobre a questão da harmonização e independência dos poderes, já repetitivamente conhecidas: Executivo, Legislativo e Judiciário. Dessa perspectiva, não se pode esquecer que a teoria da separação dos poderes teve seu projeto embrionário desenvolvido por Locke e, nos trilhos seguintes, aprimorada por Montesquieu, que decretou a “tripartição” dos poderes na forma estrutural mais conhecida e aceita.

---

<sup>8</sup> STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política & teoria do estado*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p. 155.

<sup>9</sup> Lembrando-se que esta jamais existiu na forma pretendida por seus pensadores.

A teoria nasce na tentativa de assegurar a liberdade dos indivíduos, uma vez que Montesquieu não podia conceber todas as funções do Estado num mesmo “corpo” sem que com isso não imperasse a tirania dos atos; assim, a distribuição de funções mostrou o caminho acertado para que se alcançasse tal fim. Bonavides resume esse panorama:

Ontem, a separação de Poderes se movia no campo da organização e distribuição de competências, enquanto seu fim era precisamente o de limitar o poder do Estado; hoje, ela se move no âmbito dos direitos fundamentais e os abalos ao princípio partem de obstáculos levantados à concretização desses direitos, mas também da controvérsia de legitimidade acerca de quem dirime em derradeira instância as eventuais colisões de princípios da Constituição<sup>10</sup>.

Canotilho identifica a separação de poderes nos dias atuais como significado direto da responsabilidade pelo exercício de um poder:

A constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação dos poderes transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como divisão, controlo e limite do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização, do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva).<sup>11</sup>

A divisão de poderes como limitador do poder tem por escopo garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos e evitar a concentração do poder; por sua vez, na concepção ordenatória, organizatória, assegura a esquematização relacional das competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais da soberania<sup>12</sup>.

No viés interno, o que se verifica é muitas vezes o Executivo agindo em campos antes reservados ao Legislativo e Judiciário, e assim, respectivamente, quanto às demais funções. Essas transformações que se observam nas relações entre as funções estatais tradicionais como reflexo de sua perda de importância própria projetam-se por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição característica de outra.<sup>13</sup>

Ocorre que, diante da fragilização estatal, o que se vislumbra é um pluralismo funcional, seja na esfera legislativa, seja na executiva ou na jurisdicional. “Quando o ente público estatal, no reflexo de sua fragilização/fragmentação como espaço público da tomada de decisões, como autoridade pública, se coloca ao lado de outras estratégias de diversos matizes e procedências.”<sup>14</sup>

A única certeza que se pode ter neste momento é que aquela proposta formal de Montesquieu jamais se realizou e essa é uma das críticas ao sistema apontado por Dallari:

<sup>10</sup> BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 634.

<sup>11</sup> CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 250.

<sup>12</sup> Idem, p. 250.

<sup>13</sup> MORAIS. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002, p. 52.

<sup>14</sup> STRECK; MORAIS. *Ciência política & teoria do estado*, p. 155.

A primeira crítica feita ao sistema de separação dos poderes é no sentido de que ele é meramente formalista, jamais tendo sido praticado. A análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração. Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação.<sup>15</sup>

O estudo sobre as conseqüências dessa perda de referência de poder traz para a reflexão as possibilidades sobre o seguimento da existência do próprio Estado Democrático de Direito nos seus moldes tradicionais que visto não mais atender às demandas impostas a ele por total falta de efetividade nas respostas apresentadas. Isso ocorre principalmente se for levado em conta o aumento crescente da jurisprudencialização das políticas públicas, muitas vezes tornando o magistrado um realizador de matéria antes relegada exclusivamente aos critérios de oportunidade e conveniência do administrador, o conhecido “mérito administrativo”.

Nessa equação dos poderes que se repartem como órgãos da soberania do Estado nas condições impostas pelas variações conceituais derivadas da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno de transferência e transformação política: a tendência do Poder Judiciário para subir de autoridade e prestígio, enquanto o Poder Legislativo se apresenta em declínio de força e competência.<sup>16</sup>

Essa perda de exclusividade no viés externo traz à tona a discussão no tocante à participação dos atores da atividade privada na “vida” do Estado, trazendo para as decisões a serem tomadas pelo ente governamental seus interesses diretos, esses de cunho econômico, político, ou, mesmo, a atividade privada suprindo diretamente as matérias “esquecidas”, ofertando respostas mais efetivas às demandas que seriam de competência do Estado.

O Estado perde a *concorrência* para outros setores – semipúblicos, privados, marginais, nacionais, locais, regionais, internacionais, supranacionais, etc. – acerca da capacidade, bem como, muitas vezes, da legitimidade, de decidir vinculativamente a respeito da lei, sua execução e da resolução de conflitos<sup>17</sup>. A crise funcional, em última análise, atinge diretamente a soberania estatal, visto que espaços originariamente ocupados pelo governo passam a ter outros atores gerindo e influenciando, por vezes retirando o “poder de império” que acompanha o Estado desde os primórdios.

Parece, portanto, ser cada vez mais necessário revisar o vetusto dogma da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os poderes Legislativo e

<sup>15</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 221.

<sup>16</sup> BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*, p. 635.

<sup>17</sup> MORAIS. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*, p. 52.

Executivo no Brasil mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais<sup>18</sup>. A essa constatação também chega Bolzan:

o enquadramento das funções estatais dentro do esquema da rígida tripartição de poder não corresponde mais às necessidades das sociedades hodiernas, que devido a sua alta complexidade permite o afloramento das mais diversas necessidades. Em decorrência da alucinante velocidade como os fatos sociais ocorrem, exigindo respostas imediatas dos órgãos públicos, o Poder Legislativo, que para realizar uma lei tem que cumprir um minucioso e longo procedimento, não pode atender de forma eficiente a essas demandas. A concepção de Poder Legislativo como órgão único de produção normativa torna-se insustentável.<sup>19</sup>

O Estado não morreu, está, sim, em fase de transformação de seus dogmas, mais alicerçados nas fontes históricas vividas pelos agentes formadores dessa realidade vivenciada. Logo, (re)adequar, (re)pensar, (re)organizar os papéis, os atores, enfim, o próprio Estado é viver o momento histórico e lançar-se para novas perspectivas evolutivas, que trazem o incerto como característica, mas a esperança como fator necessário para dar continuidade aos sonhos não utópicos de uma sociedade justa e solidária.

## 2 O sistema tripartite sob uma nova perspectiva

Na concepção conservadora da tripartição dos poderes, consagrada por Montesquieu, o objetivo era organizar os poderes e traçar a linha das competências indispensáveis ao seu correto e efetivo funcionamento<sup>20</sup>. Em verdade, o sistema de tripartição e a organização dos poderes são a imagem do Estado<sup>21</sup>, e ligado diretamente ao fato da organização e distribuição de competências, sendo, ao fim e ao cabo, um limitador do poder do Estado.

Ocorre que, na contemporaneidade das relações, gera-se uma conflituosidade na ação das funções estatais. O Estado Constitucional prevê uma série de direitos medidas que empurram o Estado para uma ação que, por vezes, não se concretiza, gerando o que Bolzan denomina de “crise de realização” e, igualmente, uma “crise funcional”, expressa na disputa pelos espólios da capacidade de gestão e de regulação<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> KRELL, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais, In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada – construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p 29.

<sup>19</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da constitucionalização e a densificação da legitimidade da Jurisdição constitucional. *Revista do instituto de hermenêutica jurídica*. (Neo) constitucionalismo. Ontem os códigos. Hoje, as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004. p. 226.

<sup>20</sup> BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*, p. 584-585.

<sup>21</sup> Idem, p. 586.

<sup>22</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *Afinal quem é o estado: por uma teoria (possível) do/para o estado constitucional*. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <cassiana@netvisual.com.br> em 23 de novembro de 2006.

A desproporção entre as promessas e as respostas fornecidas aos destinatários traz à tona o descompasso entre as considerações clássicas da estruturação do Estado, assim como na própria unidade do poder.

Rogério Gesta Leal dissecou a atual forma de atuação dos três poderes, dizendo que há necessidade urgente de rever e reorganizar o Estado, visto que o poder Executivo tem utilizado práticas autoritárias e decisionistas para exercer seu governo, valendo-se de instrumentos proporcionados pelo próprio sistema jurídico, como, no caso brasileiro, as medidas provisórias, o orçamento público, as trocas de favor com o Legislativo, as pressões simbólicas e reais de verbas e recursos para o Judiciário. Com isso, vai gerando um insulamento institucional, o que lhe garante espaço e condições para governar sozinho, permitindo atitudes paternalistas, ou, mesmo que facilitam em muito a livre corrupção e os desvios de finalidade. O poder Legislativo, por sua vez, tem perdido suas feições legiferantes, tanto em sua face indutora e causuista, como pela perda de identidade social decorrente de sua acomodação institucional, somado aos altos índices de corrupção, ou, ainda, pela ignorância de que seus mandatos têm função nacional e internacional, não apenas local e regional, e, de longe, significa mercadoria de troca, de barganha comercial ou financeira, para atender a demandas pessoais e corporativas. Por fim, o poder Judiciário não tem sido objeto de estudo em face do seu posicionamento perante a realidade social, mas está em plena crise institucional, das quais duas podem ser destacadas: crise de identidade, por sua anomalia de responsabilidade frente ao cenário narrado anteriormente, e crise funcional e estrutural, levando em consideração o excesso de burocracia que o assola, que, não raro, o torna ineficiente e de resultado tardio, não conseguindo, sequer, cumprir com suas cotidianas tarefas.<sup>23</sup>

Segundo entendimento de Mauro Capeletti, nenhum dos três poderes, em alguns casos, conseguiu desenvolver as investigações requeridas e necessárias para uma obra criativa legiferante, principalmente o judiciário, já que a disposição de meios e recursos prejudica a pesquisa do ambiente em que tal atividade acarretará seus efeitos<sup>24</sup>.

Diante dessa (des)construção de paradigmas e realidades, impõem uma revisão na organização e no papel exercido pelas funções dos poderes estatais, isso com o fim único de tentar reduzir os défices de legitimidade, identidade e eficácia que hoje enfrenta a tradicional teoria da tripartição dos poderes lecionada por Montesquieu. Isso significa dizer que já não bastam as concepções clássicas das instituições, assim como as respostas acabadas para a solução de problemas que se mostram cada vez mais complexos com o passar dos tempos.

Se o Estado, mesmo com as condições materiais necessárias para desempenhar seu mister, não o consegue e não o conseguiria, em face dos condicionantes referidos. A verdade é que não se pode esperar por soluções urgentes às suas demandas, estas muitas vezes primárias, que acabam por agudizar ainda mais a exposição da falência do modelo atual de administração pública, em

<sup>23</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p. 47-48.

<sup>24</sup> CAPELETTI. *Juízes legisladores?* p. 87.

todos os seus níveis<sup>25</sup>. É necessário, como lembra Bolzan, que se remontem, mais uma vez, e ainda as transformações que se observam nas relações mesmas entre as funções estatais tradicionais, quando, ao que parece, cada uma delas, como reflexo de sua perda de importância própria, projeta-se por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição característica de outra.<sup>26</sup>

Assim há a perda do vértice e, sobretudo, da harmonização dos poderes por haver a interferência na atuação das funções originais, deslocando o lócus de realização de tarefas antes atribuídas a certos poderes e, principalmente, deslocando a discussão de toda e qualquer matéria para o campo judicial, sem que se tenha uma real noção de possibilidades e limites da atuação de cada poder envolvido no jogo democrático.

Nesse ambiente de redefinições das estruturas institucionais, em particular no âmbito do Estado Democrático de Direito dos dias atuais, requer-se não só a revisão dos papéis do Estado, mas um olhar crítico relativamente às relações interfuncionais<sup>27</sup>. A organização funcional da atividade estatal para além de um mecanismo de racionalização administrativa atua, também, como um elemento de garantia para o asseguramento democrático do poder político<sup>28</sup>.

Uma das propostas que se apresentam ultimamente é a opção por uma outra classificação para as funções do Estado, dividindo-a entre “funções de governo”, que abarcaria as tradicionais funções executiva e legislativa, e “função de garantia”, vinculada à atividade jurisdicional<sup>29</sup>.

Por “funções de governo”, poder-se-iam entender aquelas diretamente ligadas às concernentes à administração em geral, à aplicação de recursos, eleição de prioridades, àquela discricionariedade ligada diretamente à vida do Estado que atinge diretamente os destinatários, ou seja, o povo. Em síntese, as funções de governo diriam respeito às funções de legislar, promover a fiscalização interna das matérias, executar, ordenar, distribuir, com funções eminentemente políticas. Pode-se arriscar ainda denomina “funções de estado” o que retiraria o caráter temporal do governo de pessoas porque o Estado permanece independente de quem ou de qual partido político esteja no exercício das funções. Nesse contexto, estaria preservada a continuidade do Estado, atravessando os “planos de governo” e as vontades dos administradores, sustentando a grandiosidade que o Estado deve possuir.

Já as “funções de garantia” estariam ligadas ao fato do que Bolzan denomina “intervenção concretizadora ou controladora dos atos de governo”<sup>30</sup>, legitimando as ações do Poder Judiciário no momento de preservar, seja com ações diretas de fiscalização, como por exemplo por ações ineficientes dos demais poderes,

<sup>25</sup> LEAL. Op.cit. p. 48.

<sup>26</sup> MORAIS. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*, p. 52.

<sup>27</sup> MORAIS. *Afinal quem é o estado: por uma teoria (possível) do/para o estado constitucional*.

<sup>28</sup> STRECK; MORAIS. *Ciência política & teoria do estado*, p. 180.

<sup>29</sup> MORAIS. op. cit.

<sup>30</sup> MORAIS. op. cit.

seja na concretização direta de direitos abandonados pelos governantes, isso levando diretamente em consideração a matéria dos direitos fundamentais constitucionalmente previstas. Nesse sentido, o juiz passaria a ter uma nova postura perante as matérias postas a sua análise: deixaria de ser um adjudicador de direitos, passando a hermenêutica da constituição. Em última análise, o fenômeno da “judicialização da política” passaria a ser reorganizado na busca da harmonização das funções com fins da implementação da constituição.

Essa nova classificação traria ares de (re)definição e (re)adequação das funções estatais, isso também quanto ao fato da unidade do poder político, que, no caso, mesmo sendo a matéria “repaginada”, não foi esquecida, quiçá perdida. Nesse momento, então, passa-se a não falar mais em separação de poderes, mas, sim, em conciliação, em complementação de poderes, visto que a harmonização de atribuições as funções seriam cúmplices no cumprimento do projeto constitucional.

O importante é que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos<sup>31</sup> e, claro, sem esquecer a garantia aos direitos/deveres individuais. Assim, em última análise, encarar o sistema da tripartição dos poderes como originariamente concebida é impossível diante da tendência transformadora do Estado. A necessidade de (re)assentamento dos parâmetros delimitadores dos poderes/funções se faz urgente para que se possa falar em realização do Estado Democrático de Direito.

### **Conclusões preliminares**

É certo que dentre as funções do Estado a função de ditar regras que sujeitarão toda uma sociedade é a mais encantadora, e por que não dizer a mais sedutora, pois são as regras que trarão toda regulação do meio social, que terão de ser observadas num contexto geral, mas o grande problema surge quando todos os poderes constituídos, ao menos tentam, numa sobreposição de uns sobre os outros, mostrar poder e acabam por gerar situações que de uma forma ou outra estão em desconformidade com os anseios da sociedade ou mesmo retiram dessa mesma sociedade a mera sensação de segurança das relações, por total inobservância de condições mínimas para essa ação.

A elaboração das normas que ditam os comandos da sociedade, seja produzida por qualquer dos poderes, é aparentemente um fenômeno impossível de retrocesso, mas deveria, no mínimo, levar em consideração antes de tudo o cidadão e principalmente a realidade social. O ato de legislar é como o trabalho de um artesão na elaboração de sua obra-prima, que se dá através da reunião da história e das necessidades da comunidade.

Num primeiro momento, deveria ser efetivado o caminho inverso daquele que normalmente os estudos têm feito; normalmente imaginam-se situações e lançam-

---

<sup>31</sup> DALLARI. *Elementos de teoria geral do estado*, p. 222.

nas à sociedade para ver como serão aceitas e, principalmente, se estão de acordo com a necessidade, só que frente à atual configuração deveria ocorrer exatamente o caminho oposto, qual seja: dirigir-se até a sociedade para um estudo aprofundado do que essa sociedade entende por direitos e deveres, do que necessita como regras de convivência e o que espera do Estado, para só, então, analisar possíveis falhas e as possíveis soluções. Habermas compartilha desse entendimento:

Todavia, as condições de reconhecimento, garantidas pelo direito, não se reproduzem por si mesmas, pois dependem do esforço cooperativo de uma prática cidadã, a qual não pode ser imposta através de normas jurídicas. O moderno direito impositivo não inclui os motivos, nem o modo de pensar e sentir dos destinatários, e isso por uma boa razão: qualquer norma jurídica que impusesse a aceitação ativa de direitos democráticos seria totalitária. Por isso, o status de cidadão juridicamente constituído depende de uma contrapartida, ou seja, de um pano de fundo concordante, que é dado pelos motivos e modos de sentir e de pensar de uma pessoa que se orienta pelo bem comum, os quais não podem ser impostos pelo direito<sup>32</sup>.

Isso significa dizer que mesmo no exercício legítimo legiferante, mesmo que para suprir uma deficiência de qualquer outro poder, não pode, em momento algum, enveredar pela senda da arbitrariedade e da lesão ou supressão de direitos, mas deveria sim ser usada como forma de assegurar direitos mínimos do cidadão.

Como leciona Ferrajoli, a crise que enfrenta o Estado é uma crise de época com conseqüências imprevisíveis, cabendo à cultura jurídica e à política apoiar-se naquela “razão artificial” que é o direito e que já no passado moldou o Estado em suas relações, reconstruindo as relações e o próprio direito (interno e externo) fundamentado nesse momento e, daqui por diante, na autonomia dos povos<sup>33</sup>. Essa crise pode ser superada em sentido progressivo, mas somente se for aceita a despotencialização<sup>34</sup> diante da apresentação de respostas às demandas impostas a ele sob a égide dos paradigmas na forma hoje concebidos.

Vê-se que os poderes constituídos falharam em seus misteres e, frente a isso, o próprio sistema jurídico nacional criou mecanismos de *check and balances*, autorizando que os demais poderes realizem autocorreções ou correções externas nos atos violadores das normas que os vinculam. O que se deve verificar é que a medida e a intensidade desta falha capaz de chamar o controle externo corretivo vão ser dadas pelo caso concreto, observando a real necessidade da intervenção perquirida de um no outro, visando sempre garantir o mínimo existencial consubstanciador da dignidade da pessoa humana, mas dito controle deve atingir da maneira mais singela possível as estruturas republicanas democráticas e representativas, eis que vinculadoras de institutos igualmente constitucionais<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> HARBEMAS, Jurgen. *Direito de democracia: entre a faticidade e validade*. Vol.II, 2. ed, tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 288.

<sup>33</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução: Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 52.

<sup>34</sup> FERRAJOLI. Op.cit, p. 53.

<sup>35</sup> LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 94.

O ativismo judicial ganha sempre especial atenção nos debates, já que ultimamente acentuado em matéria relegada inicialmente ao administrador é decorrente do fato de terem os sujeitos eleitos democraticamente abandonado seus primordiais princípios de realização dos fins do Estado e do interesse público, que são em si mesmos os fins e o interesse de toda sociedade. A interferência do poder Judiciário na realização de tarefas originariamente relegadas ao poder Executivo redefine a relação entre os três poderes, adjudicando ao Poder Judiciário funções de controle dos poderes políticos<sup>36</sup>.

Como adverte Gisele Cittadino, ainda que a ação judicial transforme em questão problemática os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, isso não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos<sup>37</sup>. Seriam os juízes o que chama Devlin de “legislador aleijado”, quando em sua atividade criativa não conseguem alcançar os limites de mediação e saneamento das relações sociais, em todos os níveis, público ou privado.

A imbricação entre sociedade, poderes constituídos, necessidades mínimas e a realidade que, muitas vezes, não é a sonhada por todos, traz uma direta evolução não só do ser, mas de todo ambiente em que ele vive; traz em si a construção de uma nova ordem social, não tão individualista, mas que busca a realização do bem e do progresso coletivo, no cumprimento imediato dos direitos mínimos.

Em última análise, a sociedade atua dentro desse cenário como protagonista, formando novos paradigmas, com nenhum dos poderes constituídos, seja o Legislativo, seja Executivo, seja o Judiciário, com o poder investido pela própria Constituição, pode agir, sob o manto da discricionariedade, de forma arbitrária. Então, seus atos devem estar sujeitos ao controle social, que pode ser considerado hoje uma das formas mais efetivas de verificação, principalmente quando a matéria envolvida for a realização de direitos fundamentais.

Levantar toda essa problemática nos traz os ensinamentos de Canotilho quando adverte que só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar do governo e que uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo ou exclusão<sup>38</sup>.

Dessa forma, o caminho seria trazer para a atividade legiferante de qualquer dos poderes uma participação mais acentuada da sociedade na atuação direta das decisões do ente público, atuando diretamente no campo da política, trazendo aos destinatários das políticas implementadas um maior comprometimento

---

<sup>36</sup> VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro:Renavan, 1999, p. 21

<sup>37</sup> CITTATINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG. 2002. p. 34-35.

<sup>38</sup> CANOTILHO. *A governance do terceiro capitalismo e a Constituição social*, p. 146.

e principalmente um maior grau de responsabilização pelos resultados alcançados<sup>39</sup>. No entendimento de Canotilho a deliberação pressupõe uma concepção dialógica da política e a consideração desta como um processo racional de discussão dos problemas e alternativas, de forma a se obter soluções justas, boas, ou, pelo menos, razoáveis, de ordenação da vida comunitária<sup>40</sup>, abandonando aquele modelo antigo conhecido por avocar todas as decisões *per si*, relegando o cidadão a mero destinatário, sem qualquer ingerência nas escolhas diretas do que é de alta relevância para a própria sociedade em que estão inseridos os atores deliberantes<sup>41</sup>.

Assim, resta a esperança que a discussão constante traga ao tema a intervenção de todas as partes comprometidas com futuro do Estado, aqui entendido os três poderes e a sociedade, estipulando procedimentos que nivelem, sem impedir quando necessário, a atividade legiferante por qualquer das partes.

Definir a fina linha entre o possível e o arbitrário tem sido o grande desafio dos últimos tempos, mas a averiguar se os limites do razoável e do proporcional foram ou não ultrapassados pelos poderes do Estado a ponto de colocar em risco o próprio Estado Democrático de Direito devem ser feitos constantemente, pois enquanto faltar bom senso e o jogo de vaidades prevalecer somente uma parte perderá, quem seja: o cidadão.

### Referências bibliográficas

BONAVIDES. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almeida. 2000.

CAPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARVALHO, Cassiana Alvina. Direito sanitário, cidadania e políticas públicas: a (re)definição de conceitos na busca por um efetivo Estado Democrático de Direito. In SCHONARDIE, Elenise Felzke; PILAU Sobrinho, Liton Lates (Orgs.) **Ambiente, saúde e constituição**. Ijuí: Editora Unijuí. 2007.

CITTATINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG. 2002.

---

<sup>39</sup> CARVALHO, Cassiana Alvina. Direito sanitário, cidadania e políticas públicas: a (re)definição de conceitos na busca por um efetivo Estado Democrático de Direito. In SCHONARDIE, Elenise Felzke; PILAU Sobrinho, Liton Lates (Orgs.) *Ambiente, saúde e Constituição*. Ijuí: Editora Unijuí. 2007. p. 117.

<sup>40</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almeida. 2000. p. 1416.

<sup>41</sup> CARVALHO. Direito sanitário, cidadania e políticas públicas: a (re)definição de conceitos na busca por um efetivo Estado Democrático de Direito. p. 117.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução: Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

KRELL, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais, In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada – construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

HARBEMAS, Jurgen. **Direito de democracia: entre a faticidade e validade**. Vol.II, 2. ed, tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

\_\_\_\_\_. **O estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAIS. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

\_\_\_\_\_; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da constitucionalização e a densificação da legitimidade da Jurisdição constitucional. **Revista do instituto de hermenêutica jurídica**. (Neo) constitucionalismo. Ontem os códigos. Hoje, as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

\_\_\_\_\_. **Afinal quem é o estado: por uma teoria (possível) do/para o estado constitucional**. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <cassiana@netvisual.com.br> em 23 de novembro de 2006.

RODRIGUES, Lorena. **Lula defende a harmonia entre poderes e crítica ingerência**. São Paulo: Folha on line. 2008, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/foha/brasil/ult96u378595.shtml>>, acesso em: 09 de mar. 2008.

STRECK, Lênio Luiz. O papel da constituição direigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz. **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

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