

## A PREVALÊNCIA DOS PODERES ELEITOS: RESGUARDANDO O PODER JUDICIÁRIO<sup>1</sup>

Marcello S. Godinho<sup>2</sup>

Doutor em Direito pela PUC-RJ;

Doutor em Economia pela UFRJ

**RESUMO:** Com um sistema político-partidário fragilizado, em que a fidelidade partidária e a consolidação programática dos partidos praticamente inexistem, destaca-se a atuação do Poder Judiciário como vetor de legitimação das políticas públicas.

O objetivo deste artigo é analisar como o Poder Judiciário passou a atuar no sistema político brasileiro pós-1988 e o que pode ser feito para que suas atribuições e limites mantenham equilíbrio com os demais poderes.

O problema da justiça no Brasil não seria uma questão de falta de separação ou de autonomia insuficiente entre os poderes, mas uma expressão do fato de que a comunidade nacional está profundamente dividida, impedida de funcionar como uma comunidade harmônica de cidadãos.

Ao Poder Judiciário não cabe ditar diretrizes materiais para os poderes políticos ou realizar fins sociais, ao escolher qual prestação de serviço público será realmente efetivada. Deve-se evitar a jurisdicização da vida política nacional, e deixar que o povo escolha seu caminho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Partidos políticos. Poder Judiciário. Poder Legislativo. Atuação judicial.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. Há equilíbrio entre poderes? 2 A comunidade na justiça 3 A atuação judicial e os seus limites 4 Conclusão

### 1 Introdução. Há equilíbrio entre poderes?

O capitalismo, na maior parte da sua história, não esteve associado à democracia. Com o decorrer do tempo, esta formação social precisou reconhecer algumas liberdades para poder desenvolver-se, criando vínculos entre a liberdade e a democracia, propiciando o seu próprio florescimento de maneira mais efetiva e eficaz (CAPELLA, 1979).

A ampliação da democracia e da liberdade foi, em grande parte, resultado da pressão proveniente de várias fontes - em especial, dos movimentos trabalhistas - contra as forças dominantes da propriedade privada dos meios de produção, com a ajuda de alguns segmentos da própria classe dominante, que temiam as consequências do aumento desregrado das liberdades e do incremento da autonomia individual.

Joseph Schumpeter, um dos mais brilhantes economistas de todos os tempos, definia a democracia como um “acordo institucional para se chegar a decisões políticas, em que alguns indivíduos adquirirem o poder de decidir através da competição pelos

<sup>1</sup> Enviado e aprovado em 12/3. Aceito em 19/3/2010.

<sup>2</sup> E-mail: marsagodo@yahoo.com.br .

votos do povo” (1984, p. 269). Uma concepção da democracia que fosse além desta visão, incorporando expressões da decisão popular, seria considerada indesejável e perigosa para vários teóricos políticos liberais, abertamente ou de forma dissimulada, avessos a participação efetiva do povo na formulação da vontade do Estado. Apesar disso, vários direitos políticos e civis foram sendo lentamente associados à vida sociopolítica nas sociedades capitalistas.

Aqui no Brasil, a situação política que vivenciamos, após a vigência da Constituição Federal de 1988, é no mínimo confusa. Ao preceituar aparentemente sob o signo do revide político, tentando fazer o contraponto ao que vigeu durante o regime militar, o legislador constituinte reduziu as atribuições do Poder Executivo, fortalecendo o Congresso Nacional e o Poder Judiciário. Ele tratou de subordinar as decisões políticas mais importantes a deliberação do Poder Legislativo, sem que este fosse constituído por partidos políticos sólidos, programáticos, doutrinários e fortemente estruturados no país. O Congresso, no imaginário do constituinte de 1988, assumiria atribuições típicas do Poder Executivo em um regime presidencialista.

Alegavam os “progressistas” que o presidencialismo do tipo imperial deveria ser preterido, ultrapassado, em razão de sua tendência a gerar conflitos institucionais, e que seria imperioso para a nossa vida política adotarmos o sistema de governo parlamentarista. Derrotados durante as votações na Assembleia Nacional Constituinte, a solução encontrada foi enfraquecer o Poder Executivo; enquanto, de outro lado, a legislação político-partidária não era alterada, mantendo-se o sistema eleitoral proporcional e a lista aberta dos candidatos. O resultado foi uma combinação de um presidencialismo enfraquecido com um sistema multipartidário baixamente institucionalizado.

Esse sistema político conviveria com um presidente quase impotente e relativamente fraco, o que se contrapõe a um Poder Legislativo composto por vários partidos políticos, em um sistema pulverizado, por vezes, por projetos políticos por demais abstratos, confusos e inconsistentes, além de uma baixa disciplina partidária.

A convivência entre os poderes Executivo e Legislativo, no sistema de governo presidencialista, depende sempre do sistema partidário e das regras que disciplinam a competição eleitoral. Essas relações são afetadas de maneira crucial pela extensão dos poderes legislativos controlados pelo presidente da república. O que se verifica ao redor do mundo, nos países que adotam o presidencialismo, é que o presidente é sempre dotado, em alguma medida, de poderes legislativos. A discussão é em que termos e em que grau esses poderes são conferidos ao chefe de governo e do Estado.

Destaca-se que a legislação partidária e o sistema eleitoral vigente no Brasil alimentam estratégias individualistas e, por vezes, antipartidárias por parte dos membros do Poder Legislativo, ou entre os parlamentares e os candidatos a cargos públicos eletivos. Os projetos de lei e as propostas de emendas constitucionais são,

em muitas ocasiões, ditados por interesses eleitorais, particularistas, imediatistas e, geralmente, corporativistas, que beneficiam um pequeno grupo social, não raramente em detrimento da sociedade.

O presidente da república vê-se obrigado a formar seu governo à maneira de um gabinete parlamentarista, distribuindo ministérios aos partidos políticos dispostos a apoiá-lo, para formar, dessa maneira, uma base de apoio parlamentar. Benefícios políticos de toda espécie são distribuídos aos membros da coligação governista; em troca, o chefe de governo espera contar com a maioria de votos no Parlamento. A ameaça e mesmo a punição dos que se rebelam ou não apoiam incondicionalmente o governo ocorrem na perda dos benefícios políticos antes conferidos, tanto na administração pública direta como na indireta.

As barganhas entre os poderes Executivo e Legislativo retratam as negociações entre parlamentares e o governo, fazendo com que alguns membros do Congresso Nacional possam extrair benefícios, como a nomeação de afilhados políticos para cargos ou funções federais, de um Poder Executivo frágil e acuado pela necessidade constante de aprovar matérias de seu interesse no Congresso Nacional. Em várias ocasiões, os membros do Parlamento agem como o lado forte desta disputa, em condições de exercer pressão sobre o governo, extraindo “rendas” - uma vez que são detentores dos votos de que o Executivo tanto precisa para aprovar determinados projetos necessários para manter a governabilidade do país.

A formação de amplas coalizões no Parlamento - construídas, por vezes, na base da troca de votos por cargos e benesses do governo federal - exprime maiorias instáveis, o que levou o Poder Executivo, em alguns momentos de nossa história, a barganhar a cada votação a fim de que não ficasse envolto em uma paralisia decisória.<sup>3</sup> Essa dificuldade que o sistema político-partidário brasileiro apresenta - a construção de maiorias políticas sólidas estáveis no Parlamento - dificulta a ação do Poder Executivo. Para a professora Maria Helena de C. Santos, esta situação deve-se:

À baixa institucionalização dos partidos, a determinadas regras eleitoral-partidárias (que propiciam a ausência de fidelidade partidária e a personalização dos mandatos) em um sistema multipartidário polarizado e altamente fragmentado, à forte presença de interesses suprapartidários, aos constrangimentos eleitorais dos partidos (receio da não reeleição de seus representantes em função do apoio a medidas impopulares do Executivo) e a sua forma segmentada de comportamento (partidos que ocupam distintas posições no espectro ideológico negociando segundo diferentes moedas). (SANTOS, 1997, p. 362).

O Poder Executivo, na verdade, controla os recursos públicos que os parlamentares desejam utilizar, uma vez que deles necessita para ver concretizadas suas propostas

<sup>3</sup> Um bom exemplo foi a derrota sofrida pelo governo no Senado, na votação da proposta de emenda constitucional que previa a prorrogação da CPMF.

orçamentárias, assim como assegurar a sua reeleição. O governo pode explorar estrategicamente seu controle sobre o acesso às benesses relacionadas com o exercício do poder, a fim de reduzir os custos do apoio de que necessita no Congresso Nacional.

De forma positiva, a Constituição de 1988 aprovou uma série de medidas tendentes a fortalecer o papel do Congresso Nacional, recuperando alguns dos poderes subtraídos do Poder Legislativo ao longo do período militar, mas o fez de forma atabalhoada e confusa, sem atribuir-lhes as consequentes responsabilidades de uma obstrução as propostas governamentais.<sup>4</sup>

O grande problema é que o nosso processo eleitoral é construído sobre a representação proporcional, listas abertas e amplas coligações partidárias - inclusive para as eleições não majoritárias, como as de deputados federais. Faltam as condições mínimas que poderiam garantir a este processo inteligibilidade por parte da população, e do eleitor em particular. Este não tem condições de identificar claramente o seu representante político: fica impossibilitado de acompanhar suas atividades e de cobrá-lo diretamente. O parlamentar fica livre para perseguir seus próprios interesses ou aqueles meramente corporativos, em detrimento dos interesses da imensa maioria da população. Na verdade, falta *accountability* ao nosso sistema político: os partidos políticos têm ainda pouca importância na vida política nacional.

Os partidos também não controlam seus membros no Congresso, pois a legislação partidária não prevê nenhum instrumento eficaz de controle da agremiação partidária sobre o comportamento de seus parlamentares e, sobretudo, não confere poder aos líderes partidários para punir de forma rápida os congressistas indisciplinados. Além disso, os partidos não podem negar legenda a estes parlamentares, porque, de acordo com a legislação vigente, eles são candidatos natos à reeleição. A lista de candidatos é aberta, e carece o partido político da capacidade de influir decisivamente nas chances de eleição de cada candidato. As possibilidades efetivas de reeleição de um parlamentar são pouco influenciadas pelos partidos políticos: dependem fundamentalmente de sua própria iniciativa. Consequentemente, o partido a que pertence o parlamentar tende a não influir decisivamente no seu comportamento político.

Ao analisar o sistema partidário brasileiro e destacar a falta de coesão interna dos partidos políticos no país, o professor do Departamento de Humanidade da Universidade de Colúmbia (EUA) Giovanni Sartori leciona:

No mundo de hoje, é difícil encontrar um país que seja tão antipartido quanto o Brasil, tanto na teoria quanto na prática. Os políticos referem-se aos partidos como partidos de aluguel. Mudam de partido livre e frequentemente, votam em desacordo com sua orientação e recusam-se a aceitar qualquer tipo de disciplina partidária, sob a alegação de que não se pode interferir na sua liberdade de representar os seus eleitores. (SARTORI, 1982, p. 11)

<sup>4</sup> Uma ideia seria possibilitar a dissolução do Congresso em determinadas situações, com a consequente convocação de uma nova eleição para os cargos do Poder Legislativo.

Cientes de alguns desses problemas, os constituintes de 1988 tomaram certos cuidados diante do risco de que o Congresso Nacional viesse a paralisar o Governo. Esta preocupação informou o desenho institucional adotado pela Lei Maior. Na realidade, os constituintes desconfiavam do futuro desempenho do Poder Legislativo na nova ordem constitucional. A solução foi dotar o Poder Executivo de instrumento eficazes para enfrentar situações de emergência sem o concurso *a priori* do Poder Legislativo.

A Lei Fundamental restabeleceu, como já foi dito, uma série de poderes do Congresso Nacional, ao mesmo tempo em que manteve algumas prerrogativas essenciais do Poder Executivo, para que este pudesse agir de forma célebre na defesa do interesse público. Destacam-se os poderes de iniciativa legislativa privativa em matérias orçamentárias e emergenciais, ressaltando-se o poder de editar medidas provisórias as quais permitem ao Executivo legislar, por certo tempo, sem interferência do Congresso Nacional. Porém, deve-se frisar que o Legislativo não é um poder passivo diante do Executivo: verifica-se uma relação permanente de dependência mútua, a qual atende a interesses de ambos os poderes e, por vezes, dificulta uma atuação mais eficaz do Governo.

A agenda do Poder Executivo é, em todo o mundo, preponderantemente econômica e administrativa, sendo sua ação marcada fundamentalmente pela gestão macroeconômica, o que talvez explica por que, nos últimos anos no Brasil, editaram-se tantas medidas provisórias (MPs), em diferentes áreas de regulamentação legislativa. Verificamos que a imensa maioria das MPs tratou fundamentalmente de modos de o Estado intervir na vida econômico-social.

Esta verdadeira delegação parcial da função legislativa ao Poder Executivo é também em parte atribuída ao receio dos parlamentares de assumirem a posição de responsáveis pela tomada de medida impopulares que possam comprometer suas chances de reeleição ou de eleição para outro cargo político. Outra não é razão pela qual a votação de matérias polêmicas ou “difíceis” no Congresso Nacional normalmente não se dá em anos eleitorais.

Outro fator é que a urgência da adoção de certas medidas consideradas vitais para a vida socioeconômica do país fez com que o Poder Legislativo concedesse certas “prerrogativas” ao Executivo, tendo em vista o receio de que a demora na deliberação poderia acarretar o insucesso das políticas adotadas, e tal ser atribuído ao Congresso Nacional devido a sua “má vontade” para com o Executivo ou a sua “negligência legislativa”.

Alguns problemas surgiram a partir da aprovação da Emenda Constitucional nº 32/2001, que deu nova disciplina as medidas provisórias. Como sabemos, para ver aprovadas matéria de interesse nacional, o chefe do Poder Executivo precisa negociar com os presidentes das mesas diretoras das duas casas do Congresso Nacional; depois, com principais lideranças partidárias; e, muitas vezes, com bancadas construídas em torno de interesses pontuais, como a dos ruralistas, evangélicos, sindicalistas, aposentados,

servidores públicos, proprietários dos meios de comunicação e das indústrias e, finalmente, dos banqueiros. Obviamente, esta lista das bancadas no Congresso não é exaustiva nem imutável.

O nosso sistema político-partidário não exige fidelidade partidária<sup>5</sup>, e os partidos políticos dificilmente punem a infidelidade de seus membros. A Câmara dos Deputados tende a ser o produto de um confuso, para dizer o mínimo, sistema eleitoral e partidário, provocado pela existência de um sistema de eleição proporcional e de listas abertas, que convive com partidos políticos, em geral, fracos e de pouca penetração popular.

O uso das medidas provisórias foi, até há alguns anos, considerado a grande saída para um permanente e latente estado de ingovernabilidade do país. O Poder Legislativo, por meio de emenda constitucional, reduziu drasticamente as possibilidades de estabilização das medidas provisórias. É interessante notar que o presidente Fernando Henrique deixou que os partidos que o apoiavam aprovassem esta emenda, mas coincidentemente só no final do seu segundo mandato, após longas discussões que consumiram quase os seus oito anos de governo. O perigo seria que o Congresso Nacional não estabelecesse regras seguras para a fidelidade partidária, que obrigassem o comportamento solidário e responsável das bancadas partidárias de sustentação do governo. A paralisia, a obstrução e a crise do governo seriam uma ameaça para o próximo presidente, se este tentasse adotar medidas avançadas e inovadoras que contrariassem os eternos donos do poder no Brasil.<sup>6</sup>

O que constatamos é que a cidadania fez uma opção clara pelo presidencialismo no plebiscito de abril de 1993, escolheu que o chefe de governo fosse eleito pelo voto popular e estrategicamente posicionado no centro da decisão da vista política nacional. Deve ser o presidente da República escolhido pela maioria do povo brasileiro e ter ampla capacidade de comando administrativo e iniciativa política, que lhe permita coordenar e implementar políticas públicas de conteúdo compensatório e redistributivista que favoreçam os segmentos mais pobres da população. O presidencialismo precisaria atender as expectativas da sociedade brasileira, reformando-se, buscando um padrão superior de desempenho do Poder Executivo.

A transição democrática dos anos 1980, que culminou com a Constituição Federal de 1988, tentou valorizar o Poder Legislativo, cercear a atuação do Poder Executivo “imperial”, mas esqueceu-se de reformar o sistema político brasileiro, ao não reequilibrar os poderes da República, não modernizar os institutos de representação política, nem construir um pacto federativo sustentável, econômica e financeiramente.

Como consequência, presenciamos o aumento da tensão entre os poderes políticos, o enfraquecimento dos órgãos encarregados das funções de planejamento e coordenação no país, a diluição do poder do Presidente da República de comandar

<sup>5</sup> Após a decisão inovadora do Tribunal Superior Eleitoral, confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, este quadro sofreu uma relativa alteração. A mudança não foi completa uma vez que continua nas mãos dos partidos políticos a faculdade de reclamar o mandato do parlamentar. No Senado, p. ex., vários parlamentares trocaram de partido e não perderam os mandatos.

<sup>6</sup> Sobre os avanços do atual governo na economia ver N. Barbosa e J. Souza (2010, mimeo).

e controlar a Administração pública e o loteamento dos principais cargos desta entre os aliados políticos em troca de apoio parlamentar. Tudo isto ocorreu em um quadro político institucional de crescimento explosivo das demandas sociais.

A falta de um novo equilíbrio entre os poderes da República, principalmente entre aqueles ungidos pelo voto popular, demandou um comportamento “anômalo” da cúpula do Estado. O Poder Executivo recebeu maiores incumbências e atribuições e, ao mesmo tempo, perdeu muito de sua capacidade deliberativa para o Congresso Nacional. O Legislativo, por outro lado, foi formalmente reforçado, mas de fato era por vezes dominado por interesses particularistas, corporativistas e fisiologistas, não se constituía em um espaço político da cidadania, no qual os projetos nacionais fossem amplamente discutidos e deliberados. Faltava uma visão totalizadora e coordenada dos problemas nacionais e das possíveis soluções.

Asolução para este quadro político-administrativo passava pela reforma democrática do Estado (v. BRESSER PEREIRA, 1998) que, ao lado de modernizar as instituições básicas da política, deveria transformar substancialmente a estrutura organizacional e o funcionamento do Estado brasileiro, em particular do Poder Executivo, ampliando a capacidade da Presidência da República de planejar, coordenar e dirigir as ações da Administração Pública. Isso levaria o Executivo a se tornar um instrumento real, efetivo, de coordenação e direção política do país, sendo sua atuação indispensável para a operação institucionalizada do Estado Nacional, na busca de modernizar o país e torná-lo mais justo, democrático e eficiente economicamente para a maioria de sua população.

## 2 A comunidade na justiça

Quando se pensa nos fundamentos de uma democracia moderna, imediatamente se evoca a separação entre os poderes como uma condição inegociável. Esta exigência parece incluir a ideia de que a Justiça não deve nem pode ser expressão da vontade política de qualquer pessoa ou qualquer grupo de pessoas escolhidos arbitrariamente (CASTORIADIS, 1979).

O grande problema político contemporâneo objeto de discussões entre cientistas políticos e juristas é o de como proteger a liberdade contra a tirania, seja ela a tirania de uma pessoa ou de várias. Para um intelectual como Friedrich Von Hayek, por exemplo, a questão principalmente consistia em impedir a democracia viesse a se tornar uma ditadura da maioria (v. HAYEK, 2007, v. 1). A democracia continuará a ser efetiva se qualquer indivíduo estiver submetido ao governo das leis, e não ao arbítrio dos homens. Este conjunto de regras estáveis e gerais, abstratas e iguais para todos limitaria o poder político e não poderia ser alterado fora do procedimento previsto na Lei Maior.

Numa formação social capitalista contemporânea, a fonte da autoridade da lei e de sua administração é a própria comunidade dos cidadãos, salvo para os indivíduos que alimentam nostalgias para julgamentos divinos, santas inquisições e procedimentos similares. Nas nossas sociedades é proibido matar, roubar, estuprar, etc., não porque estas regras foram transmitidas pelos antepassados ou por Deus, e sim porque houve uma decisão política da comunidade. Ideias, valores, princípios morais e leis valem porque os cidadãos concordam de alguma forma em serem orientados e regidos por essas normas (v. LEFORT, 1982).

A consequência desta visão é que não faz sentido protestar contra a ingerência da política na administração da justiça, pois, nas sociedades democráticas, a justiça é e deve ser sempre de natureza política, já que a própria ideia do que seria justo ou não só vive graças ao acordo da comunidade política.

As imperfeições do sistema jurídico não são devidas à iníqua invasão da política na esfera pretensamente purificada da lei. O que ocorre não são contaminações da justiça por um corpo estranho, as discussões políticas entre os cidadãos. Ao contrário: lei e justiça são e só podem ser expressões políticas da vida social, do confronto, do conflito e por vezes do consenso alcançado entre os cidadãos.

Em uma sociedade moderna e democrática, a fonte de toda autoridade é a própria comunidade dos cidadãos; e o que é justo depende da vontade deste corpo social, o qual se expressa de forma direta ou por intermédio de seus representantes políticos. Se a administração da justiça não funciona, isso não acontece por ela estar sendo “invadida” por considerações políticas, mas por algum fracasso da vida política da comunidade, que deveria se expressar na sua capacidade de fazer justiça. Uma comunidade politicamente doente é incapaz de articular uma voz comum que sirva de fundamento à administração da justiça.

O problema da justiça no Brasil não seria uma questão de falta de separação ou de autonomia insuficiente entre os poderes, mas uma expressão do fato de que a sociedade nacional está profundamente dividida, impedida de funcionar como uma comunidade harmônica de cidadãos. Se uma classe, ou fração de classe, é privilegiada na administração da justiça, isso não manifesta sua usurpação da função do Poder Judiciário, mas sim sua usurpação de poder da comunidade, o que inviabiliza a vida social pacífica.

O que tem valor de lei em uma sociedade democrática e autônoma devem ser, em última instância, as ideias compartilhadas pela comunidade nacional. O legislador precisa ser chamado a atuar, a positivar estes anseios e desejos da população, sob a ameaça de se instalar na pólis a “pobreza” em toda a sua grandeza.

Para se medir os padrões comunitários em matéria de justiça, pode-se utilizar o conceito de pessoa razoável, quem age de uma forma compatível com a comunidade e compreendida por ela. Uma comunidade decide o que é punível, ou não, a partir



da ideia vigente de pessoa razoável. De certa forma, como dizia Cornelius Castoriadis (2002), “nós somos aqueles que nos damos as nossas próprias leis”.

Durante a evolução saudável da vida de uma democracia estável e pujante, a pessoa razoável deveria tornar-se cada vez mais representativa da comunidade. Este tipo de pessoa vem a ser a unidade de medida de justiça, se conseguir se tornar representativa do conjunto da comunidade. Uma questão importante também é como tornar possível a composição e a manutenção de uma comunidade que reconheça e exalte todas as diferenças particulares entre os indivíduos, respeitando-as de maneira efetiva e sincera.

No Brasil nossa maior dificuldade é que faltam as condições sociais básicas, materiais, para formar e manter uma comunidade nacional harmônica. As escandalosas diferenças sociais fazem com que, para alguns, seja considerado natural enriquecer sem limites, geralmente às custas de rendas extraídas do Estado, às expensas do aumento de legiões de miseráveis e desterrados. Parece que a justiça que merecemos e que efetivamente temos está intimamente ligada a nossa vida política e social.

### 3 A atuação judicial e os seus limites

Todas as pessoas dotadas de um mínimo de razão e bom senso sabem que a prestação de serviços públicos depende da disponibilidade de recursos por parte do Estado. Este fundamentalmente transfere recursos de determinados setores da sociedade para outros.

Certos segmentos populistas da sociedade brasileira atribuem grandes tarefas ao Estado sem mencionar a referida fonte de custeio, o que pode ocorrer devido a uma insolúvel escassez de leitura. Na realidade, a alocação de recursos é uma decisão política dos poderes eleitos, que determinam, uma vez conhecida a disponibilidade de receitas, quais serão os programas sociais ou políticas públicas a serem implementados.

Alguns autores nacionais, geralmente de índole liberal-conservadora, tratam da “reserva do possível” (v. TORRES, 1999), negando aos juizes o poder de determinar o curso de políticas públicas, senão estar-se-ia invadindo, principalmente, a área de competência do Poder Executivo, e não cabe ao Judiciário substituí-lo na função de administrador das demandas sociais.

Outros doutrinadores “libertários” tentam também atribuir um caráter messiânico ao texto constitucional, esquecendo-se que é preciso que a Lei Maior tenha dimensões materiais que se possam concretizar. Pode-se descrever o que se deseja em termos de avanços sociais na Constituição, mas, para sua implementação, é imperioso que haja um Estado forte e capaz de exercer políticas públicas. Na falta de um Estado que promova uma política de desenvolvimento nacional, todos os desejos inseridos na Constituição serão frustrações amanhã por falta de condições materiais para a sua efetivação.

Somente pessoas ingênuas ou mal intencionadas - inclusive em desacreditar a atuação da magistratura - podem imaginar que as soluções para as grandes questões nacionais serão dadas pelo Poder Judiciário, o que demonstra um pequeno entendimento acerca do regime democrático e da nossa Lei Fundamental. Na verdade, esquecem que, em todo o mundo, este papel é do Poder Executivo e do Legislativo, e que o Direito Constitucional é o direito político ligado ao jurídico.

A existência de direitos fundamentais, com a consequente concessão de prestações positivas estatais, requer a intervenção ativa dos poderes públicos. Este é o papel dos poderes legitimados pelo voto popular, democrática e tecnicamente aparelhado para tomar e executar este tipo de decisão. É o legislador aquele legitimado a determinar o conteúdo concreto destes direitos subjetivos de natureza social, sem ultrapassar os limites materiais do Estado social e ameaçar a governabilidade do país (v. CRANSTON, 1986; RAWLINGS, 1997).

A Constituição Federal de 1988 segue - ou ao menos pretendia seguir, no momento de sua elaboração - o modelo de constituição dirigente, popularizada pelo professor português José Joaquim Gomes Canotilho. Tratava-se de um projeto político de transformação com sujeitos históricos determinados na sua origem.

O referido professor reconhece que a constituição dirigente acabou (CANOTILHO, 2001, Prefácio), apesar de sobreviverem algumas dimensões de programaticidade constitucional e do dirigismo constitucional. O legislador ordinário continuaria a ter de atuar dentro do enquadramento da Constituição, que limita e vincula os fins a serem perseguidos por aquele.

Para o catedrático da Universidade de Coimbra e ex-deputado pelo Partido Comunista Português, atual membro do Conselho de Estado, a realização dos direitos sociais é fruto da luta política do povo, e não da atuação dos tribunais. Leciona, de forma primorosa e intocável, o eminente professor:

Eu tenho escrito e dito que não sou muito defensor da ideia de total judicialização da vida política. Aqui, na Europa, parece que se considera que os tribunais constitucionais e os outros tribunais são a última etapa do aperfeiçoamento político. As últimas sugestões feitas aqui mesmo, na minha Faculdade, vão no sentido de que a visão principialista só tem sentido numa visão jurisprudencialista do direito.

A isso eu respondo: pelo contrário, as grandes etapas do homem não foram os juízes que as fizeram, foi o povo, com outros esquemas organizativos e com outras propostas de atuação. O exemplo mais frisante é o caso de Timor. Não foram os juízes que deram a independência a Timor. Foram os homens e a resistência dos homens que deram Timor ao povo. O Estado de Direito em Portugal não foi criado pelos juízes. Daí a necessidade de alguma prudência ao dizer-se que a etapa final de todo esse processo de Constituição dirigente acaba na Constituição procedimental e na justiça procedimental. Pelo contrário, se a justiça constitucional é importante,

porque representa um certo controle do legislador, deve ter-se também em conta o que Bonavides escreve a respeito da democracia representativa e da Constituição cidadã. Em alguns países, e sobretudo no vosso, eu não sei se este reducionismo justicialista responde às vossas aspirações. Ou seja, se ele substituiu afinal a luta, o compromisso, a luta pelos princípios, e pela sua concretização de uma forma mais eficaz em que aquela que temos a nível dos tribunais constitucionais. (apud COUTINHO, 2003, p. 26-27)

Alguns autores, que não acreditam na força popular, alegam que, devido ao baixo nível de organização da sociedade, caberia somente ao Poder Judiciário concretizar as normas constitucionais. As novas condições socioculturais franqueariam a atuação de guardiães da generosidade, salvadores do povo, que “modernizariam” o Estado Social, aplicando as normas jurídicas guiados por valores sociais elevados - seja lá o que isso significa.

Para estes “doutores” que atuam principalmente na região dos trópicos, o juiz transformou-se em criador autônomo de soluções para os graves problemas sociais, apesar de não demonstrar com qual conhecimento específico iria equacionar as imensas e complexas questões nacionais, assim como para formular as soluções exequíveis e possíveis. Ao procurar solucionar a questão corre-se o risco de perder o problema, consubstanciando estas atitudes em um verdadeiro atentado insolente e direto a Lei Maior de qualquer Estado Nacional.<sup>7</sup>

Transformar o juiz em administrador público e convocá-lo a agir como o principal ator (quase um *démodé* agente bolchevista) de transformação social não parece ser a solução ideal. O Poder Judiciário não pode agir como arquiteto social do capitalismo brasileiro, atuando unicamente dirigido pelos fins sem atentar que, com suas decisões, pode estar causando danos ao orçamento público, retirando recursos de pessoas mais necessitadas que não recorrerem a este poder, juntamente por serem menos organizados ou por acreditarem que, por estarem em uma sociedade democrática, seus pleitos e suas lutas devem ser dirigidas aos poderes políticos eleitos.

Este tipo de atuação judicial baseia-se num retorno “torto” aos conceitos do jusnaturalismo e a valores vagos e abstratos, que abrigam toda sorte de subjetivismo e imprevisibilidade de resultados. Baseia-se na subjetividade do operador do direito que tenta, sob o pretenso manto da prevalência dos valores que o sistema jurídico abrigaria, impor a sociedade seus valores e, as vezes, sua própria vaidade em se sentir como o realizador do bem comum, mesmo que ninguém lhe tenha outorgado este poder.

Nenhum país desenvolvido - como a Inglaterra, por exemplo - aceita a concepção do Poder Judiciário como “arquiteto da ordem social” (RIDER, 2000), em razão da falta de sua legitimidade popular, democrática, faltando-se instrumentos técnicos apropriados para efetivar a redistribuição de recursos do Estado. Nestes países, o Judiciário está confinado a dirimir conflitos privados, com a prevalência dos poderes Executivo e Legislativo. Aqui também vale a pena ouvir as lições do professor Canotilho:

<sup>7</sup> Nem se diga que estão guiados por um ideal socialista ou algo semelhante. Para ver as diferenças cruciais, cf. Sypnowich (1990).

Eu sou, em princípio, amigo do legislador, porque nele identifico a democracia, identifico o agente conflitual e transformador [...] Se me perguntarem se o lugar de conflito é ainda ou também o Parlamento, são ainda os esquemas normativos, em continuo a dizer que sim. Não para marginalizar o Executivo, não para subalternizar o Judiciário, mas porque acredito que a política é uma dimensão importante em qualquer projeto. (COUTINHO, op. cit., p. 47)

#### 4 Conclusão

Um Poder Judiciário eficiente e progressista no Brasil deve controlar as ações dos demais poderes, até mesmo a falta de qualidade na prestação de serviços públicos, e exigir a implementação de políticas públicas eficientes e não discriminatórias, além de obviamente combater esta epidemia que nos assola: a corrupção generalizada. Não deve o Judiciário ser um substituto das lutas que se travam na arena política, ou da atuação da Administração Pública na implementação de programas sociais (v. MILIBAND, 1999). Não lhe cabe ditar diretrizes materiais para os poderes políticos ou realizar fins sociais ao escolher qual prestação de serviço público será realmente efetivada, assumindo desta forma uma postura substancialista. Deve-se evitar a jurisdicização da vida política nacional, deixando que o povo escolha seu caminho, através de suas lutas e sem a direção prévia de qualquer iluminado - seja um sujeito individual ou coletivo -, o que a experiência histórica mundial já demonstrou que não funciona.

Ao Poder Judiciário, reservar-se-ão tarefas mais nobres e cruciais em uma sociedade livre, democrática e autônoma, poupando-se a sua descaracterização e a perda de credibilidade perante a população. A toda a sociedade interessa a existência de um “grande” Poder Judiciário, resguardado, preservado, não imiscuído em questões alheias às suas competências - evitando-se, dessa forma, a todo custo a sua instrumentalização. Como afirmou recentemente, em palestra na London School of Economics, um renomado membro da House of Lords, se “a Justiça é Deus, os juízes são seus verdadeiros sacerdotes”. Em última instância, cabe aos membros do Judiciário zelar pela observância e efetivo funcionamento de uma Constituição “equilibrada” onde os poderes do Estado estejam ligados entre si por um sistema de controles mútuos. Esta realidade constitucional oferece segurança jurídica aos cidadãos de uma comunidade política bem organizada, e por isso não se pode esquecer de assegurar aos membros deste poder - agentes políticos do Estado - uma remuneração adequada e diferenciada, não semelhante, dos servidores públicos em geral.

## THE PREVALENCE OF ELECTED POWERS: SCREENING THE JUDICIARY

**ABSTRACT:** With political system weakened, in which loyalty and consolidated program parties practically inexist, the anomalous role of the Judiciary as a vector of legitimacy of public policies is highlighted.

The aim of this paper is to analyze how Judiciary acts in Brazilian political system post-1988 and what can be done for that its assignment and limits keep balance within other powers.

However, the problem of justice in Brazil is not a question of lack of separation or lack of autonomy between powers, but the fact that the national community is deeply divided and prevented from functioning as a harmonious community of citizens.

The Judiciary is not entitled to dictate guidelines for material or political power to achieve social goals or to choose which public service should actually be effected. Should be avoided jurisdictionizing national political life, letting people choose their own way.

**KEYWORDS:** Political parties. Judiciary. Legislative. Judicial acting.

### Bibliografia

BALDWIN, R. *Rules and Government*. Oxford: OUP, 1998.

BARBOSA, N.; SOUZA, J. A. P. *A Inflexão do Governo Lula: Política Econômica, Crescimento Econômico e Distribuição de Renda*. Brasília, 2010. Mimeo.

BRESSER PEREIRA, L. C. (Org.) *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

\_\_\_\_\_. *Reforma do Estado para a Cidadania*. São Paulo: 34, 1998.

\_\_\_\_\_. *Crise Econômica e Reforma do Estado*. São Paulo: 34, 1994.

CANOTILHO, J. J. G. *A Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CAPELLA, J. R. *Marx: el Derecho y El Estado*. Barcelona: Oikos-tau, 1979.

\_\_\_\_\_. *En el Limite de los Derechos*. Barcelona: EUB, 1998.

CASTORIADIS, C. *Le Contenu du Socialisme*. Paris: UGE, 1979.

\_\_\_\_\_. *La Montée de L'Insignifiance*. Paris: UGE, 2002.

COUTINHO, J. N. M. (Org.) *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DICEY, A. V. *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 10. ed. London: MacMillan, 1959.

CHANG, H. J.; ROWTHORN, R. (Ed.) *The Role of the State in Economic Change*. Oxford: OUP, 1995.

CRANSTON, R. *Legal Foundations of Welfare State*. Cambridge: CUP, 1986.

\_\_\_\_\_. *Law, Government and Public Policy*. Oxford: OUP, 1997.

\_\_\_\_\_. *How Law Works: The Machinery and the Impact of Civil Justice*. Oxford: OUP, 2007.

HAYEK, F. V. *The Road to Serfdom: Text and Documents. The Definitive Edition*. Chicago University, 2007.

\_\_\_\_\_. *Law, Legislation and Liberty*. V. 1. London: Routledge, 1982.

LEFORT, C. *L'Invention Démocratique*. Paris: Fayard, 1982.

MILIBAND, R. *Divided Societies*. Oxford: OUP, 1999.

\_\_\_\_\_. *Socialism for a Sceptical Age*. Oxford: OUP, 2000.

MOREIRA, V. *Economia e Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1979.

RAWLINGS, R. (Ed.) *Law, Society and Economy*. London: LSE, 1997.

RIDER, B. (Ed.) *Law at the Centre*. London: Kluwer Law International, 2000.

RONSAVALLON, P. *La Contre-democratie: La Politique à L'âge de la Défiance*. Paris: Seuil, 2006.

SANTOS, M. H. C. *Governabilidade, Governança e Democracia: Criação da Capacidade Governativa e as Relações Executivo-Legislativo no Brasil Pós-Constituinte*. Dados, v. 40, n. 3, 1997.

SCHUMPETER, J. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1984.

SARTORI, G. *Partidos e Sistemas Partidários*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1982.

\_\_\_\_\_. *Nem Presidencialismo, nem Parlamentarismo*. Novos Estudos CEBRAP, n. 35, 1993.

STEVENS, R. *The Independence of the Judiciary: The View from the Lord Chancellor's Office*. Oxford: OUP, 1998.

SYPNOWICH, C. *The Concept of Socialist Law*. Oxford: OUP, 1990.

TOCQUEVILLE, A. *Democracy in America*. New York: Vintage, 1986.

TORRES, R. L. (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Oxford: OUP, 1967.

WADE, R. *Governing the Market: Economic Theory and Role of the Government in East Asian Industrialization*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

WOOD-CUMMINGS, M. *The Developmental State*. Cornell: Cornell University Press, 1995.