



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS I  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO**

**RALF DA NÓBREGA BARBOSA**

**UMA ANÁLISE DOS LIMITES DE ATUAÇÃO DOS TRÊS PODERES SOB O  
PRISMA DA TEORIA DA LIBERDADE ASSINTÓTICA**

**CAMPINA GRANDE  
2018**

**RALF DA NÓBREGA BARBOSA**

**UMA ANÁLISE DOS LIMITES DE ATUAÇÃO DOS TRÊS PODERES SOB O  
PRISMA DA TEORIA DA LIBERDADE ASSINTÓTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação  
em Direito da Universidade Estadual da  
Paraíba, como requisito parcial à obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Hugo César Araújo de  
Gusmão.

**CAMPINA GRANDE  
2018**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

B239a Barbosa, Ralf da Nobrega.  
Uma análise dos limites de atuação dos três poderes sob o prisma da teoria da liberdade assintótica [manuscrito] : / Ralf da Nobrega Barbosa. - 2018.  
31 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2018.

"Orientação : Prof. Dr. Hugo César Araújo de Gusmão, Departamento de Direito Público - CCJ."

1. Liberdade Assintótica . 2. Divisão de Poderes. 3. Diálogo Institucional .

21. ed. CDD 347

RALF DA NÓBREGA BARBOSA

**UMA ANÁLISE DOS LIMITES DE ATUAÇÃO DOS TRÊS PODERES SOB O  
PRISMA DA TEORIA DA LIBERDADE ASSINTÓTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação  
em Direito da Universidade Estadual da  
Paraíba, como requisito parcial à obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Aprovada em: 13/06/2018.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Hugo César Araújo de Gusmão (Orientador)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Fábio Severiano do Nascimento  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

A Deus, o que seria de mim sem a fé que eu tenho nele,  
DEDICO

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por ser sempre meu porto seguro e iluminar os meus caminhos, conduzindo de forma magistral o roteiro da minha vida.

A minha mãe, Maria Lúcia da Nóbrega Barbosa, por ser um traço divino aqui na terra. Sem seus conselhos, carinho e compreensão essa conquista não teria o mesmo brilho. Tenho muito orgulho e admiração pela Mãe que tenho.

A meu pai, Edson Barbosa, por ser uma luz em minha vida, sempre me passando os princípios basilares que regem o caráter do ser humano. Seus ensinamentos foram – e são, muito importantes para mostrar que o Diploma não nos torna melhor que ninguém.

A minha irmã, Suyanne da Nóbrega Barbosa, por ter me acompanhado desde o processo de alfabetização e por ter contribuído significativamente para minha carreira profissional.

Ao meu orientador Hugo César Araújo de Gusmão, pela confiança em mim depositada e pelos inúmeros aprendizados. Tudo começou pelo “sonho” de ser orientado por aquele, que durante a minha vida acadêmica, era apenas o meu “marco teórico”.

Ao meu professor, Fábio Severiano do Nascimento, pelo aprendizado em Direitos Reais e, sobretudo, pelos conselhos repassados em sala, certamente fizeram toda diferença em minha vida.

Ao meu professor, Rodrigo Costa Ferreira. Nossas conversas durante a graduação foram fundamentais. Desejei a sua participação na banca examinadora deste trabalho desde o princípio.

Aos meus professores passaram por minha vida e contribuíram significativamente para o meu desenvolvimento. Tive professores diferentes, uns que gostei muito, outros que gostei mais ainda, e outros que gostei menos. Mas todos deixaram sua marca, e todos ficaram presentes e contribuíram para minha formação como pessoa. Para todos eles, um especial agradecimento. Pela dedicação, pelo empenho, pelo carinho. Porque o trabalho dos professores não se limita à sala de aula. Porque os professores cuidam e se preocupam como pais. Porque são eles que preparam e orientam as gerações futuras. E principalmente porque nem sempre o seu trabalho é devidamente reconhecido, a todos os professores devemos eterna gratidão!

Aos meus amigos, Alamberg Medeiros, Izaias da Silva, José Igor, Júnior Chaves, Laíne Trovão, Laryssa Wênia, Lucas de Jesus e Lucas Galdino. É um privilégio quando temos ao nosso lado pessoas tão maravilhosas como vocês.

A minha querida, Alinne Cezário, pelo carinho e compreensão.

A quem não mencionei, mas estive junto eu prometo reconhecer essa proximidade, ajuda e incentivo todos os dias da minha vida.

O direito não é elemento, mas síntese; não é premissa de validade, mas validade cumprida; não é prius, mas posterius; não é dado, mas solução; não é ponto de partida, mas resultado; não está no princípio, mas no fim.

(António Castanheira Neves)

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>08</b>
<b>2 AS TRANSAÇÕES ENTRE OS PODERES DO ESTADO: DE ARISTÓTELES A MONTESQUIEU.....</b>	<b>10</b>
<b>2.1 Grécia Clássica: Platão Aristóteles .....</b>	<b>10</b>
<b>2.2 Teorização moderna sobre a divisão dos poderes de John Locke.....</b>	<b>11</b>
<b>2.3 A separação dos poderes de Montesquieu .....</b>	<b>12</b>
<b>3 CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO .....</b>	<b>13</b>
<b>3.1 As interações entre o Parlamento Brasileiro e o STF.....</b>	<b>14</b>
<b>3.2 As interações entre o Poder Executivo e o STF .....</b>	<b>16</b>
<b>3.3 A interação entre o Executivo e o Legislativo .....</b>	<b>18</b>
<b>4 TEORIA DA LIBERDADE ASSINTÓTICA .....</b>	<b>19</b>
<b>5 DIÁLOGO INSTITUCIONAL .....</b>	<b>19</b>
<b>6 FORMAÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>24</b>
<b>8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>26</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>29</b>

## UMA ANÁLISE DOS LIMITES DE ATUAÇÃO DOS TRÊS PODERES SOB O PRISMA DA TEORIA DA LIBERDADE ASSINTÓTICA

Ralf da Nóbrega Barbosa<sup>1</sup>

### RESUMO

No cenário posterior a elaboração da Constituição da República de 1988, o princípio da separação de poderes ocupou posição de destaque, sobretudo a partir dos avanços do Poder Judiciário em dirimir conflitos envolvendo áreas antes reservadas ao Legislativo ou ao Executivo. Temas como o ativismo do STF, o (ab) uso das medidas provisórias pelo Presidente da República, a apatia do Legislativo, o controle judicial de políticas públicas, dentre tantos outros, são recorrentes na bibliografia jurídico-brasileira. Contudo, verifica-se que a recente produção científico-jurídica que se dedica ao tema no Brasil, observa-o a partir de substratos que já se encontravam presentes na teoria moderna do princípio da separação de poderes, edificada no final do século XVIII, não apresentando inovações. É nesse cenário que se concentra a relevância desta pesquisa, pois busca revisitar, à luz da teoria do diálogo institucional, a teoria do princípio da separação de poderes, explorando fundamentos que permitam uma interpretação adequada das complexas interações travadas pelos poderes instituídos e pela esfera pública no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Trata-se de pesquisa jurídico-bibliográfica que, além da revisão da literatura, analisou três cenários de interação: Legislativo-STF; Legislativo-Executivo; Executivo-STF. Ao final, faz-se algumas incursões sobre como o diálogo institucional e a Identidade Constitucional podem auxiliar no equilíbrio entre os três poderes.

**Palavras-Chave:** Divisão de poderes. Liberdade assintótica. Diálogo institucional.

### 1 INTRODUÇÃO

Desde a sua formação, a sociedade política convive com o dilema entre uma maior concentração do poder político, como meio de se atingir maior eficiência, ou sua divisão, como meio de melhor controlá-lo e proteger o cidadão. A tomada de decisões passa por uma eterna dinâmica de conflitos e harmonizações entre poderes instituídos.

O cenário apresentado pelas relações entre as funções estatais no direito brasileiro fornece um retrato adequado dos tensionamentos gerados entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, de um lado, o Congresso Nacional é tensionado pelo (ab) uso das medidas provisórias que acabam por controlar, dentro do desenho institucional estabelecido no artigo 62 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988(CRFB/88), a agenda parlamentar;

---

<sup>1</sup> Aluno de graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – Campus I. E-mail: ralf\_nobrega@hotmail.com.

agrega-se, a isso, uma postura passiva do Parlamento localizada, especialmente, na sua omissão em legislar e deliberar, sobre os vetos executivos.

Nesse contexto, claramente, visualiza-se uma atuação normativa positiva (medidas provisórias) e negativa (veto) do Executivo, já que o veto acabava sendo o ponto final do processo legislativo. Nesse cenário, cita-se, ainda, os arranjos institucionais entre os dois poderes gerados pela existência de um típico presidencialismo de coalizão. A interação com o Judiciário de ambos os poderes não é menos complexa, especialmente considerando-se o Supremo Tribunal Federal (STF). A história institucional das Cortes Constitucionais demonstra as tentativas de ingerência do Poder Executivo em relação ao funcionamento da Corte, seja pelas aposentadorias compulsórias, seja através de manobras que visavam a ampliação do quadro de ministros.

A realidade do STF não é distinta; entretanto, no final da década de noventa e início do século XXI, a reorientação do seu posicionamento no contexto de redemocratização em questões controvertidas permite análises que demonstram a assunção de uma identidade não assumida em contextos anteriores.

Nesse contexto, a problematização que norteia esta pesquisa pode ser resumida através da seguinte pergunta: A ingerência desmedida dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, faz direta relação com comprometimento dos pontos nevrálgicos da Constituição Federal ao ponto de fragilizar o Estado Democrático de Direito?

Esta pergunta problematizante permite a imediata formulação da seguinte hipótese de trabalho: O cenário apresentado pelas relações entre as funções estatais no direito brasileiro fornece um retrato adequado dos tensionamentos gerados entre Executivo, Legislativo e Judiciário, demonstrando a necessidade de estabelecer formas de fortalecimento da Identidade Constitucional. Neste sentido, somente o enraizamento da vontade de Constituição no processo político pode efetivamente garantir a plenitude de suas prescrições.

Cuida-se, portanto, em analisar de forma geral a interação entre os três poderes questionando até que ponto essa interação compromete os pontos nevrálgicos da Constituição Federal ao ponto de fragilizar o Estado Democrático de Direito. De forma específica essa pesquisa busca; caracterizar a divisão dos três poderes de forma histórica; investigar como se dá a relação dos três poderes no Constitucionalismo Brasileiro contemporâneo; verificar a possibilidade de inserção de emendas constitucionais saneadoras que solucionem eventuais problemas normativos; caracterizar o diálogo institucional como elemento de equilíbrio entre os três poderes.

## 2 AS TRANSAÇÕES ENTRE OS PODERES DO ESTADO: DE ARISTÓTELES A MONTESQUIEU

### 2.1 Grécia Clássica: Platão Aristóteles

Na cidade do Vaticano, mais precisamente na sala do Papa Júlio II (1443- 1513), encontra-se o afresco *Stanza della Segnatura*, a Escola de Atenas, pintado em 1510 pelo pintor renascentista italiano Rafael Sanzio (1483-1520). Trata-se de uma saleta (*stanza*) em que o Papa Júlio II fazia despachos e encaminhamentos. Um dos mais poderosos papas da Igreja Católica poderia ter escolhido uma cena bíblica para sua sala de trabalho na busca da inspiração na tomada de decisões, mas optou pela Grécia clássica, mais precisamente pela filosofia grega.

Caracterizada com singular harmonia e equilíbrio, a Escola de Atenas é um grande exemplo de como o Renascimento concebia a vida intelectual da Grécia antiga. Em meio às construções em perspectiva de Atenas, os filósofos gregos mais representativos são retratados em uma disposição que prima pela harmonia e equilíbrio. Ao centro, sobressaem as figuras de Platão (426-347 a.C.) e Aristóteles (384-322 a.C.). Parecem debater. Platão, o mais velho, aponta a mão direita para cima, ao passo que Aristóteles aponta para frente e para baixo. Tais gestos sintetizam a clássica discordância entre os dois filósofos. Platão tem os olhos voltados para o céu, o pretense céu das ideias, Aristóteles olha a terra e reabilita a experiência sensível (VILLEY, 2005). Os gestos denotam diferentes concepções de verdade.

Destaca-se que a oposição entre as visões dos dois filósofos supracitados permeia a própria história da filosofia até hoje, especialmente a filosofia política. Em qualquer debate político, por mais simples que seja, sempre assistimos à contraposição entre uma visão mais idealista de como deveria ser a política e uma mais realista que busca soluções com base em como as instituições funcionam de fato e não como deveriam funcionar.

A divisão dos poderes também teve suas bases lançadas na Grécia antiga, dividida entre o idealismo de Platão e o realismo de Aristóteles. O idealismo de Platão e o realismo de Aristóteles mais se complementam do que se opõem, pois em ambos a política deve estar associada à ética. Hoje a ciência política busca reaproximação da moral e do equilíbrio, o que reafirma a importância do ideal grego.

Platão e Aristóteles não fazem apologia à democracia como forma de governo ideal. A experiência da democracia grega estava adstrita ao exercício direto do poder pelos cidadãos em assembleias deliberativas nas Cidades-Estados de reduzidas dimensões territoriais e populacionais.

Em “A República”, Platão (2014) concebeu um modelo de governo ideal, o mais justo, no qual cada indivíduo cumpriria uma função de acordo com a sua virtude preponderante, cabendo aos mais sábios o governo da *pólis*. Em sua concepção utópica, o governo ideal implicava a divisão de funções, todas com sua devida importância, mas sob o governo dos mais sábios, os filósofos.

Aristóteles (2009), na Política, deu tratamento mais científico à política. Elencou e sistematizou os governos (constituições) de todas as Cidades-Estados, ressaltando as qualidades, defeitos e riscos de cada um, sem revelar preferência por nenhum deles. Não há um modelo ideal. Cada espécie (monarquia, aristocracia ou democracia) pode resultar em um bom governo, mas, se os detentores do poder não agirem de acordo com o bem comum, pode também se desvirtuar e se transformar em tirania, oligarquia e demagogia, respectivamente. Com visão mais realista, Aristóteles (2009) ressaltou a importância do controle e da divisão do poder. O bom governo é decorrência das virtudes dos governantes e de uma equilibrada Constituição, aqui entendida como sinônimo de governo.

A contribuição dos filósofos supracitados é imensurável, as obras de Platão e Aristóteles atravessaram os séculos e se tornaram o ponto de partida até hoje dos pensadores da ciência política do mundo ocidental. A próxima grande teorização e contribuição para teoria da divisão dos três poderes veio no ano de 1690 com John Locke, conforme se observará na próxima seção desta pesquisa.

## **2.2 Teorização moderna sobre a divisão dos poderes de John Locke**

Conforme supracitado, somente no Século XVII foi que ocorreu a teorização moderna sobre a divisão dos poderes, momento em que Locke (2006) retoma o tema em seu Segundo tratado sobre o governo, ao propor a bipartição dos poderes, ou seja, a separação do Legislativo da influência do poder do monarca inglês, o Poder Executivo. O Legislativo é o que tem o direito de determinar como a força do Estado será empregada na defesa da comunidade e dos seus membros, através de leis elaboradas por representantes (no todo ou em parte escolhidos pelo povo mediante eleição para mandato com prazo estabelecido) que não estejam reunidos constantemente, de modo a evitar a tentação de tomada do poder por parte daqueles que têm a missão de elaborar as leis que vigoram permanentemente.

O Poder Executivo é atribuído a uma única pessoa, o monarca, que acumula as seguintes funções que necessitam potencialmente do emprego da força: a) função executiva, que está sempre em exercício e que garante a execução das leis; b) função federativa, que trata da política

e das relações internacionais (guerra e paz, de realizar ou desfazer ligas e alianças); c) função política, que é a prerrogativa de o governo agir, segundo sua discricção, em prol do bem público, fora do prescrito pela lei e, algumas vezes, contra aquilo por ela disposto (LOCKE, 2006).

A divisão do poder político é uma garantia contra a tirania, a usurpação e o uso da força sem autoridade, que levariam ao retorno ao estado de guerra entre os homens. Locke (2006) refuta claramente a experiência do exercício da função executiva pelo próprio Parlamento no curto período republicano inglês. As funções de editar leis gerais e executá-las devem ser exercidas por órgãos distintos, não compete ao Legislativo o poder de executar as leis por ele elaboradas.

Em suma, constata-se que há dois critérios que podem ser encontrados na obra de Locke (2006) para justificar a separação dos poderes: a) a natureza humana e; b) a natureza da função. Pelo primeiro critério, a separação dos poderes é importante para evitar o mau uso do poder; o segundo critério leva em consideração os episódios curtos de reunião dos Parlamentos e a necessidade permanente das atividades de índole executiva. Assim, a separação visaria a atender a tal critério temporal.

A doutrina de Locke (2006) influenciou enormemente outros autores expoentes àquela época, a exemplo de Charles-Louis de Secondat, mais conhecido por Montesquieu (2005), suas contribuições serão analisadas na seção seguinte.

### **2.3 A separação dos poderes de Montesquieu**

Em “*De l'esprit des lois*”, Montesquieu (2005) apresenta uma teoria política que pode ser dividida em três partes: a teoria das formas de governo, a teoria da separação dos poderes e a teoria das causas. Sua principal contribuição para a ciência política foi a teoria da divisão dos poderes. Ela está exposta no capítulo VI, Da Constituição da Inglaterra, inserido no Livro Décimo Primeiro, “Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a Constituição”.

Destaca-se que Montesquieu (2008) em nenhum momento fez uso da expressão: teoria da separação, ou divisão, dos poderes. O autor afirma que em face da necessidade de muitas e rápidas decisões, o Poder Executivo deve estar concentrado em uma única pessoa, que o exerce com o auxílio de um conjunto de servidores. Todas as experiências do exercício coletivo do Executivo fracassaram. Já o Legislativo é, por natureza, coletivo para que possa estabelecer as normas gerais disciplinadoras da liberdade dos indivíduos. Montesquieu (2005) defende o

bicameralismo com uma câmara reservada à nobreza e outra aos representantes eleitos por cada comunidade.

O Judiciário idealizado por Montesquieu (2005) não seria composto de juízes profissionalizados e permanentes, mas sim por jurados escolhidos no povo. Poucas linhas são gastas com a função do juiz, reduzida a uma tarefa de aplicação mecânica lógica do texto legal. O juiz seria o porta-voz da lei e dos efeitos da decisão do júri, sendo restrito o espaço de interpretação. O júri sim seria a forma de assegurar a participação popular na função de julgar.

Em suma, a liberdade de cada um dos poderes políticos seria limitada pela liberdade dos demais. Assim, para que não se possa abusar do poder, é preciso, pela disposição das coisas, que o poder contenha o poder. Uma constituição pode ser feita de tal forma, que ninguém será constrangido a praticar coisas que a lei não obriga, e a não fazer aquelas que a lei permite (MONTESQUIEU, 2005). Tal liberdade ensejaria um movimento natural das coisas, uma “mão invisível”, apta a proporcionar, necessária e independentemente de qualquer poder superior de autoridade, a garantia da própria liberdade e a indução da harmonia e da concórdia (SOUZA JUNIOR, 2002).

No modelo tripartite os poderes funcionam melhor em conjunto e a ação de um detém ou limita a ação do outro. Há, portanto, a necessidade de um equilíbrio entre os poderes de Estado, equilíbrio esse estabelecido e consagrado na atual Constituição brasileira. Assim, se faz necessário comentar como é o sistema no âmbito constitucional brasileiro, caracterizando os limites de suas funções sob o prisma da eficácia dos princípios basilares da Constituição.

### **3 CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dedicou diversos artigos em relação à temática Organização dos Poderes. Inicialmente, dentre os princípios fundamentais, a Constituição prescreve que “são poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Tal princípio é enumerado, ainda, no artigo 60, §4º, III dentre os limites materiais ao Poder de Reforma.

A moderação almejada pelo Poder Constituinte não é a estrita separação dos poderes, nem o simples respeito da legalidade, mas o equilíbrio dos poderes: isto é, a repartição dos poderes entre os órgãos e a limitação das pretensões de cada um pelo poder dos outros. Entretanto, no plano fático o modelo supracitado está distante do ideal, há um conjunto de tensionamentos gerados entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que põe em cheque os princípios nevrálgicos do Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, a próxima seção desta pesquisa visa analisar as situações que apontam a ingerência desmedida dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

### 3.1 As interações entre o Parlamento Brasileiro e o STF

No plano federal, as interações entre STF e Congresso Nacional demonstram sinais de tensão. Um rápido diagnóstico sobre tal relação do início do século XXI até o presente momento, pode ser construído a partir da visualização da jurisprudência do STF. Citam-se, como exemplo, os acórdãos que visam anular atos viciados do processo legislativo por violação à Constituição, antes neutralizados pela doutrina dos chamados atos *interna corporis*, as decisões que envolveram a questão da fidelidade partidária e os recentes posicionamentos do STF no âmbito do controle da omissão legislativa, especificamente o mandado de injunção e a ADI por omissão. Em entrevista concedida ao jornal Valor Econômico, Gilmar Mendes chega a declarar que compete ao STF corrigir as deficiências do Legislativo:

Os tribunais acabam corrigindo o Legislativo", afirmou Mendes ao Valor, por telefone, da Lituânia, onde participou de um encontro internacional de Supremas Cortes, na semana passada. No evento, 39 presidentes de Supremos discutiram o problema da omissão legislativa e a maioria concluiu que, quando as leis são falhas perante os princípios centrais da Constituição cabe, sim, a intervenção dos tribunais. "É uma tendência quase geral no mundo", constatou o presidente do Supremo brasileiro. "Os tribunais mandam o Parlamento complementar a lei e este último obedece (BASILE, 2008, p.6).

O trecho acima divide opiniões, ora aplaudem o ativismo do STF, ora criticam o excesso de atuação em face aos demais poderes. A ciência jurídico-brasileira já se dedicou sobre o tema, tentando explicar as inúmeras variáveis que explicariam tal tensão. O recorte temático desta pesquisa não avança rumo à investigação dessa pretensa apatia do legislativo; pode-se citar, apenas a título exemplificativo, a crise de legitimidade que assola o Congresso Nacional, especialmente realçada pelas constantes denúncias de corrupção, a demora legislativa em regulamentar questões afetas à direitos fundamentais, tal como o caso da greve do servidor público e o direito à proporcionalidade do aviso prévio, a irradiação de teorias neoconstitucionalistas que acabam por ressaltar o papel da magistratura e o fortalecimento da jurisdição constitucional concentrada. Todas essas variáveis criam um cenário propício para um robustecimento do papel do STF, contemplado no âmbito da literatura jurídico-científica<sup>2</sup> e

<sup>2</sup> Um dos exemplos de um bom texto que faz esse exame, já citado neste trabalho, é o de Oscar Vilhena, Supremocracia. In: VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista de Direito GV. Disponível a partir do <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808\\_24322008000200005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808_24322008000200005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 14 jan. 2018.

também na jurisprudência do STF, ambiência em que alguns Ministros se arrogam como os verdadeiros oráculos de interpretação da Constituição:

É preciso, pois, reafirmar a soberania da Constituição, proclamando-lhe a superioridade sobre todos os atos do Poder Público e sobre todas as instituições do Estado, o que permite reconhecer, no Estado Democrático de Direito, a plena legitimidade da atuação do Poder Judiciário na restauração da ordem jurídica lesada e, em particular, a intervenção do Supremo Tribunal Federal, que detém, em particular, a intervenção do **Supremo Tribunal Federal, que detém, em tema de interpretação constitucional, e por força de expressa delegação que lhe foi atribuída pela própria Assembleia Nacional Constituinte, o monopólio da última palavra.** (STF, 2018, p.01, grifo nosso).

Tal trecho foi retirado de um voto na Ação Penal n. 470 a qual discutia a aplicabilidade do artigo 55, VI e §2º, que trata da perda do mandato parlamentar em caso de sentença condenatória com trânsito em julgado. A questão suscitou, entre o Congresso Nacional e o STF, algumas interações que apontam para elementos de um diálogo institucional.

Foi nesse contexto, que a Câmara dos Deputados, em sessão realizada em 29 de agosto de 2013, absolveu o então Deputado Federal Natan Donadon, condenado por peculato e formação de quadrilha, em sentença transitada em julgado, pelo STF, a qual o condenou há mais de 13 anos de reclusão, em regime inicial fechado. Parte dos Ministros do STF acharam o comportamento do legislativo um desrespeito à autoridade do STF, pois, na visão destes, um dos efeitos imediatos da condenação criminal seria a perda do mandato parlamentar. Luís Roberto Barroso, no seu voto proferido em medida cautelar no Mandado de Segurança n.32.326-DF, a qual discutia a decisão tomada pela Câmara de instaurar o processo político de cassação de Donadon, resumiu a divergência que se formou no STF acerca da questão:

No julgamento da Ação Penal 470, formaram-se duas linhas opostas de opinião, com algumas sutilezas dentro de cada uma delas. De um lado, a posição do relator, Min. Joaquim Barbosa, pela qual a perda do mandato seria uma decorrência natural da condenação criminal transitada em julgado. (...) de outro lado, a corrente na qual figuraram os Ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, entre outros, pela qual se entendeu que, em qualquer caso, a perda do mandato somente pode se dar por decisão do Plenário da Casa Legislativa respectiva, nos termos do art. 55, VI e § 2. (STF, 2018, p.01).

No contexto em que alguns deputados estavam sendo julgados pelo STF, o enfrentamento da Câmara, respaldado pelo posicionamento minoritário de parte dos Ministros do STF e por alguns constitucionalistas brasileiros, gerou uma reação imediata de alguns Ministros do STF, ressaltando-se o pronunciamento do Ministro Celso de Mello:

Desejo fazer um último registro, Senhor Presidente, **motivado por declarações de alto representante de um dos Poderes do Estado, cujas observações esdrúxulas parecem refletir um elevado (e preocupante) grau de desconhecimento das Instituições da República, na medida em que afirma, ostensivamente, e sem**

**qualquer pudor institucional, que não cumprirá, embora transitado em julgado, uma decisão soberana do Supremo Tribunal Federal.** (...). Essa incondicional sujeição da autoridade pública à imperatividade dos pronunciamentos jurisdicionais irrecuráveis constitui expressiva decorrência do princípio que consagra, em nosso sistema de direito positivo, o dogma da separação de poderes. (...). Os **poderes Legislativo e Executivo não podem pretender que deles, unicamente, emanem as legítimas interpretações da Constituição e das leis.** Esse não é o domínio institucional do Legislativo e do Executivo, nem esta constitui, no plano da nossa organização jurídica, a atividade preponderante desses órgãos do Estado. (...) autoridades legislativas ou administrativas, quaisquer que sejam, não tem o poder, sob pena de usurpação das atribuições cometidas ao Judiciário, de questionar, quando já esgotados todos os meios de impugnação recursal, o conteúdo intrínseco dos atos jurisdicionais. Impõe-se-lhes, nesse contexto, uma única, só e possível opção: o fiel e estrito cumprimento da decisão transitada em julgado. (STF, 2018, p.01, grifo nosso).

O voto é riquíssimo para se compreender as tensões entre Legislativo e o STF. O autor, claramente influenciado pelas teorias que defendem a supremacia das Cortes Constitucionais, faz uma série de outras considerações, considerando como ato de violação aos pressupostos constitucionais o posicionamento do Presidente da Câmara Federal.

As tensões aqui apresentadas são de cunho meramente exemplificativo, pois os tensionamentos entre os três poderes tem sido cada vez mais constantes, sendo infinitas as ocasiões em que se percebe o entrave. Nesse momento, passa-se a analisar na próxima seção os entraves do Poder Executivo com o Poder Judiciário.

### **3.2 As interações entre o Poder Executivo e o STF**

A tensão entre Executivo e Judiciário no constitucionalismo brasileiro contemporâneo não é menos problemática. Durante um longo período, a jurisprudência do STF era bastante acanhada quando se debruçava sobre questões que, em alguma medida, tocavam na discricionariedade dos demais poderes. Assim, o princípio da separação de poderes e a teoria tradicional das normas programáticas afastavam o Judiciário do reconhecimento de demandas em prol da efetividade de direitos de segunda geração, especialmente o direito à saúde.

O panorama alterou-se na primeira década do século XXI. Assim, a revolução copernicana do direito constitucional, afirmada por Streck (2018), gerou a mudança de alguns substratos teóricos que blindavam o controle judicial sobre políticas públicas. Destaca-se, especialmente, a teoria dos direitos fundamentais de segunda geração que ficou amarrada, por muito tempo, ao campo da compreensão das normas programáticas.

No campo constitucional, a aceitação ampla dessa teoria pelo Judiciário transformou os direitos fundamentais de caráter social em promessas, cumpridas dentro da discricionariedade ampla conferida ao Poder Executivo.

O Ministro do STF, Barroso (2017, p. 3), analisando o salto dado, na década de 90, no âmbito controle judicial de políticas públicas afetas à saúde afirma:

Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

Destaca-se, por oportuno, que a atuação do Judiciário tem consequências que merecem ponderação. O Tribunal de Contas da União (TCU) realizou uma auditoria envolvendo a União e algumas secretarias de saúde e órgãos do judiciário de Estados e Municípios, a fim de contabilizar os gastos com ações judiciais em saúde. Este estudo teve como resultado o relatório TC 009.253/2015-7 (DOU 24/08/2017), no qual ficou constatado que, entre 2008 e 2015, os gastos do Ministério da Saúde passaram de R\$ 70 milhões para cerca de R\$ 1 bilhão – um aumento de aproximadamente 1.300%. Também se conclui que a situação do União está longe de ser a pior: apenas os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Santa Catarina gastaram juntos, entre 2013 e 2014, mais que a União, em demandas judiciais em saúde. A fonte principal de despesas com a judicialização é o fornecimento de medicamentos, que representa 80% do total de gastos – apenas 19 medicamentos correspondem a mais de 50% dos gastos em Santa Catarina e São Paulo (BRASIL, 2017).

Aliado ao fato do crescente comprometimento dos cofres públicos com o cumprimento de ações judiciais somam-se os altos custos para movimentação da máquina judiciária, intensificados ao constatar-se que a esmagadora maioria das ações judiciais em matéria de saúde no tema são individuais.

Outra matéria ilustra a interferência do Judiciário nas atribuições do Executivo, vem do Estado do Rio Grande do Sul, onde o juiz titular da 4ª Vara Criminal de Canoas negou o pedido de prisão preventiva para os membros de uma suposta quadrilha de assaltantes de caminhões que a polícia acabara de desbaratar. O motivo alegado pelo magistrado foi não haver condições humanas, causadas pela superlotação, nas prisões do Estado. Com efeito, a partir desta decisão histórica do juiz da 4ª Vara Criminal de Canoas, o secretário estadual de Segurança Pública declarou que “Queremos anunciar em 90 dias pelo menos um presídio” (GOULARTE, 2009).

Esses episódios evidenciam dois tipos de crise: a primeira é relativa à inoperância do Executivo no cumprimento das suas obrigações constitucionais; a segunda é decorrência da primeira, pois, na falta de ação do Executivo, o Judiciário não só o força a estabelecer e a implementar estratégias de ação, como assume ações que são da competência do Executivo, numa flagrante quebra do ordenamento das competências estabelecidas pela Constituição Federal para os três poderes.

Em que pese esse exemplo ter sido regional, essa situação não é meramente pontual, mas é resultado de uma grave e profunda crise institucional, como já ficou demonstrado ao longo deste artigo com outros exemplos de amplitude nacional. A próxima seção desta pesquisa busca analisar as interações entre os Poderes Executivo e Legislativo.

### **3.3 A interação entre o Executivo e o Legislativo**

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 62, prevê que em caso de urgência e relevância, o presidente da república poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (BRASIL, 2018).

Trata-se, pois, como enuncia o *caput*, de um instrumento de excepcionalidade, concebido pelo legislador para dar agilidade ao Executivo quando a eficiência, a eficácia e a efetividade da gestão pudessem vir a ser prejudicadas em razão dos prazos habitualmente incorridos no trâmite do processo legislativo, que compreende os entendimentos e as negociações que antecedem a elaboração do projeto de lei, o debate público nas comissões pertinentes, a apreciação (se necessária) nas duas casas legislativas, a homologação e a promulgação (quando o caso) pelo Executivo, a possibilidade de veto parcial etc.

Decorridos 23 anos de vigência constitucional, pode-se dizer que o Executivo banalizou sua edição, transformando-a praticamente em instrumento ordinário, sempre disponível para solucionar os mais diversos tipos de necessidades e impasses nem sempre urgentes e de relevância discutível.

A eficácia imediata e o rito sumário das MPs rompem por completo com os princípios que devem orientar o processo legislativo democrático, a exemplo do amplo debate, não só no Congresso, mas nas e entre as demais representações da sociedade, que deve anteceder a edição da norma legal. Ao trazer para si a responsabilidade do texto, em temas não urgentes e nem relevantes, o Executivo usurpa uma competência originária do Legislativo, atribuindo e concentrando em um pequeno grupo o poder de legislar. O cenário apresentado pelas relações entre as funções estatais no direito brasileiro fornece um retrato adequado dos tensionamentos

gerados entre Executivo, Legislativo e Judiciário, demonstrando a necessidade da revisitação do princípio da separação de poderes, pois embora relevantes, os substratos deste modelo teórico não conseguem explicitar as complexas teias da interação, ocorrida na atualidade, entre os poderes públicos.

As Instituições brasileiras estão relativamente distantes do parâmetro elaborado pelo Constituinte Originário. Quando prevalece a ineficiência ou a indiferença institucional diante de demandas para fazer valer direitos assegurados por lei, generalizam-se as práticas de corrupção, de fraude ou de desrespeito ao interesse público, instala-se uma atmosfera de suspeição, de descrédito e de desesperança. Não ocorre mais a aquiescência dos cidadãos à lei e às estruturas que regulam a vida social, dando lugar a desconfiança e o distanciamento dos cidadãos da política e das instituições democráticas. Completa, Valdés (2006) quando diz que:

A segurança jurídica supõe, antes de tudo, a proteção da confiança nas instituições e o funcionamento correto do Estado de Direito, confiança, a meu juízo no conteúdo e sentido do Estado de Direito e dos valores que o fundamentam. Assim mais: essa confiança que implica a submissão do vínculo sentido, pelos cidadãos, as instituições. (VALDÉS, 2006, p. 34).

Há uma penumbra que paira sobre a delimitação funcional de cada instituição das que compõe os três poderes. É evidente que a ingerência funcional das instituições entre si compromete os princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Para ilustrar tal fenômeno, recorreremos, então, às ciências exatas.

#### **4 TEORIA DA LIBERDADE ASSINTÓTICA**

O físico, David Gross, descobriu o que mantém os átomos juntos e, assim, ganhou o Prêmio Nobel de Física em 2004. Ele lançou mão da teoria da Liberdade Assintótica, isto é, uma força atrativa que age no mundo microscópico de “*Quarks*”, que são blocos indivisíveis de matéria e ao contrário do senso comum, cresce com a distância.

A teoria de David Gross foi uma descoberta de que há um certo tipo de força, uma espécie de generalização da eletricidade e magnetismo. Com este tipo de força, a atração entre Quarks foi muito fraca em distâncias curtas, assim batizado como liberdade assintótica. A distâncias curtas, o *Quark* move-se livremente. Porém, se separar os *Quarks*, a força torna-se cada vez mais intensa. Tão intensa que não se pode tomar os *Quarks* do próton. Segundo, David Gross, o corpo é apenas a energia dos *Quarks* dentro prótons se movendo para cima e mantidos juntos por essa força que cresce com a distância e diminui quando os *Quarks* estão juntos.

Dada a brilhante descoberta do físico supracitado, questiona-se: qual a relação desta teoria com a dinâmica dos três poderes? Vejamos, basta imaginar os três Poderes – executivo, Legislativo e Judiciário, representados em um diagrama de Venn<sup>3</sup>, de modo que entre ambos existam pontos de interseção, representando dessa forma, as áreas em que suas atividades se tocam. Esta configuração seria então a modalidade ideal, apregoada pela Constituição, isto é, em que as instituições, apesar de terem pontos de interseção na sua linha funcional, atuam ao seu modo e competência respeitando os princípios basilares da Constituição. Contudo, constatou-se que há uma penumbra que paira sobre a delimitação funcional de cada instituição brasileira, de modo que esses pontos de interseção têm cada vez menor grau de nitidez. Desse modo, a ingerência funcional das instituições entre si compromete os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, e conseqüentemente enfraquece as instituições.

Conforme supracitado, na teoria da Liberdade assintótica, a força de atração entre os “Quarks” é diretamente proporcional a distância entre os mesmos, isto é, quanto menor for a proximidade, menor será a força atrativa. De modo semelhante acontece com a organização funcional dos três poderes, isto é, as interseções são fundamentais para o bom funcionamento dos três poderes, contudo, quando a proximidade se dá de forma excessiva, provoca-se a fragilização das instituições, algo nitidamente visto no cenário político atual no qual o Brasil está inserido.

Desse modo, assim como a Teoria de David Gross afirma que a força do núcleo é maior na medida em que os Quarks estão mais distantes, a força do Estado Democrático de Direito é maior na medida em que os Poderes atuam nas suas próprias funções. Dessa forma, nomeamos esse fenômeno de Liberdade Assintótica dos Três Poderes.

Questiona-se, então, qual seria o caminho para o fortalecimento das Instituições supracitadas com o objetivo de preservar sua delimitação funcional? Dessa forma, a próxima seção desta pesquisa busca caracterizar o diálogo institucional como força motriz do equilíbrio entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

## 5 DIÁLOGO INSTITUCIONAL

---

<sup>3</sup> Designam-se por diagramas de Venn os diagramas usados em matemática para simbolizar graficamente propriedades, axiomas e problemas relativos aos conjuntos e sua teoria.

Inicialmente, destaca-se que as teorias que versam sobre a divisão dos três poderes possuem uma visão estática que não conseguem acompanhar a complexa dinamicidade apresentada pelas relações estatais na contemporaneidade. Ainda que seja visível os diálogos travados pelos três poderes, não se explora, com aprofundamento, a riqueza dessas interações para a compreensão do princípio no contexto da Constituição da República Federativa do Brasil. É nesse contexto que o presente capítulo buscará investigar uma outra vertente para analisar o objeto da presente pesquisa: o diálogo institucional.

A Literatura Constitucional descreveu argumentos substanciosos que, no embate entre constitucionalismo e democracia, buscou demonstrar a relevância da última palavra para a estabilidade do Estado de Direito. Partindo-se dessa premissa, a focalização destas pesquisas era decifrar quem, legitimamente, deveria ser o guardião desta última palavra.

Em defesa da última palavra pelo poder Judiciário destaca-se o argumento de que a Corte é treinada numa metodologia decisória mais pertinente para lidar com as mínimas nuances morais de um caso de direitos fundamentais: decide caso a caso, de modo incremental, construindo uma jurisprudência rica em detalhes que a regra geral jamais poderá alcançar (MENDES, 2011). Ainda pode-se adicionar a esse argumento, por fundamentar-se na mesma matriz, a primazia da Corte em promover um fórum deliberativo. Assim, as Cortes poderiam escutar o interesse de todos os afetados e construir a racionalidade da decisão dessa esfera deliberativa.

Tais assertivas também não encerram, de forma absoluta, a exigibilidade, em democracias constitucionais, da supremacia judicial. Há decisões tomadas por Cortes Constitucionais que geraram, por algum tempo, uma acomodação dos conflitos ínsitos às sociedades contemporâneas e não promoveram, conseqüentemente, um âmbito debate público. Igualmente também poderia ser discutido a vinculação dos parlamentos aos interesses majoritários. Os argumentos supracitados, em prol das Cortes, não visualizam que todas as instituições são falíveis e que a infalibilidade não pode ser eliminada mediante um mero arranjo institucional que define a composição dos órgãos ou o procedimento de construção das suas decisões.

No cenário brasileiro, não é incomum encontrar artigos e ensaios jornalísticos que questionam a atuação “imparcial” do STF no julgamento de processos que claramente interessam, pela matéria, aos interesses governamentais.

Em prol da última palavra legislativa, são erigidos argumentos que buscam demonstrar o peso democrático desta instituição em face das Cortes. Outros argumentos em prol do parlamento derivam da sua pretensa força representativa, manifesta no âmbito do processo

eleitoral válido. Assim, comparativamente às Cortes, em sociedades contemporâneas, demarcadas pela diversidade e pela complexidade, os diversos interesses encontrariam ressonância nas arenas parlamentares que representariam o mosaico dessa pluralidade.

As argumentações acima exaradas podem ser desconstruídas contextualizando-se problemas enfrentados pela democracia representativa na contemporaneidade. Primeiramente, a observação do comportamento dos representantes eleitos demonstra o quanto pode ser frágil a visualização de um autogoverno coletivo extraído apenas do processo eleitoral válido. Assim, as democracias contemporâneas contam, muitas vezes, com representantes que agem direcionados estrategicamente para a defesa de interesses particulares e não coletivos. Por outro lado, ainda que sinceramente direcionados a defender os interesses dos representados, torna-se difícil, em sociedades plurais a concepção de uma identidade de representação extraída das preferências do eleitorado.

Diante do exposto, devemos abandonar a busca de uma supremacia, seja parlamentar ou judicial, e a adotar uma postura que observa a interação construtiva entre Cortes e Parlamentos. As teorias que apregoam a tese de uma última palavra materializada na revisão judicial ou na proeminência do parlamento, demonstram estreiteza nos seus argumentos. Tais teorias acabam correndo um risco eminente: a criação de uma sobrecarga para o detentor da última palavra e a possibilidade de construção de uma cultura institucional de acomodação entre os demais poderes que poderiam deixar de se preocupar em formular argumentos constitucionais adequados e sinceros. Isso acabaria por enfraquecer uma cultura democrática difusa, própria às sociedades contemporâneas.

Sobre o diálogo institucional, Mendes (2011) propõe uma análise das funções estatais, especialmente a relação entre parlamentos e cortes, a partir de uma perspectiva de troca constante de argumentos - a deliberação interinstitucional, ou seja

interação entre instituições que buscam maximizar seus respectivos desempenhos deliberativos é o que podemos esperar de melhor de uma democracia organizada sob o princípio da separação de poderes. Estimula uma competição pelo melhor argumento e traz a vibração do regime. Implanta uma pressão por consistência. (...). É um mecanismo que tenta evitar o esfriamento e a marginalização da linguagem dos direitos, a indiferença e a omissão de certas razões tidas como fundamentais na legitimação da política. (...). Se parlamentos e cortes adotam uma atitude deliberativa e levam em conta os argumentos expostos por cada um, desafiando-se reciprocamente quando considerarem que tem uma melhor alternativa, é provável que produzam respostas mais criativas do que num modelo conflitivo e adversarial.

Acredita-se, assim, que a expectativa demandada pelo Estado de Direito em relação à solução cotidiana de controvérsias, no plano concreto e individual, deva ser atendida pela atuação de uma autoridade que detenha, perante o desenho constitucional, a última palavra;

entretanto, tal decisão não impede que tais temas sejam rediscutidos pela comunidade política, dando-se início a novas rodadas procedimentais. Vista a partir deste ângulo, a revisão judicial é apenas um estágio decisório a mais (MENDES, 2011).

A última palavra como algo estático que encerra o debate não compete a ninguém, pelo simples fato que ela não existe. A política é uma sequência ininterrupta de contestações e revisões das decisões de autoridade. Isso não é regressão ao infinito, mas continuidade histórica (MENDES, 2011).

A Constituição deve estabelecer um desenho institucional e determinar a autoridade que detém a última palavra provisória; porém, por melhor que seja esse desenho, ele não esgota todas as possibilidades de interação entre as funções estatais.

A perspectiva do diálogo demonstra a corresponsabilidade de todas as funções estatais em face à interpretação constitucional, exigindo que cada uma edifique os melhores argumentos no âmbito da prática deliberativa. Dessa forma, a legitimidade também passa a ser medida pelo desempenho deliberativo de cada função; não se trata de uma categoria que possa ser avaliada a partir de uma métrica estável e por argumentos *a priori*. Instituiu-se, assim, uma legitimidade contextual e comparativa.

No âmbito dessa pesquisa, visualiza-se que a interação entre os poderes públicos deva ocorrer a partir de uma relação dialogal com a esfera pública; assim, é fundamental a abertura institucional desses poderes ao diálogo com as diferentes visões de mundo que permeiam tal categoria à luz do Estado Democrático de Direito.

Nesse arquétipo, não há um único Guardião da Constituição: todos os poderes, em conjunto com todos os destinatários, são corresponsáveis pela responsabilidade de interpretá-la. Por outro lado, não há um determinismo que busque dizer, estaticamente, quando uma das funções deve ser mais ativista ou agir de forma a se restringir: é a tematização do contexto aliada ao *design* constitucional que levará a interpretação de quem, no caso específico, detém a última palavra provisória.

Tal proposta não pode parecer, em uma análise superficial, a construção de uma anarquia orgânico-funcional do Estado. Não se conclui, nesta pesquisa, que, a partir de então, todos os poderes podem exercer quaisquer competências e ocupar, simultaneamente, qualquer um dos órgãos públicos. A proposta não joga Montesquieu às favas; apenas muda o enfoque, apresentando elementos capazes de responder, de forma mais adequada, às tensões institucionais entre os poderes, especialmente considerando-se a realidade brasileira.

Dessa forma, ilumina-se as interações, que ocorrem cotidianamente, mas nem sempre são devidamente consideradas por aqueles que, por dever ou escolha, dedicam-se a analisar o

princípio da separação de poderes no constitucionalismo contemporâneo. Por outro lado, o responsável pela elaboração dessa identidade constitucional não seria somente as entidades públicas legitimadas a criar e/ou interpretar a norma constitucional, como os representantes parlamentares ou a Corte Constitucional; o sentido da Constituição deveria ser permanentemente construído por todos aqueles que vivenciam a Constituição, isto é, através da Identidade Constitucional, que será abordada na próxima seção.

## 6 FORMAÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

Inicialmente, destaca-se que não há um único sujeito constitucional, cada um é uma parte da identidade constitucional que por isso não pode ser resumida aos constituintes ou aos destinatários da norma ou ainda aos seus intérpretes.

Sendo assim, para que se tenha a maior participação popular e essa desorganização seja superada, a atividade hermenêutica constitucional deve ter a participação de cidadãos abarcando o maior número possível de destinatários, tornando tal interpretação a mais democrática quanto seja possível. É o que Häberle (2002) chama de “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, para Häberle (2002, p. 78) a Constituição:

No se limita solo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos.

Durante muito tempo a Constituição esteve vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade fechada, assim entendida como aquele grupo que realiza primariamente a interpretação da norma constitucional, como magistrados, advogados, entre outros. Aqui se revela a importância da tese defendida pelo autor nas obras supracitadas, pois para que haja a efetiva aplicação dos direitos positivados na Carta Magna, o círculo de intérpretes deve ser alargado para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional.

É evidente que o processo de interpretação constitucional terá de ofício a execução direta dos profissionais declarados para exercer aquela função. Todavia, Häberle (2002) nos mostra que a esta atividade interpretativa dos profissionais não exclui os demais de exercê-la, embora que de forma diferenciada.

Numa sociedade aberta, a democracia se desenvolve por intermédio do refinamento do processo político e da prática diária, especialmente mediante a concretização dos direitos

fundamentais. A democracia encontra respaldo importante quando contém em seu conteúdo finalístico a prática de atos que corroborem para a inserção do indivíduo no processo interpretativo das normas de cunho constitucional.

Em suma, Häberle (2002) nos mostra que pelo controle e emancipação dos diferentes grupos, bem como pelo aperfeiçoamento dos instrumentos de informação dos Juízes Constitucionais, e uma ótima conformação legislativa assegurar-se-á a pretendida legitimação da jurisdição constitucional na Teoria da Democracia. Oportunizar-se-á, de fato, assim, uma Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, que trará à luz o Texto Constitucional, possibilitando compreensão e entendimento.

Quanto mais participativos forem os indivíduos, menos facilmente serão motivados por interesses particulares. Desse modo, admitida a efetiva inclusão dos destinatários na conformação do ordenamento jurídico constitucional, restará assegurada a liberdade dos cidadãos ainda que venha a ser alterado o cenário político, evidenciando-se o peso da educação e da ampliação das discussões públicas.

Quando os cidadãos veem a si próprios não apenas como destinatários, mas como os autores de seu direito, eles se reconhecem livres e iguais uma comunidade jurídica. Isso os aproxima da Constituição e de certo modo evita que sejam tomadas decisões que favoreçam os interesses de uma elite política.

Tal afirmação explicita uma observação inegável: a própria sociedade constituída por sujeitos, dotados de consciência, exercita a percepção de que normas são necessárias para estruturar a convivência, erigindo o Estado como o gerenciador de tal sistema regulador chamado de ordenamento. O fundamento para tal conclusão encontra em Kelsen (1998, p. 5) sua definição:

O Direito é uma ordem da conduta humana. Uma “ordem” é um sistema de regra. O Direito não é, como às vezes se diz, uma regra. É um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema. [...]. As relações que concatenam as regras específicas de uma ordem jurídica também são essenciais à natureza do Direito. Apenas com base numa ordem jurídica é que a natureza do Direito pode ser plenamente entendida.

É neste conjunto de normas que se manifestam diretrizes que impactam profundamente a vida de indivíduos dotados de direitos e deveres, bem como a coletividade ao ver os reflexos de seus valores e decisões retratados em um documento de valor normativo. É nesta complementariedade que Hesse (1992, p. 34) traz à baila o questionamento para o âmbito constitucional, pois reconhece que existem elementos metajurídicos relevantes neste processo citando que *“La Constitución forma un todo en el que la normalidad y la normatividad, así*

*como la normatividad jurídica y la extrajurídica, se hallan en una relación de mutuo complemento. ”*

Observando a existência desse elemento extrajurídico e correlacionando-o ao impacto do ordenamento no grupo social, Verdú (1985, p. 76) traça um paralelo no qual demonstra que quanto mais a sociedade se sente íntima das diretrizes presentes no sistema normativo no qual está imersa, menor a chance de transgredi-lo, conceituando como *“El sentimiento jurídico es la convicción emocional, o sea, íntimamente vivida por un grupo social, sobre su creencia en la justicia y la equidad del ordenamiento positivo vigente que motivan la adhesión al mismo y el rechazo de sus transgresiones.”*

Esclarece Verdú (1985, p. 71) que esta aproximação sentida, gera uma profunda identificação principalmente no que diz respeito ao patamar constitucional, possibilitando uma adesão interna de variada intensidade:

El sentimiento constitucional consiste en la adhesión interna a las normas e instituciones fundamentales de un país, experimentada con intensidad, más o menos consciente, porque se estiman (sin que sea necesario un conocimiento exacto de sus peculiaridades y funcionamiento) que son buenas y convenientes para la integración, mantenimiento y desarrollo de una justa convivencia. (VERDÚ, 1985, p. 75).

Deste modo, é inegável compreender como a identificação da sociedade e o seu sistema normativo, em especial a Constituição, influenciam diretamente a realidade vigente. Por isto, apesar dos esforços destinados a ampliar o debate constitucional com a população, é imprescindível compreender que na realidade brasileira, a disseminação destes meios de participação social ainda não alcançaram sua máxima efetividade, portanto é fundamental a produção de pesquisas como esta que viabilizem uma melhor avaliação do valor da aproximação de uma sociedade e sua Constituição, auxiliando no fortalecimento deste debate estaremos ajudando a solidificar os valores essenciais de uma Constituição verdadeiramente cidadã.

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Através desta pesquisa foi possível analisar as principais contribuições históricas relacionadas à teoria da divisão dos três poderes. O cenário apresentado pelas relações entre as funções estatais no direito brasileiro fornece um retrato adequado dos tensionamentos gerados entre Executivo, Legislativo e Judiciário, demonstrando a necessidade da revisitação do princípio da separação de poderes.

Através do paralelo realizado com a teoria da Liberdade assintótica, do Físico David Gross, formulamos a teoria da Liberdade Assintótica dos Três Poderes, identificando que a ingerência funcional das instituições entre si compromete os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, pois quando a proximidade da atuação de cada poder se dá de forma excessiva, provoca-se a fragilização das instituições, algo nitidamente visto no cenário político atual no qual o Brasil está inserido.

Desse modo, assim como a Teoria de David Gross afirma que a força do núcleo é maior na medida em que os Quarks estão mais distantes, a força do Estado Democrático de Direito é maior na medida em que os Poderes atuam nas suas próprias funções.

Posteriormente, constatou-se que o diálogo entre as instituições em comento é uma variável demasiadamente importante para manter o equilíbrio entre o Executivo, Legislativo e Judiciário, nos moldes estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário.

Por esse modelo dialógico não há um único intérprete da Constituição; são as permanentes interações entre os poderes, seja pela via das virtudes ativas ou passivas, e pela interação com a esfera pública é que a compreensão da Constituição vai se moldando; essa assertiva, por outro lado, não pode ser vista dentro da dimensão da busca de um unitarismo de sentido para o texto constitucional; o permanente dissenso contitudístico presente na sociedade não permite o fechamento monolítico do sentido, o qual deve sempre ser aberto para novas possibilidades. A aproximação do conceito de rodada procedimental permite a alimentação do sistema de forma permanente. Assim, novas interações no âmbito da esfera pública, mediadas pelos processos constitucionais que compõem esse quadro de uma política contínua, permitem a renovação constante da compreensão do “que é a Constituição”.

Não há, nesse contexto, a necessidade de se justificar a legitimidade de uma Corte ou um Tribunal que, como um oráculo, detenha, unicamente, a capacidade de interpretar a Constituição; não há um determinismo que busque dizer, estaticamente, quando uma das funções deve ser mais ativista ou agir de forma a se restringir.

Portanto, todos os poderes, inclusive os Tribunais, calibram o seu espaço de atuação quando observam qual será a resposta potencial dos outros poderes e da própria sociedade às suas decisões. Desse modo, o fluxo de tensionamentos recíprocos entre os poderes, entre a esfera pública e entre ambos permitiria a formação de uma Constituição que, como um espelho, projeta uma identidade constitucional apropriada ao Estado Democrático de Direito, pois capaz de reconhecer a diversidade e o pluralismo das sociedades contemporâneas.

Por fim, observar-se-ia, assim, a Constituição Brasileira de 1988 como um espelho que projeta múltiplas imagens extraídas de uma complexa teia de interações entre os atores destacados, responsável por formar, permanentemente, a identidade constitucional brasileira.

## **ABSTRACT**

In the post-88 constitutional context, the principle of separation of powers occupies a prominent position, especially from the advances of the Judiciary in the resolution of conflicts involving arenas previously reserved for the Legislative or the Executive. Issues such as STF activism, the (ab) use of provisional measures by the President of the Republic, apathy of the Legislative, judicial control of public policies, among many others, are recurrent in the legal-Brazilian bibliography. However, the recent scientific-juridical production that focuses on the subject in Brazil is frequently observed, based on substrates that were already present in the modern theory of the principle of separation of powers, built in the late eighteenth century, not presenting innovations. It is in this scenario that the present research seeks to revise, in the light of the theory of institutional dialogue, the theory of the principle of the separation of powers, exploring foundations that allow an adequate interpretation of the complex interactions between the instituted powers and the public sphere in contemporary Brazilian constitutionalism. It is a legal-bibliographic research that, in addition to the literature review, analyzed three interaction scenarios: Legislative-STF; Legislative-Executive; Executive-STF. In the end, there are some incursions on how institutional dialogue and Constitutional Identity can help balance the three powers.

**Keywords:** Division of powers. Asymptotic freedom. Institutional dialogue.

## REFERÊNCIAS

ANSEDE, Manuel. **Todas las teorías por las que recibimos premios Nobel serán reemplazadas.** Disponível em: <<https://www.bbvaopenmind.com/todas-las-teorias-por-las-que-recipientes-premios-nobel-seran-reemplazadas/>> Acesso 13 ago. 17

ARISTÓTELES. **Política**, 2ª ed. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 2009.

\_\_\_\_\_. **Ética a Nicômaco**, Coleção Os Pensadores. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-deapoio/publicacoes/saude/SaudeJudicializacao\\_-\\_Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-deapoio/publicacoes/saude/SaudeJudicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf)> Acesso em: 10 set. 2017.

BASILE, Juliano. **Para o presidente do STF, tribunal supre deficiências do Legislativo.** Valor Econômico, 2008.

BRASIL, Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 2018.

\_\_\_\_\_, Tribunal de Contas da União. **Auditoria operacional. Fiscalização de orientação centralizada (foc). Judicialização da saúde. Identificar o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde, bem como investigar a atuação do ministério da saúde para mitigar seus efeitos nos orçamentos e no acesso dos usuários à assistência à saúde.** Relatório de Auditoria, Ministério da Saúde. Relatório em auditoria TC 009.253/2015-7, Acórdão TC 1787/2017. DOU 24 ago. 2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordaocompleto/925320157.PROC>>. Acesso em: 30 out. 2017.

GOULARTE, Edson. **Queremos anunciar em 90 dias pelo menos um presídio. Zero Hora,** Porto Alegre, 27 de mai. 2009.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional.** México: Universidad Nacional 18 Autónoma de México, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura.** Madrid: Tecnos, 2000.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo y Constitución.** Madrid: Tecnos, 2002.

\_\_\_\_\_. **¿Tienen España y Europa una Constitución?**. Sevilla: Fundación El Monte, 2004.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martin Fontes, 1998

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2006

MARTÍN, Carlos de Cabo. **La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho**. Madrid: Trotta, 2003.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **O espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, introdução, notas e tradução de Pedro Vieira Mota**, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OTTO, Ignacio de. **Derecho constitucional. Sistema de Fuentes**. Barcelona: Ariel, 1987.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STF. **Ação Penal n. 470**. Voto do Ministro Celso de Melo. fl. 59947. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP\\_470EI\\_Voto.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP_470EI_Voto.pdf). Acesso em: 14 de abr. de 2017.

STRECK, Lenio Luis. **A revolução copernicana do (neo) constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica**. Disponível em: <[www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis\\_atividadeslenioluizstreck.pdf](http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividadeslenioluizstreck.pdf)>. Acesso em: 15 de fev. 2018.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El valor de la Constitución**. Madri: Alianza, 2006.

VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1985.

\_\_\_\_\_. Mundialización y Derecho Constitucional. In: **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, n. 100, 1998, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista de Direito GV. Disponível a partir do <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808\\_24322008000200005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808_24322008000200005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 14 jan. 2018.

VILEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VERDÚ, P. L. **El Sentimiento Constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integracion política)**. Madrid: Reus, 1985.