

REFORMA E CONSTRUÇÃO DE UM CONTROLE EXTERNO DO PODER JUDICIÁRIO: Perspectivas para a democracia e a cidadania no Brasil a partir do princípio constitucional da separação dos poderes

Daniel Augusto Vila-Nova Gomes*

I) INTRODUÇÃO: RELAÇÕES PERIGOSAS E DEMOCRACIA

Os recentes escândalos políticos e institucionais do país¹ revelam alguns dos percalços que a cidadania brasileira deve trilhar em sua longa caminhada²... No âmbito do Poder Judiciário, tornou-se freqüente a alusão a uma mentalidade de que a instituição seria uma espécie de “caixa preta”³. Em outras ocasiões, chegou-se a cogitar de um “manicômio judicial”⁴ – um aparato burocrático, incompreensível, ineficiente, moroso e, sobretudo, envolvido por rumores de “nepotismo”, “corrupção”, “vendas de liminares”⁵ e “relações perigosas”⁶.

Esse processo culminou com a promulgação da Emenda Constitucional n° 45, de 8 de dezembro de 2004. A emenda da “Reforma do Judiciário”, como ficou conhecida, teve a sua aprovação rodeada pela esperança de que era possível construir um novo Poder Judiciário. Somente a partir de agora, a *promessa platônica*⁷ de que é possível o acesso a uma Justiça digna, célere e eficaz se tornou uma realidade expressa (pelo menos no texto da Constituição – CF, art. 5°, LXXVIII)!

Assume-se o postulado de que passado e presente marcados pelo autoritarismo não podem, porém, servir de empecilho para que se identifiquem alguns fragmentos de emancipação e democracia na jurisdição constitucional brasileira. Este ensaio consiste, portanto, em um esforço de contribuir para essa tarefa no âmbito da interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre um dos pontos altos da “Reforma”: a instituição do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

* Universidade de Brasília – UnB. Curso: Mestrado em Direito

¹A esse respeito, basta invocar *patrimonialismo, coronelismo, clientelismo e corrupção* – lugares-comuns da história política brasileira que, nestes tempos, têm infestado as páginas dos jornais sob o pseudônimo de “mensalão”.

²Alusão à obra de JOSÉ MURILO DE CARVALHO (2004), intitulada *Cidadania no Brasil: o longo caminho*.

³CATANHÊDE (2003). De acordo com a matéria noticiada pela Folha de São Paulo, em 24/04/2003, “Lula opinou: é preciso um controle externo do Judiciário que é uma caixa-preta e muitas vezes se sente intocável.”

⁴CORREIO BRASILIENSE (2001). A expressão foi atribuída ao então Advogado-Geral da União, Gilmar Ferreira Mendes. Segundo a matéria de 27.11.2001, “Ele [Gilmar Mendes] assegurou que quando usou a expressão ‘manicômio

No ideário que norteou esse processo reformista, esse órgão deveria ser composto por membros de diferentes Poderes da República. Entretanto, o texto promulgado acabou por enfatizar a participação de membros da magistratura de diferentes instâncias do Judiciário. Ademais, o CNJ assumiu como uma de suas principais competências a realização de uma atividade predominantemente protagonizada, até então, pela autonomia administrativa, financeira, orçamentária e ético-disciplinar do Poder Judiciário. Daí falar-se na inédita⁸ (e, temível⁹) instauração do “controle externo” do Judiciário¹⁰.

Essa “novidade institucional” construída pela Reforma do Judiciário foi apreciada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367¹¹. No caso, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) impugnou a criação do CNJ nos moldes conferidos pela EC nº 45/2004 sob dois fundamentos jurídicos: a) a violação ao princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º); e b) a ofensa ao pacto federativo (CF, arts. 18, 25, 125). O presente ensaio limita-se tão-somente ao primeiro desses fundamentos.

A separação de poderes corresponde, simultaneamente, a princípio constitucional elevado à condição de “cláusula pétrea” (CF, art. 60, IV) e a uma categoria elementar da Filosofia

judicial’ para criticar decisões desencontradas, não se referia especificamente ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou ao Supremo Tribunal Federal (STF), mas à ‘falta de racionalidade do processo judicial’.”

⁵Cf. Relatório do Movimento Nacional dos Direitos Humanos sobre o Poder Judiciário frente aos direitos humanos – MNDH (2004).

⁶FREITAS, Silvana (2005). Reportagem da Folha de São Paulo alude à existência de “relações perigosas” no âmbito do Poder Judiciário, nos seguintes termos: “Os bancos oficiais estão pagando despesas do Poder Judiciário com construção e reforma de prédios destinados a tribunais, varas ou juizados, pagamento de aluguéis, compra de móveis e informatização. Os tribunais vêm essas parcerias com naturalidade, dizem que elas são uma alternativa à falta de recursos orçamentários e que servem de contrapartida aos elevados lucros dos bancos com a administração de verbas bilionárias que ficam temporariamente à disposição da Justiça, os chamados depósitos judiciais. Os parceiros do Judiciário são freqüentemente parte interessada em processos judiciais.”

⁷Quanto à originalidade *platônica* na consolidação do “paradigma universalista” para a formação da idéia de Justiça enquanto Bem a ser universalmente almejado, cf. CASTRO (2001: 261-264).

⁸Quanto a esse suposto ineditismo, frisa-se que a questão da reforma do judiciário já era discutida na Europa, pelo menos, desde o início da década de 1980. Para um instigante estudo exploratório sobre o tema, cf. SANTOS (1983).

⁹O receio de que a instalação do “controle externo” comprometeria a atividade judicante dos magistrados foi tamanho que a própria Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) se mobilizou para sensibilizar a opinião pública de que a “Reforma” comprometeria a independência do Poder Judiciário.

¹⁰Segundo a EC nº 45/2004, o CNJ deve ser composto por 15 (quinze) integrantes, dos quais apenas 6 (seis) seriam alheios aos quadros funcionais da magistratura, sendo: i) 1 (um) Ministro por indicação privativa de cada um dos seguintes tribunais superiores: Supremo Tribunal Federal (STF); Superior Tribunal de Justiça (STJ); e Tribunal Superior do Trabalho (TST); ii) 2 (dois) magistrados egressos da primeira e segunda instância para cada uma das jurisdições, a saber: a estadual (indicados pelo STF), a federal (de indicação do STJ) e a trabalhista (escolha indicada pelo TST); iii) 2 (dois) membros do Ministério Público (um federal e outro estadual, ambos com indicação pelo Procurador-Geral da República); 2 (dois) advogados recomendados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; e, por fim, 2 (dois) cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal (CF, art. 103-B, incisos I a XIII).

¹¹ADI nº 3.367-DF, Relator Ministro Cezar Peluso, data do julgamento: 13.04.2005.

Política clássica e contemporânea. Neste último âmbito, essa temática filosófico-política originariamente de *cunho aristotélico*¹² será abordada como uma constante preocupação com a conformação que as instituições políticas devem oferecer para possibilitar o controle dos meios, instrumentos e procedimentos aos quais deve se submeter o exercício do poder num Estado Democrático.

Ao investigar a dimensão desse princípio constitucional segundo a interpretação do STF, busca-se contribuir para o debate acerca das instituições político-jurídicas de construção de uma Reforma na qual o papel do cidadão e da democracia sejam compreendidos como se estivessem em incessante (re)definição discursiva. Nesse cenário, propõe-se uma redefinição de concepções tradicionais do instituto da separação dos poderes em dois níveis.

Em primeiro lugar, no sentido de que a separação dos poderes não encontra sua dimensão constitucional apenas na assimilação de formulações teóricas clássicas¹³. Num segundo momento, para se compreender os limites e possibilidades teóricos e dogmáticos que a aplicação desse princípio pode assumir na jurisdição pátria, analisam-se duas alternativas contemporâneas de releitura desses *clássicos*, a saber: a Constituição como ordem concreta de valores (abordagem normativo-axiológica); e a Constituição enquanto *comunidade de princípios* (abordagem principiológica).

II) O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES: LIMITES E POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

II.A) Análise da interpretação do STF na ADI nº 3.367-DF: a Constituição como referência

Na ADI nº 3.367, os principais argumentos sustentados pela AMB quanto à ofensa ao princípio da separação dos poderes poderiam ser resumidos aos seguintes: i) a “composição heterogênea” do CNJ limitaria a conformação independente do Poder Judiciário, uma vez que a atuação de seus magistrados seria passível de uma “fiscalização externa” (CF, arts. 2º e 60, IV); e

¹²Quanto à adoção da terminologia da discussão *aristotélica* acerca dos “meios institucionais” e “procedimentais” adequados, típicos do “paradigma particularista” em oposição à “ênfase platônica no acesso filosófico à idéia abstrata do Bem”, cf. CASTRO (2001: 265-267).

¹³Neste ensaio, consideram-se como *referências clássicas* da “separação dos poderes” as obras de JOHN LOCKE (1963) e de CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, Barão de LA BRÈDE e de MONTESQUIEU (2000), assim como a “doutrina do federalismo americano”, desenvolvida por ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON e JOHN JAY (1959). Acerca de uma interessante abordagem sobre algumas relações desses *clássicos*, cf. CASTRO (2001: 267-276).

ii) além disso, estariam ameaçadas as próprias decorrências dessa independência, a saber: o auto-governo dos Tribunais e a sua autonomia administrativa, orçamentária, financeira e disciplinar (CF, arts. 96, 99 e 168). Segundo enfatizou o Relator, Ministro CEZAR PELUSO:

Essa postura da autora já desvela toda a preocupação (...) de que o advento do Conselho Nacional de Justiça traduza sério risco à independência do Poder Judiciário, no exercício de sua função típica, a jurisdicional. É que, apenas para adiantar o que me parece o ponto nevrálgico da causa, ninguém tem dúvida de que não pode a independência do Judiciário, seja a externa, assim considerada a da instituição perante os demais Poderes e órgãos de pressão, seja a interna, a dos magistrados entre si, estar sob nenhum risco próximo nem remoto, porque, em resguardo da ordem jurídica e, ao cabo, da liberdade do povo, tal predicado constitui a fonte, o substrato e o suporte de todas as condições indispensáveis a que a atividade judicante seja exercida com a imparcialidade do *tertius*, sem a qual já se não concebe a jurisdição em nenhum Estado civilizado e, muito menos, no Estado democrático de direito.

Retomarei logo mais o tema, bastando-me por ora reavivar esta inconcussa verdade político-jurídica: é na exata medida em que aparece como nítida e absolutamente necessária a garantir a imparcialidade jurisdicional, que a independência do Judiciário e da magistratura guarda singular relevo no quadro da separação dos Poderes e, nesses limites, é posta a salvo pela Constituição da República. (...). A independência suporta, na sua feição constitucional, teores diversos de autonomia administrativa, financeira e disciplinar. Na verdade, ela só pode considerada invulnerável, como predicado essencial do sistema da separação, quando concreta redução de seu âmbito primitivo importe, em dano do equilíbrio e estabilidade entre os Poderes, transferência de prerrogativas a outro deles, ainda que não chegue a caracterizar submissão política. Ou, no que concerne ao Judiciário, quando outra forma de supressão de atribuições degrade ou estreite a imparcialidade jurisdicional. Fora dessas hipóteses, nada obsta a que o constituinte reformador lhe redesenhe a configuração histórica, mediante reorganização orgânica e redistribuição de competências no âmbito da estrutura interna do Judiciário, sem perda nem deterioração das condições materiais de isenção e imparcialidade dos juízes.

À luz permanente dessa idéia, analiso a alegação de que a criação do Conselho Nacional de Justiça, com a estrutura e as competências outorgadas pela Emenda nº 45/2004, atentaria, mais que contra a norma do art. 2º da Carta, contra o autêntico sistema constitucional da separação dos Poderes.¹⁴

Pode-se dizer, por conseguinte, que o debate que se travou no Tribunal também passou pela questão da validade das origens clássicas para a interpretação do princípio da separação dos poderes no direito brasileiro.¹⁵ Ao desenvolver a questão das “raízes históricas” da separação de poderes, o voto de CEZAR PELUSO estabeleceu uma relação acerca da sucessão cronológica do teor

¹⁴Excerto extraído do voto do Ministro Relator, CEZAR PELUSO (texto sujeito a revisão), disponível na página oficial www.stf.gov.br (último acesso em 18.06.2005).

¹⁵Para os fins deste ensaio, vale mencionar que somente as manifestações do Relator (CEZAR PELUSO) e dos Ministros EROS GRAU e GILMAR MENDES foram suficientemente explícitas ou significativas sobre esse tema. De toda forma, tendo em vista os posicionamentos que se firmaram no julgamento, será necessária a referência aos demais ministros.

das obras de ARISTÓTELES, LOCKE, MONTESQUIEU e dos escritos federalistas de HAMILTON, MADISON e JAY.¹⁶

Embora a manifestação de PELUSO tenha se pautado por uma criticável linearidade histórica da noção de “separação de poderes” desde ARISTÓTELES até os federalistas¹⁷, a tônica da argumentação desenvolvida baseou-se no aspecto de que a diferenciação de funções exercidas por cada poder não deveria ser tomada de modo absoluto. Afinal, segundo PELUSO, como o próprio poder constituinte originário¹⁸ havia delineado, a possibilidade de “controle recíproco” seria compatível com um “verdadeiro sistema de *integração e cooperação*” entre os poderes.

O voto de EROS GRAU¹⁹, por sua vez, detalha, acertadamente, que a questão da divisão tripartite atribuída à obra de MONTESQUIEU, antes de tudo, não converge integralmente com a noção lockeana de divisão de poderes.²⁰ GRAU problematizou, inclusive, que a absorção “mítica” da idéia de separação de poderes apenas faria sentido para a jurisdição constitucional brasileira na medida em que estivesse contida na ordem constitucional positiva.

Desse modo, com base nas considerações de LOUIS ALTHUSSER²¹, EROS GRAU apresenta subsídios a partir dos quais é possível afirmar que a noção filosófico-política da “separação de poderes” não pode ser admitida como totalmente idêntica à assimilação desse tema no âmbito da

¹⁶No âmbito de uma reflexão mais abrangente da “doutrina da separação dos poderes” no contexto filosófico dos paradigmas da política, cf. CASTRO (2001:267-277).

¹⁷Os problemas de abordagem da história como mera sucessão de fatos cronológicos são apresentados, com profundidade, por PETER BURKE (2002:28-32). Essa forma de abordagem, típico da *Escola Rankeana* pode ser inferido a partir do seguinte trecho: “Apesar de ter adquirido consagração com a obra clássica de MONTESQUIEU, a teoria da separação dos poderes tem antecedentes antigos. Já ARISTÓTELES, na *Política*, defendia a idéia de que a concentração do poder político nas mãos de um só homem, ‘*sujeito a todas as possíveis desordens e afeições da mente humana*’, era inconveniente, e, com tal aviso, distinguia as funções do Estado em deliberante, executiva e judiciária. Foi na Era Moderna, entretanto, que a divisão do exercício do poder principiou a tomar corpo, sobretudo no sulco da evolução política por que passou a Inglaterra até a edição do *Bill of Rights*, em 1689. Baseado na realidade inglesa do tempo, LOCKE formulou a primeira construção sistemática de uma teoria da separação de poderes, dividindo-os em Legislativo, Executivo e Federativo.” (grifos no original – excerto, sujeito à revisão, extraído do voto do Ministro CEZAR PELUSO, disponível na página oficial www.stf.gov.br – último acesso em 18.06.2005).

¹⁸Com relação a instigantes críticas às dificuldades da assimilação da “doutrina do Poder Constituinte”, cf. BERNARDINO COSTA, 2005.

¹⁹Excerto extraído do voto do Ministro EROS GRAU (texto sujeito a revisão), disponível na página oficial www.stf.gov.br (último acesso em 18.06.2005).

²⁰Para LOCKE (1963:91-101), os “poderes da comunidade” são estruturados a partir de uma supremacia do Legislativo sobre o Executivo e o Federativo. MONTESQUIEU (2000:85-94), por seu turno, parte da premissa de coordenação e harmonização entre a legislação, o poder de julgar e o Poder Executivo. Para maiores aprofundamentos acerca das apropriações dos federalistas acerca das singularidades da obra de MONTESQUIEU em contraposição às doutrinas do “direito natural moderno”, entre as quais se poderia situar a obra de LOCKE, cf. CASTRO (2001:271-273).

²¹ALTHUSSER (1985:103-104).

teoria da constituição. E mais, diferentemente do que se poderia pensar inicialmente²², a dimensão do princípio da separação de poderes é plenamente passível de densificação e alteração no âmbito da interpretação constitucional. Na jurisdição brasileira, GILMAR MENDES sustenta alguns desses elementos por meio da seguinte constatação:

(...) a questão, de fato, não se enquadra na idéia de uma violação da separação de poderes. (...) este não é um dado teórico, mas é um dado que há de ser concretizado e tratado dogmáticamente. Em outra assentada já tive oportunidade de asseverar que esta doutrina se desenvolveu entre nós a partir da atividade do próprio Supremo Tribunal Federal e citei notável voto do Ministro Castro Nunes na Representação nº 94, quando ele enfrentava a questão dos princípios sensíveis...²³

Assim, apesar das inúmeras relações que poderiam ser realizadas na seara da Filosofia Política²⁴, pode-se dizer que a questão da “separação de poderes” deve ser apreciada, não como mera formulação teórica, mas também e, sobretudo, enquanto “elemento ínsito à interpretação da Constituição do Brasil”, como diria EROS GRAU.²⁵

Nesse contexto, é forçoso reconhecer com NIKLAS LUHMANN²⁶ que dado o grau de complexidade e diferenciação do direito contemporâneo, a Constituição é “o” ponto de referência do sistema jurídico com relação a todo o *demais direito*.²⁷ Essa preocupação é aprofundada na referência luhmanniana ao pensamento de POCOCK acerca dos fundamentos da tradição política cívico-republicana. Assim, para que se perceba a *aquisição evolutiva* inaugurada pela idéia

²²A respeito de uma suposta “permanência” da noção de separação de poderes, é pertinente observar o seguinte trecho extraído do voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE: “O núcleo essencial do princípio fundamental da separação e independência dos Poderes, segundo e sempre conforme a modelagem que lhe deu a Constituição brasileira, não se altera, segundo funcione ele, conforme os precedentes, como limitação à autonomia constitucional dos Estados-membros, ou, como agora se cogita, como limitação material ao poder de emenda da própria Constituição Federal. Na demarcação desse núcleo essencial do princípio de separação e independência de Poderes, seja como limitação à autonomia constitucional do Estado-membro, seja como cláusula pétrea, tem papel do maior relevo o mecanismo positivo conforme a constituição dos pesos e contrapesos.” (texto sujeito a revisão), disponível na página oficial www.stf.gov.br (último acesso em 18.06.2005).

²³Excerto extraído do voto do Ministro GILMAR MENDES (texto sujeito a revisão), disponível na página oficial www.stf.gov.br (último acesso em 18.06.2005).

²⁴Cf. CASTRO, 2001.

²⁵Excerto extraído do voto do Ministro EROS GRAU (texto sujeito a revisão), disponível na página oficial www.stf.gov.br (último acesso em 18.06.2005).

²⁶LUHMANN (1996).

²⁷Segundo LUHMAN (1996): “O conceito de Constituição e o correspondente universo de idéias fundadoras da tradição cívico-republicana, dos *civil rights* e do direito natural interpretado como razão não ofereciam a suficiente sustentação. Ao contrário: exatamente esses elementos encontravam-se destinados a abrir a Constituição à interpretação. A princípio era impossível modificar o fato de que toda construção do sentido da Constituição implica a pretensão de participar da soberania. O problema, portanto, só podia emergir ainda no caso de meras opiniões jurídicas de proveniência acadêmica ou de uma interpretação fundada em decisões judiciais vinculantes e com isso de um aperfeiçoamento do próprio direito.”

moderna de Constituição, não é possível assumir como parâmetro o mero tradicionalismo político constante do *original intent* dos *founding fathers*.²⁸ Em outros termos:

Qualquer tipo de interpretação deve antes de tudo descrever o seu texto como suscetível de interpretação. Em consequência, a interpretação, na medida em enfoca o seu texto e a si própria, implica em uma atividade parcialmente autológica. O texto tornado acessível, compreensível e aplicável pela interpretação representa, por sua vez, um esquema que estabelece como os observadores devem observar e o que devem considerar válido ou inválido. A interpretação é, portanto, uma atividade que se articula no mínimo em dois planos, é uma descrição de descrições.²⁹

A partir de LUHMANN, portanto, não se pode perder de vista os aspectos positivos dos argumentos esboçados por CEZAR PELUSO, EROS GRAU E GILMAR MENDES no sentido de que a interpretação da “separação de poderes” deve ser entendida como uma espécie de discurso de segunda ordem erigido sobre as múltiplas descrições normativas que possam ser extraídas do texto constitucional. O *acoplamento estrutural* entre os sistemas da política e do direito sob a égide de uma concepção formal de constituição permitiu, de um lado, uma alternativa para o problema da soberania (sistema da política) e, de outro, a diferenciação operacional das disposições constitucionais com relação às demais disposições ditas infraconstitucionais (sistema do direito). Esse fenômeno permitiu, inclusive, a construção do *judicial review* enquanto modalidade do controle de constitucionalidade das leis.

Com base nesse marco, mesmo em uma análise preliminar, não é possível aderir, sem maiores questionamentos, à fundamentação constante dos votos vencidos da Ministra ELLEN GRACIE (a qual foi integralmente endossada pelo Ministro CARLOS VELLOSO)³⁰ e dos Ministros

²⁸Para maiores aprofundamentos acerca das contribuições da tradição cívico-republicana no pensamento constitucional, cf. POCOCK (1975:506-552) e LUHMANN (1996). Com relação às influências e desdobramentos do “momento maquavélico” durante os séculos XVII e XVIII na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, POCOCK (1975:vii-x) enfatiza o papel crucial desempenhado por JAMES HARRINGTON, o qual haveria promovido uma síntese do “pensar cívico-humanista” do renascimento florentino com a experiência político-social da tradição política inglesa e estadunidense, as quais POCOCK denomina respectivamente de “anglicização” e “americanização” da virtude.

²⁹LUHMANN (1996).

³⁰Segundo sustentou a Ministra ELLEN GRACIE: “Levando-se em conta a competência não somente gerencial, mas também invasiva do Conselho recém-criado e por se tratar de órgão do Judiciário que tem como campo de atuação, ainda que despojado de função jurisdicional, o funcionamento do próprio Judiciário, a participação daqueles que não são membros deste Poder choca-se frontalmente com a já referida independência qualificada do Poder Judiciário, que se desdobra nas garantias de independência no exercício da judicatura e na autonomia administrativa, financeira e orçamentária dos Tribunais, tudo para que, nos sistema de freios e contrapesos existentes, esta parcela do poder estatal (Estado-juiz) tenha a mais absoluta isenção na realização de atividade que representa a própria submissão do Estado Democrático de Direito às decisões judiciais contra si proferidas.” (Excerto extraído do voto do Ministra ELLEN GRACIE (texto sujeito a revisão e sem os realces no original), disponível na página oficial www.stf.gov.br - último acesso em 18.06.2005).

MARCO AURÉLIO e SEPÚLVEDA PERTENCE³¹. Ao adotar uma concepção de integridade tanto na função legislativa, quanto na judiciária, entende-se que não é admissível interpretar a noção de “separação de poderes” como problema corporativo de titularidade do Judiciário ou, até mesmo, meramente conciliatório³² dos interesses da magistratura nacional.

O princípio da separação dos poderes deve ser concebido a partir das competências constitucionalmente estatuídas e, por conseguinte, envolvem um complexo jurídico de uso e controle discursivo do poder. Fixada essa premissa crítica de que esse princípio não encontra a sua dimensão constitucional *apenas* na assimilação de suas formulações teóricas clássicas e considerados os argumentos que construíram o resultado final do julgamento da ADI nº 3.367³³, torna-se necessário sugerir e desenvolver algumas dimensões alternativas que o princípio da separação dos poderes poderia assumir na jurisdição constitucional brasileira, a partir de uma perspectiva discursiva da integridade do direito e da política³⁴.

³¹Segundo defendeu o Ministro MARCO AURÉLIO: “Cumprir zelar pela autonomia do Judiciário. (...) não podemos ser ingênuos de acreditar que a atividade a ser desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça não repercutirá no ofício julgante, que é exercido por homens, e circunstâncias externas acabam por repercutir na formalização de decisões”. No mesmo sentido, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE ressaltou que o artigo 103-B, XIII criou uma nova forma de “ingerência do Legislativo”, por ter permitido a indicação de dois membros do conselho pelo Senado e pela Câmara Federal.

³²A esse respeito, *cf.* as considerações traçadas no próximo tópico acerca dos problemas de se compreender o processo de legislação como uma “conciliação de interesses”, ou ainda a aplicação judicial do direito enquanto questão de “balanceamento de princípios e valores”.

³³O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação, vencidos: o Ministro MARCO AURÉLIO (que interpretou a criação do CNJ com a competência de exercer o “controle externo” como *totalmente* eivada de inconstitucionalidade); a Ministra ELLEN GRACIE e o Ministro CARLOS VELLOSO (que entenderam inconstitucionais todas as previsões que estabelecessem a composição do CNJ por membros “estranhos ao Judiciário” – CF, art. 103-B, XI a XIII); e o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE (que considerou a impugnação procedente apenas quanto às *ingerências* do Poder Legislativo – CF, art. 103-B, XIII). A tese prevalecente foi a apresentada pelo Ministro Relator. Segundo PELUSO, “Longe, pois, de conspirar contra a independência judicial, a criação de um órgão com poderes de controle nacional dos deveres funcionais dos magistrados responde a uma imperfeição contingente do Poder, no contexto do sistema republicano de governo. (...). Nem embaraça a conclusão o fato de que tenham assento e voz, no Conselho, membros alheios ao corpo da magistratura. Bem pode ser que tal presença seja capaz de erradicar um dos mais evidentes males dos velhos organismos de controle, em qualquer país do mundo: o corporativismo (...) Relembre-se, ainda uma vez, que a maioria qualificada de membros do Conselho é formada de juizes e, pois, pessoas insuspeitas à magistratura, aprovadas e experimentados no ofício de aplicar a lei. (...). Mas até a minoria, composta por não-magistrados, é tida, sob vigorosa presunção *hominis*, por afeita às atividades jurisdicionais, não só no caso manifesto dos representantes do Ministério Público e da advocacia, senão também no dos dois cidadãos que, indicados pelo Legislativo, devam, à moda dos candidatos a esta Corte (art. 101 da Constituição da República), possuir ‘notável saber jurídico e reputação ilibada’. Que outros requisitos se poderiam pedir aos membros não-magistrados, como garantia de vivência jurídica, de compromisso com a autonomia do Poder e de fidelidade à lei?” (textos citados sujeitos a revisão), disponível na página oficial www.stf.gov.br (último acesso em 18.06.2005).

³⁴A questão da integridade na política e no direito é detalhadamente desenvolvida por DWORKIN (2000:213-331).

II.B) Elementos para uma interpretação do princípio da separação dos poderes: a integridade do direito e da política sob o viés do discurso e da democracia

Antes de tecer maiores considerações sobre uma proposta de redefinição das concepções clássicas do instituto da separação dos poderes, é necessário esboçar a premissa básica na qual a presente análise se baseia: no processo de interpretação, não é possível ter-se a pretensão de controle absoluto da linguagem por meio da qual se aplica a norma a um caso concreto. Essa pré-compreensão deve ser radicalizada ainda mais em uma sociedade complexa³⁵, plural³⁶, pós-convencional³⁷, caracterizada por uma tensão de oposição e complementaridade entre direito positivo, política e moralidade pós-tradicional³⁸. Tal postulado, portanto, ao contrário de qualquer enunciação inovadora acerca daquilo que se convencionou denominar por “hermenêutica jurídica”, apenas evidencia o tradicional e inafastável problema da *indeterminação estrutural* da atividade de interpretação do direito.³⁹

Em síntese, a partir da necessidade de garantia do respeito e da coexistência entre distintas concepções (éticas, políticas, lingüísticas, religiosas, ideológicas e culturais) não se pode assumir ingenuamente a tese de que, para cada conflito judicial, haja *apenas* uma *única resposta correta*. É exatamente nesse cenário de *pluralismo-de-fato*⁴⁰ que a proposta do *direito como integridade* de RONALD DWORKIN⁴¹ contribui de maneira sofisticada para uma compreensão normativa das dicotomias típicas da tensão reciprocamente constitutiva entre democracia e constitucionalismo.

A partir da idéia de consolidação, ainda em curso, de um Estado Democrático de Direito⁴², aplicar o direito envolve, pelo menos, a preocupação com a contínua tentativa de exercer uma articulação normativa de categorias e fenômenos historicamente situados e que devem ser simultaneamente compreendidos como antagônicos e complementares, sob pena de se comprometer o complexo processo de legitimação do justo e do jurídico. Imbuído dessa

³⁵Para maiores aprofundamentos quanto às sociedades complexas, cf. LUHMANN (1983, 1985 e 1996).

³⁶A idéia de que as sociedades contemporâneas são inexoravelmente pautadas pelo *fato do pluralismo* é amplamente desenvolvida por MICHEL ROSENFELD (2001, 2003A e 2003B).

³⁷HABERMAS (1997A:17-63).

³⁸HABERMAS (1997A:64-154).

³⁹Essa temática já estava presente e pode ser diagnosticada, de certa forma, a partir das diferentes perspectivas lançadas pelas obras de HANS KELSEN (2000:387-397) e FRANCESCO FERRARA (1963:129-165).

⁴⁰ROSENFELD (2001:7-8)

⁴¹Cf. DWORKIN (2003:213-231).

⁴²Sobre as possibilidades de enunciação desse paradigma, cf. CARVALHO NETTO (2001) e ARAÚJO PINTO (2003).

pretensão de identificar as possibilidades e demandas paradoxais típicas de um ambiente social fragmentado (confiabilidade e segurança *versus* celeridade e mutabilidade, igualdade *versus* diferença etc.), DWORKIN recorre à metáfora da *quase* irrealizável tarefa do intérprete, o juiz Hércules⁴³, na busca da *resposta correta* histórica e eticamente situada, em uma expressão, da *melhor resposta possível para e no caso concreto*.

Hércules seria o responsável por escrever um coerente “romance em cadeia” (*chain novel*) a partir de um modelo de reflexão constitucional acerca dos fenômenos da integridade e da pluralidade – problemas característicos da legitimação político-jurídica no âmbito dos processos legislativo e judicial. Nesse trabalho hercúleo, a concepção do *direito como integridade* se opõe tanto a visões *convencionalistas* ou *originalistas* (as quais pressupõem que a interpretação do direito deve simplesmente reproduzir as escolhas políticas ou precedentes firmados no passado), quanto a abordagens meramente *pragmáticas* ou *instrumentais* (nas quais o direito é considerado como *instrumento* de consolidação de um *programa* político determinado, de modo autoritário, negligente ou voluntarista, a ser projetado indefinidamente para o futuro). Conforme sustenta DWORKIN: “o direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine”⁴⁴.

Com fundamento no pressuposto de que a figura do Hércules deve conceber a atividade de interpretação como afeita e inserida nas contingências históricas da *fusão de horizontes*⁴⁵ de uma comunidade política de princípios jurídicos intersubjetivamente compartilhados⁴⁶, DWORKIN assevera que a identificação de direitos e deveres somente pode ser desenvolvida a partir de uma concepção coerente da equidade (*fairness*) e da justiça.

⁴³Nesse ponto, entende-se que o enfoque de DWORKIN não é judicialista. Trata-se de um recurso alegórico que busca conferir concretude à idéia da complexidade da tarefa de interpretação, justificação e aplicação do direito. Segundo o autor, esse enfoque metodológico seria justificável “não porque apenas os juizes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica” (DWORKIN, 2003:292).

⁴⁴DWORKIN (2003:274).

⁴⁵Acerca da adoção do termo “fusão de horizontes”, DWORKIN é confessadamente influenciado pela hermenêutica filosófica de HANS-GEORG GADAMER (1999 e 2002).

⁴⁶A idéia de compartilhamento intersubjetivo de princípios jurídicos não significa o consenso material acerca das múltiplas e, amiúde, inconciliáveis, ou até mesmo antagônicas visões de mundo. A rigor, a idéia normativa de um pano-de-fundo não-tematizado consiste em tentativa de harmonização de pretensões racionalmente aceitáveis por meio do direito. Para maiores esclarecimentos, *cf.* HABERMAS (1997A).

Essa percepção íntegra da *coerência do direito*⁴⁷ é interessante para o presente ensaio porque pressupõe que, para se interpretar o princípio da separação de poderes, deve-se levar a sério a pretensão de integridade no direito e na política. Para tanto, é necessário garantir e respeitar as diferenças discursivas existentes entre a justificação equânime da certeza geral do direito (equidade ou *fairness*) e a justa aplicação do direito aos casos concretos.

A dimensão normativa da aplicação do direito se sujeita a uma distinção lógica entre regras e princípios. Para DWORKIN, a interpretação e a densificação de princípios devem nortear a aplicação das regras no caso concreto. Ao assumir essa concepção, mesmo que sem qualquer pretensão de coerência completa do direito, os princípios podem ser contrários sem ser contraditórios. Isto é, diante de uma indissociável concorrência normativa de princípios, somente o caso concreto pode indicar as regras ou princípios que devam ser aplicados. Daí o retorno paradoxal à problemática solução da *indeterminação estrutural do direito*.

Tal ponto de vista, portanto, não apenas substitui o modelo tradicional de subsunção lógica como também pode ser desenvolvida em conjunto com perspectivas discursivas, plurais e compreensivas⁴⁸ da integridade do direito e da política, de tal modo que constitucionalismo e democracia constituam-se numa tensão radical, sem ser contraditória.

Ao *reconstruir* esses elementos sob as perspectivas da *Teoria Discursiva do Direito e da Democracia* de JÜRGEN HABERMAS⁴⁹ e da *Teoria da Argumentação* de KLAUS GÜNTHER⁵⁰, não faz sentido falar em princípio constitucional da separação de poderes sem democracia (e vice-versa). De igual modo, é arriscado considerar a existência de uma autonomia pública (*soberania*

⁴⁷DWORKIN ressalta que nem toda aplicação ou justificação coerente é íntegra. De outro lado, a perspectiva do direito como integridade demanda uma preocupação com o problema da coerência do direito. Como exemplificação de uma aplicação coerente, mas não íntegra, poder-se-ia recorrer a uma interpretação que, dada a existência de elementos fáticos e normativos diferenciados, apenas reproduz soluções anteriormente aplicadas em circunstâncias consideradas análogas ou genericamente assemelháveis. No âmbito da legislação, a coerência desprovida de integridade pode ser observada no caso da conciliação dos interesses dos diferentes grupos ou facções políticas. Para a concepção dworkiana, neste último caso, ocorreria a assunção do risco de se tornar disponível, o indisponível, a saber: a certeza (ou correção) da observância das regras e princípios norteadores do processo legislativo (*fairness*). Para maiores aprofundamentos, cf. DWORKIN (2003:216-237).

⁴⁸Para a identificação dos dilemas de um *pluralismo abrangente* (ou *compreensivo*) [*comprehensive pluralism*], cf. ROSENFELD (2003A:54 e ss).

⁴⁹Cf. HABERMAS (1997A e 1997B). No que toca a essa tentativa de reconstrução, HABERMAS (1997A:277) sustenta que seria crucial “libertar Hércules da solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente.” A questão da existência ou não de uma espécie de solipcismo do juiz Hércules, porém, além de ser um tanto quanto controversa, escapa aos desígnios originariamente delineados. Por essa razão, o presente ensaio não se compromete com o rigor da crítica habermasiana. Pelo contrário busca-se, de modo reconhecidamente precário e singelo, aliar os aspectos positivos que ambas as formulações podem oferecer para o desenvolvimento de uma perspectiva discursiva do princípio constitucional da separação de poderes.

⁵⁰Para uma explicitação das vicissitudes normativas dos discursos de aplicação e justificação, cf. GÜNTHER (2004).

popular) ou privada (*direitos humanos*), sem dimensioná-la quanto ao papel desempenhado por cada um dos poderes do Estado Democrático de Direito em um modelo discursivo de formação e circulação da vontade e do poder político: a esfera pública.⁵¹ Segundo afirma HABERMAS:

Somente o legislador político tem o poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos e pragmáticos, inclusive os constituídos através de negociações eqüitativas, isso porém, no quadro de um procedimento democrático amarrado à perspectiva da fundamentação de normas. A justiça não pode dispor arbitrariamente dos argumentos enfeixados nas normas legais; os mesmos argumentos, porém desempenham um papel diferente, quando são aplicados num discurso jurídico de aplicação que se apóia em decisões consistentes e na visão da coerência do sistema jurídico em seu todo. A administração não constrói nem reconstrói argumentos normativos, ao contrário do que ocorre com o legislador e com a jurisdição. As normas sugeridas amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática. Elas autorizam as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com a ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias - como é o caso de sujeitos de direito privado.⁵²

Sob o viés do discurso e da democracia, portanto, a Constituição corresponde a uma *comunidade de princípios* jurídicos que não devem e nem podem ser interpretados como regras, sob o risco de que pretensas estruturas concretas de aplicação sejam transformadas em elementos gerais de justificação do direito. Em outras palavras, ao analisar a interpretação que os ministros do STF conferiram ao princípio constitucional da separação de poderes, não se pode olvidar que “o direito como integridade pressupõe, contudo, que os juízes se encontram em situação muito diversa daquela dos legisladores”⁵³.

II.C) Breves considerações para a redefinição discursiva do princípio da separação de poderes: reflexos constitucionais do julgamento da ADI nº 3.367 – limites e possibilidades da distinção entre justificação e aplicação

Neste momento, seria interessante indagar: o discurso de aplicação do direito representa, necessariamente, uma conformação interpretativa funcionalmente diferenciada do discurso de justificação do jurídico?⁵⁴

⁵¹Para maiores detalhes acerca da evolução da noção de “esfera pública” no pensamento habermasiano, cf. HABERMAS (1984 e 1992:421-479).

⁵²HABERMAS (1997A:239).

⁵³DWORKIN (2003:292).

⁵⁴A utilidade e necessidade de uma perspectiva discursiva para a separação de poderes em termos dos discursos de justificação e aplicação não é unanimemente admitida pelos teóricos contemporâneos da constituição. Nesse

Embora seja um questionamento que refoge, em muito, ao escopo do presente ensaio, é inegável reconhecer que, de acordo com a resposta assumida, é possível extrair distintas percepções do princípio da separação de poderes. Desse modo, tendo em vista a importância que essa matéria assume para a problematização dos reflexos constitucionais a partir da conformação conferida a esse princípio, é pertinente aludir, mesmo que brevemente, ao teor de algumas alternativas teóricas que se predispõem a solucionar tal questão.

Diante da edificação de um paradigma do Estado Democrático de Direito, parece razoável e até mesmo justificável compreender a coexistência de múltiplas percepções paradigmáticas acerca da noção de “Bem” para uma dada comunidade político-jurídica. O mesmo pode ser dito com referência ao que se entende como “melhor” modelo de separação de poderes a ser adotado.

Para os efeitos deste trabalho, porém, pretende-se enfocar os reflexos de duas das mais influentes alternativas discursivas que concorrem entre si, com o fito de delinear o papel do legislador e o do aplicador do direito na tarefa de interpretação das normas jurídicas, a saber: a que compreende a ordem constitucional enquanto *comunidade de princípios* (a abordagem principiológica, apresentada no tópico anterior); e a que entende a existência de uma *ordem concreta de valores* subjacente à Constituição (abordagem normativo-axiológica⁵⁵).

A abordagem normativo-axiológica foi amplamente desenvolvida nas obras de ROBERT ALEXY e JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO. Para essa perspectiva tipicamente originada no marco do paradigma do Estado Social⁵⁶, as normas jurídicas também poderiam ser sistematizadas sob a égide das categorias de regras e princípios. A nota diferencial, porém, diz respeito ao modo como o discurso de aplicação supostamente deveria ser realizado.

contexto, entre as diversas críticas que têm sido formuladas a partir da *Teoria Discursiva do Direito e da Democracia*, é válido destacar as de ROBERT ALEXY (1998); e a de FRANK MICHELMAN (2002). Para ALEXY, em linhas gerais, essa própria distinção discursiva seria mera artificialidade na medida em que a aplicação de toda e qualquer norma jurídica pressuporia a enunciação de um discurso de justificação de uma nova norma. MICHELMAN, por sua vez, sustenta que a complementaridade pragmática entre os discursos de justificação e de aplicação seria um tanto quanto dissonante com relação à concepção mais geral que HABERMAS apresenta sobre o direito, o “contratualização constitucional” (*constitutional contractarian*). Daí surgiria, para MICHELMAN, uma certa incompatibilidade entre a noção do “jurídico” assumida pela obra habermasiana e o postulado pragmático elementar de que a identidade normativa de um princípio e sua aplicação sejam reciprocamente constitutivas.

⁵⁵A terminologia ora utilizada não é assente na literatura a respeito. Por essa razão, a referência aos termos “normativo-axiológico(a)” e “principiológico(a)” tem por finalidade explicitar os elementos mais significativos para a interpretação constitucional conforme cada uma dessas abordagens, a saber, respectivamente: o valor ou o princípio.

⁵⁶CATTONI DE OLIVEIRA (2001:179).

ALEXY parte do postulado de que haveria uma *unidade da razão prática*⁵⁷. Tal premissa permitiria, por sua vez, a compreensão dos discursos jurídicos como um caso especial do discurso prático geral, ou seja, do discurso moral. Dessa maneira, a aplicação do direito torna-se objeto de uma *teoria da argumentação*, na medida em que os princípios são compreendidos como *mandados de otimização*. Isto é, normas jurídicas que teriam a pretensão de determinar a tutela ou a efetivação de um determinado *bem*⁵⁸ na maior proporção possível (tanto na sua dimensão fática quanto na jurídica)⁵⁹.

Com base em uma *ordem frouxa de princípios*, ALEXY estabelece um *sistema de condições de prioridade*, o qual seria supostamente determinado a partir de um plexo de decisões obtidas mediante *ponderação de princípios*. Essa sistematização de *estruturas de ponderação*⁶⁰ serviria de referência ao aplicador, a quem competiria a otimização fático-jurídica dos princípios a partir de uma *ordem concreta de valores*. Em complemento, CANOTILHO sustenta que seria possível, inclusive, uma classificação hierarquizada dos princípios de acordo com a sua importância ou “fundamentalidade” de seus *conteúdos essenciais*.⁶¹ Sob tal perspectiva, é essa concretude axiológico-normativa que, além de garantir, funcionaria como uma espécie de “critério racional” para a fixação das relações de precedência a serem estabelecidas para a satisfação material dos princípios envolvidos em cada caso concreto.⁶²

⁵⁷ALEXY (1998:233).

⁵⁸Essa tênue distinção entre discurso prático geral e discurso jurídico é explicada por ALEXY (1999:375) nos seguintes termos: “A **tese do caso especial** postula que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Ela se baseia em três razões. A primeira é que, no fim, a discussão jurídica, assim como a argumentação prática geral, preocupa-se com o que é obrigatório, proibido ou permitido, portanto, com questões **práticas**. A segunda razão é que uma pretensão de correção é levantada no discurso jurídico, assim como no discurso prático geral. Ambos os tipos de argumentação são, portanto, **discursos**. A terceira razão postula que a argumentação jurídica é objeto de um caso **especial** porque a pretensão de correção de discursos jurídicos é distinta daquela de discursos práticos gerais. Ela não se dirige ao que é absolutamente correto, mas ao que é correto no interior de uma estrutura e sob as bases de uma ordem jurídica validamente imposta” (**negrito no original**).

⁵⁹Para outras relações desse aspecto com a distinção entre aplicação e justificação, cf. ALEXY (2003).

⁶⁰No âmbito da jurisdição constitucional alemã, portuguesa e brasileira, uma forma de sistematização dessas *estruturas de ponderação* pode ser exemplificada pela típica construção jurisprudencial e dogmático-teórica do princípio da proporcionalidade. Desse modo, as possibilidades fáticas de otimização estariam relacionadas aos juízos de necessidade e adequação. A ponderação jurídica, por sua vez, ficaria sob o encargo do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Para maiores aprofundamentos e desdobramentos no direito alemão, português e brasileiro, cf. MENDES (1999:71-72) e CANOTILHO (1998:1030-1040).

⁶¹Na tipologia adotada por CANOTILHO (1998:1038), a principiologia jurídica poderia ser dividida em: princípios fundamentais, princípios conformadores, princípios impositivos e princípios-garantia.

⁶²Alguns dos reflexos constitucionais mais importantes que exsurgem a partir do momento em que se subscreve esse tipo de compreensão são bem captados no seguinte pensamento de MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA (2001:179): “(...) a jurisdição constitucional teria o papel de corrigir ou até mesmo de antecipar-se ao Legislativo, compreendendo o Direito no sentido da realização do que a nação corporificada no Estado entendesse como o bem-comum, materializado através de determinadas condições sociais e possibilidades políticas definidas no interior das burocracias. (...). Questões tais como *segurança nacional, paz* e até mesmo *liberdade e igualdade* teriam de ser

Assim, ao conceber a perspectiva da existência de um *núcleo essencial*⁶³ do princípio da separação dos poderes, assume-se que os limites expressos no art. 60, § 4º, da CF, cumpririam o papel de *explicitação e certificação dos limites inerentes ou intrínsecos da revisão*⁶⁴ de modo a permitir restrições ou ampliações de prerrogativas e competências. A jurisdição constitucional, nesse contexto, buscaria “solucionar” o caso concreto por meio de juízos de balanceamento, ponderação ou valoração da prevalência que o princípio da separação de poderes deverá assumir em relação aos demais.

Apesar das contribuições que esse tipo de abordagem pode trazer para uma compreensão discursiva do direito, essa *jurisprudência de valores*⁶⁵ não é capaz de operar com a separação funcional entre o aplicar e o justificar. Ao invés de perceber a tensão entre constitucionalismo e democracia, acaba-se por dissolver o problema da separação de poderes como mera questão de quantificação valorativa de direitos fundamentais a partir de *relações de precedência condicionadas* pelas preferências do intérprete constitucional.

Além de deturpar os escopos que a autonomia pública deve desempenhar, impõe-se um injustificado sacrifício da autonomia privada. Essa postura assume, por fim, um *pragmatismo*, em sentido dworkiano, que instrumentaliza estrategicamente o direito a partir de uma ordem de precedência de princípios jurídicos determinada pelas preferências particulares, quantitativas e valorativas daquilo que os intérpretes entendam como programa político ou “bem ético a ser alcançado”.

Muito embora este ensaio não tenha por pretensão esgotar a temática dos problemas que a concepção da *constituição como ordem concreta e hierarquizada de valores* pode ocasionar, é interessante perceber, logo de início, a sobrecarga que a utopia normativo-axiológica imputa ao direito, a saber: a presunção de que, ao utilizar-se o método de balanceamento de direitos

equacionadas segundo uma argumentação que pudesse explicitar o projeto de autorealização de uma comunidade concreta de cidadãos que buscasse o que é melhor para si, interpretando suas necessidades e potencialidades à luz de uma substância ético-cultural própria, a ser assumida e transformada de potência em ato, de geração em geração. Aqui a jurisdição constitucional assumiria o lugar de um poder constituinte permanente de desenvolvimento de valores pressupostos à Constituição, limitando, dirigindo e antecipando-se ao Legislativo.”

⁶³CANOTILHO (1998:704) afirma que: “(...) a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial. O alcance do princípio é visível quando com ele se quer traduzir a proibição do *monismo de poder*, como o que resultaria, por exemplo, da concentração de *plenos poderes* no Presidente da República, da concentração de poderes legislativos no executivo e na transformação do legislativo em órgão soberano executivo e legiferante.”

⁶⁴CANOTILHO e MOREIRA (2001:301).

⁶⁵Terminologia adotada por CATTONI DE OLIVEIRA (2001).

fundamentais, o problema da *indeterminação estrutural do direito* estaria indefinidamente resolvido.

Essa suposição ancorada na possibilidade de “uso normativo” de juízos axiológicos, porém, é extremamente dependente de uma transgressão aos direitos individuais e um desrespeito ao *fato-do-pluralismo* – os quais passam a ser relativizados, e até mesmo aniquilados ao alvedrio dos ímpetos valorativos do intérprete. De uma perspectiva crítica, “o” pretensão *guardião da virtude* passa a assumir os riscos democráticos decorrentes da assunção da tarefa de fixar uma visão de Constituição que pode, mas que jamais deve prevalecer sobre as demais. Conforme se pretendeu demonstrar, o olhar do discurso, do direito e da democracia desautoriza essa pretensão que não pode e nem deve ser apropriada por ninguém, sob pena de corromper a *aquisição evolutiva* possibilitada pela Constituição.⁶⁶

III) RESUMO CONCLUSIVO: REFORMA E CONSTRUÇÃO DE UM CONTROLE EXTERNO DO PODER JUDICIÁRIO

A partir da análise das interpretações conferidas ao princípio da separação dos poderes no julgamento da ADI nº 3.367, pode-se inferir que o assunto do “controle externo” é, antes de uma questão que envolva os interesses peculiares da magistratura nacional, um assunto ínsito à própria vivência da cidadania e da democracia. Desse modo, é problemático interpretar a separação de poderes como mero mecanismo de “defesa” que os interesses corporativos teriam ao seu dispor contra interferências ditas “invasivas” porque, ao fazê-lo, o próprio potencial de emancipação e regulação do poder e do direito passa a ser submetido, de modo indevido, a “razões” de índole estritamente moral ou valorativa.

Ao se interpretar uma comunidade de princípios como uma ordem concreta e hierarquizada de valores, assumem-se os riscos de privatização indevida do público – uma das relações perigosas para a democracia. Ademais, também se perde a percepção de que, para se

⁶⁶Nos instigantes dizeres de CATTONI DE OLIVEIRA (2001:206): “Ao final, ao se reduzir o Direito a valores que, por sua natureza, não são homogêneos numa mesma sociedade, aumenta-se o risco da irracionalidade do processo jurisdicional de controle, transformando-o, em uma instância político-legislativa que se sobressairia ao próprio legislador democrático. Instaurar-se-ia, desse modo, uma ditadura de *boas intenções éticas e políticas* que desrespeita a cidadania e o legislativo, à medida que os reduz a meros tutelados do Tribunal de cúpula (...).”

pensar questões que envolvem o *uso público da razão*, as múltiplas perspectivas dos co-associados pelo direito e pela política devem ser consideradas de modo íntegro e coerente com uma prática constitucional que se pautem pela cidadania.

Como bem enfatiza CATTONI DE OLIVEIRA, é preciso considerar que: “A cidadania não precisa de tutores”⁶⁷. Ou seja, a cidadania não é algo merecido, ou que deva ser simplesmente concedido ou paternalisticamente prestado pelo Judiciário. A jurisdição constitucional não pode ser simplesmente reduzida, nem apropriada por questões privadas, corporativas, e muito menos de Estado. A cidadania é, sobretudo, uma conquista: o direito à vivência plural da democracia.

Essa constatação permite afirmar que o caminho intersubjetivo a ser percorrido por cada um dos cidadãos envolve a dimensão indisponível das conquistas passadas, diárias e futuras acerca do papel que essa participação deve assumir na formação das estruturas políticas e jurídicas constitucionalmente mediadas pelo discurso e pela democracia. Destarte, ao aplicar o princípio da separação dos poderes, é fundamental ter em mente que essa matéria é digna da *construção* de uma participação democrática inclusiva e emancipatória⁶⁸. Em outras palavras, essa aplicação não corresponde à mera *reforma* burocrática acerca da articulação de poderes institucionais estabelecidos.

Nesse cenário, uma Reforma do Judiciário (com “R” maiúsculo) que se pretenda minimamente democrática precisa comprometer-se com a construção de um debate público e fundamentado acerca do papel que o Estado (e em especial, o “Estado-Juiz”) deve assumir – uma questão que, inserida num ambiente plural e complexo, não pode ser indefinidamente apropriada, nem norteadas por interesses privados ou corporativos.

Por fim, a construção legítima de um controle externo do Poder Judiciário pressupõe, portanto, que a “perspectiva da judicatura” é apenas uma entre as diversas visões possíveis que devem ser levadas a sério para a consecução, ou pelo menos para a tematização, dos problemas envolvidos na busca de um acesso célere, eficiente e equânime à justa aplicação do jurídico na pretensa e tão-almejada obra inacabada do Estado Democrático de Direito.

⁶⁷CATTONI DE OLIVEIRA (2001:184).

⁶⁸Segundo sustenta ARAÚJO PINTO (2003:42-50), da perspectiva da *Teoria Discursiva do Direito e da Democracia*, pode-se dizer que a preocupação com mecanismos inclusores e emancipatórios corresponde à busca incessante de alternativas teórico-discursivas para o conjunto normativo de pretensões racionalmente aceitáveis e aplicáveis com relação aos problemas da regulação da autonomia individual (concebida aqui, sob a égide da tensão equíprimordial entre autonomia pública e privada) em contextos plurais e pós-convencionais. Para maiores detalhes, cf. HABERMAS, 1997A e 1997B.

IV) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*. Tradução para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). *Ratio Juris*, Oxford, Volume 16, nº 2, pp. 131-140, jun. 2003.

_____. *Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse*. In: ARATO, Andrew; ROSENFELD, Michel. *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Los Angeles: University of California Press, 1998, pp. 226-233.

_____. *The special case thesis*. *Ratio Juris*, Oxford, Volume 12, nº 4, pp. 374-384, dez. 1999.

ALTHUSSER, LOUIS. *Montesquieu – La politique et la histoire*. 6ª Ed. Paris: PUF, 1985.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Otávio Paixão. *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito*. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). *O Novo Direito Administrativo Brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. pp. 19-50.

BERNARDINO COSTA, Alexandre. *O poder constituinte no Estado Democrático de Direito*. Tese de Doutorado – Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Faculdade Direito, 2005.

BURKE, Peter. *História e Teoria Social*. São Paulo: UNESP, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª Ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 1991.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. São Paulo: Ediouro, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. In: *Revista Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum Administrativo, Ano 1, nº 1, março de 2001, pp. 11-20.

_____. *A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: *Revista Notícia do Direito Brasileiro*. Brasília, nº 6, jul./dez. de 1998, pp. 233-250.

CASTRO, Marcus Faro. *Universalismo e particularismo como paradigmas da política*. In: *A contemporaneidade brasileira: dilemas para a imaginação sociológica*. Fernanda A. Fonseca Sobral e Maria Stela Grossi Porto (orgs.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001, pp. 259-278.

CATANHÊDE, Eliane. *A caixa-preta*. In: FOLHA DE SÃO PAULO, 24/04/2003.

CATTONI DE OLLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Uma Justificação Democrática da Jurisdição Constitucional Brasileira e a Inconstitucionalidade da Lei nº 9.868/99*. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, volume 36. Curitiba: UFPR, 2001, pp. 177-207.

CORREIO BRAZILIENSE, Agência. *Guerra de Poderes: Gilmar volta a criticar o Judiciário*. Disponível em http://www2.correioweb.com.br/cw/2001-11-27/mat_22464.htm (último acesso em 24/06/2005).

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 213-331.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Tradução de Manuel A. D. de Andrade. 2ª Ed. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1963, pp. 129-165.

FREITAS, Silvana. *Relações Perigosas: Bancos financiam Justiça para levar contas judiciais*. In: FOLHA DE SÃO PAULO, 25/04/2005.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade I*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997A.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade II*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997B.

_____. *Further reflections on the Public Sphere e Concluding Remarks*. Translated by Thomas Burger In: CRAIG, Calhoun (Ed.) *Habermas and the public sphere*. (Studies in contemporary German social thought). Massachusetts Institute of Technology, 1992. pp. 421-479.

_____. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; e JAY, John. *O Federalista (Um comentário à Constituição Americana)*. Tradução de Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959. pp. 36-44; 195-212; e 319-334.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: 2000, pp. 387-397.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: Instituto Brasileiro de Difusão Cultural – IBRASA, 1963, pp. 91-101.

LUHMANN, Niklas. *A constituição como aquisição evolutiva*. Tradução para fins exclusivamente acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto. Notas por Paulo Sávio Peixoto Maia. 1996

_____. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2ª. Ed. São Paulo: Celso Bastos Editor. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis (Textos escolhidos com notas de Voltaire e Outros Pensadores)*. Tradução de Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. Curitiba: Juruá, 2000, pp. 85-94.

MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS – MNDH (2004). *Relatório sobre o Judiciário Brasileiro frente aos Direitos Humanos*. Disponível em www.forum.direitos.org.br/?q=filestore/download/1977 (último acesso em 24/06/2005).

POCOCK, *The Machiavelian Moment*. New Jersey: Princeton University Press, 1975.

ROSENFELD, Michel. *The rule of law, and the legitimacy of constitutional democracy*. Working Papers Series, n° 36, mar. 2001. Disponível em http://papers.ssrn.com/paper.paf?abstract_id=262350 (último acesso em 20/12/2004).

_____. *Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional*. In: CARBONEL, Miguel (org.). *El principio constitucional de igualdad*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003A.

_____. *O direito enquanto discurso: reduzindo as diferenças entre direitos e democracia*. Tradução de Cássius Guimarães Chai. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão*. vol. 1. n° 10, (jan./ dez. 2003). São Luís: Procuradoria-Geral de Justiça, 2003B. pp. 9-44.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito e a comunidade: As transformações recentes da natureza do Poder do Estado nos Países Capitalistas Avançados*. In: *Direito e Avesso*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1983, pp. 139-163.