PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988
Judicialização da política e politização da justiça

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO*

I. Introdução

1. Seguramente em nenhum momento anterior da história brasileira esteve o Poder Judiciário focado pelas luzes da ribalta como nestes últimos anos, e particularmente nos dois derradeiros — 1993-1994.

Isto não ocorreu por motivos circunstanciais, pela mera coincidência de questões políticas que, em razão de seus aspctos constitucionais, chegaram tumultuosamente aos tribunais, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal. Reflete, na verdade, um fenômeno que é mundial, agravado entre nós pela Carta de 1988 — a *judicialização da política* que tende a trazer a politização da justiça.

Que pelo mundo afora se registra essa judicialização da política, comprova recente número da *International Political Science Review* intitulado exatamente "The Judicialization of Politics"[1]. Que por ele é, no Brasil, largamente responsável a Constituição de 1988, constitui a tese de estudo, o qual antevê a politização da justiça, como conseqüência próxima dessa judicialização, caso se mantenha o quadro atual.

II. O Poder Judiciário na doutrina constitucional brasileira: a visão clássica

2. Como em todos os Estados de derivação liberal, estrutura-se o Poder político no Brasil de acordo com a *separação dos poderes*. Isto é tão verdade da Carta de 1824 — embora acrescente esta aos três Poderes da fórmula de Montesquieu um quarto, o Poder Moderador, seguindo o aporte de Constant — como da em vigor

1 Vol. 15, nº 2, abril de 1994, publicada por Butterworth-Heinemann (Londres) para a *International Political Science Association.*

* Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade de Paris. Doutor em Direito pela Universidade de Paris. Professor visitante da Universidade de Aix-en-Provence, França. Conselheiro da Associação Internacional de Direito Constitucional.

que, inclusive, a inclui entre os pontos intocáveis — as ditas "cláusulas pétreas" — em caso de emenda à Constituição (art. 60, § 4º, III).

Entretanto, essa doutrina não é unívoca. Ou, pelo menos, ela não é em toda parte interpretada da mesma forma. Certamente, por exemplo, o que decorre do cap. VI do livro XI do *Espírito das Leis*, não coincide com o que estabelece a Lei Magna vigente — basta lembrar desta as medidas provisórias (art. 62) — nem com a versão por assim dizer clássica que há um século se ensina no Brasil. Nem qualquer destas se confunde com o entendimento dos franceses[2].

3. A visão clássica da separação dos poderes é uma versão jurisdicista da lição de Montesquieu.

Esquematicamente, ela erige três Poderes em torno da noção de lei. Um faz a lei, outro a executa, o terceiro também a aplica, porém, contenciosamente: Legislativo, Executivo e Judiciário. Esta concepção teve e tem o seu mérito. Dá à representação popular o comando último — a lei, expressão da vontade geral — é que rege o Estado; sujeita o Executivo ao cumprimento estrito do que a lei determina — este só pode fazer o que a lei permite; impõe ao Judiciário vivenciar a lei, decidindo os litígios, punindo criminosos, mas sempre num processo dialético — o contencioso.

Tudo isto, no conjunto, faz o Estado de Direito.

4. Neste contexto — concentre-se a atenção no Judiciário — este "é o que tem por missão aplicar contenciosamente a lei a casos particulares", conforme a lição com que Pedro Lessa abre o primeiro parágrafo de seu *Do Poder Judiciário*[3].

Siga-se este Mestre, pois, ninguém expôs entre nós mais claramente a doutrina clássica. "A três — continua — se reduzem os principais caracteres distintivos do Poder Judiciário: 1º) as suas funções são as de um árbitro; para que possa desempenhá-las, importa que surja um pleito, uma contenda; 2º) só se pronuncia acerca de casos particulares, e não em abstrato sobre normas, ou preceitos jurídicos, e ainda menos sobre princípios; 3º) não tem iniciativa, agindo — quando provocado, o que é mais uma conseqüência da necessidade de uma contestação para poder funcionar."

E ajunta: "Diferença-se, pois, o Poder Judiciário dos outros dois poderes constitucionais pela natureza da função, por ele exercida, *ratione muneris*, e não pela natureza da matéria, *ratione materiae*. Não há assuntos que por sua natureza sejam de ordem legislativa, ou de ordem administrativa, ou judiciária. Uma só matéria pode ser legislativa, executiva e judicial. Trata-se de regulá-la por uma lei? É legislativa. Faz-se necessário executar a lei, ou proceder em geral de acordo com a lei? É a matéria executiva, ou administrativa. Deu origem a contendas, ou contestações, concernentes à aplicação da lei? É judicial."

5. Os três Poderes são — enfatize-se — harmônicos e independentes. Por isso, um não invade o campo do outro. Nem são delegáveis de um para outro as tarefas a cada um cometidas pela Constituição — *delegata potestas delegari non potest*[4].

2 Apegam-se estes a tal ponto à independência dos Poderes que não aceitam sejam os atos do Executivo sujeitos ao crivo do Judiciário (v. infra nº 5).

3 Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 1.

4 O poder delegado não pode ser (re)delegado. Aponta Edward S. Corwin que essa máxima já está no Digesto (1.21.5), mas com redação diferente (*The President — office and powers*, New York Univ. Press, Nova Iorque, 4a. ed., 1957, p. 122 e 395). Brach, Coke, Bracton e outros juristas ingleses a vulgarizaram, mas foi John Locke quem a aplicou ao processo legislativo (*Segundo Tratado do Governo Civil*, cap. XI).

O Judiciário, todavia, diz o direito (pois este é o sentido de *jurisdictio*, jurisdição, de *jus* (direito) e *dicere* (dizer) de onde vem o termo), em casos concretos. Assim, vez por outra tem de apreciar ato de outro Poder. Não o faz, contudo, para controlar, fiscalizar este outro Poder, mas apenas para assegurar o império da lei.

De seu controle não escapam os atos de outro Poder quando ferem direitos individuais. É o princípio da inafastabilidade do controle judicial que já reconhecia a doutrina clássica e que foi inscrita, *a contrario sensu*, ainda na Carta de 1934: "É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas" (art. 68); mas que a partir de 1946 é enunciado diretamente: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" (art. 141, § 4º).

Assim mesmo, esse entendimento é ousado. A doutrina francesa não aceita que mesmo para defender direitos individuais se quebre a independência recíproca dos Poderes. É isto que justifica o contencioso administrativo, filiado ao Executivo, para a apreciação dos atos deste que contradigam o direito em prejuízo dos governados[5].

6. De modo algum, entretanto, o Judiciário pode interferir no *mérito* do ato de outro Poder. Não lhe cabe, jamais, examinar do ângulo da conveniência ou da oportunidade os atos comissivos ou omissivos, do Legislativo ou do Executivo. É o que exprime a famosa doutrina do "ato político" ou "ato de governo" a limitar a apreciação pelo Judiciário dos atos de outros Poderes.

As expressões "ato político", e, pior, "ato de governo", são más. Elas, inclusive, levam os superficiais a suporem que bastaria ter um ato motivação ou conotação política, para que estivesse fora do alcance do Judiciário. Nada disso.

Veja-se a lição de Rui Barbosa: "Se o governo se serviu, conveniente ou inconvenientemente de faculdades que se supõem suas, cabe ao Congresso julgar, é a questão *política*. Se cabem, ou não cabem, ao governo as atribuições de que se serviu, ou se, servindo-se delas, transpôs, ou não, os limites legais, pertence à justiça decidir. É a questão *jurídica*." E sumária: "O Congresso julga da *utilidade*. O Supremo Tribunal, da *legalidade*. O critério do Congresso é a *necessidade* governativa. O do Supremo Tribunal é o *direito* escrito"[6].

No mesmo sentido é o ensinamento de Pedro Lessa que, inclusive, sintetiza, salientando um importante traço: "Poder *meramente político* é um *poder discricionário*"[7].

7. Indubitavelmente, o ponto mais delicado da doutrina clássica diz respeito ao controle de constitucionalidade das leis. Neste caso, o ato por excelência do Legislativo — para o qual contribui, ordinariamente, o Executivo pela sanção — é recusado pelo Judiciário. A discordância entre os Poderes, pelo menos entre Legislativo e Judiciário, aparece, aí, evidente. E, como a lei inconstitucional é posta de lado, quem prevalece é o Judiciário.

5 O que não significa, na realidade, que os direitos dos franceses estejam mal protegidos. De fato, o Conselho de Estado, ao exercer o controle jurisdicional da administração, tem sido bem mais eficiente, e inventivo — basta lembrar que a ele se deve a doutrina do *desvio de poder* — nessa proteção que muitos tribunais judiciários.

6 *O Estado de Sítio*, Rio de Janeiro, 1892, p. 162.

7 Ob. cit., p. 59.

Mas não se olvide a sutileza com que a questão é posta por essa doutrina que segue o posicionamento de Marshall, no famosíssimo caso *Marbury versus Madison*.[8]

Para ela, o Judiciário é o guardião da lei. Ora, lei é tanto a Constituição, como a lei ordinária, mas aquela é posta como a lei suprema. Assim sendo, o juiz, chamado a decidir um pleito, tem de determinar qual a lei aplicável, e não pode, havendo conflito entre a lei constitucional e a lei ordinária, senão aplicar a primeira.

Estritamente, portanto, ele não julga a lei ordinária, não a invalida, apenas não a aplica ao caso concreto e faz prevalecer a lei mais alta. Como não nulifica a lei ordinária, esta permanece vigente e eficaz, e apenas no caso decidido deixa de ser aplicada. A decisão de afastá-la tem efeito *inter partes*, não *erga omnes*.

A lógica disto bem apreendeu a Constituição de 1934 que deixou ao Senado Federal — nela órgão de "coordenação dos poderes" (art. 88) — suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Judiciário (art. 91, IV).

Foram juristas — já desapegados da separação dos poderes — e não tribunais, que levantaram a tese de que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei era a revogação, com efeitos retroativos, da mesma[9]. Como foi o principal deles, Hans Kelsen, quem inspirou a instituição de um controle direto de inconstitucionalidade, por uma Corte especial, na Constituição Austríaca de 1920[10].

III. O interregno 1934-1988

8. A primeira República foi o período de ouro da doutrina clássica. O seu fim marca o início de um desenvolvimento que leva, cinqüenta anos depois, a uma nova concepção do Judiciário — a que consagra a Constituição em vigor.

A Constituição de 1934 deu o primeiro passo. Inspirada na Constituição de Weimar[11], influenciada pelas novas doutrinas impressas nas constituições da "nova Europa"[12], tomou ela, por um lado, consciência do intervencionismo econômico e social, por outro, da relatividade da separação dos poderes. Mais diretamente, entretanto, contribuiu para o desdobramento apontado com a institucionalização do "mandado de segurança" e da "ação popular", bem como com a previsão de um esboço de controle direito de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal. Afora a institucionalização da Justiça Eleitoral, criada embora anteriormen-

8 1 Cranch 137 (1803).

9 V. Hans Kelsen, por exemplo, *Teoria Pura do Direito*, trad. port., Coimbra: Amado, 2º vol., 1962, p. 159.

10 A influência de Kelsen na instituição da Corte Constitucional e do controle direto, ou principal, de constitucionalidade é bem sabido. Foi primorosamente analisado por Charles Eisenmann, no clássico *La Justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* (1928), reeditado por Economica, Paris, 1986.

11 É a Constituição Alemã de 11 de agosto de 1919, elaborada por assembléia constituinte reunida na cidade de Weimar.

12 Assim a chamou Boris Mirkine-Guétzévitch, cujas obras muito contribuíram para difundir as suas inovações constitucionais. V., por exemplo, o *Essai synthétique* que introduz a coletânea *Les constitutions de l'Europe nouvelle* (Delagrave, Paris, 2a. ed., 1929).

te, no Código Eleitoral de 1932. E essas iniciativas todas permaneceram até hoje, como faz fé a Carta vigente.

9. O mandado de segurança foi incluído nos direitos e garantias individuais (art. 113, nº 33), para a defesa de direito, "certo e incontestável", ameaçado de violação, ou já violado por *autoridade*.

No que tange à liberdade pessoal, não era novidade que o juiz se dirigisse diretamente a uma autoridade, mandando que seguisse uma determinada conduta. Claramente a Constituição de 1891 consagrara o *habeas corpus* (art. 72, § 22), em torno do qual, aliás, se travaram grandes batalhas jurídicas e políticas. Mas outros direitos não gozavam de uma proteção pronta e aguda como essa — apesar de a chamada doutrina brasileira do *habeas corpus* ter querido por meio dele garanti-los[13].

O mandado de segurança permitiu não só que o juiz diretamente pusesse em causa ato de autoridade, para a defesa de outras liberdades além da de ir e vir, como para a tutela de qualquer direito, mesmo não constitucional, nem fundamental. Para ensejá-lo, é suficiente que o direito seja "certo e incontestável", ou como melhor se diria de 1946 em diante: "líquido e certo" (art. 141, § 24).

Estava desde então aberto o caminho para que os atos de intervenção no domínio econômico fossem frontal e rapidamente contestados pelos titulares de direitos por eles afetados. Certamente, em 1934, ninguém avaliou a importância, e o volume, de tal medida por ocasião dos planos de salvação econômica da Nova República e da Novíssima República regida pela Carta de 1988. E quantas vezes já se tentou dificultar sua impetração.

10. No último parágrafo (o de nº 38) da Constituição de 1934, consagrou-se a *ação popular*[14]. Com esta, deu-se a todo cidadão a possibilidade de trazer para o âmbito do Judiciário a discussão da *lesividade* de ato de administrador público.

Ora, como é óbvio, os contornos da lesividade não se confundem com os da legalidade, vão além. Isto incontestavelmente abriu caminho para que o juiz descesse ao mérito da decisão governamental. Sim, porque não há limite claro entre o menos econômico e o lesivo.

Aqui ainda, a habilidade da doutrina clássica assegurou o enraizamento do instituto, na medida em que o texto, ao falar em anulação ou declaração de nulidade, ressaltava o aspecto técnico-jurídico da validade formal do ato[15].

Ora, a ação popular tornar-se-ia mais tarde — especialmente no período militar (sob a Constituição de 1967 e a Emenda nº 1/69) — um eficiente instrumento político. De fato, por uma ampliação do entendimento do conceito de lesividade, os atos de governo passaram a sofrer um perigoso controle pelo Judiciário, num momento em que o Legislativo estava "domesticado".

13 Em sentido análogo, aliás, batalhou a corrente favorável à posse de direitos pessoais, que pretendia estender os interditos possessórios à defesa de direitos não tutelados pelo *habeas corpus* (V. meu *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 21a. ed., 1994, p. 273 e s.).

14 V. meu *Curso...*, ob. cit., p. 277 e s.

15 Do que resultou a interpretação, por parte de muitos juristas, que o ato lesivo sem vício formal não poderia ser desconstituído por ação popular (cf. Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança, Ação popular, Ação civil pública, Mandado de Injunção e Habeas-Data*, Rev. Tribunais, São Paulo, 12a. ed., 1989, p. 89.).

E com um *plus*. Enquanto a competência para julgar os mandados de segurança era estabelecida em função da autoridade coatora, o que significava serem os tribunais mais altos, e mais prudentes ou conservadores — que os decidiam, já que nosso direito constitucional sintoniza a competência dos juízos à hierarquia das autoridades — quanto a ações populares — meras ações — a competência ficava com os juízes de primeira instância, mais jovens e ousados.

A partir dos anos 70 — acrescente-se — a jurisprudência foi alargando o âmbito da ação popular.

Isto se deu por meio de uma larga interpretação do que fosse "patrimônio público"[16]. Neste se entendeu incluído não apenas o conjunto de bens de valor monetário, mas também outros, como os bens artísticos, culturais, históricos, o meio ambiente, etc. Ademais, cabendo liminar suspensiva nessas ações, o Judiciário, e por intermédio de seus juízes mais jovens, passou a interferir nas opções governamentais, proibindo construções, demolições, enchimento de represas, etc.[17].

11. É também devido à Constituição de 1934 o primeiro (tímido) esboço de um controle direto de constitucionalidade. Aparece ele no art. 12, § 2º.

Recorre desse dispositivo que a intervenção federal em Estado, em razão da inobservância dos chamados "princípios constitucionais da União", somente poderia ter lugar depois que o Procurador-Geral da República levasse a Corte Suprema o exame da constitucionalidade da lei que a houvesse decretado. Isto quer dizer que a intervenção não teria lugar se a Corte Suprema entendesse que o ato estadual não violava os princípios constitucionais da União.

12. A Constituição de 1946 tem a responsabilidade dos passos seguintes.

A sua redação primitiva, ainda em matéria de intervenção federal, reclamou, previamente à decretação desta com fundamento na inobservância dos princípios constitucionais da União, a declaração da inconstitucionalidade do ato estadual pelo Supremo Tribunal Federal, a requerimento do Procurador-Geral da República (art. 8º, parágrafo único)[18].

Mais tarde, ainda vigendo ela, a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, instituiu a "representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República" (nova redação do art. 101, I, "k" da Constituição). Estava, pois, claramente aí consagrada uma ação direta de inconstitucionalidade.

A razão disto não foi de ordem teórica, mas pragmática. O controle incidental; até então o único praticado, tem o inconveniente de permitir paire dúvida, por muito tempo, sobre a validade de lei ou ato normativo. De fato, reconhecida ela em primeira instância, passa ela pelos tribunais antes de chegar ao Supremo Tribunal Federal que tem a última palavra. Até isto muito tempo se passa. Ademais, decisões contraditórias sobre a questão ocorrem, alimentando dúvidas e, portanto a insegurança jurídica.

16 Cf. Hely Lopes Meirelles, id., ibid.

17 Aliás, com muitos exageros. Decisões houve que não sopesando valores, obrigou empresas estatais a dispêndios desproporcionados ao que se preservava. É o caso de decisão que levou empresa energética a gastar milhões de dólares para salvar, na inundação de uma represa, uma centena de cervos do pantanal.

18 Cf. Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 1958.

E certamente para a adoção da fórmula não deixou de contribuir o momento — a revolução de 1964 já havia ocorrido — e a posição do Legislativo era muito fraca. Os textos posteriores (1967, 1969) não mudaram a linha.

Ademais, se se manteve a regra da suspensão da execução do ato inconstitucional por parte do Senado, o Supremo Tribunal Federal tirou a conclusão lógica do poder que recebera com a ação direta e disso dispensou a inconstitucionalidade reconhecida por meio desta. A declaração de inconstitucionalidade em ação direta não vai ao Senado para tal suspensão — perde a eficácia só pela decisão. Este passo, entretanto, ficou atenuado por inexistir em nosso direito o *stare decisis* norte-americano.

Praticamente nada mudou daí em diante, até 1988.

13. A seu turno, a Justiça Eleitoral, constitucionalizada em 1934 (art. 82 e s.), assumiu o alistamento eleitoral, a preparação das eleições, sua realização e apuração, bem como todo o contencioso eleitoral. Com isto, a própria integração dos órgãos políticos passou às mãos de um ramo do Judiciário. Embora a maioria dessas tarefas não seja tipicamente de aplicação contenciosa da lei, a independência e a imparcialidade dos juízes trouxe mais lisura para os pleitos, e, assim, de modo geral não foi contestada.

Entretanto, já se tornou mais delicada a função dessa Justiça com a Constituição de 1946. Esta, com efeito, deu ao Tribunal Superior Eleitoral o registro dos partidos políticos, bem como a cassação destes, inclusive por aplicação do art. 141, § 13, que proibia os partidos antidemocráticos.

E isto se agravou com a Lei Magna de 1967, e a Emenda nº 1, de 1969, que não só mantiveram o controle sobre os partidos como admitiram inelegibilidades "punitivas", como as destinadas a preservar o regime democrático, a probidade administrativa, a repressão aos abusos do poder econômico, etc. Para não se falar na previsão de decretação da perda de mandato do Deputado, federal ou estadual, do Senador, ou do Vereador, por infidelidade partidária, por meio de decisão judicial, que admitiu a citada Emenda nº 1/69 (art. 152).

14. Enfim, em 1985 criou-se, pela Lei nº 7.347, a ação civil pública, destinada a fazer valer a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, de legitimidade confiada ao Ministério Público.

Ora, freqüentemente é o próprio Estado, por suas projeções, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, o acusado por esses danos. Assim, por meio da ação civil pública — pode-se dizê-lo — é a própria atuação do Estado que é contestada. E num terreno em que, segundo já se apontou a respeito da ação popular, não podem existir padrões legais definidos.

15. A ampliação do campo do Judiciário que acima se retraçou em linhas muito gerais não deixou de suscitar reações hostis.

Vieram elas quase que exclusivamente do executivo — que de 1964 a 1985 detinha um poder (quase) absoluto. De fato, medidas houve que vieram a restringir, por algum tempo, a inafastabilidade do controle judicial, condicionar rigorosa e restritivamente o mandado de segurança, ou a concessão de liminares neste, mas foram passageiras.

Igualmente, a Emenda nº 1/69 chegou a permitir a criação de contencioso

administrativo (art. 111), o que reiterou a Emenda nº 7/77, mas isto não saiu do papel.

Mais importante, todavia, foi a instituição por esta última Emenda de um Conselho Nacional da Magistratura, órgão voltado para o controle da atuação dos magistrados. Na verdade, era este uma projeção do Supremo Tribunal Federal, ao qual pertenciam todos os seus sete membros.

IV. O Poder Judiciário na Constituição em vigor: aspectos gerais

16. A reestruturação do Poder Judiciário não era prioridade de qualquer das correntes que predominavam na constituinte de 87-88. Por isso, o tema não suscitou maiores controvérsias. Mas, apesar dessa apatia, uma reestruturação de monta houve, decorrente de uma combinação de propostas desconexas e de variada inspiração. Disto resultou, por surpreendente que seja, uma profunda, porém inesperada, transformação do Judiciário, como se demonstra neste estudo.

17. O *lobby* dos magistrados, por exemplo, embora mais preocupado, como sói acontecer, com as vantagens corporativas do que com o aprimoramento das instituiçoes, tem o mérito de haver conseguido duas vitórias que, sem dúvida, merecem aplauso. Ambas, de fato, contribuem para a independência, portanto, para a imparcialidade da magistratura. Uma é a autonomia financeira, aí se salientando a participação direta no estabelecimento de seu orçamento (art. 99). Outra, dar aos tribunais o provimento dos cargos de juiz (art. 96, I, "c"), livrando os magistrados de deverem favores aos membros do Executivo.

18. Entre as mudanças relevantes está a transformação do TFR no Superior Tribunal de Justiça. Esperava-se com isto aliviar o Supremo Tribunal Federal para que este se especializasse na guarda da Constituição. Para tanto, separou-se do antigo recurso extraordinário as questões concernentes à interpretação do direito federal e à supremacia deste, das relativas estritamente à constitucionalidade, ficando aquelas objeto de recurso especial para o STJ, estas por meio do recurso extraordinário para o STF.

A inovação, todavia, contribuiu para retardar ainda mais o tradicionalmente lento curso da justiça. Na verdade, por força da Constituição vigente, há no Brasil quatro instâncias. Sim, porque após desenrolar-se a primeira perante o juiz singular, há a segunda perante um tribunal, a que se segue — nem que seja em termos de agravo de despacho denegatório de recurso especial — uma terceira, e também uma quarta — nem que seja em termos de agravo de despacho denegatório de recurso extraordinário.

19. Quanto à própria função de julgar, trouxe a Constituição nova um outro enfoque, bem distinto do tradicional.

Obviamente, continua este Poder incumbido primacialmente de julgar. É ainda quem aplica contenciosamente a lei aos litígios entre particulares, é quem aplica de modo contencioso a lei para sancionar a conduta dos indivíduos.

Contudo, a Carta lhe deu, mesmo nessa função típica, um certo distanciamento em relação à lei que não admitia a doutrina clássica. Com efeito, o texto importou

o *due process of law* substantivo do direito anglo-americano (art. 5º, LIV), afora o aspecto formal, de há muito presente em nosso sistema por meio dos princípios da ampla defesa, do contraditório, etc., mantido no art. 5º, LV da Constituição. Assim pode hoje o magistrado inquietar-se sobre a razoabilidade da lei, a proporcionalidade dos encargos que acarreta, etc.[19] quando antes não lhe cabia senão ser a voz da lei.

E disto os juízes começam a tomar consciência[20].

20. O exame mais aprofundado da Lei Magna, todavia, confirma, em outros pontos de relevo, que esta não entende o Judiciário como mero poder neutro, incubido de aplicar contenciosamente a lei a casos particulares. O conceito de Pedro Lessa está superado.

É o que se verá adiante.

V. O controle de constitucionalidade

21. Comece-se a análise pelo aspecto novo que nela toma o controle de constitucionalidade.

É certo que, por um lado, não inova. Mantém o controle incidental, difuso, qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade da lei e afastar a sua aplicação a um caso concreto (art. 97, *a contrario sensu*). É o que admitia a doutrina clássica.

22. Já se está longe desta, porém, quando se considera prever a Carta, em concorrência com o referido sistema, o controle por ação direta — como preliminar de intervenção (art. 36, IV), o que é de pequena importância, ou com relação à lei ou ato normativo federal ou estadual, o que é de relevo (art. 102, I, "a").

E esta última ação de inconstitucionalidade avulta, tornando-se quase o sistema normal de controle, quando se considera que, antes adstrita ao Procurador-Geral da República, hoje a sua titularidade se estende, além dele, também ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa de todas as Assembléias Legislativas, a todos os Governadores de Estado, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional (cerca de vinte) e a todas as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional (art. 103). Não é de estranhar que perante o STF estejam em curso presentemente mais de um milhar de ações diretas de inconstitucionalidade.

23. Acrescente-se à ação direta de inconstitucionalidade (por violação de norma constitucional) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (no cumprimento de norma constitucional) (art. 103, §§ 1º e 2º).

A Constituição de 1988 inspirada na Portuguesa de 1976 adotou essa ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Esta se situa bem dentro do espírito da constituição-dirigente à moda de Canotilho. Com efeito, esta preordena num rumo defi-

19 V. o brilhante artigo de Gilmar Ferreira Mendes "A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", em *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1ª quinzena de dezembro de 1994, nº 23/94, p. 475 e s.

20 O eminente Min. Carlos Mário Velloso sobre isso dissertou em voto na ADIN nº 1.105-7 DF.

nido — no original o estabelecimento do socialismo e depois do comunismo — a atuação dos sucessivos governos, por meio da possibilidade de impor a estes, por via judicial, a efetivação dos programas, e evidentemente de normas programáticas[21].

Realmente, o art. 103, § 2º da Constituição dá ao Supremo Tribunal Federal o poder de declarar "a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional". A conseqüência lógica disto seria dar ao Tribunal o poder de regular a matéria a respeito da qual o Congresso Nacional se omitiu. Entretanto, embora houvesse na Constituinte quem o desejasse, o texto adotado não foi tão longe — apenas determinou que, reconhecida a omissão, será dada ciência ao Congresso Nacional.

De qualquer modo, esta "ciência" importa numa censura, ainda que com as famosas luvas de pelica, ao Congresso.

24. Aproxime-se desta ação o mandado de injunção (art. 5º, LXXI). Este, que não tem precedente estrangeiro, a não ser a própria inconstitucionalidade por omissão, visa a tornar possível o exercício de "direitos e liberdades constitucionais", inviabilizado por falta de norma regulamentadora[22]. Sua decorrência lógica seria o suprimento da lacuna, isto é, a edição da norma (legal) regulamentadora.

Entretando, como o texto é deficiente, pois edita a hipótese, sem lhe acrescentar a decorrência, o Supremo Tribunal relutou em assumir o papel de legislador e lhe deu como conseqüência a da ação de inconstitucionalidade por omissão: a comunicação da falta de regulamentação legal[23]. Mas decisões há que estabelecem prazo para essa regulamentação, decorrido o qual a falta se considera suprida e o interessado poderá usar do direito, como se regulada estivesse a regra constitucional[24]. Essas decisões, todavia, vieram em casos em que a norma constitucional é completa e seria auto-executável se o constituinte não lhe houvesse aposto (como no ADCT art. 8º, § 3º), um "na forma que dispuser a lei" prescindível. Não se vê como isso seria possível em face de uma norma incompleta, verdadeiramente não-auto-executável.

Aqui, de novo, a Constituição faz o Judiciário de censor do Legislativo e se não o traz à legiferação, o deixa no limiar disto.

25. Some-se a tudo isto a contribuição da emenda Constitucional nº 3/93, a ação direta de constitucionalidade. Esta, como a expressão indica, visa a declarar constitucional lei ou ato normativo federal. Isto é à primeira vista surpreendente. De fato, em termos doutrinários, a constitucionalidade é presumida.

O contexto real é diferente, todavia. As providências econômico-financeiras que o Governo (= Executivo = Presidente da República) tem adotado desde a implantação da Nova República e *a fortiori* depois de vigente a Constituição atual — em geral por medidas provisórias que o Congresso reluta em converter em lei, por isso várias e várias vezes renovadas — se não são, sempre, ostensivamente inconstitucionais, freqüentemente costumam ser.

21 V. meu *Curso...*, ob. cit., p. 12 e s.

22 Id., ibid., p. 275 e s.

23 No MI nº 107, relator Min. Moreira Alves, Cf. Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal*, Rev. Tribunais, São Paulo, 1994, p. 121 e s.

24 Nos MI nº 232 e 283. Cf. Vieira, ob. cit., p. 124 e s.

Ora, contra elas os indivíduos e os grupos sociais se defendem como podem, inclusive pela impetração de mandados de segurança ou requerimento de medidas cautelares. Estas ações são da alçada o mais da vezes dos juízes singulares, quando não de tribunais inferiores, os quais não hesitam, sob as luzes dos meios de comunicação de massa, em acolher-lhes o pedido, declarando a inconstitucionalidade. É certo que esta apenas será definitivamente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, ao fim de um longo, e demorado, percurso. (Ademais, é comum que se formem dissídios interpretativos, pois ao lado dos que identificam inconstitucionalidade, outros magistrados a negam, com a decorrência inexorável — a insegurança jurídica).

Para evitar que se forme o quadro acima, por proposta do Governo, instituiu-se a ação de *constitucionalidade*, que pode ser requerida pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República (art. 103, § 4º). Por meio desta, o Governo (= Presidente da República) poderá antecipar-se a uma eventual ação de inconstitucionalidade e aos mandados de segurança e cautelares individualmente requeridas, obtendo um provimento favorável à constitucionalidade da lei ou do ato normativo e do próprio Supremo Tribunal Federal.

A instituição desta ação causou estranheza e polêmica[25]. Sua inconstitucionalidade foi até aventada. Mas em si mesma esta ação de constitucionalidade não é inconstitucional, embora certamente o seja admiti-la, como o fez o STF, sem contraditório[26]. A dispensa deste fere a própria natureza das coisas, além do devido processo legal.

Sem contraditório, a ação de constitucionalidade não é uma verdadeira ação, passa a ser uma espécie anômala de sanção. A lei — de constitucionalidade duvidosa — sairia do STF sancionada como constitucional. Tal posição revoluciona o papel deste Tribunal como controlador de constitucionalidade, aproxima-o do Conselho Constitucional francês que examina a constitucionalidade da lei, antes de entrar esta em vigor (podendo sugerir alterações nelas que a tornem compatível com a Lei Magna).

Acrescente-se que, por força da Emenda nº 3/93, o § 2º do art. 102 dá às decisões definitivas de mérito em ações de constitucionalidade "eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo". Claro está que sem essa eficácia *erga omnes* e sem esse efeito vinculante, a ação não alcançaria o fim colimado. Entretanto, o texto inova, e de modo muito importante, no direito brasileiro, fortalecendo o STF.

26. Tire-se desta análise o primeiro registro de algo que se repetirá, o papel do Judiciário torna-se acentuadamente de caráter político. No caso do controle de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade, que se generaliza, e a ação direta de constitucionalidade fazem dele um *legislador negativo*, enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção o impelem a tornar-se um *legislador ativo*.

25 V. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, coordenadores, *Ação declaratória de constitucionalidade*, Saraiva, São Paulo, 1994.

26 Na Ação declaratória de constitucionalidade nº 1-1 — DF, por sete votos contra três.

Por isso, a Constituição *justicializa* o *fenômeno político*. Mas isto não se faz sem a *politização da justiça*.

VI. O controle da administração

27. Na visão clássica já era admitido que o Judiciário revisse os atos administrativos que violassem direitos individuais. Antes do intervencionismo era a liberdade pessoal o objeto das principais ameaças e contra ela se brandia o *habeas corpus*. Depois, com a multiplicação dos atos de intervenção no domínio econômico e social, previu-se o mandado de segurança para garantir os direitos líquidos e certos que não a liberdade de ir e vir. Mas sempre aparece o Judiciário, em face da administração pública, como o defensor por excelência dos interesses individuais.

Desde antes da promulgação da Constituição já se esboçava uma mudança no papel cometido ao Judiciário relativamente à administração pública. Isto, conforme se assinalou, se dava em razão do desenvolvimento da ação popular e, depois, de um instrumento mais recente, a ação civil pública.

A Carta de 1988, embora na aparência pouco traga a mais nesse campo além do que já fora estabelecido no interlúdio que foi a Nova República (1985-1988), consagra a nova postura. Nela, o Judiciário controla a administração pública não só em vista dos interesses individuais mas também em prol do interesse geral. Com isto, influi no sentido de uma justicialização da administração, que tem como reflexo — perdoe-se a insistência — a politização da justiça.

28. A Constituição consagra o alargamento de campo da ação popular. Nela, esta ação visa a proteger não apenas o patrimônio público mas igualmente a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII).

Isto significa que as decisões administrativas sobre todas essas questões estão sujeitas ao crivo do juiz — e do juiz de primeira instância, sempre mais jovem e ousado. Nestas decisões muito pequena é a orientação da lei. Quando existe, o mais das vezes o faz por meio de conceitos indeterminados: economicidade, moralidade, legitimidade, etc., que cada um pode ler como quer.

Decorre disto uma vasta margem de discrição para o juiz. Entre elas opta ele segundo a sua cosmovisão. Por isso, num mesmo caso, para um prima o desenvolvimento econômico, para outro a proteção ao meio ambiente, para um terceiro o interesse dos indígenas, e assim por diante.

Essa margem de discrição do juiz inexistia, e inexiste, quando se trata de aplicar normas precisas nos seus conceitos e fatos objetivamente demonstráveis. Inegavelmente ela ocorre em questões para as quais não existe resposta "certa" e sim alternativas de política.

Ora, reconhecer ao juiz uma margem de discricionariedade é romper com o papel que a doutrina clássica lhe atribui. É verdade que, para guardar as aparências, se faz de conta que nada mudou e o juiz não lhe tem essa discrição. E conseqüência dessa atitude é o administrador ser ainda condenado a indenizar prejuízos que

derivam somente do fato de que sua opção não foi a que o Judiciário adotou depois, afora as custas...

29. Por sua vez, a ação civil pública, toda nova que era, não só foi consagrada como ampliada.

O Ministério Público passa a ter legitimidade para "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (art. 129, III). Isto já lhe acrescenta a possibilidade de promover ação civil pública para a defesa do patrimônio público bem como para tutelar os interesses difusos e coletivos que a Lei nº 7.347/85 lhe recusara.

Veja-se bem quais são as decorrências desse singelo inciso, tendo-se presente que o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses sociais, se não têm sua defesa reservada ao Estado não podem ser separados do interesse geral que a este incumbe.

A primeira dessas conseqüências é que o Estado passa a manter um serviço público não apenas voltado para fiscalizar o respeito à lei mas para controlar a atuação da administração pública no campo das opções discricionárias.

Mais, dá um amplo poder de investigação a esse serviço.

Terceiro, admite-se que as decisões sobre as matérias referidas são suscetíveis de ser reapreciadas por via judicial, pelo método judiciário, embora o seu "mérito" seja a adequação a uma meta, não ao paradigma de uma lei.

Por fim, o texto consagra a noção de interesses difusos. Ora, é ela suficientemente ampla e flexível para permitir a intervenção do Ministério Público em variadíssimos campos, como o do interesse do consumidor. A referência é proposital, pois, embora não diga respeito às relações Judiciário-Administração, revela, ou confirma, a tendência a uma judicialização de todos os setores da vida humana.

30. Quanto ao mandado de segurança, a Constituição não só manteve o modelo clássico (art. 5º, LXIX) bem como lhe acrescentou um novo: o do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX).

A redação deste inciso LXX não é clara, como é freqüente na constituição de 1988. Dela apenas resulta patente a legitimação: partido político que tenha representação no Congresso; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano. Mas o seu objeto tanto pode ser interpretado como os interesses comuns a um grupo ou coletividade, como os interesses difusos, de toda a coletividade.

Nesta última e mais larga interpretação, serve o mandado de sergurança coletivo para reclamar do juiz medidas de proteção a interesses difusos, como ao meio ambiente sadio. Tais medidas são providências prudenciais, discricionárias, tendo como ponto de referência uma visão do bem geral — traços típicos e exclusivos das decisões que antigamente se chamavam "politícas".

31. Não se completaria o quadro se não fosse lembrado que a omissão, fundamento da ação de inconstitucionalidade por omissão, pode ser a de providências administrativas (art. 103, § 2º). Neste caso, verificada a omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, o Judiciário exigirá essa providência, dando ao órgão administrativo responsável o prazo de trinta dias para fazê-lo.

O texto é, sem dúvida, letra morta. Entretanto, é significativo que o Judiciário possa fazer determinações compulsórias, com prazo fixado, sobre providências administrativas referentes à execução de norma constitucional, ou seja, de interesse geral[27].

32. Note-se, enfim, que, embora a Constituição seja silenciosa a esse respeito, os instrumentos acima apontados — ação popular, mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, ação civil pública — admitem liminares que antecipam o resultado final.

Assim, o juiz pode, antes da instrução do feito, adotar decisão que torne irreversível o futuro, ou pelo menos comprometa a opção política de modo difícil de superar. É o que ocorre com as liminares que paralisam obras, ou as condicionam, que adiam medidas ou providências.

Ademais, como as questões que provocam essas decisões são "notícia", freqüentemente são elas tomadas perante as câmaras da televisão (ou sob a pressão delas). Mas este é o problema da "videodemocracia"[28].

VII. O controle das eleições

33. A corrupção eleitoral é, sem dúvida, um dos males que a Constituição de 1988 pretende exorcizar. Entretanto, não ousando tocar na causa — o financiamento eleitoral, certamente por não ter solução aceitável — dispôs-se a combater-lhe as conseqüências.

Assim, previu no art. 14, § 11 uma ação de impugnação de mandato que, de acordo com o § 10 desse mesmo artigo, deve ser fundada em abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. Isto, na verdade, se soma às regras que, postas na legislação eleitoral, visam a impedir a deturpação do processo de seleção política.

A intenção foi boa, melhor, foi ótima. Entretanto, isto levou a Justiça Eleitoral, portanto, o Judiciário, a envolver-se no que se poderia descrever como uma luta de mafiosos, à faca, num quarto escuro. De fato, em face de normas sobre financiamento eleitoral absolutamente irrealistas e hipócritas, todos os candidatos — em regra — as ignoram. Do que resulta o sentimento de injustiça que enfurece os políticos, e seus partidários, quando são colhidos pelo Judiciário, enquanto seus adversários, com mais sorte, escapam ilesos.

E valeria a pena examinar se é verdade que a Justiça Eleitoral é mais leniente com os candidatos politicamente corretos do que com outros. Quanto a outros órgãos que a auxiliam, isto já ficou claro.

Aqui também ocorre de mais em mais a justicialização da política, com seu consectário sempre presente, a politização da justiça.

27 Aos instrumentos já mencionados a Constituição somou um outro, sem utilidade maior, o *habeas data* (art. 5º, LXXII), uma espécie de mandado de segurança para dar acesso às informações sobre a pessoa do interessado que constem de registros governamentais, ou corrigi-los. Este "mandado" duplica inutilmente o mandado de segurança que lhe poderia fazer as vezes, sem qualquer dificuldade.

28 A expressão é de Giovanni Sartori, no recente livro, Comparative Constitutional Engineering, Macmillan, Londres, 1994, p. 148.

VIII. Justicialização da política e politização da justiça

34. A análise da Constituição de 1988 exigiu o emprego do termo *controle* para designar a atividade que, em diversos campos, exerce o Judiciário. Há uma razão para isto.

Embora o termo controle tenha entre nós um sentido fraco, vindo do francês *contrôle*, com a significação de fiscalização, verificação — e certamente foi com este sentido que a doutrina clássica o aplicou a propósito das questões de constitucionalidade — tem ele também um sentido forte, vindo do inglês *control*, onde transparece a idéia de comando.

Ora, é este sentido forte que espelha o papel dado pela Carta vigente ao Judiciário nos planos examinados.

De fato, se não pode dizer que neles o Judiciário comande positivamente, inegável é reconhecer que ele aí desempenhe um poder negativo, uma espécie de veto absoluto. Fazendo um paralelo com a distinção de Montesquieu entre a *faculté de statuer* e a *faculté d'empêcher* no processo legislativo, o Judiciário tem, hoje, nitidamente, uma *faculdade de impedir*[29].

Tal faculdade é intrinsecamente política. E, como se assinalou, ela cobre todo o campo do político, desde o processo eleitoral em que se selecionam os representantes do povo — os governantes — até o exercício do Poder que se expressa tanto nas leis como nos atos de administração.

35. A razão disto não é difícil de identificar.

Embora não haja — que se saiba — qualquer doutrina por detrás disto, o Judiciário goza de uma confiabilidade que os Poderes "políticos" Legislativo e Executivo perderam. Estes são olhados com desconfiança pela opinião pública, alimentada pelos meios de comunicação de massa.

A presunção de que os atos destes dois Poderes sejam legítimos e visem ao interesse geral mantém-se no plano jurídico-formal. Do ângulo da opinião pública, não. São eles compostos de "políticos" e estes são objeto de escárnio, pois, todos duvidam, trabalhem para o interesse geral.

Na verdade, o próprio legislador constituinte assumiu essa posição de descrença. A inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, as minudências de caráter infraconstitucional do texto — bem como os inúmeros prazos para a edição de leis, afora a preordenação conteúdo destas, para vigorar até que venha a lei regulamentadora, que estabelece o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias — demonstram suficientemente que o constituinte não acreditava no trabalho do legislador ordinário.

Este descrédito não colhe o juiz. No fundo, é este uma personalidade mais próxima dos bem pensantes que fazem a opinião pública. E mais aceitável para essa burguesia "esclarecida". É formado em nível superior, selecionado por meio de concurso, adstrito à independência e à imparcialidade, por isso — entende essa faixa da sociedade — é melhor que a ele seja dada a decisão em matérias importantes —

29 Montesquieu, *Espírito das Leis*, livro XI, cap. VI.

como as grandes decisões políticas — do que aos "políticos" — vistos como ignorantes, corruptos, interesseiros, demagógicos...

Ainda mais que o processo judicial assegura a manifestação de opiniões diversas (o contraditório), e leva a decisões que são reexaminadas em nível superior. Por isso, supõe-se que essas decisões sejam corretas e objetivamente tomadas.

36. Mas a justicialização da política tem como contrapartida inexorável a politização da justiça. O aspecto bem visível disto está no fato de que, hoje, há magistrados que notoriamente guiam seus votos pela "opinião pública", o que realmente significa dizer pelos meios de comunicação de massa.

Estes "profetizam" os votos dos membros de uma Corte — o Supremo Tribunal Federal, por exemplo — analisando posições jurídicas como se fossem opções ideológicas ou partidárias. E nisto são ajudados por membros do Judiciário que, em *off*, vazam informações, antecipam votos, movidos pelo desejo ou de agradar ou de justificar-se perante os "donos" da comunicação[30].

37. A politização da justiça é desejada por muitos no Brasil atual. São os que batalham para a adoção do "controle externo" do Judiciário. É claro que o pretexto é a necessidade de punir a incúria de magistrados, ou de reprimir seus eventuais abusos. Entretanto, a verdadeira finalidade é outra.

Trata-se de politizar a justiça no sentido de reclamar, e impor, aos juízes e tribunais um padrão politicamente correto de decisão. Evidentemente não é outra coisa que poderá resultar da ação de órgão político de controle, controlando — perdoe-se o pleonasmo — no sentido forte, um órgão, em princípio, imparcial[31].

E em favor disto invoca-se a democracia. Os juízes não são eleitos pelo povo, constituem uma aristocracia. Devem ser controlados pelos representantes desse povo.

Exatamente o contrário do que deseja a elite bem pensante que, talvez sem perceber, é aristocrática...

Mas a verdade é que o juiz deve servir à justiça, sob pena de desaparecer o Estado de Direito.

IX. Controle e separação dos poderes

38. A transformação do Judiciário em um dos órgãos de controle que devem existir no Estado contemporâneo, foi há bom tempo antecipada por Karl Loewenstein. Este mostra que a tipologia das funções de que se serviu Montesquieu está superada na realidade hodierna. Não, todavia a idéia de distribuir o seu exercício

30 No recente julgamento do ex-presidente Fernando Collor pelo Supremo Tribunal Federal viu-se bem isto. A revista *Veja*, no domingo anterior, antecipou aspectos do julgamento que só lhe poderiam ter sido dados por quem estivesse "por dentro". Jornais, como *O Estado de S. Paulo*, analisaram a composição do STF em termos próprios para avaliar as correntes de uma câmara, etc.

31 Desse desiderato são significativas as manifestações de inconformismo de alguns juristas com o resultado do julgamento do ex-Presidente Collor pelo Supremo Tribunal Federal. Um deles ousou sustentar que a matéria pedia julgamento "político", para atender à "opinião pública", como se o juiz devesse guiar-se pela "voz do povo" (que, na verdade, não passa da "voz da mídia"), sem examinar os autos e as provas.

por órgãos separados. A seu ver é necessária uma nova "separação dos poderes" que leve em conta as três tarefas que lhe parecem fundamentais atualmente: a definição da política (*policy decision*), a execução da política (*policy execution*) e o controle da política (*policy control*)[32].

39. Curiosamente, entretanto, o posicionamento do Judiciário na Constituição de 1988 muito se aproxima da versão da separação dos poderes presente no *Espírito das Leis*. Neste, ela tem caráter político e não jurídico. Traduz o ideal do governo misto, procurando equilibrar as relações de poder, por meio de uma divisão em que a atuação política, ou governamental, dependa de três Poderes que encarnam três forças sociais. O Legislativo pelo qual se exprime o povo (ou seus representantes), o Executivo (o rei), o Judiciário (a magistratura, elite profissional). De fato, no livro de Montesquieu, os três Poderes podem reciprocamente paralisar-se, caso não se disponham a caminhar de concerto[33].

Na Carta em vigor, o rei é o Presidente eleito diretamente pelo povo todo que exerce o Executivo; o Legislativo são os representantes dos grupos parciais; o Judiciário, uma elite instruída e não corrompida.

40. A análise que acima se fez tem por objetivo provocar a meditação sobre transformações importantes que se instalaram no direito constitucional brasileiro, sem que tivesse havido um estudo aprofundado de sua significação ou conseqüências. Trata-se, pois, de uma contribuição, polêmica, para a revisão da Constituição Brasileira que virá inexoravelmente.

32 V. Karl Loewenstein, *Political power and the governmental process*, Univ. Chicago Press, Chicago, 2a. ed., 1965, p. 42 e s.

33 *Espírito das Leis*, livro XI, cap. VI.