

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB
**PROGRAMA DE MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO, REGULAÇÃO
E POLÍTICAS PÚBLICAS**

RENATO CESAR GUEDES GRILO

**A RELEITURA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO
CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL: OS DESAFIOS PARA O PODER
REGULATÓRIO DO ESTADO NO SÉCULO XXI**

BRASÍLIA

2023

RENATO CESAR GUEDES GRILLO

**A RELEITURA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO
CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL: OS DESAFIOS PARA O PODER
REGULATÓRIO DO ESTADO NO SÉCULO XXI**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas, como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Orientador: Dr. Reynaldo Soares da Fonseca.

BRASÍLIA

2023

RENATO CESAR GUEDES GRILO

**A RELEITURA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO
CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL: OS DESAFIOS PARA O PODER
REGULATÓRIO DO ESTADO NO SÉCULO XXI**

Dissertação apresentada ao
Programa de Mestrado Profissional
em Direito, Regulação e Políticas
Públicas, como requisito parcial para
obtenção do título de mestre.

Brasília, DATA

BANCA EXAMINADORA

Dr. Reynaldo Soares da Fonseca – Orientador

Dr. – Membro interno

Dr. – Membro externo

*O todo sem a parte não é todo,
A parte sem o todo não é parte,
Mas se a parte o faz todo, sendo parte,
Não se diga, que é parte, sendo todo.*

*Em todo o Sacramento está Deus todo,
E todo assiste inteiro em qualquer parte,
E feito em partes todo em toda a parte,
Em qualquer parte sempre fica o todo.*

*O braço de Jesus não seja parte,
Pois que feito Jesus em partes todo,
Assiste cada parte em sua parte.*

*Não se sabendo parte deste todo,
Um braço, que lhe acharam, sendo parte,
Nos disse as partes todas deste todo.*

Gregório de Matos

*A sociedade brasileira vive momentos difíceis.
Diversas são as crises: econômica, política,
social e de princípios. É chegada a hora de
resgatarmos os valores da ética, do Direito e da
Democracia, com a construção de um novo
paradigma de Justiça. Uma Justiça inclusiva e
fraterna.*

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

RESUMO

Esta dissertação de mestrado tem como problema de pesquisa investigar se há aplicabilidade do princípio da fraternidade no âmbito das relações entre os Poderes do Estado, e se, havendo ou não espaço para essa incidência principiológica, qual a consequência para o exercício do poder de regulação econômica estatal. Como hipótese, compreende-se que a harmonia entre os poderes não será obtida pelo livre exercício de poderes iguais (binômio "liberdade e igualdade"), mas em um contexto de um constitucionalismo fraternal, no qual a independência é desempenhada pela ótica da ética da alteridade (fraternidade). Nesse sentido, busca-se encontrar a ética fraternal no exercício do poder estatal, na compreensão dialógica de um exercício funcional comunitário entre os Poderes do Estado. Com a finalidade de comprovar a hipótese proposta para o problema de pesquisa, essa dissertação terá três partes distintas: (a) apresentará a formulação clássica do princípio da separação dos poderes, dela retirando seus pressupostos básicos de aplicabilidade e desde já demonstrando nestes a presença de um ideário de alteridade; (b) a inserção atual do princípio constitucional da separação dos poderes no constitucionalismo fraternal; (c) as consequências da incidência do princípio da fraternidade no âmbito das relações entre os poderes do Estado para o exercício do poder de regulação econômica estatal. Dentro do nosso itinerário, partiremos da demonstração clássica da separação dos poderes, nela identificando a presença de um ideário fraternal, especialmente no exercício comunitário das prerrogativas funcionais entre os poderes. Em um segundo momento, demonstra-se que há a necessidade de que os poderes (ou funções) do Estado exerçam suas prerrogativas em uma ambiência fraternal, principalmente quando a prática de uma função típica atinge frontal e drasticamente as funções típicas de um outro poder. Nesse contexto, será oferecido o exemplo envolvendo a saúde fiscal do Estado brasileiro, e o risco que processos judiciais paradigmáticos têm representado para a execução e construção de políticas públicas pelos poderes Executivo e Legislativo. Por fim, no terceiro capítulo, dentro do poder regulatório do Estado, será identificado no princípio (ou no exercício) da deferência um exemplo que nos parece muito característico de uma ambiência fraternal para o princípio da separação dos poderes. Ao final será defendida a hipótese de que o exercício das funções estatais precisa se desenvolver em um ambiente informado pelo princípio da fraternidade, sendo que as questões técnicas regulatórias se mostram como um exemplo positivo no contexto desse constitucionalismo fraternal, dentro do qual é relida a clássica compreensão de separação dos poderes. Metodologicamente utilizou-se a abordagem qualitativa, fazendo uso de análise de texto e interpretação, com estudos de caso para ilustrar seus argumentos.

Palavras-chave: Separação dos poderes; princípio da fraternidade; poder regulatório.

ABSTRACT

The research problem of this master's thesis consists in investigating whether the principle of fraternity has applicability within the scope of relations between the State Powers, and, with or without room for this principled incidence, what are the consequences for the exercise of state economic regulation. As a hypothesis, we understand that harmony among powers will not be obtained by the free exercise of equal powers (binomial "freedom and equality"), but in a context of fraternal constitutionalism, in which independence is performed from the perspective of the ethics of otherness (fraternity). In this sense, we seek to find fraternal ethics in the exercise of state power, in the dialogical understanding of a functional communitarian exercise of State Powers. In order to prove the hypothesis proposed for the research problem, this dissertation will have three distinct parts: (a) it will present the classic formulation of the principle of separation of powers, getting its basic assumptions of applicability and already demonstrating in them the presence of an idea of alterity; (b) the current insertion of the constitutional principle of the separation of powers in fraternal constitutionalism; (c) the consequences of the incidence of the principle of fraternity in the context of relations between State Powers for the exercise of economic regulation power. Within our itinerary, we will start from the classic demonstration of the separation of powers, identifying in it the presence of a fraternal ideology, especially in the communitarian exercise of functional prerogatives between the powers. In a second moment, we will demonstrate that there is a need for the powers (or functions) of the State to exercise their prerogatives in a fraternal environment, especially when the practice of a typical function directly and drastically affects the typical functions of another power. In this context, we will give an example involving the fiscal health of the Brazilian State, and the risk that paradigmatic judicial processes have represented for the execution and construction of public policies by the Executive and Legislative powers. Finally, in the third chapter, within the regulatory power of the State, we will find in the principle (or in the exercise) of deference an example that seems to us very characteristic of a fraternal ambience for the principle of separation of powers. In the end, we will defend the hypothesis that the exercise of state functions needs to be developed in an environment informed by the principle of fraternity, and regulatory technical issues are shown as a positive example in the context of this fraternal constitutionalism, within which the classic understanding of separation of powers is reread.

Keywords: Separation of powers; principle of fraternity; regulatory power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DO ESTADO E A SUA CORRELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE	15
1.1 Os conceitos de liberdade política e de independência dos cidadãos na teoria da organização de Poderes de Montesquieu.....	16
1.2 A independência de cada indivíduo presente nas leis da Polônia e a liberdade política presente na constituição da Inglaterra	21
1.3 A obtenção da liberdade política em governos moderados nos quais não se abuse do poder: o exercício comunitário das faculdades de estatuir e de impedir	25
1.3.1 O poder de julgar	27
1.3.2 O poder legislativo.....	32
1.3.3 O poder executivo.....	34
1.4 A pausa ou inação em Montesquieu: consequência de um sistema fundado na comunhão de faculdades (prerrogativas) e no consenso... 	35
1.5 A base teórica de Montesquieu e a prática constitucional brasileira	38
1.6 A perspectiva de separação dos Poderes própria de um constitucionalismo fraternal	41
CAPÍTULO 2 – A INFLEXÃO DIRETA DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NA ATUAL RELAÇÃO ENTRE OS PODERES DO ESTADO	46
2.1 A modificação de paradigma para o princípio da separação dos poderes: da perspectiva positivista ao constitucionalismo fraternal	47
2.2 O princípio da fraternidade e a sua relevância para a releitura da teoria clássica da separação dos Poderes	53
2.3 A existência de agentes estressores na engenharia de separação de poderes no contexto da construção do sistema tributário e a questão do custo dos direitos no constitucionalismo fraternal	58
2.4 Consequências para a separação dos poderes advindas com o julgamento do TEMA 69 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal: a concretização do princípio da fraternidade como critério de tomada de decisões coletivas	67
2.5 A ambiência da fraternidade e a moderação entre os poderes	74

CAPÍTULO 3 – AS CONSEQUÊNCIAS DA INFLEXÃO DIRETA DA FRATERNIDADE NA RELAÇÃO ENTRE OS PODERES DO ESTADO NO EXERCÍCIO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA	80
3.1 O ativismo judicial e a releitura do princípio da separação dos poderes	80
3.2 A deslegalização e a separação de poderes no contexto do julgamento da ADI 4874/DF (“sabor dos cigarros”).....	90
3.3 A aplicabilidade do princípio da fraternidade no exercício da regulação econômica no reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do dever de deferência às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras.....	107
CONCLUSÕES	117
REFERÊNCIAS.....	124

INTRODUÇÃO

Gregório de Matos Guerra, considerado o maior representante da poesia barroca no Brasil, eternizou os seguintes versos:

*O todo sem a parte não é todo,
A parte sem o todo não é parte,
Mas se a parte o faz todo, sendo parte,
Não se diga, que é parte, sendo todo.*

*Em todo o Sacramento está Deus todo,
E todo assiste inteiro em qualquer parte,
E feito em partes todo em toda a parte,
Em qualquer parte sempre fica o todo.*

*O braço de Jesus não seja parte,
Pois que feito Jesus em partes todo,
Assiste cada parte em sua parte.*

*Não se sabendo parte deste todo,
Um braço, que lhe acharam, sendo parte,
Nos disse as partes todas deste todo.*

O poema nos remete à unidade da Trindade; Deus Pai, Deus Filho e Deus Espírito Santo, Todos sendo Um e cada Um sendo o Todo (embora sendo Parte). O poder do Estado também é uno e indivisível, embora composto por partes funcionais que o exerce, nos limites da competência que a Constituição Federal outorga.

Por uma construção própria do liberalismo, as partes do poder uno do Estado foram inseridas funcionalmente em uma leitura teórica de separação dos poderes, com foco na contenção do poder e no atingimento do valor da liberdade individual.

Entretanto, com o advento de um paradigma constitucionalista diferente daquele que gestou e justificou a construção de uma teoria de separação dos poderes, chega o momento de promover uma releitura do exercício funcional das partes do poder estatal.

Esta dissertação de mestrado tem como problema de pesquisa investigar se há aplicabilidade do princípio da fraternidade no âmbito das relações entre os Poderes do Estado, e se, havendo ou não espaço para essa incidência

principiológica, qual a consequência para o exercício do poder de regulação econômica estatal.

Nesse sentido, buscamos encontrar a ética fraternal no exercício do poder estatal, na compreensão dialógica de um exercício funcional comunitário entre os Poderes do Estado. A Constituição Federal afirma que (art. 3º) “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Entretanto, como hipótese, compreende-se que a harmonia entre os poderes não será obtida pelo livre exercício de poderes iguais (binômio "liberdade e igualdade"), mas em um contexto de um constitucionalismo fraternal, no qual a independência é desempenhada pela ótica da ética da alteridade (fraternidade).

O princípio da separação dos poderes, firmado sobre as bases do conceito de “liberdade política” de Montesquieu e cujo equilíbrio se obtém pelo exercício comunitário das faculdades de estatuir e de impedir, também passa pelo processo de fraternização da ordem constitucional.

Assim como se almeja uma vida em sociedade em comunhão, e uma comunhão de vida, a partir de uma dimensão principiológica fraternal, o exercício do poder estatal deve ser desenvolvido por meio de um arquétipo que reflita igualmente esse mesmo ideário.

A entrega da jurisdição, o exercício do poder administrativo e o resultado da produção legislativa devem ser funcionalmente qualificados pela fraternidade. Porém, o próprio poder estatal, endogenamente, deve se qualificar pelo ideário fraterno, inaugurando uma perspectiva de separação dos poderes própria de um constitucionalismo fraternal.

Muito embora o princípio da fraternidade tenha sido redescoberto mais especificamente na relação do Estado com os cidadãos e na relação destes entre si, compreende-se que o exercício do Poder estatal também deve se desenvolver na mesma ambiência.

De acordo com AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, as instituições governamentais do Estado são o mecanismo por meio do qual se manifesta e atua uma certa espécie de poder, que é o poder político. Esse poder possui duas condições, que são próprias dos seres humanos. A condição subjetiva é o impulso natural pelo poder: de todos os animais, o ser humano é o único capaz de entreter certo gênero de desejos que não podem nunca ser satisfeitos. A vida social deu a esse traço característico da psicologia humana um campo inesgotável de aplicação, que é o da afirmação da personalidade através da participação nos instrumentos de governo, o que define o desejo do poder político. É nessa correspondência íntima entre os atributos do ser humano e as forças dominantes no meio que AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO identifica a segunda condição do poder, acentuando que é uma condição objetiva.

O poder político é, portanto, um fenômeno histórico. Neste sentido, ele corresponde ao disciplinamento das forças sociais, no quadro do Estado, tendo por finalidade o bem comum. E é neste aspecto de fenômeno histórico que o poder político interessa ao jurista¹.

Diante desses atributos subjetivo (de impulso ao poder) e objetivo (o disciplinamento das forças sociais) do poder político, surge a necessidade da construção de uma principiologia de regulação e limitação no seu exercício. Essa iniciativa limitativa é própria da construção de um constitucionalismo de matriz liberal, que se preocupou em assegurar a segurança individual aos cidadãos, regulando a forma como o poder do Estado se lhes apresenta².

Nesse sentido, de acordo com Marinoni³, a separação dos poderes está na base das revoluções francesa e americana, embora a teoria tenha seguido rumos distintos na França e nos Estados Unidos. Assim, tal como ocorre com o

¹ FRANCO, Afonso Arinos de Melo Franco. Curso de direito constitucional brasileiro. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. P. 58.

² “Quando, no século XVIII, se apelou para a separação de poderes, a fim de evitar o abuso do poder, foi exatamente tendo em vista realizar o ideal do Estado de direito, cujas tradições de outras eras se haviam perdido com o absolutismo monárquico. Por isso mesmo, em face da monarquia absoluta, cada vez mais poderosa e centralizadora na França, — o *dominium tantum regale* que Fortescue vira despertar na época de Luís XI, — Montesquieu e seus discípulos formulavam aquele princípio, cuja ressonância se dilatava no espaço e no tempo. Princípio esboçado na Inglaterra do século XVII por John Lilburne e John Milton, Sadler e Lawson, e finalmente merecedor de maior ampliação no segundo Tratado do Governo Civil de Locke” (SOUZA, José Pedro Galvão de. Da representação política. São Paulo: Saraiva, 1971. P. 37).

³ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET. Ingo Wolfgang Sarlet. Curso de direito constitucional. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 394.

próprio Estado de Direito, o princípio da separação dos poderes, não obstante existam aspectos comuns, não foi objeto de idêntica recepção e concretização em cada ordem jurídico constitucional. Na origem do Estado Constitucional, podem ser percebidas as distinções entre a tradição francesa (mais fiel a um modelo de separação forte e estrita) e a tradição norte-americana, que preferiu edificar e aperfeiçoar um sistema conhecido como de “freios e contrapesos” (checks and balances).

De todo modo, ressalvadas experiências isoladas divergentes, a configuração do sistema clássico protagonizado por Montesquieu segue uma divisão horizontal de poderes (de desconcentração e recíproca limitação funcional entre órgãos estatais) entre os poderes (ou funções⁴) legislativo, executivo e judiciário, cuja horizontalidade decorre da circunstância de inexistir qualquer hierarquia entre os respectivos órgãos e funções do poder estatal, todos operando na esfera de suas competências constitucionalmente estabelecidas⁵.

Sobre a separação dos poderes (funções) do Estado, ensina FERREIRA FILHO que:

A separação dos poderes foi erigida pela Constituição de 1988 numa de suas bases inaboliáveis, numa cláusula pétrea, como se usa dizer. É o que deflui do art. 60, § 4o, III, da Lei Magna.

Entretanto, é de indagar-se o que abrange esse conceito no texto vigente. Com efeito, nos dois séculos e meio que se passaram desde publicado o Espírito das Leis, em que essa doutrina foi afirmada, diversas concepções dessa ideia vieram à luz e foram consagradas pelo direito constitucional positivo.

Por outro lado, é preciso ter presente que as constituições evoluem – “crescem”, disse Wheare – e a Carta Magna em vigor não é disso exceção. Muito ao invés, ela – tudo sugere – passou, nalguns pontos, numa verdadeira mutação entre 1988 e 2014⁶.

⁴ Vale ressaltar que, para a ciência política, o poder do Estado é indivisível na pessoa de seu titular: a divisão só se faz quanto ao exercício do poder, quanto às formas básicas de atividade estatal (BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 137).

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET. Ingo Wolfgang Sarlet. Curso de direito constitucional. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. P. 1234.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo, ano 16, n. 40, p. 67-81, Abril-Junho/2015. P. 67.

De fato, na compreensão que externaremos nesse trabalho dissertativo, é necessária uma releitura do princípio da separação dos poderes, que surge com o constitucionalismo liberal, sobrevive ao constitucionalismo social e se exerce na ambiência do atual constitucionalismo fraternal.

Essa dissertação terá três partes distintas: (a) apresentará a formulação clássica do princípio da separação dos poderes, dela retirando seus pressupostos básicos de aplicabilidade e desde já demonstrando nestes a presença de um ideário de alteridade; (b) a inserção atual do princípio constitucional da separação dos poderes no constitucionalismo fraternal; (c) as consequências da incidência do princípio da fraternidade no âmbito das relações entre os poderes do Estado para exercício do poder de regulação econômica estatal.

Dentro do nosso itinerário, partiremos da demonstração clássica da separação dos poderes, nela identificando a presença de um ideário fraternal, especialmente no exercício comunitário das prerrogativas funcionais entre os poderes.

Nesse ponto, há na teoria clássica de Montesquieu um pressuposto para a chamada “separação dos poderes”: o consenso e a comunhão de prerrogativas funcionais. O mecanismo pelo qual se constrói a teoria da separação dos poderes é muito mais comunitário do que separatista – tanto que seria até mais adequado se falar em “teoria de exercício comunitário dos poderes”, do que em “teoria da separação dos poderes”.

Demonstraremos, entretanto, que há a necessidade de que os poderes (ou funções) do Estado exerçam suas prerrogativas em uma ambiência fraternal, principalmente quando a prática de uma função típica atinge frontal e drasticamente as funções típicas de um outro poder. No segundo capítulo, daremos o exemplo envolvendo a saúde fiscal do Estado brasileiro, e o risco que processos judiciais paradigmáticos têm representado para a execução e construção de políticas públicas pelos poderes Executivo e Legislativo.

Por fim, dentro do poder regulatório do Estado, encontraremos no princípio (ou no exercício) da deferência um exemplo que nos parece muito

característico de uma ambiência fraternal para o princípio da separação dos poderes.

Com isso pretendemos defender a hipótese de que o exercício das funções estatais precisa se desenvolver em um ambiente informado pelo princípio da fraternidade, sendo que as questões técnicas regulatórias se mostram como um exemplo positivo no contexto desse constitucionalismo fraternal, dentro do qual é relida a clássica compreensão de separação dos poderes.

Em arremate, esclarece-se que metodologicamente foi utilizada a abordagem qualitativa, fazendo uso de análise de texto e interpretação, com estudos de caso para ilustrar seus argumentos.

CAPÍTULO 1 – A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DO ESTADO E A SUA CORRELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

Extrai-se da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que “toda sociedade na qual não se assegura a garantia dos direitos, nem se determina a separação dos poderes, considera-se desprovida de Constituição” (artigo 16). Na nossa atual ordem constitucional, a separação de poderes é resguardada na condição de cláusula pétrea (artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, da CF de 1988).

É preciso reconhecer que a formatação de um modelo de separação de poderes teve a contribuição de outros autores, que procuraram estabelecer um critério para distribuir o poder e reger seu exercício, como por exemplo Aristóteles e John Locke⁷. Entretanto, a doutrina atribui a Montesquieu o protagonismo na construção da arquitetura ideológica do sistema de separação de poderes⁸. Tratando do “exame e definição do significado da máxima que impõe a separação dos poderes”, Madison afirma que:

O oráculo sempre consultado e citado a este respeito é o celebrado Montesquieu. Se não foi o autor deste inestimável preceito da ciência da política, ele teve pelo menos o mérito de expô-lo e recomendá-lo com extrema eficácia à atenção da humanidade. Que nos seja

⁷ “O princípio da separação de poderes teve também excelente acolhida na obra do filósofo alemão Kant, que enalteceu sobretudo o aspecto ético, elevando os poderes à categoria de “dignidades”, “pessoas morais”, em relação de coordenação (potestas coordinatae), sem sacrifício da vontade geral una.

A trias política de Kant reproduz a de Montesquieu: poder legislativo soberano (potestas legislativa), poder executivo (potestas rectoria) e poder judiciário (potestas iudiciaria). Estabeleceu Kant um silogismo da ordem estatal em que o legislativo se apresenta como a premissa maior, o executivo, a premissa menor e o judiciário, a conclusão. Insistindo na “majestade” dos três poderes, sempre postos numa alta esfera de valoração ética, Kant afirma que o legislativo é “irrepreensível”, o executivo “irresistível” e o judiciário “inapelável” (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 178).

⁸ “É com Montesquieu e o *Espírito das Leis* que efetivamente nasce a doutrina da separação dos poderes. Marca-a a ideia de uma divisão funcional do Poder em vista da liberdade e segurança individuais” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização*. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo, ano 16, n. 40, p. 67-81, Abril-Junho/2015. P. 67).

permitido tentar, antes de mais nada, verificar o que Montesquieu pretendeu dizer a este respeito⁹.

Na nossa proposta de avaliar a incidência do princípio da fraternidade no contexto da relação entre os Poderes do Estado, a teoria exposta no Livro Décimo Primeiro da obra *O Espírito das Leis* será o ponto de partida. Como um dos principais intelectuais iluministas a sustentar teoricamente a Revolução Francesa, que aconteceria em 1789 (34 anos após a sua morte), e fonte de inspiração para a Constituição dos Estados Unidos, Montesquieu se debruça sobre o quadro político da Inglaterra, a partir do qual teoriza um modo de funcionamento tripartite do poder.

Neste capítulo demonstraremos que a construção da teoria de Montesquieu precisa ser melhor compreendida, mediante um exame daquilo que ele chamou de “liberdade política” e de “independência dos cidadãos” - conceitos que formam a base da sua teoria da separação de poderes. Além disso, proporemos que a arquitetura encontrada no *Espírito das Leis*, que é capaz de fazer livre a liberdade política na constituição, necessita ser bem contextualizada na atual experiência constitucional brasileira¹⁰.

1.1 Os conceitos de liberdade política e de independência dos cidadãos na teoria da organização de Poderes de Montesquieu

No capítulo I do livro *Décimo Primeiro de O Espírito das Leis*, Montesquieu faz um recorte metodológico para explicar dois relevantes pontos para a compreensão de sua teoria.

⁹ MADISON, James. Os artigos federalistas, 1787-1788 - tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993. p. 332.

¹⁰ O presente capítulo tem como principal referência bibliográfica artigo científico que enfrentou a temática da separação dos poderes (GRILLO, Renato Cesar Guedes. **A recomendação 1/20 da Corregedoria Nacional do Ministério Público e os conceitos de 'liberdade política' e 'independência' da teoria de organização dos poderes de Montesquieu**. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/319710/a-recomendacao-1-20-da-corregedoria-nacional-do-ministerio-publico-e-os-conceitos-de-liberdade-politica-e-independencia-da-teoria-de-organizacao-dos-poderes-de-montesquieu>>. Acesso em 8 mar. 2023).

Em um primeiro ponto, Montesquieu distingue duas relações diversas: (i) ‘as leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição’ e (ii) as ‘leis que formam a liberdade política em sua relação com o cidadão’. Essa primeira relação examina o modo como se atinge a liberdade política na constituição do Estado, em outras palavras, a regulamentação ou o direito que é capaz de alcançar a ‘liberdade política’ na formação do Estado, especificamente na relação entre as funções ou poderes do Estado. Já a segunda relação, entre liberdade política e o cidadão, se concentra nos costumes, maneiras, exemplos e certas leis que são capazes de trazer segurança ou pelo menos a opinião que se tem de sua segurança¹, deslocando-se o exame dos elementos necessários para se atingir liberdade política na conformação dos poderes do Estado para examinar o que é necessário para que o cidadão tenha obtenha liberdade política.

Portanto, Montesquieu explica que a obtenção do valor da “liberdade política” se dá em duas dimensões ou níveis diversos: na relação entre os poderes do Estado (na constituição do Estado) e na relação com o cidadão (segurança ou pelo menos a opinião que se tem de sua segurança).

A liberdade política, quando obtida, torna a constituição e o cidadão livres², sendo que os meios para atingir esse estado de liberdade são diferentes na dimensão da relação da liberdade política com a constituição e na relação da liberdade política com o cidadão.

Em um segundo ponto, Montesquieu explica que irá tratar de cada uma dessas relações em momentos distintos: as leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição serão tratadas no Livro Décimo Primeiro; as leis que formam a liberdade política em sua relação com o cidadão, serão abordadas no Livro Décimo Segundo.

Assim, com essa explicação metodológica, o autor apresenta essas duas dimensões da obtenção da liberdade política e explica que tratará de cada uma em momentos diferentes. Para essa dissertação de mestrado nos concentraremos no exame do conceito de ‘independência’ e da obtenção da

liberdade política em sua relação com a constituição, tal como exposta no livro Décimo Primeiro da obra de Montesquieu.

Este capítulo tem como objetivo introduzir a investigação acerca da aplicabilidade do princípio constitucional da fraternidade na relação entre os Poderes do Estado; para isso, busca encontrar na obra de Montesquieu o modo de distribuição dos poderes que é capaz de formar a liberdade política em sua relação com a constituição do Estado.

Montesquieu afirma que o conceito de liberdade assume significados diversos. Para ele, alguns tomam por liberdade a facilidade de depor a quem outorgaram um poder tirânico, outros pela faculdade de eleger a quem deveriam seguir e obedecer; outros, pelo direito de se armar e de exercer a violência. Há ainda que se considere livre pelo fato de ser governado somente por um homem de sua própria nação e ser regido por suas próprias leis. Quem experimentou um governo monárquico, neste encontrou a liberdade. Mas quem viveu em uma república, também nesta viu a sua liberdade

Em síntese, Montesquieu afirma que cada um chamou de liberdade ao governo que se adequava aos seus costumes ou às suas inclinações, e que nas democracias o povo parece fazer o que quer. Contudo, para ele, isso não se constitui em liberdade.

O conceito de liberdade de Montesquieu está conectado a um 'dever' normativo: "a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que eles proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder". Portanto, liberdade sem limites ou que se adequa aos costumes ou inclinações pessoais, não é liberdade.

Ao delimitar o seu conceito de liberdade, Montesquieu afirma que em um Estado, isto é, uma sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir

senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar¹¹.

Essa noção de liberdade é deontológica, o que significa que ser livre não é o mesmo que ser independente de deveres e de obrigações; a liberdade só é encontrada e praticada quando é delimitada pelo “deve ser”. Por isso, Montesquieu afirma que liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem.

Independência, por outro lado, é a conformação das coisas segundo as próprias inclinações dos indivíduos, os quais fazem tudo o que desejam. Ocorre que se um cidadão pode fazer tudo o que tem inclinação para fazer, independentemente de haver conformação deontológica, não haverá liberdade, porque os outros também teriam o mesmo poder.

A base do estudo do livro Décimo Primeiro de O Espírito das Leis é essa diferença entre independência e liberdade – conceitos para os quais ele fornece uma conotação própria. Para compreender a proposta de limitação do poder, é preciso entender como se atinge a liberdade.

A liberdade política é encontrada em um agir regrado, no sentido de respeitar limites estabelecidos de modo heterônomo. Ou seja, não é o indivíduo que estabelece os seus próprios limites, mas as limitações lhe são sobrepostas.

Acaso caiba ao próprio cidadão firmar os seus próprios limites, o que se tem (na terminologia e conotação usada por Montesquieu) é a independência. O agir independente não se encontra dentro de uma realidade deontológica; os limites poderão ser definidos por cada um e o resultado disso é a opressão de todos.

Essa análise da liberdade em face da independência, sob a ótica do agir individual, será enfrentada em uma perspectiva institucional: Montesquieu irá

¹¹ MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 179.

transpor esses conceitos para o palco do exercício constitucional dos poderes do Estado e firmar a sua teoria.

Contudo, reiteramos que a base de toda construção que será feita para a separação dos poderes é essa: a liberdade é de exercício regrado; para que os poderes do Estado sejam livres, devem limitar-se deontologicamente.

Nesse sentido, a liberdade também não se confunde com o poder do povo; para Montesquieu, quem tem poder se inclina a dele abusar. Por isso, o autor afirma que, como nas democracias o povo parece fazer o que deseja, ligou-se a liberdade a essas formas de governo e confundiu-se o poder do povo com sua liberdade.

O poder vai até onde encontra limites; para haver liberdade, portanto, é preciso um espaço de conformação de seu exercício, de modo que se firmem limitações; o autor afirma que “a própria virtude tem necessidade de limites”.

Assim, liberdade é um conceito deontológico; independência é o arbítrio um dos outros (a opressão de todos). Para haver liberdade é preciso existir limites. Como o objetivo do livro Décimo Primeiro é o exame da liberdade política em sua relação com a constituição, o foco se deslocará para o exercício do poder.

Os poderes do Estado, para serem livres, precisam de uma conformação deontológica, através da qual seja engendrado um plexo de deveres e obrigações capazes de delimitar o constante exercício do poder.

Se o poder não encontra limites, ele será independente e nesse Estado não se encontrará a liberdade política. É interessante notar essa forma de contrapor os conceitos tem a alteridade de um lado e a intolerância de outro. Independente é aquele que não tolera incluir o outro; já a liberdade é deontológica e pressupõe respeito na alteridade nas relações que desenvolve com o outro. Podemos afirmar que o espírito da fraternidade está em conformidade com o conceito deontológico de liberdade apresentado por Montesquieu.

Em um momento onde se confunde intolerância e liberdade, é de fundamental importância recorrer a alteridade inserta dentro do conceito autêntico que se pode extrair da liberdade. Não será encontrado em um espírito livre outra coisa senão o ideário da fraternidade. Conforme nos ensina o Ministro FACHIN, ao prefaciá-la obra jurídica:

A intolerância, é, pois, esse mal-estar cultural, o novo demônio do meio dia, luto e melancolia pairam sobre a civilização no tempo que teima em reinstalar tais pequenas manhãs e longas noites. Como as ideias realmente movem o mundo, o ideal fraterno é o antídoto que administra o soro da alteridade¹².

Em nosso esforço de encontrar um espaço de convivência harmônica para os poderes do Estado, o espírito da fraternidade também será o supedâneo de referência, de modo que seja alcançada a efetiva liberdade e autonomia.

Retomando nossa abordagem sobre a teoria da separação dos poderes, antes da formulação de sua teoria, Montesquieu passa a promover uma aplicação prática dos conceitos apresentados: a independência e a liberdade política são contextualizadas para a Polônia e Inglaterra, na circunstância das leis vigentes à época em cada um desses países.

1.2 A independência de cada indivíduo presente nas leis da Polônia e a liberdade política presente na constituição da Inglaterra

Para fazer uma explanação prática dos conceitos de “independência” e de “liberdade política” em sua relação com a constituição, Montesquieu os aplica à realidade existente em dois países, a Polônia e a Inglaterra.

De início, o autor afirma que todo Estado possui um objeto geral, que é manter-se, e objetivos particulares. Por exemplo, a expansão era o objetivo

¹² Extraído do prefácio da obra do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Op. Cit. p. 14.

particular de Roma; a religião, das leis judaicas; a navegação, a lei dos ródios. Na Polônia, o objetivo específico era a independência de cada indivíduo; a Inglaterra, por sua vez, é apresentada como tendo por objetivo de sua constituição a liberdade política.

Partindo disso, Montesquieu irá descrever o modelo existente na Inglaterra, naquele momento histórico, o qual se adequa ao estado de 'liberdade política'. A esse respeito, Amaral Júnior assevera que, ao descrever o arranjo institucional inglês havido na primeira metade do século XVIII, Montesquieu pretendeu receitar uma estrutura de poderes que prevenisse contra o absolutismo, e que o sistema constante do Capítulo VI do Livro XI de O espírito das leis é o presidencialismo clássico, descrito com base em um "instantâneo" de um dado momento evolutivo das instituições inglesas (primeira metade do século XVIII), que, a rigor, já flertavam com o parlamentarismo¹³.

A chave para encontrar a liberdade política na constituição do Estado é a moderação, ou governo moderado. Encontra-se a liberdade política unicamente nos governos moderados, segundo Montesquieu. Porém, não são todos os governos moderados nos quais a liberdade política se fará presente; é indispensável que haja mecanismos pelos quais o poder contenha o poder.

Por outro lado, transportado o conceito para o ambiente constitucional do Estado, a independência de cada indivíduo, como objetivo estatal, resultará na opressão de todos; na medida em que cada um se comporta conforme entende adequado aos seus costumes ou suas inclinações, não se submetendo às limitações recíprocas heterônomas, haverá uma comunhão indiscriminada de poderes: todos podem fazer tudo, sem qualquer limitação sobreposta. Na estruturação do Estado, isso representaria a completa confusão funcional: a inexistência de linhas de divisão entre as atribuições de cada poder implicaria no exercício simultâneo de funções por um mesmo poder. Ou, ainda, vários poderes

¹³ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de "O espírito das leis" in Revista dos Tribunais, vol. 868, 2008, p. 53-68.

exercendo, concomitantemente e de modo indiscriminado, todas as funções do Estado.

A independência representaria um Estado de arbítrio, opressão e sem liberdade. Um poder não teme o outro, na medida em que ele tem independência, ou seja, desconhece qualquer barreira ou limite no seu agir. Do mesmo modo que na 'independência dos indivíduos' um cidadão não teme o outro (não respeita limites, tampouco se contém ou é contido em seu agir), em um Estado em que a constituição não garante a liberdade política, os poderes não se conterão reciprocamente. Esse conceito de independência, tal como apresentado por Montesquieu, se aproxima do que conhecemos como intolerância e contrasta frontalmente com o ideal fraterno.

É interessante destacar que a fraternidade, como muito bem descrito pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca¹⁴, é compreendida como conectivo entre os princípios da “liberdade” e da “igualdade” advindos com a Revolução Francesa de 1789. A “liberdade” da Revolução não é a mesma “liberdade política” a que se refere Montesquieu, mas pelo conteúdo conotativo de liberdade que este apresenta, o seu conceito se aproxima do ideário integral que se pretende obter pela tríade: liberdade, igualdade e fraternidade. Nesse sentido:

Verificado que a fraternidade adquire sua dimensão política em sentido estrito a partir de uma dinâmica histórica com os princípios da igualdade e da liberdade, cujos marcos são a Revolução Francesa de 1789 e a Revolução Haitiana de 1791, essa tríade é constantemente repensada para conceber e construir nosso modelo de governo democrático, justamente com vistas a realizar uma política em prol da unidade. Em função da busca de uma sociedade que seja concomitantemente igualitária e liberal, a fraternidade coloca-se como um novo ponto de vista sobre a democracia, justamente focado na consensualidade.¹⁵

Assim, o conceito de liberdade política, apresentado na teoria da separação dos poderes de Montesquieu, está mais próximo da realização de um ideal fraterno. Por outro lado, o conceito de Montesquieu para “independência” se aproxima mais do binômio da Revolução de 1789, “liberdade e igualdade”,

¹⁴ p. 51.

¹⁵ FONSECA, Reynaldo Soares. O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. P. 57.

desqualificado pela fraternidade. Novamente citando o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca:

Em um paradigma relacional e trinitário, a fraternidade é uma categoria que agrega a comunidade humana universal, a partir de um bem comum construído dialogicamente. Em síntese, “a fraternidade indica a dignidade equivalente daqueles que são diferentes, ou seja, permite à liberdade ou à igualdade que se manifestem ao mesmo tempo.”¹⁶

Para a exata contextualização do nosso objetivo, chamamos novamente a atenção para o fato de que, especificamente no Livro Décimo Primeiro de O Espírito das Leis a “liberdade política” é analisada no contexto da constituição do Estado.

Vale frisar que a problemática apresentada é a seguinte: *qual a conformação que deve existir de separação entre os poderes do Estado para que se atinja, na formação (constituição) desse Estado, um arcabouço constitucional capaz de atingir a liberdade política?*

No nosso modo de conectar os conceitos, esse valor de alteridade ou de um ideário fraterno, chamado de “liberdade política” na teoria de Montesquieu, vai ser alcançado mediante uma engenhosa arquitetura de separação dos poderes - que veremos à frente. No ponto, vale destacar a doutrina de BAGGIO, quando afirma que a fraternidade vem surgindo como exigência política, sobretudo a partir da constatação de que a realização dos outros dois princípios que tomamos como referência, liberdade e a igualdade, ficou incompleta ou mesmo fracassou¹⁷.

Nesse ponto, de acordo com Montesquieu, tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes e as divergências dos indivíduos⁵.

¹⁶ p. 65

¹⁷ BAGGIO, Antonio Maria. Fraternidade e reflexão politológica contemporânea. BAGGIO, Antonio Maria (org.). O princípio esquecido 2: Exigências, recusos e definições da fraternidade na política. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2015. P. 14.

Prosseguindo na nossa investigação, passaremos a expor como se estrutura um governo moderado, segundo Montesquieu, o qual, para garantir a liberdade política, se formata de um modo que o poder seja contido pelo próprio poder.

O nosso objetivo é demonstrar que esse ideário de "liberdade política", atingida na constituição do Estado, deverá se traduzir na aplicabilidade do princípio da fraternidade na relação entre os Poderes.

1.3 A obtenção da liberdade política em governos moderados nos quais não se abuse do poder: o exercício comunitário das faculdades de estatuir e de impedir

Para que se alcance a liberdade política não basta que o governo seja moderado, mas é necessário que não se abuse do poder. A liberdade política é alcançada em um contexto de exercício comunitário de prerrogativas.

Para Montesquieu, há em cada Estado três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. O poder Legislativo edita Leis por certo tempo ou para sempre e promove a correção das leis vigentes. O poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes é responsável pela paz ou guerra, relações internacionais, segurança e prevenção de invasões. O poder Executivo das coisas que dependem do direito civil (poder de julgar) pune crimes ou julga querelas dos indivíduos.

Entretanto, antes de apresentar cada um dos poderes, é de fundamental importância a compreensão do que Montesquieu chamada de faculdades de estatuir e de impedir, que estão no centro da sua estruturação de contenção dos poderes.

A faculdade de estatuir é o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem; a faculdade de impedir é o direito de anular uma

resolução tomada por qualquer outro. De acordo com Jorge Miranda, o órgão que tem o poder legislativo deve ter um poder positivo de estatuir leis, mas deve ter também um poder negativo de impedir que os outros órgãos façam algo que ponha em risco os interesses gerais. Da mesma maneira, o órgão que tem o poder executivo deve ter não apenas o poder positivo de estatuir, de fazer a execução das leis, mas deve ter também um poder negativo, de tal modo que não sejam feitas leis contrárias aos interesses gerais. Somente a respeito do poder judicial (o qual considera um poder sem relevância do ponto de vista político) é que Montesquieu não faz a distinção entre faculdade de estatuir e faculdade de impedir¹⁸.

Portanto, a sistemática de contenção dos poderes passa pela comunhão das faculdades de estatuir e de impedir, de modo que se contém o poder mediante o seu exercício simultâneo. A extirpação da possibilidade de abuso no exercício do poder vem pelo exercício comunitário de prerrogativas, e não pela separação das funções.

A compreensão desse ponto é de fundamental relevância, antes da apresentação dos poderes: no governo moderado de Montesquieu, a contenção dos poderes não se dá pela sua separação, mas pela comunhão das faculdades de estatuir e de impedir.

Conforme ensina Amaral Júnior, o poder de executar (rei) e o poder de legislar (câmara alta e câmara baixa) não são neutralizados pela separação de suas respectivas funções, mas, sim, pela comunhão de correlatas faculdades de estatuir e de impedir entre eles¹⁹.

Esse é um outro ponto de altíssima relevância na nossa investigação sobre a aplicabilidade do princípio constitucional da fraternidade no contexto do exercício dos Poderes ou das funções do Estado, dentro de um governo moderado e que não abuse do poder – para usar a terminologia de Montesquieu.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. Formas e sistemas de governo. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 58.

¹⁹ Ibid. P. 53-68.

A moderação e extirpação do abuso do poder vem da comunhão, e não da separação funcional de prerrogativas.

Dadas essas considerações iniciais e gerais, de compreensão pressuposta, passaremos a analisar cada um dos poderes, começando pelo chamado “poder de julgar”.

1.3.1 O poder de julgar

A proposta de Montesquieu é apresentar uma construção de poderes que compartilhem as faculdades de estatuir e de impedir, como *mecanismo comunitário* de limitação do próprio poder.

Na visão de Montesquieu, própria do contexto em que escrita sua obra, o poder de julgar, dentro dessa concepção, é limitado em si mesmo, uma vez que não se exerce sobre a vontade geral do Estado, mas sim sobre um determinado indivíduo, punindo crimes ou julgando as querelas dos individuais.

Montesquieu inclusive se refere ao poder de julgar como o “o poder executivo das coisas que dependem do direito civil”; isso significa que o poder de julgar aplica o direito civil, o “*ius civile*”, isto é, trata das relações e dos conflitos internos, enquanto o poder executivo do Estado (liberal clássico) cuida das relações internacionais (e de algumas poucas – muito poucas – questões internas, notadamente a segurança), sendo por isso chamado de “poder executivo das coisas que dependam do direito das gentes”.

O poder de julgar, portanto, se exerce sobre um indivíduo, o que o diferencia dos demais poderes, os quais se exercem sobre a vontade geral do Estado (legislativo) e sobre a execução dessa vontade (executivo).

Não haverá liberdade política se o poder de julgar não estiver separado do legislativo e do executivo. Não obstante, há três exceções nas quais o poder de julgar está ligado ao poder legislativo: os nobres são julgados pelo corpo dos nobres; a atenuação do rigor legal, que significa moderar a lei em favor dela

própria, pronunciando-a menos rigorosamente que ela; os casos de crime cometido por algum cidadão no trato dos negócios públicos, para os quais 'a parte legislativa do povo' acusa perante 'a parte legislativa dos nobres' (Impeachment).

Montesquieu afirma que o poder de julgar é nulo e invisível. Essa afirmação pode ser mal compreendida, se for tomada fora de seu contexto. Precisamos ter em mente o recorte metodológico feito por Montesquieu e o objetivo da sua teoria, que é a de atingir a liberdade política na constituição do Estado.

A "nulidade" e "invisibilidade" do poder de julgar, considerando o foco da teoria de Montesquieu, que consiste na relação da liberdade política com a constituição, são atributos que levam em consideração o fato de o poder de julgar se exercer sobre um indivíduo e não sobre a vontade geral do Estado.

Portanto, tomando como parâmetro a vontade geral do Estado e o valor da liberdade política na constituição do Estado, o poder de julgar é considerado irrelevante para esse recorte muito específico de análise teórica.

Quando se afirma que o poder de julgar é insignificante, não passando o juiz de se constituir uma vocalização da lei, não se quer reduzir a relevância dos magistrados ou da sua função, mas é que julgar é um ato que se exerce sobre o indivíduo e esse aspecto não é o foco de Montesquieu.

Na análise da relação da liberdade política com a constituição, o recorte tomado pelo autor são os poderes que estatuem a vontade geral (normas heterônomas que regerão a vida na sociedade – poder legislativo) e a execução dessa vontade geral ("poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes"). Dentro dessa proposta, o poder de julgar os crimes e as demandas dos indivíduos, mediante aplicação concreta e individual, não é relevante para a análise central do livro.

Assim, quando Montesquieu afirma que "os juízes de uma nação não são mais que a boca que pronuncia sentenças da lei, seres inanimados que não

podem moderar nem sua força, nem seu rigor", ele quer dizer que há a impossibilidade de os juízes atenuarem o rigor da lei; essa tarefa é excepcionalmente exercida pelo legislativo, conforme dissemos acima.

Ou seja, se pensarmos em um sistema atual de controle de constitucionalidade, em Montesquieu, essa tarefa não estaria inserida dentro do poder de julgar; hoje, quando os juízes declaram a inconstitucionalidade de uma lei, por ausência de proporcionalidade, por exemplo, há uma atenuação do ato legislativo, que é geral e abstrato; ainda que o controle seja incidental, essa tarefa não é concebida por Montesquieu como sendo do judiciário, mas sim do legislativo.

Do mesmo modo, se tivermos em mente um sistema de precedentes obrigatórios, com a fixação de teses paradigmáticas pelo Poder Judiciário, nos distanciaremos historicamente da perspectiva de Montesquieu para o papel do julgador, ao tempo em que sua engenharia de separação de poderes foi construída. Nesse ponto, não obstante a fixação de teses em sede de recurso especial ou extraordinário repetitivos para a análise de um caso concreto, há uma extração paradigmática de norma jurídica a partir dessa técnica de julgamento. Nesse sentido:

Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial e colabora de forma contextual para a determinação do direito e para a sua previsibilidade. Em outras palavras: decisão e precedente estão em níveis discursivos diferentes. O precedente é um discurso elaborado a partir do discurso da decisão. Ser fiel ao precedente significa respeitar as razões necessárias e suficientes empregadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para solução de determinada questão de um caso²⁰.

Os julgadores, para a concepção contida em O Espírito das Leis, não se constituem em uma carreira profissionalizada e permanente²¹. Sobre esse

²⁰ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 108.

²¹ "Dessa maneira, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação, nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se tem constantemente juízes diante dos olhos e teme-se a magistratura, mas não os magistrados" (MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2000).

aspecto, Montesquieu afirma que o poder de julgar deve ser exercido por pessoas do povo, desenvolvido de modo temporário e nos termos prescritos em lei: "É mister inclusive que os juízes sejam da condição do acusado ou seus pares, para que ele não possa persuadir-se de que caiu em mãos de pessoas inclinadas a lhe praticarem violências".

"Nos grandes processos, o criminoso, juntamente com a lei, deve escolher os juízes ou ao menos poder recusá-los de um modo tal que os que sobrarem sejam tidos como os de sua escolha"²². Essa é uma ideia que nos remete à paridade que deve existir entre os cidadãos: uns julgam aos outros e aquele que é julgado receberá com maior carga de legitimidade o julgamento, uma vez que pode recorrer um número de juízes que representam a maioria decisiva para a sentença. Ou seja, os julgadores que restarem serão em número determinante para a conclusão a ser adotada.

Não obstante, Montesquieu alerta que, "se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fossem urna opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos".

Trata-se de uma enunciação dos deveres de coerência e fundamentação legal²³, tão desejados no nosso tempo; para a concepção de Montesquieu seria impensável o chamado "ativismo" judicial, na medida em que o juiz é o executor individual da lei, capaz de aplicá-la apenas às querelas individuais e ao julgamento dos crimes.

É importante ressaltar que, na teoria de separação de poderes estudada, o poder de julgar não exerce as faculdades de estatuir e de impedir. A faculdade de estatuir é o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado

²² Essa observação de Montesquieu nos remete ao seguinte artigo do CPP brasileiro: Art. 468. À medida que as cédulas forem sendo retiradas da urna, o juiz presidente as lerá, e a defesa e, depois dela, o Ministério Público poderão recusar os jurados sorteados, até 3 (três) cada parte, sem motivar a recusa.

²³ Nesse sentido é a disposição do CPC/2015: Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

por outrem; o poder de julgar se exerce sobre indivíduos, e não sobre a vontade geral do povo.

A faculdade de impedir é o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro poder. O poder de julgar não exercer 'impedimento' sobre os poderes de legislar e de executar, pelo mesmo motivo: se sobrepõe sobre as situações individuais e particularizadas, e não sobre a vontade geral do Estado.

A relação existente entre o poder de julgar e a "vontade geral do Estado", se era irrelevante para a construção da teoria de Montesquieu, naquele momento histórico, possui uma altíssima importância para a nossa hodierna compreensão de exercício do poder Estatal.

Essa constatação, para o objetivo deste trabalho, tem duas consequências: precisamos fazer uma releitura da arquitetura de poderes pensada por Montesquieu, para aquele momento histórico. Por conseguinte, inserido o poder Judiciário como um poder que se exerce sobre a "vontade geral do Estado" e não apenas "sobre indivíduos", ele passa a ter relevância na questão de se alcançar a "liberdade política" na constituição do Estado, para usar somente os termos de Montesquieu (especialmente a conotação que dá ao conceito de liberdade).

O poder Judiciário, no nosso tempo, passa a exercer poder sobre a vontade geral do Estado e precisa fazer parte de uma nova compreensão de comunhão no exercício das faculdades ou prerrogativas funcionais, junto aos demais poderes (Executivo e Legislativo). Na nossa quadra histórica é preciso acrescentar ainda os chamados órgãos autônomos, como Ministério Público, Tribunal de Contas e Defensoria Pública, na compreensão de um exercício fraterno funcional.

Essa releitura será objeto de tópico mais à frente; antes, seguiremos expondo a compreensão de Montesquieu, especificamente para os poderes Legislativo e Executivo.

1.3.2 O poder legislativo

O legislativo é considerado como um governo do povo, afirmando Montesquieu que, num Estado livre, todo homem que supõe ter uma alma livre deve governar a si próprio, sendo necessário que o povo, no seu conjunto, possua o poder legislativo.

Em outras palavras, a existência do legislativo é como um governo coletivo do povo sobre si. Ao encontro dessa afirmação, Montesquieu assevera que "é preciso que o povo, através de seus representantes, faça tudo o que não pode fazer por si mesmo".

O sistema eleitoral de escolha dos integrantes do legislativo é distrital, convindo que, em cada localidade principal, os habitantes elejam entre si um representante. A forma de representação é indireta, de modo que não é necessário que os representantes, que receberam dos que os elegeram uma instrução geral, recebam outra instrução particular para cada ocasião.

Montesquieu defende a possibilidade de exclusão da capacidade eleitoral ativa, de modo que os cidadãos que "estão em tal estado de baixa que são considerados sem vontade própria" não terão direito a dar seu voto. Esse argumento é coerente com a ideia inicial de "governo do povo"; se o homem não governa a si próprio, não pode participar da escolha de quem governará ao povo.

As reuniões do legislativo não serão permanentes, pois, na concepção do autor, é inútil ficar sempre reunido; porém, será o fim da liberdade se ficar muito tempo sem se reunir. Portanto, as reuniões deverão ter uma certa periodicidade.

O legislativo não deve convocar a si próprio, mas o poder executivo é quem regula o momento da convocação e da duração das assembleias, com relação às circunstâncias que ele conhece.

Não há, na formatação de poder apresentada em O Espírito das Leis, superação de veto dado pelo executivo. Porém, afirma Montesquieu, se num

Estado livre o poder legislativo não deve ter o direito de sustar o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que promulga devem ser executadas.

Vale dizer, compete ao legislador fiscalizar a correta aplicação das leis, se estão sendo objeto de “execução” adequada pelo executivo, responsável por realizar a ‘execução da vontade geral’.

Por fim, é muito importante dizer que o legislativo em Montesquieu é formado por um bicameralismo igual, havendo um corpo ‘moderador’ de nobres, hereditário, chamado de “parte legislativa dos nobres”, e uma outra “parte legislativa dos comuns”.

Como justificativa, o autor afirma que os nobres, não fossem separados em um "corpo moderador", seriam escravos da liberdade comum e não teriam interesse em defendê-la.

Contudo, o corpo moderador, de nobres, possui apenas a faculdade de impedir, mas não de estatuir, para que não siga seus exclusivos interesses e esqueçam os do povo. Portanto, o “corpo de nobres hereditário” não tem a prerrogativa de iniciar o processo legislativo, não podendo propor medidas a serem estatuídas. O que lhe compete é a faculdade de impedir, anulando a decisão tomada pela outra câmara do poder legislativo.

Há três hipóteses em que o legislativo julga: os nobres são julgados pelo corpo dos nobres, em uma exceção que revela um paralelismo na teoria, na medida em que, ao apresentar o poder de julgar, Montesquieu afirma que o indivíduo é julgado por pessoas extraídas do povo (comuns – comuns), sendo que os nobres julgam os nobres (nobres – nobres); a atenuação do rigor legal, a fim de moderar a lei em favor dela própria, pronunciando-a menos rigorosamente que ela, também é tarefa do legislativo; os casos de crime cometido por algum cidadão no trato dos negócios públicos são julgados mediante acusação pela 'parte legislativa do povo' perante a 'parte legislativa dos nobres' (impeachment).

De acordo com Amaral Júnior, "(...) são elementos do impeachment retratados por Montesquieu: (1) aplica-se a qualquer cidadão nos negócios públicos; (2) diz respeito a crimes que, pela sua própria natureza, escapam ao juízo comum; (3) porém, não podem ser submetidos à câmara baixa, "que representa a parte interessada que é o povo"; (4) mas a câmara baixa pode ser acusadora; (5) a acusação é feita perante a câmara alta, "a qual não possui nem os mesmos interesses que ele [o povo – nota nossa], nem as mesmas paixões"²⁴.

Passemos agora a expor a estruturação do poder Executivo.

1.3.3 O poder executivo

O poder executivo em Montesquieu exerce a Chefia de Estado e promove a execução das leis, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões.

Pelo aspecto marcante da Chefia de Estado, a função executiva é chamada de "executivo das coisas que dependem do direito das gentes" (*ius gentium*). Nesse aspecto, é interessante destacar que Montesquieu estabelece um importante princípio de direito internacional público, ao firmar que: "As diversas nações devem fazer, na paz, tanto bem quanto for possível e, na guerra, o mínimo de mal possível, sem prejudicar seus verdadeiros interesses"²⁵.

O executivo é unipessoal, dada a necessidade de ação momentânea, deve ser afastada a possibilidade de ser um corpo deliberativo. O poder executivo não pode participar dos debates das questões públicas, que não é uma tarefa executiva, mas legislativa.

A faculdade de impedir do poder executivo está no poder de veto, que não pode ser superado pelo legislativo; vale dizer, diferentemente do que ocorre na

²⁴ Op. Cit. p. 53-68.

²⁵ MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 15.

nossa atual prática constitucional, o poder legislativo não pode derrubar o veto do executivo.

Contudo, o poder executivo não tem iniciativa legislativa; nesse aspecto, da iniciativa de lei, o executivo não participa da faculdade de estatuir. De acordo com Montesquieu, não é mesmo necessário que as propostas partam do executivo porque, podendo sempre desaprovar as resoluções (vetar, exercendo a faculdade de impedir), pode rejeitar as decisões das proposições que desejaria não fossem feitas.

A faculdade de estatuir do poder executivo está na possibilidade de sanção. Cabe a ele sancionar a lei, fazendo parte, assim, de sua formatação.

O poder executivo tem irresponsabilidade, uma vez que o corpo legislativo não deve ter o direito de julgar a pessoa e, por conseguinte, a conduta de quem executa; sua pessoa deve ser sagrada, segundo Montesquieu.

O exército não deve depender, imediatamente, do corpo legislativo, mas do poder executivo, pois sua atribuição consiste mais na ação do que na deliberação. Lembrando que o poder executivo não delibera ou participa dos debates.

1.4 A pausa ou inação em Montesquieu: consequência de um sistema fundado na comunhão de faculdades (prerrogativas) e no consenso

No exercício do poder há a inevitável tendência de se abusar do poder, de modo que é necessário que o poder limite o poder.

Para isso, Montesquieu engendra um sofisticado sistema de compartilhamento das faculdades de estatuir e de impedir entre os poderes, especificamente o executivo, a 'parte legislativa dos comuns' e a 'parte legislativa dos nobres'.

Diferentemente do poder de julgar, que é neutralizado em sua própria essência, na medida em que não estatui e não impede, o poder de legislar e o poder de executar são neutralizados pela comunhão de funções entre eles. O antídoto para o arbítrio é o exercício comunitário das prerrogativas funcionais extraídas do poder estatal.

Isso é relevante de notar mais uma vez, como dissemos acima: não é da separação dos poderes que vem o mecanismo de limitação do poder, mas da comunhão das faculdades de estatuir e de impedir.

A “parte legislativa dos nobres” (câmara alta) e a “parte legislativa dos comuns” (câmara baixa) limitam-se reciprocamente pela comunhão das mesmas faculdades de estatuir e de impedir, uma vez que apenas na comunhão de vontades entre ambas é que o poder legislativo estatui. Além disso, participa dessa faculdade de estatuir o executivo, com a sua sanção, e de impedir, com o seu veto.

Ressalte-se: não há superação ao veto do executivo; também não há superação de impedimento feito pela câmara alta (dos nobres), caso esta resolva exercê-lo em relação que foi deliberado pela câmara dos comuns (representantes eleitos).

Fica claro que o modelo de Montesquieu pressupõe o consenso, o acordo. Como o movimento dos poderes pode ser bloqueado, sem superação, seja na câmara dos nobres, seja pelo veto do executivo, o consenso entre a câmara baixa, câmara alta e o executivo é o pressuposto para o funcionamento do sistema. Pode-se dizer que o mecanismo é alimentado pelo consenso.

E se não houver o consenso? Simplesmente não haverá deliberação formada. É o que se chama de pausa ou inação de poderes, cuja ideia é coerente com a filosofia liberal de Montesquieu, para quem o poder deve ser contido como prevenção ao absolutismo.

É preferível que não haja deliberação sobre a "vontade geral do Estado", o que se chama de pausa ou inação, do que a existência de sobreposição da

deliberação de um poder sobre a do outro. Essa impossibilidade sobreposição ou prevalência do exercício de poder sobre a “vontade geral do Estado”, em detrimento dos demais, é ressaltada por FERREIRA FILHO:

Enfatize-se, ademais, que, no Espírito das Leis, é uma visão política que é dada à ideia de separação dos poderes. Isto, com efeito, transparece da necessidade de entendimento, de conciliação, entre os Poderes, o que evidentemente exclui a prevalência de qualquer destes sobre os demais. Ele aponta que os Poderes teriam de caminhar “de concerto”, pois do contrário ocorreria um “repouso ou inação” que se chocaria com “o movimento necessário das coisas”²⁶.

Portanto, a teoria de Montesquieu é muito mais propriamente dita uma teoria do exercício comunitário das faculdades de estatuir e de impedir, do que uma teoria de separação dos poderes. Tamanha é a força dessa comunhão, se prefere o vazio de decisão (inação) do que a sobreposição da prerrogativa de um poder sobre a do outro. A influência dos poderes sobre a “vontade geral do Estado” necessariamente passou pelo consenso de prerrogativa comunitárias.

Conforme ensina o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca²⁷, o respeito e a responsabilidade para com o outro implicam em uma relativização da autonomia do ser e uma abertura para a sociabilidade. Essa ética imbuída de alteridade, quando pensamos (como Montesquieu) em uma liberdade política no seio da constituição do Estado, pressupõe um exercício do Poder sobre a vontade geral mais comunitário - aberto à sociabilidade -, do que estanque ou segregado.

Como se vê, estamos formulando uma proposta de pensar em um ideal de liberdade do agir político (que se exerce sobre a vontade geral do Estado) na própria formatação constitucional dos Poderes, que seja permeado pela ética da alteridade. Vista por esse prisma, a teoria da separação dos Poderes deve ser lida como uma *teoria do exercício comunitário entre os poderes*, que não abre mão de prerrogativas próprias, mas que são exercidas em ideário comunitário.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo, ano 16, n. 40, p. 67-81, Abril-Junho/2015. P. 69.

²⁷ Op. Cit. p. 33.

Nosso desafio reside em fazer a ponte entre a teoria construída por Montesquieu, marcada por um ideal liberal, dela extraíndo os elementos essenciais para a reconstrução de um sistema de exercício fraternal do poder do Estado.

A ideia contida em O Espírito das Leis pode ser adaptada em nossa atual conformação de exercício das funções estatais, sem lhe retirar a essência de que o poder se limita pela comunidade no seu exercício: sem recorrer à sobreposição da vontade de uma função sobre a de outra, ou à segregação estanque de funções.

Essa é a conclusão a que podemos chegar nesse primeiro capítulo. Mas antes de fechá-lo, faremos a transição entre a exposição da teoria clássica da separação dos Poderes e a análise do atual contexto brasileiro, em dois tópicos finais.

1.5 A base teórica de Montesquieu e a prática constitucional brasileira

Diante da exposição teórica feita neste capítulo, dois pontos são basilares e merecem destaque na teoria de Montesquieu: o objetivo de uma arquitetura de separação dos poderes, que é alcançar a “liberdade política” na constituição do Estado, em contraponto ao conceito de “independência”; e o mecanismo para a obtenção deste objetivo, representado essencialmente pelo exercício comunitário das prerrogativas de estatuir e de impedir.

Esses dois elementos são os que possuem maior relevância para a construção de um qualificado sistema de separação de Poderes. Abstraída as engrenagens específicas apresentadas por Montesquieu para o funcionamento dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os dois pontos aqui destacados permanecem para nós como de grande utilidade para o estudo do atual sistema de separação dos poderes do Estado, tal como posto na nossa atual Constituição de 1988.

Para que exista um Estado que atinja efetivamente a liberdade política é preciso que o exercício do poder sobre a sua “vontade geral” se dê mediante a separação funcional entre as funções executiva, legislativa e de julgar, mas principalmente é preciso construir uma comunhão de prerrogativas – ou um sistema de exercício comunitário do poder. Embora o nosso atual poder de julgar (jurisdição), exercido pelo poder Judiciário, não deixe de ter aquela mesma conformação apontada por Montesquieu – que diz respeito à incidência do poder somente sobre indivíduos, e não sobre a “vontade geral do Estado” – há o acoplamento de novos instrumentos que fazem com que suas prerrogativas espraíam efeitos *erga omnes*. Portanto, o poder Judiciário passa a fazer parte da equação comunitária do exercício do poder estatal.

Ademais, não bastasse o nosso sofisticado sistema de competências dos poderes de Estado, existem órgãos autônomos no Brasil, como a Defensoria Pública, Ministério Público e Tribunais de Contas, os quais, por vezes, assumem posicionamentos próprios de poderes de Estado. Esse intrincado sistema de poderes e de órgãos autônomos fica ilustrado no seguinte exemplo: no dia 20 de janeiro de 2020, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) expediu a Recomendação 01/2020, na qual recomenda, “a todos os órgãos que compõem o Ministério Público brasileiro que se abstenham de praticar atos sujeitos à reserva de jurisdição, ainda que verificada a aquiescência judicial”. Na exposição de motivos de referida recomendação há a informação de que “determinados membros do Ministério Público brasileiro praticaram atos privativos de autoridade judicial, inclusive contando com a aquiescência destas”.

Quando se tem a notícia de que membros do Ministério Público praticaram atos privativos de autoridade judicial, com a concordância do próprio Judiciário, é inevitável a reflexão sobre se estamos inseridos em um contexto daquilo que Montesquieu chamou de “independência” ou de efetiva “liberdade política”. Como vimos, na teoria de organização de poderes de Montesquieu, independência é um conceito de exercício arbitrário do poder, onde não se encontra limites. Já a liberdade política somente é encontrada em governos que, além de serem moderados, exercitem o poder de modo a limitar o próprio poder.

Evidentemente, reitero que a estrutura montada por Montesquieu encontra uma conformação alterada, se comparamos com o nosso sistema. Possuímos um poder de julgar que não se restringe a decidir somente casos civis individuais e julgamento de crimes, mas que também se relaciona com a produção normativa e execução de políticas públicas, na medida em que exerce o controle de constitucionalidade e que julga demandas relacionadas à deficiente prestação de serviços públicos por parte do executivo.

Contudo, muito embora com uma conformação de poderes estruturada de modo diverso, a base teórica de Montesquieu, no nosso sentir, segue perfeitamente aplicável. É preciso que Judiciário, Legislativo e Executivo, bem como todos os chamados órgãos autônomos, caminhem em um exercício de poder adstrito aos exatos termos constitucionais e, principalmente, compreendam que é necessário ter bases de exercício de função comunitárias para que o poder seja exercido com efetiva liberdade. Essa comunhão no exercício funcional, por óbvio, não significa que um poder irá praticar os atos típicos de outro. Entretanto, como queremos exemplificar no capítulo seguinte, é preciso que o exercício das prerrogativas próprias de um Poder esteja em harmonia com as prerrogativas dos demais, especialmente no momento em que o exercício do poder, movimentado por uma de suas parcelas funcionais orgânicas, implique em drásticas consequências para as demais.

Exemplificaremos esse argumento no capítulo seguinte. No momento, afirmamos que o caminho que deve ser almejado é o do encontro da liberdade política, e não o da independência. Independente será sempre o exercício do poder que só encontra 'limites' nas suas próprias convicções ou anseios de agir; ocorre que não há liberdade quando a conduta institucional do Estado é conformada por aquilo que um determinado órgão autônomo ou poder acha que é correto.

No nosso modo de compreender a estrutura dos Poderes e órgãos autônomos no Brasil, a incidência do princípio da fraternidade é o elo de comunhão funcional que deve nortear o exercício do poder sobre a "vontade geral do Estado".

1.6 A perspectiva de separação dos Poderes própria de um constitucionalismo fraternal

Nosso objetivo é encontrar a ética fraternal no exercício do poder estatal, na compreensão dialógica de um exercício funcional comunitário entre os Poderes do Estado.

A Constituição Federal afirma que (art. 3º) “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A harmonia entre os poderes não será obtida pelo livre exercício de poderes iguais (dada a insuficiência do binômio "liberdade e igualdade", desassistido da inflexão valorativa da fraternidade), mas em um contexto de um constitucionalismo fraternal, em que a independência é desempenhada pela ótica da ética da alteridade.

O princípio da separação dos poderes, firmado sobre as bases do conceito de “liberdade política” de Montesquieu e cujo equilíbrio se obtém pelo exercício comunitário das faculdades de estatuir e de impedir, também passa pelo processo de fraternização da ordem constitucional.

Assim como se almeja uma vida em sociedade em comunhão, e uma comunhão de vida, a partir de uma dimensão principiológica fraternal, o exercício do poder estatal deve ser exercício por meio de um arquétipo que reflita igualmente esse mesmo ideário.

A entrega da jurisdição, o exercício do poder administrativo e o resultado da produção legislativa devem ser funcionalmente qualificados pela fraternidade. Porém, o próprio poder estatal, endogenamente, deve se qualificar pelo ideário fraterno, inaugurando uma perspectiva de separação dos Poderes própria de um constitucionalismo fraternal.

Com Montesquieu é preciso apreender que não se pode confundir liberdade com independência, nos termos da proposta do livro Décimo Primeiro da sua obra, que confronta os conceitos de ‘liberdade política’ e ‘independência dos cidadãos’ tendo como referência a relação desta com a Constituição do Estado.

Um poder do Estado, para ser livre, precisa fazer o que ‘deve ser feito’, dentro de um espaço de conformação deontológica e de contenção de poder político. Se o poder faz aquilo que acha melhor para a sua concepção de Estado, não há liberdade política, mas independência. A adequação do poder às suas próprias inclinações não se traduz em liberdade, mas independência.

As ideias de liberdade política e de independência, bem como de comunhão de faculdades entre os poderes servem para a reflexão do atual quadro institucional brasileiro, como ferramentas para a inserção do princípio da separação dos poderes no contexto de um constitucionalismo fraterno. Portanto, harmonia entre Poderes independentes também precisa ser lida à luz do princípio da fraternidade.

Desse modo, partindo dos mesmos princípios, de que o poder precisa de limites e que o seu exercício deve levar a um Estado que realize a liberdade política, bem como seguindo a fórmula de comunhão ou compartilhamento de faculdades, é necessário pensar em como criar mecanismos para qualificar fraternalmente o exercício do poder no constitucionalismo brasileiro.

Ainda que abstraída a engenharia específica construída por Montesquieu para os poderes, os conceitos de independência, liberdade política e de comunhão das faculdades de estatuir e de impedir servem perfeitamente à reflexão para uma remodelação da prática constitucional brasileira, à luz de um constitucionalismo fraterno.

Nesse sentido, a Revolução francesa de 1789 recepcionou a tríade “liberdade, igualdade e fraternidade” com a pretensão de universalização principiológica, capaz de influenciar as instituições do Estado, a produção e aplicação das normas jurídicas.

As instituições do Estado são particularmente cobradas a conviverem na dicotomia entre os valores da liberdade e da igualdade, mas a fraternidade ficou esquecida na prática constitucional. Não adianta invocar a fórmula de harmonia e independência entre os poderes do Estado apenas no sentido do binômio “igualdade e liberdade”. Ou seja, os poderes precisam ser muito mais do que iguais e autônomos (livres): há a necessidade pressuposta de que a fórmula de exercício do poder esteja inserida em uma lógica fraternal.

É a fraternidade que se mostra capaz de dar a ambientação jurídica aos anseios por liberdade e igualdade. Como ensina o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca:

Provavelmente, o esquecimento da fraternidade como categoria jurídica decorreu da clássica característica da norma jurídica: força coercível, pois é evidente que a fraternidade é livre, espontânea e não pode ser imposta.

Todavia, tal panorama de esquecimento jurídico não pode mais prevalecer. As experiências históricas de realização da igualdade à custa da liberdade (totalitarismo) ou do sacrifício da igualdade (de oportunidades, inclusive) em nome da liberdade (sentido especialmente econômico: mercado) revelam o desastre de uma tentativa de transformação social não alicerçada na fraternidade.

Assim, a redescoberta do princípio da fraternidade apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias ocidentais²⁸.

Muito embora o princípio da fraternidade seja lido na incidência da relação do Estado com os particulares, ou dos particulares entre si, nossa pretensão é situá-lo na relação interna travada no exercício do Poder estatal, no desenvolvimento do exercício funcional mútuo entre as funções (ou poderes) executiva, legislativa e judiciária.

Por meio da fraternidade, ou na ambiência da inflexão normativa do princípio da fraternidade, os poderes do Estado, que exercem funções próprias e típicas bastante diversas, podem ser capazes de encontrar a unidade e a distinção que o Poder uno e indivisível precisa ter.

²⁸ Op. Cit. p. 105

A Constituição Federal de 1988 incorporou a tríade da revolução francesa ao mencionar como o primeiro objetivo da República Federativa a construção de uma sociedade livre (liberdade), justa (igualdade) e solidária (fraternidade). Diante disso, o constitucionalismo brasileiro avança em relação ao liberalismo e à social democracia. Podemos dizer que avançamos, no atual estágio histórico, em relação aos paradigmas do constitucionalismo liberal e do constitucionalismo social, para chegar ao constitucionalismo fraternal, em um resgate do direito natural enraizado no humanismo cristão²⁹.

Nesse andar, o Ministro Carlos Ayres Britto afirma que:

Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos de urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não tem como escapar da mesma sorte ou destino histórico^{30 31}.

Quando se fala em poder Estatal, as funções executiva, legislativa e judiciária estão todas no mesmo barco. O poder é uno, indivisível; a chamada “última palavra” não provém de uma das funções do Estado. A comunidade no exercício do poder estatal precisa se exercitar na ambiência do princípio da

²⁹ Como enfatiza a doutrina de SARLET, “do Antigo Testamento herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus” (MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET. Ingo Wolfgang Sarlet. Curso de direito constitucional. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 394).

³⁰ BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 216.

³¹ No mesmo sentido: “De terceira ou de quarta dimensão, os sistemas jurídicos, com essa nova etapa — ou etapas — dos direitos fundamentais, acolheram uma nascente e virginal fase na evolução do constitucionalismo: do liberal para o social e agora, do social para o fraternal, como, com ineditismo, vem defendendo no Brasil, o Ministro Carlos Britto do Supremo Tribunal Federal” MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria constitucional. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, jul. 2009. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31081>>. Acesso em 16, jun, 2023.

fraternidade. É inconcebível que, em um constitucionalismo fraternal, não se releia o princípio da separação dos poderes à luz da ética da alteridade entre as funções incumbidas de exercitarem o poder uno do Estado.

Por esse prisma, conforme defendemos e como consequência, é nefasta qualquer litigiosidade ou espírito de beligerância entre os poderes ou funções do Poder estatal.

No próximo capítulo daremos continuidade à demonstração de nossa hipótese, segundo a qual o princípio da separação dos poderes também deve estar inserido no constitucionalismo fraternal, informado por uma ética de alteridade.

CAPÍTULO 2 – A INFLEXÃO DIRETA DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NA ATUAL RELAÇÃO ENTRE OS PODERES DO ESTADO

O princípio da fraternidade tem sido objeto de diversos trabalhos da doutrina constitucionalista especializada, no sentido de resgatar a sua aplicabilidade – especialmente no que diz respeito às relações entre os cidadãos e entre estes e o Poder Público.

Por exemplo, em artigo no qual comenta o julgamento das ADIs 6586 e 6587, LUCIANE BARZOTTO expõe a incidência do princípio da fraternidade na pandemia do COVID19, nos seguintes termos:

Ora, o uso de máscara, o isolamento social, o cuidado com a higiene, esses comportamentos cruciais no enfrentamento da pandemia não são conteúdo de deveres estatais, mas são deveres recíprocos das pessoas – deveres de fraternidade que se impõem para empregados e empregadores no desempenho das atividades oriundas da relação de emprego. Ou seja, numa abordagem ‘fraternalista’ da pandemia, em que todos são responsáveis por todos, a fraternidade é uma relação de simetria, na qual os deveres repartem-se entre os pólos da relação em função do cuidado e responsabilidades recíprocas. Em uma pandemia todos são vulneráveis e todos dependem de todos³².

Na proposta desta dissertação de mestrado, a abordagem *fraternalista* dos deveres recíprocos que temos uns com os outros é examinada à luz da reconstrução do princípio da separação dos poderes, dentro de um paradigma de constitucionalismo fraternal.

Assim, embora a fraternidade seja concebida essencialmente em uma relação mútua com o princípio da dignidade da pessoa humana, compreende-se que a sua irradiação de efeitos também deve ser o palco da relação interna travada dentro do Poder do Estado, na ambiência entre as funções que o integram.

³² BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Dez pontos sobre vacina contra a Covid-19 e relação de trabalho**. Disponível em: < <https://www.ambientelegal.com.br/dez-pontos-sobre-vacina-contra-a-covid-19-e-relacao-de-trabalho/>>. Acesso em 13 jun. 2023.

O esforço desse capítulo se dará, portanto, no sentido de demonstrar a relevância da incidência do princípio da fraternidade na relação entre os poderes de Estado, dando um novo significado ao princípio da separação entre eles.

2.1 A modificação de paradigma para o princípio da separação dos poderes: da perspectiva positivista ao constitucionalismo fraternal

Inicialmente é importante destacar que, muito embora a nossa atual Constituição tenha elevado a separação de Poderes do Estado à condição de cláusula pétrea (CF, art. 60, §3º), não foi adotada uma compreensão clássica do princípio.

A separação dos poderes, na Constituição em vigor, que prevê lei delegada e medida provisória não é a da doutrina clássica, ou seja, é um modelo que se afasta de uma concepção estanque ou incomunicável em relação às prerrogativas atribuídas a cada Poder. Trata-se de um arranjo caracterizado pela relatividade no exercício das prerrogativas próprias de cada Poder.

Conforme ensina FERREIRA FILHO³³, no plano doutrinário, a separação de poderes foi posta por Montesquieu como uma “receita” de arte política. Seu objetivo não foi o de estabelecer uma doutrina científica da organização do Estado – mesmo porque isto não se coaduna com a ciência – mas, sim, instituir um sistema de freios e contrapesos, no qual cada Poder pode atuar a fim de impedir o abuso dos outros.

Acrescente-se, ademais, que, ao contrário do que muitos pretendem, inclusive para criticar a doutrina, Montesquieu não supõe que as três funções sejam cientificamente distintas – elas não o são, como tantos já o demonstraram – nem que cada Poder tenha a exclusividade no exercício de uma delas. Ao contrário, está claro no livro que podem colaborar numa função, do que é exemplo a elaboração da lei, em que ele distingue a faculté de statuer da faculté d'empêcher. Aquela é reservada ao Poder Legislativo, esta cabe ao Executivo, contudo não haverá lei sem com o estatuído não estiver de acordo este último Poder³⁴.

³³ Op. Cit. P. 79.

³⁴ Op. Cit. P. 69.

A compreensão de uma separação entre os Poderes estanque é fruto do positivismo jurídico, que resumiu o direito à lei formalmente produzida pelo Poder Legislativo, subordinando a este os Poderes Executivo e Judiciário à condição de meros aplicadores da lei – tese esta que prosperou porque conveniente aos primeiros anos de vida do constitucionalismo liberal, a enfatizar a representatividade popular e, por conseguinte, a democracia.

A relação entre os poderes, no direito constitucional brasileiro e também no estrangeiro, cada qual na sua medida, nunca separou de modo absoluto as três funções primordiais, sempre confiando ao Legislativo a aprovação ou a autorização para o Executivo tomar decisões políticas capazes de influir naquilo que Montesquieu chamada de “vontade geral do Estado”.

Sendo a Constituição de 1988 muito permeável à alta carga de normatividade dos princípios, perde força no Brasil uma visão positivista ou clássica de separação entre os Poderes. Ente nós há ampla margem de incidência daquilo que se conhece como concepção “pós-positivista”³⁵, que também incide sobre o princípio da separação dos Poderes.

No entender de ALEXY, os princípios são mandados de otimização, de modo que um princípio não é ferido enquanto seu núcleo essencial é preservado:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes³⁶.

³⁵ “O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação -ou, talvez, sublimação -dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo” (BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 240, p. 1–42, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618).

³⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5a ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90.

Assim mesmo ocorre com o princípio constitucional da separação entre os Poderes: trata-se também de um mandado de otimização cujo núcleo é propriamente a existência de prerrogativas funcionais próprias às funções executiva, legislativa e judiciária, mas que comporta fluidez necessária à prática de atos de exercício comunitário funcional.

BONAVIDES, na leitura atual que faz do princípio, afirma que em uma idade em que “o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado liberal jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação dos poderes. E prossegue afirmando que:

O princípio perdeu pois autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vem-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda³⁷.

Com o máximo respeito, nos parece que o princípio da separação dos poderes não é um “ponto morto do pensamento político”, não obstante necessite de uma releitura consentânea com um constitucionalismo fraternal. Inclusive, é de se notar que alguns pontos da visão de Montesquieu, como por exemplo sobre o poder de julgar, própria do contexto em que escrita sua obra, permanecem sendo aplicáveis ao tempo atual como, por exemplo, quando afirma que o poder de julgar é limitado em si mesmo, uma vez que não se exerce sobre a vontade geral do Estado, mas sim sobre um determinado indivíduo, punindo crimes ou julgando as querelas dos individuais. De fato, a jurisdição exercida sobre conflitos individuais, o julgamento de crimes e contravenções, ou qualquer outra resposta do Judiciário que não se parametrize em forma de tese para outros casos, é um poder que não incide sobre a “vontade geral do Estado”.

Vale dizer que, ordinariamente, quando se tem como exemplo um crime de homicídio, ou um pedido de instituição com base na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) que rege a regulamentação do Benefício de

³⁷ Op. Cit. P. 186.

Prestação Continuada (BPC), caberá ao juiz examinar as circunstâncias do caso concreto e fazer incidir o seu poder sobre indivíduos determinados (as partes processuais).

No entanto, assim como a sociedade se tornou muito mais complexa, o poder de julgar precisou acompanhar as novas qualificações e desafios hodiernos. Embora a jurisdição siga com sua característica basilar de ser um poder exercido sobre indivíduos determinados ou determináveis, novos mecanismos jurídicos alargaram funcionalmente o Poder Judiciário de modo a fazer com que o poder de julgar incida sobre “a vontade geral do Estado”. O principal instrumento de alargamento funcional da atual conformação do poder de julgar é o exercício do controle de constitucionalidade³⁸, no contexto da jurisdição constitucional.

Depois, além do controle de constitucionalidade, podemos afirmar que o sistema de julgamento de recursos paradigmáticos, nos moldes do Código de Processo Civil, representa igualmente o exercício de um poder incidente sobre a “vontade geral do Estado”, ou seja, que transcende o interesse resistido e a pretensão de indivíduos. O valor da liberdade busca compatibilização com um

³⁸ Muito embora devamos registrar que o Controle de Constitucionalidade não é considerado como exercício jurisdicional em todas as tradições. Nesse sentido: “Uma ulterior delimitação do novo tema podemos, realmente, logo fazê-la aqui, precisando que pretendemos tratar não, em geral, de qualquer sistema de controle da constitucionalidade das leis, mas tão-só daqueles sistemas em que o controle seja confiado a órgãos *judiciários*, exercendo uma função *jurisdicional*. O aspecto mais sedutor, diria também o aspecto mais audaz e, certamente, o mais problemático do fenômeno que estamos para examinar está, de fato, justamente aqui, neste encontro entre os dois poderes e as duas funções: O encontro entre a *lei* e a *sentença*, entre a *norma* e o *julgamento*, entre o *legislador* e o *juiz*. Não se pode, porém, omitir uma alusão ao fato de que, em certos Países, em lugar de um controle jurisdicional - ou, talvez, ao lado dele - existe um controle exercido por órgãos que podemos chamar *políticos*, mas não, *judiciários*. Usualmente nestes sistemas o controle, ao invés de ser posterior à elaboração e promulgação da lei, é *preventivo*, vale dizer, ocorre antes que a lei entre em vigor, e, às vezes, se trata ainda de um controle com função meramente consultiva, isto é, a função de um mero parecer, não dotado de força definitivamente vinculatória para os órgãos legislativos e governamentais.

Um exemplo de controle de constitucionalidade de caráter não jurisdicional, mas puramente político, pode ser encontrado na própria história das instituições jurídicas do México, ou seja, no *Supremo Poder Conservador*, que foi criado pela segunda das “Siete Leyes Constitucionales de 29 de diciembre de 1836”, inspirado no *Sénat Conservateur* da Constituição francesa de 22 frimário do ano VIII (1799)” (CAPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução de Amido Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 26).

ideal igualitário, afastando do sistema de justiça incompatibilidades de isonomia nas decisões.

Assim, a atual formatação da separação entre os poderes do Estado passa a integrar o poder de julgar na condição de influir sobre o que a teoria clássica de Montesquieu chamou de "vontade geral do Estado". Isso, contudo, não invalida o princípio segundo o qual os poderes têm atribuições próprias ou típicas.

O poder de julgar permanece, em grande medida, atento aos reclamos da liberdade, tal como preconizou Montesquieu em sua preocupação de matriz eminentemente liberal. Agora, com institutos de julgamento por amostragem, mediante técnica repetitiva por meio da qual edita verdadeira tese obrigatória, o poder de julgar influi também naquilo que a teoria clássica da separação dos poderes chama de "vontade geral do Estado", em clara atenção aos reclamos da igualdade (aqui considerada a liberdade e igualdade integrantes da tríade "liberdade, igualdade e fraternidade"). No entanto, a fraternidade deve ser colocada como princípio de coesão entre as aspirações por igualdade e liberdade, levando a um efeito integrativo entre as pretensões da sociedade. Nesse sentido, ensina o Ministro AYRES BRITTO:

A Fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude está sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este, o fascínio, o mistério, o milagre da vida³⁹.

Sobre o ponto de vista da função executiva, devemos anotar que migramos de um Estado de matriz liberal, para o qual bem serviu uma administração pública burocrática (engessada). Considerado como objetivo estatal o de garantir direitos individuais, notadamente a liberdade, sua movimentação se processava a passos lentos e meticulosamente calculados, dados por meio de um direito administrativo completamente burocratizado.

³⁹ BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 98.

Migrada a perspectiva liberal para a social, a administração precisou se tornar mais gerencial, como forma de dar passos mais largos de eficiência no sentido de alcançar todas as pretensões de segurança social – e não apenas de segurança individual. Os cidadãos passaram a buscar soluções que primassem pela igualdade.

O princípio da separação de poderes, entretanto, serve tanto a uma perspectiva de Estado, como a outra. Para o liberal, por motivos óbvios de sua proposta de delimitação do poder, e para o Estado social, pela necessidade de se extrair eficiência da máquina pública, a separação dos poderes segue cumprindo sua função. Aliás, o alargamento das pretensões sociais torna imprescindível a organização da divisão das funções estatais, ainda que comunicadas entre si por uma ética fraterna, como defendemos. Uma administração pública gerencial precisa ter bem definidas as competências funcionais de cada corpo orgânico do Estado.

Assim como o poder de julgar, a função executiva também é substancialmente alterada quando superados os paradigmas de um Estado liberal. Do mesmo modo, a função legislativa não fica de fora do constante processo de transformação do Estado. Em verdade, as pretensões que o Estado assume só são colocadas em movimento por meio do exercício do poder – e todas as funções estatais foram profundamente transformadas pelas pretensões de segurança social (na Constituição de 1988 sintetizadas na Seguridade Social - previdência, assistência e saúde).

Nesse contexto, sustentamos nessa dissertação a compreensão segundo a qual o que qualifica a estruturação de uma separação de poderes, unindo a liberdade e a igualdade almejadas, é o princípio da fraternidade: o que se espera das funções do Estado é que, agindo cada uma dentro das suas prerrogativas constitucionalmente delimitadas, se comportem fraternalmente em busca de assegurar mais dignidade e igualdade sociais.

Portanto, o princípio da separação dos poderes não é abandonado pela substituição do paradigma do Estado liberal (constitucionalismo liberal), mas

precisa adaptar-se ao constitucionalismo fraternal. Nessa perspectiva, aplica-se à relação endógena travada no Poder do Estado - que embora seja uno é dividido em funções ou poderes – a ética fraternal da alteridade.

Desse modo, não há princípio da separação dos poderes que seja concebido normativamente fora de uma ética fraternal.

2.2 O princípio da fraternidade e a sua relevância para a releitura da teoria clássica da separação dos Poderes

A doutrina especializada e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm se referido ao princípio da fraternidade como o “princípio esquecido”, apontando para a necessidade de ser redescoberto e resgatado em sua efetiva aplicabilidade.

Ao julgar demanda de reintegração de servidor demitido por faltas e atrasos, embora fosse comprovadamente adicto ao consumo de drogas, o Tribunal de Justiça do Amazonas (Proc. N. 0634071-66.2015.8.04.0001 - PJE) deixou assentado em acórdão que “revela-se demasiadamente importante a aplicação do chamado "princípio esquecido" da Fraternidade. Diz-se que tal princípio foi esquecido em razão da propagação massiva dos princípios da liberdade e igualdade em detrimento da fraternidade”⁴⁰.

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA⁴¹, também fez referência à aplicabilidade do princípio da fraternidade, nos seguintes termos:

Ainda sobre o tema, é preciso recordar: a) O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais,

⁴⁰ O RE N. 1.414.574, interposto em face de referido acórdão, não foi conhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

⁴¹ AgRg no PExt no RHC n. 113.084/PE, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 10/6/2020.

jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade, enquanto valor, vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade; b) O princípio da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na Constituição Federal, em especial no seu art. 3º, bem como no seu preâmbulo; c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos Direitos Humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017.

No Supremo Tribunal Federal o princípio da fraternidade tem sido referido em muitos precedentes de direito penal⁴², com a indicação de que se extrai a sua normatividade do preâmbulo e do art. 3º da Constituição Federal de 1988. Como exemplo, transcrevemos o seguinte trecho da ementa do HC 94163 (Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJe 02/12/2008):

"(...) 2. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como "fraterna" (...)."

No julgamento da ADPF 811, ajuizada por partido político em face de Decreto do Estado de São Paulo, que vedou a realização de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo, no contexto da pandemia do COVID19, o relator Ministro Gilmar Mendes fez expressa e rica referência ao princípio da fraternidade, em seu voto:

A nobreza da proteção constitucional que os autores da presente ADPF buscam, todavia, não se revela compatível com a capitulação do presente tema a uma agenda política negacionista que se revela, em

⁴² HC 146897, Min. Ricardo Lewandowski, DJe 29/11/2017; HC 188.380, Min. Barroso, DJe 14/08/20; HC 187.305, Min. Cármen Lúcia, DJe 23/06/20; RHC 192831, Min. Alexandre de Moares, DJe 29/10/20; HC 94163, Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJe 02/12/008m, cujo trecho destaque da ementa:

toda dimensão, contrária à fraternidade tão ínsita ao exercício da religiosidade.

No ano de 2008, em discurso proferido na Universidade de Münster, rememorando as lições do Professor PETER HÄBERLE (HÄBERLE, PETER. LIBERDAD, IGUALDAD, FRATERNIDAD. 1789 COMO HISTORIA, ACTUALIDADE Y FUTURO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. MADRID: TROTTA. 1998.), destaquei que, no limiar do século XXI, liberdade e igualdade deveriam ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade, de modo que a fraternidade poderia constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade.

Luis Fernando Barzotto e Luciane Barzotto, ao construírem um conceito dialético da fraternidade, ensinam que esta “pretende sintetizar a dimensão jurídica da individualidade, expressa pelos direitos, que tornam o ser humano imune a interferências na sua esfera própria (subjéctiva), com a dimensão jurídica da sociabilidade, expressa pelos deveres que todo convívio social implica”. Segundo os autores, assim se evita o “coletivismo” de deveres sem direitos das sociedades pré-modernas e o “individualismo” de direitos sem deveres das sociedades contemporâneas. Desse modo, a fraternidade “estabelece que somente aquele que está protegido por direitos pode ser obrigado a cumprir deveres, bem como somente a assunção de deveres pode legitimar a pretensão a direitos” (BARZOTTO, Luis Fernando; e BARZOTTO, Luciane Cardoso. Fraternidade, um conceito dialético: uma abordagem a partir da experiência jurídica. In Direito e Fraternidade: ensaios em homenagem ao professor Dr. Lafayette Pozzoli. LACERDA, Luana Pereira; GIACÓIA Júnior, Oswaldo; SANTOS, Ivanaldo. CASTILHO, Ana Flávia de Andrade Nogueira (org.). Curitiba: Editora CRV, 2018, p. 23-31).

A dialética entre direitos e deveres, entre empatia e imparcialidade, entre justiça e misericórdia, entre legalidade e bem comum, que compõem o conceito da fraternidade, mostra-nos o caminho para encontrar a melhor solução jurídica diante das oposições, dicotomias e contradições que envolvem o momento presente.

Como se depreende, o princípio da fraternidade tem amplo amparo de aplicabilidade na jurisprudência nacional, que não lhe nega a força normativa a partir da referência preambular e do art. 3º do texto da Constituição Federal de 1988⁴³.

⁴³ “Observa-se, como singelamente antes destacado, que o legislador constituinte objetivou, com o magno documento normativo por meio do preâmbulo apresentado, viabilizar a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.” (MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal. 2014. 271f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Puc/SP), São Paulo. 2014. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6436/1/Carlos%20Augusto%20Alcantara%20Machado.pdf>> Acesso em: 16 jun. 2023).

No mesmo sentido, ensina o Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA que:

Nesse sentido específico, o Poder Constituinte brasileiro elegeu no preâmbulo da atual ordem constitucional o paradigma de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos embasada na harmonia social. Observa-se, portanto, como núcleo duro do que é atualmente Constituição no Brasil o ideal de fraternidade como elemento essencial do projeto político da comunidade política que se autoconstituiu em pacto constitucional fundante⁴⁴.

E acrescenta que⁴⁵: “Restringindo aqui somente à fraternidade na condição de direito fundamental, em termos formais, o lugar constitucional do ideal fraterno encontra guarida no preâmbulo e no art. 3º, III, do Texto Constitucional”⁴⁶.

Em uma apresentação conceitual do princípio da fraternidade, CARVALHAL ensina que:

A fraternidade, portanto, coloca-se como um princípio que visa a busca do meio termo entre os direitos individuais e os direitos coletivos, levando à integração entre o eu e o outro. Permite que enxerguemos deveres ao lado de direitos individuais de modo a harmonizar os diferentes pontos de vista de cada ser humano em uma sociedade plural e solidária⁴⁷.

Por sua vez, o Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA conceitua o princípio da fraternidade do seguinte modo:

Sendo assim, pode-se reconhecer *ab initio* que a fraternidade é um direito fundamental autônomo cujo centro axiológico repousa sobre a dignidade da pessoa humana e desenvolve-se como valor com

⁴⁴ Op. Cit. p. 92.

⁴⁵ Op. Cit. p. 98.

⁴⁶ Em uma síntese conclusiva de sua obra, o Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA elenca os seguintes pontos sobre o princípio da fraternidade (Op. Cit. p. 169/171): a) O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros valores historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade. b) O princípio do devido processo legal passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal e do humanismo normativo. c) Uma das formas de vivenciar a fraternidade é fomentar as soluções dos conflitos sociais e judiciais pela via da conciliação, nas suas mais variadas formas (conciliação, mediação e arbitragem).

⁴⁷ CARVALHAL, Ana Paula. O princípio da fraternidade e a jurisprudência da crise na pandemia. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-24/observatorio-constitucional-principio-fraternidade-jurisprudencia-crise-pandemia>>. Acesso em 13 de jun. de 2023.

coloração analítica própria, ao promover a realização harmônica e simultânea da liberdade e da igualdade sem resultados excludentes e reconhecendo a alteridade como característica intrínseca à sua operacionalização na práxis jurídica⁴⁸.

Diante desse curto esboço conceitual, podemos afirmar que o amplo reconhecimento na jurisprudência e doutrina da força normativa do princípio da fraternidade representa uma mudança de ambiência na aplicabilidade de todos os demais princípios e regras constitucionais - não podendo escapar desse novo ambiente fraternal as relações entre os poderes do Estado, travadas conforme o princípio da separação dos poderes.

De acordo com o Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, “todo o arcabouço doutrinário e institucional relacionado ao Poder Público é relido ante a finalidade de concretização dos direitos fundamentais como obra máxima da persecução do interesse público”⁴⁹, o que, no nosso sentir, contempla o princípio da separação dos poderes, de modo que a relação endógena entre as suas funções sofre a inflexão direta do princípio da fraternidade.

Para a aplicação do princípio da separação dos poderes se correm dois riscos: por se tratar de uma teoria originariamente construída para fazer frente ao absolutismo, o primeiro extremo que se pode dela extrair é o de matriz puramente liberal (em um contexto de constitucionalismo liberal), ou seja, pela existência de uma separação que pareça mais uma “rachadura” interna no poder, sendo proscrita qualquer comunicabilidade; depois, em um vértice oposto, o risco é pela confusão funcional no exercício do poder, onde as funções não estão bem delimitadas, ou há um desbordamento entre elas.

Entre um aspecto mais individualista do princípio, e o outro de maior sociabilidade ou comunicabilidade no exercício das funções estatais, nos parece que a solução deve ser encontrada na síntese entre esses dois pensamentos: as funções precisam ter suas competências bem delimitadas, mas, ao mesmo tempo, devem manter um constante espírito fraternal entre si.

⁴⁸ Op. Cit. p. 96.

⁴⁹ Op. Cit. p. 91.

De plano, é necessário a extirpação de qualquer discurso que seja contrário à existência ou funcionamento de um poder do Estado. É inadmissível que uma das funções do poder uno e indivisível do Estado trave um caminho de batalha fratricida. Depois – e aqui é o nosso maior ponto de interesse – é preciso que as consequências do exercício da função estatal sejam constantemente medidas, especialmente quando resvalam na esfera de atribuição de outra função, conforme veremos adiante.

Em arremate, destacamos o parâmetro estabelecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que reconhece como valor universal: “Todas as pessoas são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Para a nossa hipótese, adaptamos referido valor para que se aplique também à relação endógena entre os poderes (ou funções) do Estado: “Executivo, Judiciário e Legislativo devem agir na relação um com o outro com espírito de fraternidade”.

Em um contexto de ética fraternal é preciso que os poderes do Estado lidem muito bem com os agentes estressores, que sempre surgirão. Vejamos como eles agem.

2.3 A existência de agentes estressores na engenharia de separação de poderes no contexto da construção do sistema tributário e a questão do custo dos direitos no constitucionalismo fraternal

A transição de um Estado, cuja função precípua é fornecer “segurança individual” aos seus cidadãos, para um Estado que promete uma “segurança social” e intervenção no domínio econômico, portanto, inevitavelmente precisa

vir acompanhada da correspondente e suficiente fonte de custeio, feita por meio da cobrança dos tributos⁵⁰.

Aliás, o agigantamento das pretensões que se espera do Estado Social intervencionista é a causa direta, em contrapartida, do surgimento das “contribuições” – espécie de tributo finalístico que tem a missão principal de fazer frente aos gastos públicos na área social e viabilizar a entrega de todas as pretensões prometidas.

Um Estado que tem a pretensão de trazer segurança social precisa intervir em diversas áreas da vida cotidiana. Por exemplo, se um cidadão necessita de auxílio de um médico, ou recorre a um profissional da arquitetura, há um órgão público em efetivo funcionamento que é capaz de lhe fornecer informações acerca da regularidade daquele profissional (especialmente se sua inscrição na respectiva autarquia profissional - serviço público federal - está em situação regular, sem qualquer mácula ou suspensão do exercício profissional).

É muito mais seguro viver em uma sociedade na qual o exercício profissional é regado. Esse é um mecanismo de intervenção sobre o domínio econômico, por meio do qual o Estado regula determinada atividade. Traz igualmente segurança saber que as empresas de capital aberto, que negociam suas ações em bolsa, são reguladas por uma Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Entretanto, a existência desses órgãos tem um custo. A espécie de tributo "contribuição" fará frente ao agir específico do Estado na ordem econômica. A repartição dos custos do Estado e a quantidade de recursos públicos disponíveis dependem inevitavelmente da capacidade de produzir riquezas e do modo como se utiliza a tributação para derivar do patrimônio privado recursos financeiros.

⁵⁰ A argumentação desenvolvida a partir desse tópico tem como principal referência uma pesquisa de mestrado já desenvolvida, na qual enfrentada a questão com foco específico na necessidade de instauração de diálogo institucional entre os poderes do Estado (GRILLO, Renato Cesar Guedes. **A necessidade de diálogo institucional entre os poderes para a construção de uma compensação fiscal após a prolação de decisões judiciais paradigmáticas tributárias**. Dissertação (Mestrado em direito e políticas públicas) – Centro Universitário de Brasília. Brasília.2020).

A quantidade que poderá ser gasta pelo Poder Público e, por conseguinte, as suas possibilidades de entrega de prestações dependem, então, da eficiência e justiça fiscais, da eleição adequada de quem pode pagar mais, quem paga menos e quem não pagará tributo; da utilização da tributação como justo mecanismo de estímulo e regulação do mercado, possuindo instituições fortes na cobrança e combate à corrupção. Esses aspectos representam o primeiro passo na efetivação do mínimo existencial aos nossos concidadãos, bem como definirão o tamanho da atuação do Estado nos campos social, de infraestrutura e de todas as demais políticas públicas.

Seguindo esse raciocínio, a incidência do princípio da fraternidade também tem uma relação direta com a capacidade do Estado em fornecer prestações positivas às demandas sociais e em entregar segurança individual e social. Evidentemente, a incidência do princípio da fraternidade não pode ser exclusiva para tempos de equilíbrio orçamentário estatal. Aliás, as relações entre o Estado e os cidadãos, e entre estes, deve ser ainda mais fraternal em momentos de crise. Contudo, é evidente que um Estado bem organizado na arrecadação de tributos tende a proporcionar muito mais espírito de fraternidade. Uma política tributária justa pode ser um eficaz instrumento de indução de comportamentos fraternais na sociedade.

No que nos interessa mais especificamente, o exercício do poder de intervenção do Estado no domínio econômico, portanto, depende diretamente da boa administração tributária. Isso revela, desde já, como os órgãos públicos que integram os poderes estatais estão interligados: embora o Legislativo produza leis e os órgãos do Executivo exerçam, com independência técnica, o poder regulatório, a eficiência deste depende da formatação de um bom sistema tributário por aquele. Afinal de contas, não há tributação sem Lei, de modo que só pagamos ou somos isentos de pagar os tributos que o Legislador compreendeu instituir ou dispensar.

Do mesmo modo, o tamanho das possibilidades de o Estado agir em favor da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana depende da boa gestão arrecadatória. Dessa forma, se queremos a efetivação de direitos sociais,

devemos antes possuir um sistema igualitário e eficaz de tributação, no qual há uma seleção equânime daqueles que devem contribuir, divisão justa de deveres e sua compreensão, maior eficiência e menor evasão fiscal. E, se é certo dizer que os direitos mínimos necessários a uma existência digna do homem não podem ser atendidos sem os recursos necessários, é certo, também, afirmar que todos devem contribuir para o financiamento do Estado. Portanto, não se há de falar em mínimo existencial, direitos sociais ou em direitos fundamentais sem, necessariamente, discorrer sobre a sua principal fonte de financiamento: o Tributo.

Justiça social, antes de mais nada, passa pela Justiça Fiscal – equânime distribuição do ônus tributário. Para isso, deve-se ter sempre em testilha o dever fundamental de pagar tributos⁵¹, com a consciência de que o tributo é, em verdade, o ponto de partida para a vida social.

Mas um sistema tributário equânime não é formatado somente a partir da obra de um dos poderes do Estado. Eis é um ponto que será muito útil para demonstrar a relevância da incidência da ética fraterna na ação dos poderes do Estado: o custo dos direitos.

Em um contexto de constitucionalismo fraternal, para se garantir o mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana e atender aos preceitos dos direitos humanos fundamentais, cumpre inegável e fundamental papel o tributo.

Assim, renasce o tema dos direitos humanos na tributação, rediscutindo-se os valores da justiça social como pano de fundo para a investigação de justiça fiscal. Ao mesmo tempo em que o tributo passa a ser considerado a contraprestação garantidora de toda uma gama de direitos fundamentais, coletivos e individuais, ganha também o status de dever fundamental inafastável, como um sinalagma ou *conditio sine qua non*⁵².

Nesse sentido, sempre que selecionadas pelo Legislador as grandezas a serem tributadas, dentro dos limites constitucionais, e um desses cidadãos eleitos a contribuir vem a falhar, alguém terá que pagar o preço: pagando mais

⁵¹ NABAIS. José Cassalta. O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina.

⁵² ABRAHAM, Marcus. Curso de direito financeiro brasileiro. Rio de Janeiro: Elsevier. 2010. P. 94/95.

tributo (fugindo da justa fiscalidade, portanto) ou toda a sociedade sofrendo o ônus da perda de um direito social ou prestação pública. A conta não fecha se aqueles capazes de contribuir não pagam.

Dessa realidade, representada na equação entre o dever de pagar tributos, de um lado, e a existência do Estado e as prestações estatais, de outro, podemos extrair a seguinte conclusão: um sistema tributário é algo extremamente sensível e frágil. Ademais, a fragilidade do sistema de tributação reflete a fragilidade presente no próprio equilíbrio que precisa existir entre os poderes do Estado.

Essa correlação entre a fragilidade do sistema tributário resvala na prestação de serviços públicos e, ao fim e ao cabo, na segurança social e na garantia dos direitos fundamentais. Ela está diretamente relacionada ao equilíbrio entre os poderes porque é um sistema construído por todos eles: o Legislativo autoriza a cobrança dos tributos, o Executivo efetivamente cobra (por meio da administração pública tributária) e o Judiciário executa coercitivamente a cobrança (via execução fiscal), bem como julga demandas antiexacionais ajuizadas pelos contribuintes (como as ações anulatórias e os mandados de segurança).

Tomando como exemplo o sistema da tributação estatal, do qual depende toda a segurança social a que se propõe o Estado, podemos afirmar que agentes estressores não são bem-vindos para a o equilíbrio entre os poderes. As alterações, onerações ou desonerações, precisam ser preparadas - não por outro motivo, existe o princípio da anterioridade e se exige uma lei específica para os benefícios fiscais⁵³.

⁵³ Enquanto a Constituição Federal permite que lei formal, genericamente considerada, institua tributos, apenas a lei específica pode criar benefícios fiscais (CF - Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; (...) § 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g).

Diante de uma equação que correlaciona o dever fundamental de pagar o tributo e as prestações estatais, que é hipersensível aos agentes estressores, não há que se promover o que HOLMES e SUNSTEIN chamam de atenção seletiva⁵⁴.

Um dos objetivos centrais do sistema jurídico deveria ser o de superar o problema da atenção seletiva – um problema de caráter geral que se manifesta sempre que os participantes enfocam um aspecto de uma questão à exclusão dos demais aspectos. De certo modo, a ênfase no custo dos direitos pode ser entendida como uma resposta ao problema da atenção seletiva.

(...)

Na realidade, nenhum direito pode estar absolutamente imune a concessões e derrogações, pois a proteção de direitos, como todas as demais coisas que têm um custo, é sempre e inevitavelmente incompleta.

Quando nos referimos aos agentes estressores queremos representar qualquer alteração significativa sobre um sistema jurídico que seja capaz de alterar ou desequilibrar as bases sobre as quais ele foi construído e deve permanecer edificado. Tomando como exemplo as políticas públicas tributárias e o sistema tributário que elas erigem, consideramos a aplicabilidade do princípio da separação de poderes de frágil equilíbrio, na medida em que constatamos a sua vulnerabilidade à eventuais volatilidades das coisas que são capazes de afetá-lo, especialmente de modo macro.

Quando o estabelecimento comercial conquista judicialmente a aplicabilidade de um benefício fiscal que nenhum dos demais goza, embora localizados e em funcionamento no mesmo logradouro, há um problema pontual de desestabilização do sentimento do dever fundamental de pagar tributos e da justiça do sistema tributário.

No momento que uma decisão judicial termina desonerando, paradigmaticamente, toda uma cadeia produtiva, em nível nacional, o efeito macro é capaz de atingir em cheio toda a justiça em torno da tributação, impondo de imediato um impacto na esfera de competência dos demais Poderes (que

⁵⁴ HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. O custo dos direitos. São Paulo: Martins Fontes, 2019. P. 101.

serão instados a recompor, pela via legislativa, a cobrança dos tributos desonerados pelo Judiciário).

A tributação, por melhor e mais justa que seja construída, é frágil às instabilidades gerais ou paradigmáticas, provenientes de órgãos da cúpula do poder judiciário, como é caso do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

Tomemos por exemplo o fato de ambos os Tribunais, STJ e STF, estarem diante de um recurso especial repetitivo ou um recurso extraordinário com repercussão geral, respectivamente, que verse sobre uma questão envolvendo o pagamento de IPI (imposto sobre produtos industrializados) incidente na importação de veículo para uso próprio.

A formulação da política pública tributária (pelo Executivo e pelo Legislativo) conformou o dever fundamental de pagar tributos, no ponto, determinando que os contribuintes, que resolvessem importar veículos, ainda que para uso próprio ou particular, paguem o imposto (IPI). A decisão de importar um veículo do exterior ou, alternativamente, adquiri-lo no mercado nacional, portanto, precisaria levar em conta esse dever de pagar o imposto – o qual, uma vez arrecadado, era destinado ao gasto estatal com a manutenção e a prestação de serviços públicos.

Pois bem. Se a decisão dos Tribunais, para todos os casos concretos, faz ruir a construção da política pública, determinando paradigmaticamente que o imposto não seja pago por todos aqueles que decidiram importar um veículo, haverá um problema geral, nacional, envolvendo uma decisão de consumo, provavelmente tomada por milhares de cidadãos. Não se trata de uma liminar tributária obtida por um empresário, que talvez será invejado pelos seus concorrentes, vizinhos no mesmo logradouro.

Uma decisão paradigmática, tomada pelo STJ ou pelo STF é um forte agente estressor para relações de vínculos frágeis, como a existente entre os poderes do Estado, e estressor também para o sistema tributário, que envolve a distribuição na sociedade de um dever fundamental de pagar tributos – dever

este efetivamente construído mediante uma sensível formulação de política pública.

Além disso, a decisão judicial paradigmática é um agente estressor para a prestação executiva dos serviços públicos, que dependem dos recursos arrecadados pelos tributos. Como dissemos linhas acima, o tamanho da ação do Estado, no campo social, está diretamente relacionado a sua capacidade de cobrar tributos da sociedade.

Uma história extraída do Midrash Tehillim narra uma delicada situação na qual um determinado rei se encontrava. Zangado com seu filho, o rei jurou esmagá-lo com uma imensa pedra. Mais calmo e arrependido, percebeu que estava em apuros, pois não podia quebrar o seu juramento. Um sábio conselheiro então lhe propôs uma solução: fazer com que a imensa pedra fosse partida em pequenas pedrinhas e, assim, atirá-las no filho travesso. A diferença entre mil pedrinhas e uma única grande pedra, de peso equivalente a todas as mil pedrinhas somadas, é uma ilustração entre uma guerra de liminares proferidas por juízos de primeiro grau e uma decisão paradigmática do STJ ou do STF.

Essa é uma ilustração de como a fragilidade decorre de efeitos não lineares, ou seja, se duplicarmos a dose do agente estressor sobre um sistema frágil teremos muito mais do que o dobro de efeitos negativos surtidos.

Em um outro exemplo, considere um veículo como um objeto frágil, capaz de ser danificado por agentes estressores. Se alguém guia um carro contra um obstáculo de concreto, em uma velocidade de 120 km/h, o dano não será o mesmo caso esse mesmo automóvel seja guiado, contra o mesmo obstáculo, por 24 vezes, a 5 km/h.

Assim, centenas de decisões judiciais, para centenas de contribuintes, que os desonerem do pagamento de um determinado tributo não tem, acaso somadas, o mesmo impacto de uma única decisão judicial paradigmática, proferida pelos órgãos de sobreposição interpretativa da legislação federal (Superior Tribunal de Justiça) e da Constituição (Supremo Tribunal Federal).

Quando a decisão judicial for paradigmática, proferida em um processo subjetivo, mas do qual se retira efeitos repetitivos e que vincula os demais juízos, a própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e a Receita Federal do Brasil (RFB), respectivamente, estarão autorizadas a não atuar e não constituir os créditos tributários relativos ao tributo que fora contestado judicialmente⁵⁵. É por isso que as consequências para o sistema tributário, advindas a partir de uma decisão judicial paradigmática, são drásticas: não somente o contribuinte quem ingressou em juízo será beneficiado pela medida, mas, a partir de um conjunto de demandas individuais, o próprio tributo contestado será implodido, *erga omnes*.

É preciso que as decisões paradigmáticas proferidas em sede de repercussão geral ou em recurso repetitivo, que se revelem capazes de causar drástica consequência em sistemas de direito sensíveis, como o direito tributário, ou diretamente sobre a prestação de serviços públicos (como é o caso das demandas de saúde), estejam acompanhadas de um diálogo institucional entre os poderes de Estado formuladores das respectivas políticas públicas (Executivo e Judiciário).

⁵⁵ Lei 10.522/2002.

Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional dispensada de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e fica autorizada a desistir de recursos já interpostos, desde que inexistam outros fundamentos relevantes, na hipótese em que a ação ou a decisão judicial ou administrativa versar sobre:

(...)

V - tema fundado em dispositivo legal que tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso e tenha tido sua execução suspensa por resolução do Senado Federal, ou tema sobre o qual exista enunciado de súmula vinculante ou que tenha sido definido pelo Supremo Tribunal Federal em sentido desfavorável à Fazenda Nacional em sede de controle concentrado de constitucionalidade;

VI - tema decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelo Tribunal Superior Eleitoral ou pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, no âmbito de suas competências, quando:

a) for definido em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo; ou

b) não houver viabilidade de reversão da tese firmada em sentido desfavorável à Fazenda Nacional, conforme critérios definidos em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional; e

VII - tema que seja objeto de súmula da administração tributária federal de que trata o art. 18-A desta Lei.

(...)

Art. 19-A. Os Auditores-Fiscais da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil não constituirão os créditos tributários relativos aos temas de que trata o art. 19 desta Lei, observado:

(...).

Em um constitucionalismo fraternal, a última palavra é a do Estado, e não a de um único poder, parceladamente. É preciso que o Judiciário tenha garantido o exercício funcional da sua prerrogativa de anular um tributo indevido e determinar a repetição do indébito. Entretanto, caso as consequências se mostrem extremamente altas para a continuidade de serviços públicos, um diálogo com o Legislativo e com o Executivo precisa ser instaurado, de modo a acomodar os efeitos do cumprimento da decisão.

É que a ética da fraternidade também irradia efeitos na relação interna ocorrida no poder do Estado, de modo a tornar a relação entre Judiciário, Executivo e Legislativo efetivamente harmônica.

No próximo tópico abordaremos um exemplo de decisão judicial paradigmática capaz de desestabilizar o equilíbrio entre os poderes, desenvolvendo melhor o argumento.

2.4 Consequências para a separação dos poderes advindas com o julgamento do TEMA 69 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal: a concretização do princípio da fraternidade como critério de tomada de decisões coletivas

A chamada “tese do século” (Tema 69 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal) é um exemplo de decisão judicial paradigmática que impactou severamente o equilíbrio funcional entre os poderes⁵⁶.

Somente neste julgamento do Tema 69, em que excluiu o ICMS da composição da base de cálculo do PIS e da COFINS - contribuições sociais para o custeio da seguridade social -, o Supremo Tribunal Federal impôs uma perda fiscal imediata de R\$ 47 bilhões, por ano. Para se ter uma ideia do impacto, toda a reforma da previdência que foi aprovada no Congresso Nacional no ano de

⁵⁶ O RE 574.706 corresponde à tese de repercussão geral 69, para a qual foi firmada a seguinte sentença: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”.

2019 representa uma economia de menos de 900 bilhões de reais, para dez anos. Vale dizer, portanto, que todo o conteúdo de supressão de direitos veiculado na reforma da previdência (que impacta diretamente a segurança social - assistência, saúde e previdência) foi “trocado” fiscalmente em mais de 50% da economia, se considerarmos o impacto do Tema 69⁵⁷, no mesmo período.

O que poderia ser feito? Por acaso o poder de julgar deveria ser tolhido de sua prerrogativa, deixando de considerar inconstitucional a inclusão do ICMS na base do PIS e da COFINS? Evidentemente que não pensamos assim. O princípio da separação de poderes existe para que cada função do Estado tenha resguardada sua prerrogativa nuclear. Entretanto, é preciso que se considere a abertura de uma solução harmônica, conjuntamente com os demais poderes, para a acomodação de uma decisão judicial de tamanho impacto.

Importante destacar que, somente no campo tributário, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) chegaram a possuir uma pauta de processos judiciais paradigmáticos que tinha a capacidade de impactar em mais de 1,5 trilhão de reais o orçamento público da União⁵⁸ – o que corresponde a aproximadamente 15% de todo o Produto Interno Bruto brasileiro. O dado esteve contido na Proposta de Lei de Diretrizes Orçamentárias (PLDO/2020) - Anexo de Riscos Fiscais (Anexo V) -, enviada ao Congresso Nacional em abril de 2019. Na Proposta de Lei de Diretrizes Orçamentárias (PLDO/2021) - Anexo de Riscos Fiscais (Anexo V) -, enviada ao Congresso Nacional em abril de 2020, foi feito o seguinte alerta, especificamente para o risco fiscal dos processos tributários: “O comportamento crescente dos valores

⁵⁷ GLOBO. **GOVERNO QUER GANHAR R\$ 1 TRI NO CONGRESSO, MAS PODE PERDER R\$ 1 TRI NO STF Processos tributários no Supremo podem compensar, em igual medida, a expectativa de economia com a reforma da Previdência.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/epoca/governo-quer-ganhar-1-tri-no-congresso-mas-pode-perder-1-tri-no-stf-1-23639024>>. Acesso em 13 de jun. de 2023.

⁵⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Lei de Diretrizes Orçamentárias (PLDO/2021) - Anexo de Riscos Fiscais (Anexo V).** Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/ldo/LDO2021/proposta/Anexos/Anexo_V.pdf>. Acesso em 25 de jan. 2023.

apresentados nesta e nas últimas edições do Anexo de Riscos Fiscais revelam a necessidade de uma especial atenção ao tema”⁵⁹.

O impacto negativo na política de distribuição tributária é preocupante na medida em que, com a repercussão orçamentária das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), o poder executivo precisa lançar mão de medidas urgentes de oneração tributária – como a elevação, por decreto, da alíquota de impostos extrafiscais (imposto sobre a exportação, por exemplo). Inevitavelmente, para acomodar a repercussão da decisão tributária, um outro grupo de contribuintes será chamado, com urgência, a pagar mais tributos. Essa urgência pode implicar em um cenário desfavorável do ponto de vista do planejamento de oneração tributária, impondo um agir político pouco refletido.

Caso não conserte o orçamento, onerando outros contribuintes, como se demonstrou acima, o Executivo deverá reduzir sua capacidade de ação, suprimindo a entrega de políticas públicas à sociedade, mediante contingenciamentos de recursos. Ou, ainda, precisará endividar o Estado, que é uma medida capaz de gerar inflação - o que, ao fim e ao cabo, terminaria sendo um “tributo geral e irrestrito”, pois atinge o poder de compra. A inflação é o pior “tributo” que se pode impor à sociedade, retirando irrestritamente o poder da moeda.

De um modo ou de outro, o ônus da decisão caberá ao executivo, imediatamente, e ao legislativo – quando a este for encaminhada proposta para recomposição do desfalque orçamentário, ou lhe couber o controle de determinada medida que venha a ser tomada unilateralmente pelo executivo. A respeito das consequências advindas dos provimentos judiciais, destacamos a seguinte observação de HOLMES e SUNSTEIN:

Por não serem capazes de lançar uma visão geral sobre um amplo espectro de necessidades sociais conflitantes e depois decidir quanto dinheiro destinar a cada uma, os juízes são institucionalmente impedidos de levar em conta as consequências distributivas de suas

⁵⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Lei de Diretrizes Orçamentárias (PLDO/2021) - Anexo de Riscos Fiscais (Anexo V)**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/ldo/LDO2021/proposta/Anexos/Anexo_V.pdf>. Acesso em 25 de jan. 2023.

decisões, consequências essas que às vezes podem ser graves. E não é fácil para eles descobrir se o Estado realmente cometeu um erro ao concluir previamente que o melhor seria distribuir seus recursos para os casos A, B e C e não para o caso D⁶⁰.

Atualmente, no PLDO/2023⁶¹, o anexo de riscos fiscais indica um potencial de R\$ 842,6 bilhões de risco com demandas judiciais tributárias no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça – cifra menor do que os R\$ 1,5 trilhão contido no PLDO/2020. Entretanto, somando o risco fiscal com demandas contra a Administração direta da União (R\$ 209,3 bilhões), com o risco das demandas tributárias (R\$ 842,6 bilhões) e com o risco das demandas envolvendo a Administração indireta da União (R\$ 198,9 bilhões), chegaremos ao montante total administrado de risco, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, de R\$ 1.250,8 bilhões.

A forma como o judiciário irá lidar com esse importante fator de risco é determinante para toda e qualquer execução de política pública no Brasil, seja na segurança, saúde ou educação. Mas não apenas isso, o modo como serão decididas essas questões impactará o endividamento do Estado e imporá uma célere recomposição das bases tributáveis.

Pensamos que a chamada “modulação de efeitos”⁶² não é a melhor solução para demandas de natureza tributária. A tributação indevida foi a causa das grandes turbulências sociais no mundo, uma vez que se trata de uma

⁶⁰ HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2019. P. 76.

⁶¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Lei de Diretrizes Orçamentárias (PLDO/2023) - Anexo de Riscos Fiscais (Anexo V)**. Brasília, 2023. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-orcamentarias/pldo-2023>>. Acesso em 25 de jan. 2023.

⁶² A Lei 9.868/1999 e o Código de Processo Civil brasileiro, Lei 13.105/2015, trazem a possibilidade de modular os efeitos da decisão judicial, nos seguintes termos, respectivamente: Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

potestade estatal sensível. Quem produz, seja pelo capital ou pelo trabalho, quer livremente gozar do fruto de seu esforço; quando o Fisco lhe tributa indevidamente, é como se o próprio esforço ou empreendimento tivesse sido solapado. Esse sentimento deve ser evitado em uma democracia.

Compreende-se que a solução passa pela formação de um diálogo institucional entre os poderes, para que o impacto das decisões seja estudado e compensado, de modo a causar o menor impacto possível nas políticas públicas. O mercado financeiro, os investidores nacionais e internacionais, os produtores e credores da dívida brasileira, precisam ter a segurança que o risco fiscal existente nas pautas do STF e do STJ serão administrados com previsibilidade, sem solavancos. Isso revela claramente, mais uma vez, a importância da inflexão valorativa da ética fraternal na relação endógena entre os poderes do Estado.

Desse modo, é preciso passar a imagem de que o Estado brasileiro tem o controle desse risco e que, caso vençam os contribuintes ou particulares – por ser esse o melhor direito, conforme seja o entendimento do STF e do STJ –, a devolução dos passivos e a queda de arrecadação serão compensados, com a concessão de prazo razoável aos poderes executivo e legislativo para a devida recomposição.

Nesse contexto, o foco do Supremo Tribunal Federal é a salvaguarda formal do direito de alguns contribuintes ou particulares, individual e especificamente, não serem tributados a partir de determinada concepção do aspecto material de um tributo, ou não terem um direito solapado pela Administração Pública. Contudo, essa função de controle político é capaz de causar, colateralmente, severo impacto fiscal, tributário e em todas as políticas públicas estatais.

Assim, pode ser aberto um prazo para que Executivo e Legislativo estudem a decisão judicial e os seus impactos, analisando a necessidade de recompor a carga tributária total, formulando uma nova política tributária que seja equânime e capaz de evitar solução de continuidade em serviços públicos que dependam dos recursos tributários. Do contrário, o resultado será o maior

endividamento estatal, a inflação, uma tributação feita sem reflexão ou a redução dos gastos públicos (contingenciamento orçamentário).

É inimaginável que, de um dia para o outro, simplesmente se retire 47 bilhões anuais do orçamento, pela readequação judicial da base de cálculo de uma contribuição social - exclusão do ICMS da base do PIS/COFINS. Se de um lado os contribuintes precisam receber os valores não prescritos (valores recolhidos nos últimos cinco anos) e deixar de pagar o tributo, de outro, o Estado precisa se preparar para fazê-lo.

Esse é um exemplo claro, no nosso sentir, de como a separação dos poderes deve existir e funcionar em um constitucionalismo fraternal. O poder de julgar não é tolhido, pois deve ser assegurado o seu núcleo essencial, que é o de assegurar aos contribuintes ou servidores públicos, por exemplo, que recebam cada centavo do que eventualmente lhe seja devido, em virtude do ferimento de um direito. Entretanto, o exercício da prerrogativa do poder, na parte que lhe é indelegável, deve se harmonizar com as prerrogativas dos demais poderes, em uma ambiência fraternal.

Conforme ensina o Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA:

“A concretização da fraternidade como norma jurídica demanda sua vivência diária e consciente pela comunidade política, vertida, por exemplo, em critério para a toma de decisões coletivas”⁶³.

Esse ponto apresentado pelo Ministro em sua obra é de crucial relevância para o nosso argumento. O poder do Estado é uno, indivisível - por isso mesmo muitos doutrinadores falam em funções do Estado, e não em poderes⁶⁴. A unidade do Poder depende de uma responsabilidade recíproca entre suas funções ou poderes. Portanto, fundamental compreender que a concretização da fraternidade é um critério de tomada de decisões coletivas: em casos como o do Tema 69 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal é de extrema importância que a fraternidade seja o guia em assegurar, concomitantemente, que os contribuintes beneficiados com a decisão recebam cada centavo que lhe

⁶³ Op. Cit. p. 93.

⁶⁴ AZAMBUJA, Darcy. Introdução à ciência política. 17 ed. São Paulo: Globo, 2005.

for devido, mas que o Estado também tenha como se organizar no desembolso dos valores e na recomposição das bases tributárias.

O impacto das decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal no orçamento da União, de outro lado, também não foi adequadamente mapeado pelo poder Executivo. Em matéria de 3/8/2021 o Valor Econômico⁶⁵ divulgou que o Ministro da Economia à época, Paulo Guedes, havia afirmado que estava “mapeando um meteoro que pode atingir a Terra”, e que teria que “disparar um míssil para impedir que o meteoro atinja a Terra”. Referido meteoro era precisamente o impacto dos precatórios no orçamento, tendo o mesmo Ministro dito que não havia capacidade de pagamento de precatórios, previstos em R\$ 90 bilhões em 2022.

A mesma matéria afirma que, naquela ocasião, o Ministro da Economia procurou o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux. Em resposta, o Presidente da Corte afirmou que “atuará na mediação de todas as dívidas da União que foram reconhecidas, no âmbito do STF, e que devem ser pagas por meio de precatórios”. Em comunicado oficial, o Ministro Luiz Fux disse que: “A necessidade de conciliação para não prejudicar os cofres públicos foi tratada em conversa entre o ministro Fux e o ministro da Economia, Paulo Guedes. A partir de agosto, os moldes dessa negociação serão definidos e informados à sociedade”⁶⁶.

A consequência do referido problema foi remediada por meio de Emenda Constitucional (Emenda Constitucional n. 114 de 16 de dezembro de 2021), veiculada na chamada “PEC dos precatórios de 2022”, que instituiu na Constituição Federal um “novo regime de pagamento de precatórios”.

Nos parece que essa problemática poderia ser antevista e melhor conduzida pelo Estado – aqui, leia-se, por todos os poderes. A ética fraternal recomenda soluções mais acertadas, de modo que seria importante a existência

⁶⁵ VALOR. **Guedes, sobre precatórios: “Devo, não nego; pagarei assim que puder”**. Disponível em: < <https://valor.globo.com/politica/noticia/2021/08/03/guedes-sobre-precatorios-devo-nao-nego-pagarei-assim-que-puder.ghtml>>. Acesso em 13 jun. 2023.

⁶⁶ <https://br.financas.yahoo.com/noticias/governo-quer-negociar-precatorios-para-130500597.html>

de comissões técnica interpoderes, composta por assessores de Ministros do Judiciário, membros dos órgãos de Advocacia Pública, de carreiras técnicas formuladoras de políticas públicas, auditoria fiscal, integrantes das carreiras da consultoria do Senado e da Câmara dos Deputados, e servidores indicados pelo Tribunal de Contas da União.

Estruturas orgânicas interpoderes seriam capazes de mapear problemas concretos (como os que estamos narrando aqui, chamados de “meteoros orçamentários”) e propor soluções concertadas, que fossem capazes de amortecer o impacto de decisões judiciais ou mesmo de decisões políticas proveniente de qualquer dos poderes.

Essa moderação é a própria vivência concretizadora do princípio da fraternidade como critério na tomada de decisões coletivas, ou como forma de acomodação de decisões coletivas.

2.5 A ambiência da fraternidade e a moderação entre os poderes

A fraternidade é uma responsabilidade recíproca, no aspecto relacional. Desse modo, cada membro de uma relação é responsável pelo outro, em uma lógica que, segundo defendemos, também é aplicável à relação entre os poderes do Estado.

Como muito bem destaca o Professor e Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, “a fraternidade, com alicerce na liberdade e igualdade, se expressa como “responsabilidade recíproca”, “reciprocidade”⁶⁷. Discorrendo a respeito da proteção aos direitos fundamentais transindividuais, JABORANDY afirma que um “aspecto relevante para a construção da sociedade fraterna e, conseqüentemente, da eficácia jurídica do princípio da fraternidade é a ideia de

⁶⁷ Op. Cit. p. 162.

responsabilidade”⁶⁸. Na relação interna do Poder uno estatal, travada pelas suas funções executiva, legislativa e judiciária, também deve haver uma ética fraternal qualificando a responsabilidade recíproca, ou a reciprocidade.

Podemos observar, diante do que foi exposto nos tópicos acima, que a relação entre os poderes pode ser facilmente tensionada, dada a fragilidade das questões com as quais se depara o Estado, as quais demandam solução mediante o seu agir funcional.

Esse tensionamento não decorre, no exemplo que demos neste capítulo, de ações tomadas pelos poderes fora das suas esferas de atribuição. É mais nítido notar o tensionamento institucional quando há uma atuação desbordada dos espaços constitucionalmente delimitados, ou (pior ainda) quando existe um clima beligerante provocado por um dos agentes públicos exercente de função pública.

Mas a tensão na relação entre os poderes pode ser extraída naturalmente da prática dos atos funcionais típicos, como vimos com o exemplo do risco fiscal existente na pauta do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça - e que é acompanhado de perto pelos poderes Executivo e Legislativo.

Ou seja, do exercício jurisdicional (função típica) é antevisto um problema na formulação de políticas públicas (função típica) que precisa ser acompanhado e equalizado. O tensionamento decorrente dessa relação é interno ao Poder uno do Estado e precisa ser conduzido pela ótica de uma ambiência fraternal, mediante a compreensão da responsabilidade recíproca entre os poderes ou funções.

A separação entre os poderes não precisa ser um princípio superado, mas realocado no contexto do constitucionalismo fraternal, onde cada função

⁶⁸ JABORANDY, Clara Cardoso Machado. A fraternidade no direito constitucional brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. 2016. 204f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade Federal da Bahia UFBA, Salvador. 2016. Disponível em:< <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/20048/1/CLARA%20CARDOSO%20MACHADO%20JABORANDY.pdf>>. Acesso em: 16 de jun. 2023, p.125.

integrante do Poder do Estado, sem abrir mão do exercício da sua função típica, se vê também responsável pela outra função, pela ética de alteridade.

Como ressalta FERREIRA FILHO⁶⁹, a aplicação da separação dos poderes não foi, na França pós-1789, a do concerto, do entendimento, mas do conflito entre o Executivo, então o monarca, e o Legislativo, com a preponderância da representação popular. Em vista disso, é que Constant, pouco mais tarde, entendeu preciso acrescentar aos Poderes previstos por Montesquieu, um quarto, o Poder Neutro, que iria marcar a Constituição brasileira de 1824, nela designado de Poder Moderador. Este um árbitro de conflitos entre Poderes, um guia para mantê-los na direção do bem comum.

No nosso modo de ver, o agir fraterno estatal deve ser o guia a manter os poderes na direção do bem comum. Por meio de uma ética de fraternidade é possível se alcançar um resultado muito mais natural de moderação, do que a moderação obtida por meio da decisão heterônoma de órgão estatal diverso (o chamado poder moderador).

A força moderadora da ética fraternal é capaz de dar um colorido efetivamente harmônico à relação entre os poderes, que não comporta agressões mútuas ou sobreposição de um poder sobre o outro. A última palavra é a do Estado e ela deve ser proferida com base em uma relação de fraternidade entre as funções que a integra.

A função moderadora no constitucionalismo fraternal deve ser ínsita ao agir funcional de cada poder ou órgão do Estado. Por isso se fala em um ambiente de fraternidade, no qual todos os demais princípios são exercidos. A separação dos poderes, a autonomia funcional, o exercício jurisdicional, a formulação de políticas públicas, a fiscalização das contas públicas, a persecução penal, a cobrança dos tributos e a formulação das políticas tributárias (para citar algumas das ações institucionais das funções estatais): todas essas prerrogativas devem se desenvolver em um ambiente de

⁶⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo, ano 16, n. 40, p. 67-81, Abril-Junho/2015. P. 69.

fraternidade, segundo a ética da alteridade e o objetivo da moderação e eficiência.

A moderação no constitucionalismo fraterno é encontrada na ambiência da fraternidade. A relação entre os poderes não precisa encontrar um agente orgânico endógeno, que exerça um suposto poder moderador. No exercício de sua função típica o poder do Estado não pode abrir mão das suas prerrogativas, mas deve exercê-la em um espírito de alteridade.

Retomado o raciocínio dado pelo exemplo dos problemas de gestão fiscal, o Judiciário não pode deixar se influenciar pelos discursos de impactos fiscais das demandas que julga. O exercício funcional que lhe cabe é o de dar a cada um o que lhe é devido. Se o contribuinte ou o servidor público foi tolhido em seu direito, deve ser devidamente reparado.

Entretanto, a criação de comissões interpoderes, com integrantes oriundos de carreiras técnicas dos poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, bem como Defensoria Pública, Ministério Público e Tribunal de Contas da União, pode ser uma solução capaz de preparar as condições para a acomodação fiscal dos impactos oriundos de demandas judiciais – dentre outros temas, por evidente, mas apenas para ficar no exemplo que oferecemos.

Assim, sempre que o Judiciário decida em favor de determinada tese que é capaz de impactar a formulação ou execução de política pública, uma comissão técnica pode ser apta a indicar e antecipar as soluções de acomodação dos efeitos para os demais poderes.

Essa preocupação com a forma pela qual o Estado conduzirá as decisões tomadas individualmente pelos seus poderes é a unidade que se espera da moderação no exercício funcional. O desafio da formulação da separação dos poderes sempre esteve no contraste de encontrar a unidade dentro da segregação funcional. Montesquieu criou uma engenharia de exercício comunitário das funções de estatuir e de impedir, bem como idealizou a pausa ou inação.

Extraio da obra do Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA a seguinte passagem, a propósito da ideia de que a felicidade se realiza na comunidade, e que a unidade pode coexistir com a diferença:

Relembre-se, uma vez mais, a ponderação da saudosa Chiara Lubich: "a fraternidade é a categoria de pensamento capaz de conjugar a unidade e a distinção a que anseia a humanidade contemporânea"⁷⁰.

Nós vemos a unidade na separação de poderes pela ética da alteridade, mediante o desenvolvimento das funções estatais em um ambiente de fraternidade. Essa nos parece a releitura que o princípio da separação entre os poderes deve receber em um constitucionalismo fraternal.

Com a inflexão desse ideário fraternal sobre o exercício do Poder estatal seremos capazes de encontrar, com base na chamada "teoria do pensamento de possibilidades" de Peter Habermas⁷¹, um compromisso com as possibilidades, vale dizer, propostas de soluções e de coexistências possíveis. Mais uma vez cito o Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Sendo assim, a harmonização pluralista da Constituição ao ideal democrático consiste em um compromisso atual e futuro com as possibilidades, isto é, uma proposta de soluções e de coexistências possíveis.

Nas palavras de Gilmar Mendes, "os direitos fundamentais acabam por representar importante meio de alternativas e de opções, fazendo que, com eles, seja possível um pluralismo democrático. Liberdade é, assim, sinônimo de democracia."

Utilizou-se, portanto, do princípio da fraternidade como ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade⁷².

No capítulo seguinte daremos um exemplo que nos parece próximo do ideário de ética da alteridade, na relação entre os poderes. No campo do exercício da regulação econômica o poder Legislativo tem aberto espaços de formulação de regulamentação técnica pelos órgãos integrantes do Executivo – e o poder Judiciário, por sua vez, aplica a chamada técnica da deferência, não

⁷⁰ Op. Cit. p. 106.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. A Influência de Peter Habermas no Constitucionalismo Brasileiro. In: Revista de Estudos Institucionais, v. 2, n. 1, pp. 30-56, 2016, pp. 34-35.

⁷² Op. Cit. p. 114.

adentrando nesses espaços. Esse contexto de delegação normativa tem sido chamado de degradação hierárquica ou deslegalização.

Veremos como a deferência com as questões regulatórias parece se adequar a uma ética de fraternidade na relação entre os poderes do Estado.

CAPÍTULO 3 – AS CONSEQUÊNCIAS DA INFLEXÃO DIRETA DA FRATERNIDADE NA RELAÇÃO ENTRE OS PODERES DO ESTADO NO EXERCÍCIO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA

No campo da atividade regulatória do Estado podemos observar que o exercício funcional entre órgãos vinculados a poderes distintos possui um espaço de deferência técnica muito próximo de um ideal de relação fraterna.

A Ministra Rosa Weber, relatora da ADI 4874/DF - sobre a qual trataremos neste capítulo -, deixou consignado na ementa do julgamento que estava sendo aplicada a doutrina da deferência administrativa, extraída de precedente da Suprema Corte Norte-Americana (*Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*).

Deferência é uma atitude institucional de respeito e alteridade, que está muito bem alocada no contexto da aplicabilidade do princípio da fraternidade à separação entre os poderes. Por evidente, não há deferência quando um poder do Estado age fora dos quadrantes de sua competência funcional – como, aliás, muito bem ressaltado pela Ministra Rosa Weber na ADI 4874/DF.

Neste capítulo, trataremos da aplicação do princípio da fraternidade no exercício da atividade de regulação econômica do Estado, para referendar a importância da nossa hipótese, que diz respeito à releitura fraternal da separação entre os poderes.

3.1 O ativismo judicial e a releitura do princípio da separação dos poderes

O foco do arranjo institucional obtido mediante o rateio de funções entre os poderes do Estado é a própria limitação do poder, no interesse de se garantir liberdade.

Para que isso seja possível, a distribuição das funções é atribuída a estruturas orgânicas independentes entre si, cada uma com prerrogativas institucionais e os seus ocupantes detentores de garantias funcionais. Essa

afetação de função aos órgãos deve ser feita de modo a se obter uma especialização funcional relativa. Assim, cada estrutura orgânica deve, predominantemente, exercer uma das funções, sendo adequadamente estruturada com vista ao exercício da atividade respectiva. Entretanto, admite-se um certo compartilhamento de funções, genérico ou individualizado.

Em síntese, o princípio da separação dos Poderes envolve uma intrincada articulação entre os órgãos e as funções do Estado, ora em atuação especializada, ora em atuação compartilhada ou confundida (quando um órgão exerce funções conjuntamente com outro, ou quando exerce as funções do outro, respectivamente).

Essa repartição do Poder e as respectivas atribuições funcionais serão normatizadas na Constituição do Estado. Assim, embora o princípio da separação dos poderes esteja presente nas Constituições democráticas dos Estados contemporâneos - cuja ideia se encontra filiada, histórica e ideologicamente, ao modelo concebido sob inspiração do liberalismo -, cada sistema constitucional irá lhe conferir características peculiares, de modo a torná-lo único, em sua concreta encarnação daquele arquétipo.

O problema ocorre quando essa repartição de funções entre poderes ou órgãos constitucionalmente definidos não é feita, ou é objeto de normas de conteúdo excessivamente aberto - o que acaba dando margem à assanhamentos funcionais.

Como vimos no capítulo anterior, a prática de prerrogativas funcionais exercidas dentro daquilo que se concebe como função típica do poder já é possível de interferir drasticamente dentro da esfera funcional de outro poder. Entretanto, aqui enveredaremos em um outro ponto: quando o exercício funcional é efetivado fora das atribuições previstas para aquele poder.

Quando se fala em ativismo - e essa é a sua relação umbilical com princípio da separação dos poderes - estamos nos referindo ao transbordamento das linhas demarcadas para o exercício funcional de determinado poder ou função do Estado.

No exemplo do Tema 69 da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, observamos que o exercício legítimo da função jurisdicional típica do Judiciário terminou causando transtornos funcionais para os demais Poderes. Um debate interessante é se a edição de teses repetitivas e paradigmáticas se encaixa propriamente na função jurisdicional típica, ou se representaria o exercício atípico pelo Judiciário de prerrogativa típica legislativa. Embora a resposta a essa questão não seja o objetivo dessa dissertação de mestrado, teremos que enfrentá-la colateralmente.

O ativismo, entretanto, não é o exercício de função atípica por um Poder – pois o exercício funcional atípico compõe a equação de divisão e repartição do Poder –, mas representa a invasão na esfera funcional típica do outro Poder, fora das previsões constitucionais de separação dos poderes. Nesse sentido nos ensina RAMOS:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.⁷³

Portanto, para saber se algum poder está incorrendo em ativismo é fundamental partir do conhecimento pressuposto sobre quais são as suas funções típicas e quais são, excepcionalmente, os espaços atípicos, funcionalmente outorgados pela Constituição Federal.

Em resumo, o problema do ativismo é um problema de aplicabilidade do princípio da separação dos poderes, no qual há uma rachadura no dever de reciprocidade e na ética de alteridade.

Especificamente adentrando ao tema do ativismo do poder Judiciário, cumpre perquirir uma questão que tivemos a oportunidade de tangenciar no

⁷³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 101.

capítulo 2 e linhas acima. Qual é o espaço propriamente típico do exercício jurisdicional?

Para Montesquieu, o exercício da jurisdição não era exercido, ou não exercia influência, sobre o que chamou de “vontade geral do Estado” e, por isso mesmo, o excluiu de suas preocupações com a teoria da separação dos poderes. Para ele, o juiz resolvia conflitos concretos sem influir nas políticas gerais do Estado capazes de influenciar na liberdade dos cidadãos, ou no conceito que estes têm da sua liberdade.

Como já dissemos nesta dissertação, a compreensão de que o poder Judiciário não exerce influência sobre a “vontade geral do Estado” está ultrapassada, considerando a nossa atual experiência constitucional. Demos o exemplo das teses firmadas em sede de repercussão geral e em recursos repetitivos, e do controle de constitucionalidade (processo objetivo). Reitero que, a questão é saber se esses exemplos estão inseridos dentro do exercício típico jurisdicional, ou se são casos de exercício atípico constitucionalmente autorizado.

Fazendo referência ao constitucionalista português da Universidade de Lisboa, JORGE MIRANDA, RAMOS compreende que o controle de constitucionalidade está inserido dentro do exercício típico jurisdicional:

Não discrepa desse delineamento o escólio de Jorge Miranda, tendo como norte um texto constitucional que arrola os principais objetivos da jurisdição. Para o constitucionalista da Universidade de Lisboa, “na função jurisdicional define-se o Direito (*juris dictio*) em concreto, perante situações da vida (litígios entre particulares, entre entidades públicas e entre particulares e entidades públicas, e aplicação de sanções), e em abstrato, na apreciação da constitucionalidade e da legalidade de normas jurídicas”. Assiste-lhe inteira razão ao equiparar o contencioso objetivo ao contencioso subjetivo em termos de exercício da função jurisdicional, pois tanto neste quanto naquele existe a aplicação do direito objetivo a uma situação fática que a ele se ajusta, quer compreenda esse suporte fático um litígio envolvendo direitos e interesses subjetivos, quer se reduza à verificação da adequação, formal e material, de um ato legislativo (que atua sobre a configuração do ordenamento, mas a ele também se submete) à Constituição. Em ambos os casos, ademais, estará presente a finalidade de pacificação social, muito embora no controle abstrato de normas esse objetivo seja atingido, indiretamente, fora dos limites estritos do processo (que não compõe lide alguma), dada a ampla eficácia subjetiva da decisão nele proferida. Por certo a função jurisdicional, além de ser entregue a um

aparato orgânico estruturado para bem fazê-la atuar, é exercida por meio de um processo cujas notas tipificadoras (inércia, substitutividade, definitividade, contraditório, etc.) guardam estreita relação com a sua conformação material. Contudo, quando se investiga suposto desvio no exercício da jurisdição, com ofensa ao princípio da separação dos Poderes, o que compete é averiguar se existiu a desnaturação substancial da atividade e não o afastamento de seu conduto forma⁷⁴.

É importante destacar que, no nosso modo de compreender o exercício jurisdicional, as manifestações do poder Judiciário, sejam proferidas em processos subjetivos ou objetivos, possuem um indissociável caráter criativo e inovador. A partir da jurisdição será formada a norma de decisão, que não se limita a reproduzir o que está positivado nos textos normativos, mas os enriquece para serem capazes de disciplinar adequadamente o supedâneo fático que movimentou a atuação jurisdicional. Importante destacarmos que essa não é uma função normativa atípica exercida pelo poder Judiciário, mas o resultado do afunilamento da norma geral para a norma concreta.

Não obstante, a liberdade normativa criativa outorgada constitucionalmente para ser exercida por meio da jurisdição é quantitativamente menor do que aquela reservada à função legislativa. KELSEN destaca esse ponto na sua obra:

De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este⁷⁵.

Enquanto o legislador se encontra vinculado à Constituição Federal, o juiz encontra um espectro de possibilidades menores. Assim, a criatividade normativa na construção da norma concreta é muito menos ampla. A existência de conceitos jurídicos indeterminados, ou de zonas cinzentas de interpretação, terminam dando uma maior margem criativa para o magistrado formular a norma concreta. Conforme destaca BANDEIRA DE MELLO:

Ao lado de conceitos unissignificativos, apoderados de conotação e denotação precisas, unívocas, existem conceitos padecentes de certa

⁷⁴ Ibid. P. 103.

⁷⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 368.

imprecisão, de alguma fluidez, e que, por isso mesmo, se caracterizam como plurissignificativos.⁷⁶

Ainda que esteja operando dentro de um campo de indeterminação de conceitos, o julgador fica circunscrito ao fato de que as palavras possuem um conteúdo mínimo, sem o qual a comunicação humana seria completamente impossível. Haverá uma zona cinzenta, na qual transitará o julgador, mas também zonas de certeza positiva e zonas de certeza negativa. Tomemos como exemplo o conceito de "calamidade pública", a autorizar, eventual e hipoteticamente, dispensa em procedimentos de licitação pública. Uma situação na qual houve, em determinada localidade, poucas chuvas, nenhum desabrigado e pouca demanda de serviços públicos, se situará na zona de certeza negativa de aplicação ao caso concreto do conceito indeterminado ("calamidade pública"). Todavia, situações de temporais extremos, com perdas de vidas e desabrigados, se situa na zona de certeza positiva do conceito. Contudo, haverá um espaço de conformação, no meio das situações limítrofes, que se chama zona cinzenta ou gris, comportando um maior espectro de possibilidades para a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados.

O julgador também fica adstrito a adoção do entendimento prevalecente nos casos paradigmáticos, julgados pelas Cortes de sobreposição interpretativa da legislação federal (Superior Tribunal de Justiça) e da Constituição (Supremo Tribunal Federal), reduzindo a discricionariedade judicial. No ponto, para deixar de aplicar o precedente, o julgador deverá exercer elevada carga argumentativa, no sentido de sustentar a necessidade de sua superação, ou a distinção do caso concreto - técnicas de superação total e episódica dos precedentes.

Assim, legislador e julgador funcionam, em intensidades diferentes, como agentes criadores do direito, produzindo normas jurídicas. A função legislativa tem um espectro aberto de possibilidade maior; entretanto, é a função judiciária que criará a norma jurídica efetivamente apta a regular os problemas concretos que surgem na sociedade.

⁷⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de direito administrativo. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. P. 995.

Talvez pelo fato de julgador e legislador serem, em medidas diferentes, criadores de normas jurídicas, é muito mais comum se falar em ativismo do Judiciário em relação ao poder Legislativo. Assim, o fenômeno termina atingindo mais o Legislativo, que pode ter o produto da atividade legislativa irregularmente invadido por uma decisão judicial ativista (em sede de controle de constitucionalidade, ou na formulação de enunciados de teses repetitivas ou de repercussão geral), ou ter seu espaço (que é mais amplo, como vimos) de movimentação normativa invadido por decisões criativas ao extremo.

Não obstante, o ativismo judicial também adentra cotidianamente a esfera de competências funcionais típicas do poder Executivo. Como exemplo, para citar apenas um, nos referimos às demandas de saúde, cujas tutelas do direito material objetivam a prestação de procedimentos cirúrgicos, ou o fornecimento de medicação.

Nesse ponto, relevante abrir um parêntese para dizer que, no lado oposto ao fenômeno do ativismo, temos uma expressão do positivismo liberal chamada de passivismo judiciário que, nos Estados Unidos da América está representado em duas variantes do interpretativismo: o textualismo e o originalismo.

O textualismo ou literalismo consiste na teoria que compreende que toda interpretação constitucional considere apenas o texto da Constituição, em sua literalidade. O originalismo é uma teoria de interpretação constitucional que toma o texto da Constituição tão autoritariamente, como o faz o textualismo, mas os originalistas olham, além da mera linguagem textual, para o significado que os constituintes pretenderam dar ao texto.

A viragem hermenêutica observada na Teoria do Direito contribuiu para que nos Estados Unidos o prestígio acadêmico e, principalmente, a prática da Suprema Corte pendesse para o não interpretativismo, em suas duas variantes: conceitualismo e do simbolismo. O conceitualismo (também conhecido como originalismo moderado) é a teoria da interpretação constitucional que reconhece que a sociedade evolui e muda, e o significado da Constituição evolui de acordo com os conceitos básicos extraídos do próprio texto constitucional. Já o

simbolismo pode ser definido como uma teoria da interpretação constitucional que permite à Suprema Corte lançar mão das aspirações fundamentais da história e tradição norte-americana para determinar a constitucionalidade das ações das diferentes ramificações políticas do governo.

O problema do ativismo judicial, fechando esse parêntese e retomando o foco de nosso raciocínio, é na verdade um problema de ultrapassagem das linhas delimitadoras da fórmula de separação de poderes adotada na Constituição Federal. Nesse sentido, ensina RAMOS que:

O desenvolvimento teórico até aqui realizado já permite uma conceituação do fenômeno denominado "ativismo judicial", necessariamente amplo por não se atrelar a um específico sistema jurídico, muito embora se revele mais próximo aos sistemas constitucionais da família romano--germânica, em que a organização do aparato estatal seja informada pelo princípio da separação dos Poderes: por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes⁷⁷.

No momento em que, na sua atividade normativa criativa (mais restrita), o julgador avança no campo normativo amplo, que fora outorgado pela Constituição como função típica do legislador, teremos a deformação da teoria da separação dos poderes mediante o exercício de uma prática ativista.

Como é intuitivo, reitero, o ativismo judicial é um avanço na intensidade do processo criativo do direito, por ocasião da formulação da sentença ou do acórdão judicial. O órgão julgador intensifica o grau de criatividade normativa, atingindo o nível de criação que é próprio da atividade legislativa. Esse tipo de ativismo ocorre dentro do mesmo processo de criação normativa, só que em grau de intensidade imprópria ao poder Judiciário. Por se processar dentro de um mesmo campo de atividade material, o ativismo do Judiciário em direção ao

⁷⁷ Op. Cit. P. 111.

Legislativo costuma ser um tanto tênue, ou de constatação controversa por parte dos juristas.

A releitura que estamos propondo do princípio da separação dos poderes, entretanto, não é capaz de comportar qualquer tipo de ativismo. Se a segregação das funções entre os órgãos estatais é desempenhada pela inflexão do princípio da fraternidade, a ética de alteridade e a responsabilidade recíproca devem impedir esse tipo de extravasamento funcional ativista.

Se defendemos nessa dissertação que as consequências das ações funcionais típicas dos poderes sejam sempre desempenhadas pela medida da ética fraternal, com uma maior ênfase nos posicionaremos contrários a qualquer ação ativista que represente uma quebra no dever de alteridade.

Na releitura do princípio da separação dos poderes que se propõe, o ativismo não é somente um descumprimento das linhas definidoras do agir típico de cada função (judiciária, legislativa e executiva). Esse modo de ver o fenômeno leva em consideração apenas uma realidade normativa posta – que é o desenho constitucional de distribuição funcional entre os poderes – e um fato ativista, que é o desvirtuamento das linhas funcionais demarcadas pela Constituição.

O fato ativista, entretanto, é uma afronta à ética fraternal. Trata-se de um fenômeno muito mais drástico do que quando visto em uma leitura positivista, ou seja, em uma perspectiva restrita que enxerga o fenômeno como o mero descumprimento das linhas normativas demarcatórias do agir funcional.

O ativismo pode representar uma profunda quebra do princípio da fraternidade, que permeia a relação entre os poderes do Estado, atingindo o dever de responsabilidade recíproca que deve marcar a relação endógena no exercício do Poder.

Esse é um forte argumento que, segundo defendemos, comprova nossa hipótese, pela necessidade de afirmar a aplicabilidade do princípio da fraternidade nas relações entre os poderes. Não basta que a Constituição Federal bem demarque o agir funcional típico e atípico de cada poder ou função.

É preciso que essa demarcação se traduza em um comportamento ético por parte daqueles que exercem referidos poderes e funções.

No atual cotidiano das práticas funcionais do poder Judiciário, entretanto, parece haver uma tendência de indicar que quase a sua totalidade representa ação ativista, o que não é verdade. Mesmo no controle de constitucionalidade, ou na fixação de teses paradigmáticas, cumpre o Judiciário sua função de pacificar os litígios que se lhe provocaram os legitimados ativos ou os jurisdicionados.

Ainda que se compreenda que o processo objetivo de constitucionalidade ou o julgamento de casos paradigmáticos sejam exemplos de um exercício funcional atípico - o que, no nosso de ver, não é correto -, não há propriamente uma prática ativista, vez que são exercícios jurisdicionais previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Civil.

Também não nos parece adequado imputar ao Judiciário uma prática ativista somente pela constatação de que a norma individual, presente nas decisões e acórdãos que profere, são criativas e inovam na ordem jurídica, criando um novo direito. Como dissemos, linhas acima, não há dúvidas de que a decisão judicial é criadora de direito.

Esse modo de situar tecnicamente o exercício funcional, pelos meios que é exercido (controle de constitucionalidade e julgamentos paradigmáticos) e pela sua natureza criativa, não isenta o julgador de poder incorrer em ativismo - assim como pode acontecer com qualquer dos demais poderes. Para chegar à conclusão de que o julgamento é ativista é preciso analisar se houve, na hipótese concreta, um transbordamento dos limites abertos à atividade criativa do julgador, ou se foram desrespeitados os normativos regentes para o devido processo legal.

Analisado sobre esse prisma, poderemos encontrar práticas ativistas judiciais desde o primeiro grau jurisdicional, quando um julgador não respeita os princípios regentes para o devido processo legal, como também nas Cortes de sobreposição interpretativa. O ativismo vai estar presente sempre que

transgredida a ética de alteridade e de deferência às normas regentes para o processo judicial, representando uma quebra profunda no princípio da fraternidade.

O princípio do exercício fraternal do poder estatal precisa estar presente no desenvolvimento cotidiano das ações funcionais de cada poder, não apenas quando as consequências do agir funcional típico atingem outros poderes (como demonstramos no capítulo anterior), mas também (por óbvio) para evitar qualquer transbordamento funcional ativista.

Em uma visão própria do paradigma do constitucionalismo fraternal, o ativismo deve ser visto principalmente como uma quebra no princípio do exercício fraternal da parcela do Poder estatal desenvolvida, ferindo de morte o dever de reponsabilidade recíproca que se espera dos agentes públicos.

Neste capítulo, adentraremos na questão relativa ao poder regulatório estatal, mais especificamente na questão da deferência, que nos parece ser um bom exemplo de aplicação do princípio da fraternidade na relação entre os poderes do Estado.

3.2 A deslegalização e a separação de poderes no contexto do julgamento da ADI 4874/DF (“sabor dos cigarros”)

Ao se estruturar um sistema de separação dos Poderes, a expectativa é que o trânsito funcional seja desempenhado na delimitação exata de suas linhas demarcatórias.

Contudo, não é preciso grandes elucubrações para concluir que somente o texto normativo, prevendo funções típicas e atípicas, é insuficiente para assegurar a efetiva harmonia no exercício do Poder estatal.

As muitas demandas da sociedade, a velocidade das mudanças, os direitos das minorias (que precisam ser assegurados mediante decisões políticas contra majoritárias), dentre outros, são capazes de trazer uma tendência de confusão funcional no exercício dos papéis típicos e atípicos pelos poderes ou funções estatais.

Interessante perceber, dentro do direito regulatório, um aspecto técnico que expressa a adequação da velocidade no exercício funcional dos poderes à realidade social cambiante. Trataremos a partir desse ponto da chamada “deslegalização” ou da “degradação hierárquica”, no contexto do julgamento do caso do “sabor dos cigarros” (ADI 4874/DF), no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Enxergamos no fenômeno um sadio acertamento de engrenagens entre os poderes do Estado, que nos parece estruturado de um modo próximo de atingir um ideal fraterno.

O julgamento da ADI 4874/DF é, no nosso sentir, um dos mais interessantes do Supremo Tribunal Federal brasileiro, envolvendo o direito regulatório. Na hipótese, a ação direta foi ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria – CNI, objetivando remover do ordenamento jurídico o art. 7, III e XV, parte final, da Lei n. 9.782/1999 e a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da ANVISA no 14/2012, por ofensa aos arts. 1º, caput e IV, 2º, 5º, II, XXIX, XXXII e LIV, 37, caput, 84, IV, e 170, parágrafo único, da Constituição da República.

Os artigos da Lei 9.782/1999 tem a seguinte redação:

Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

(...)

III - estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;

(...)

XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde; (...).

Com base na autorização aberta pelo Legislador, o órgão executivo regulador, a Anvisa, editou a Resolução RDC nº 14/2012 proibindo o uso da maioria dos aditivos em todos os produtos derivados do tabaco, com a principal

finalidade de reduzir a atratividade destes produtos, impactando diretamente na redução da iniciação de novos fumantes.

Aditivo é definido pela Anvisa como qualquer substância ou composto, que não seja tabaco ou água, utilizado no processamento das folhas de tabaco e do tabaco reconstituído, na fabricação e no acondicionamento de um produto fumígeno derivado do tabaco, incluindo açúcares, adoçantes, edulcorantes, aromatizantes, flavorizantes e melhorantes. Bem explicando o ponto, a Ministra Rosa Weber asseverou em seu voto que:

Cabe enfatizar, no ponto, que a Resolução da ANVISA impugnada tem por objeto a proibição da adição artificial de substâncias que visem a conferir determinado aroma ou sabor ao cigarro, nada restringindo ou proibindo em relação a qualquer substância, aroma ou sabor naturalmente presente no tabaco.

Em apertada síntese, o centro da argumentação da ação direta estava no ilegítimo exercício de competência normativa primária por parte da agência reguladora, ao proibir a comercialização de derivados do tabaco com aditivos. De acordo com os autores da ação, a pretensão da ANVISA ao editar a RDC no 14/2012 – assumidamente, a de instituir nova política pública de desestímulo e redução do fumo – apresentou natureza essencialmente política, o que não se coaduna com o caráter rigorosamente técnico e complementar do poder normativo atribuído à agência.

A Ação Direta versou essencialmente sobre a demarcação constitucional do princípio da separação dos poderes. A questão central a ser enfrentada era a seguinte: poderia a função legislativa deslocar, do domínio da Lei para o domínio do Regulamento, a possibilidade de proibição de uma determinada atividade econômica (na hipótese, a comercialização dos cigarros com aditivos - “cigarro com sabor”)? Ademais, diante da provocação por meio do processo objetivo, como deveria agir o Supremo Tribunal Federal: prestigiar a opção legislativa, ou interferir nessa decisão de delegar ao órgão integrante da estrutura do poder Executivo (Anvisa) a regulamentação da matéria?

Pois bem. É importante destacar que a regulação da atividade econômica não se confunde com o chamado “poder administrativo regulamentar”. Por meio

deste, a Administração Pública promove a fiel execução das leis; já o manuseio do poder de regulação econômica é uma forma de intervenção direta ou indireta no domínio econômico, caracterizando o Estado como politicamente interventor.

Esclarecendo essa diferenciação técnica, o Ministro Eros Roberto Grau aparta os universos da prestação ou regulação de serviço público, de um lado, e a intervenção estatal, de outro:

Aludimos, então, a atuação do Estado além da esfera do público, ou seja, na esfera do privado (área de titularidade do setor privado). A intervenção, pois, na medida em que o vocábulo expressa, na sua conotação mais vigorosa, precisamente atuação em área de outrem. Daí se verifica que o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo intervenção é, no contexto, mais correto do que a expressão atuação estatal: intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada, conota inclusive atuação na esfera do público⁷⁸.

Assim, a atuação material de intervenção estatal se dá de modo particularizado, não se confundindo com a prestação de serviço público. O instrumento consistente no exercício funcional de poder regulatório está relacionado com a intervenção estatal, ao passo que o poder regulamentar estatal se correlaciona com a prestação ou regulação dos serviços públicos.

O Estado intervém no que o Ministro Eros Grau chama de atividade econômica em sentido estrito, a compreender “todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa”⁷⁹. Na hipótese da ADI 4874/DF, a opção do legislador foi conferir o poder interventivo diretamente ao campo da normatividade infralegal, a ser exercida por órgão do poder Executivo.

De um modo geral, a regulação estatal atua na prevenção ou solução das chamadas “falhas de mercado”. Um Estado que intervém no domínio econômico compreende que o mercado nem sempre possuirá as condições de a si mesmo

⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 89/90.

⁷⁹ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 107.

se regular, prevenindo e reprimindo as falhas que das relações nele travadas emergem. De acordo com TAVARES, “o mercado apresenta falhas com as quais não pode lidar de forma autóctone”⁸⁰.

A intervenção estatal poderá ser feita de maneira direta ou indireta. O Estado interfere indiretamente na economia quando promove, por exemplo, a cobrança de tributos predominantemente extrafiscais, na concessão de subsídios, por meio de subvenções, de benefícios fiscais e creditícios e, de modo geral, quando regulamenta normativamente as atividades econômicas em sentido estrito – e neste último contexto interventivo se encontra o problema central posto na ADI 4874/DF. Na intervenção direta o Estado participa ativamente, de maneira concreta, na economia, na condição de produtor de bens ou serviços, ao lado dos particulares ou como se particular fosse. Nesta última hipótese, o Estado assume o papel de agente econômico⁸¹.

A adoção da política interventiva representa a compreensão de que o poder econômico é indispensável para o desenvolvimento, mas que o Estado precisa manter sua presença e soberania para garantir que haja correção nas falhas de mercado. Ensina Bagnoli que:

No século XXI, do mundo globalizado, o poder econômico continuará necessário para o desenvolvimento socioeconômico, mas o Estado que quiser se fazer soberano e obter as externalidades positivas da relação público-privado, deverá controlar eficazmente o poder econômico. Tal controle se dá pela forte atuação Estatal na promoção e manutenção do bem-estar econômico e social, por meio do tripé sócio-jurídico-econômico de sustentação do Estado, qual seja, trabalho, consumo e concorrência⁸².

Assim, compreende-se por Estado regulador aquele que não apenas estabelece as regras necessárias ao adequado funcionamento de setores econômica e socialmente relevantes, como também pela fiscalização do seu cumprimento, mediante o exercício do poder de polícia administrativa. Nos termos do art. 174 da Constituição Federal:

⁸⁰ Ibid. P. 53.

⁸¹ Ibid. P. 54.

⁸² BAGNOLI, Vicente. Direito e poder econômico: os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P. 250.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

O Estado age com incentivo e planejamento, mediante políticas públicas de indução de comportamentos favoráveis a uma atividade econômica equilibrada. Podemos citar como exemplo indutivo o fomento ao micro e pequeno empreendedorismo, ou o incentivo à exportação efetivado por meio da Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos (ApexBrasil).

Bem delimitada essa compreensão sobre o papel do Estado, voltemos ao exame específico da questão do "sabor dos cigarros" (ADI 4874/DF). A possibilidade de o Estado interferir diretamente na atividade econômica em sentido estrito, de modo a proibir a comercialização de cigarros com aditivo e, assim, desestimular o consumo, é uma matéria reservada constitucionalmente a qual esfera funcional do Poder? Em outras palavras, na promoção da separação dos Poderes, a qual esfera cabe a possibilidade abstrata de intervir diretamente na atividade econômica?

A relação umbilical entre a atividade de regulação econômica e o princípio da separação dos poderes não passa despercebida pela doutrina especializada. Nesse sentido:

Para compreender a extensão da polêmica acerca da regulação, enquanto manifestação da capacidade normativa das autarquias, é interessante fazer breve investigação sobre a separação entre os poderes, tema bastante apreciado no direito constitucional. Quando se tenta inserir as autarquias com função normativa ("agências reguladoras") dentro da teoria da separação dos poderes, depara-se, na maioria dos sistemas de direito constitucional, com uma situação problemática. Encontram-se numa área cinzenta: formalmente inseridas na Administração Pública, suas funções lembram mais as do Poder Judiciário, quando atuam como agentes fiscalizadores, ou as do Poder Legislativo, quando atuam como entes normativos. Entender seu correto posicionamento na teoria da separação dos poderes (ou da separação de funções, como alguns preferem) facilita a compreensão de suas exatas limitações e competências⁸³.

⁸³ PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro. In. Direito regulatório: temas polêmicos / Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 2. ed. rev. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Nesse ponto, cabe retomar o raciocínio segundo o qual a construção da teoria da separação entre os poderes surge a partir de um contexto de centralização do poder, fenômeno que caracteriza o Estado Moderno da Europa Ocidental. O Estado absolutista é o ponto de partida das reflexões sobre a necessidade de construir uma teoria que seja capaz de conter o exercício do poder, com a finalidade de assegurar os direitos e as liberdades individuais. Será precisamente nesse momento histórico que Locke e Montesquieu, em graus e formas diferentes, formulam a teoria da separação dos poderes, cuja engenharia converge para viabilizar um princípio de organização do Estado Constitucional.

Por conseguinte, uma das principais conclusões dos construtores da teoria da separação dos poderes é a sua direta influência na garantia da liberdade individual e na construção do Estado de Direito. Por esse motivo, podemos afirmar que o princípio da legalidade e a proeminência do poder Legislativo é um desdobramento lógico da separação entre os poderes.

Quando se fala em princípio da legalidade⁸⁴, portanto, estamos nos referindo ao produto visível, ou ao resultado palpável, da construção de uma teoria de separação entre os poderes. A submissão do Estado e dos indivíduos ao domínio da lei é uma consequência direta da formulação principiológica da separação entre os poderes.

Embora tenha partido de uma mesma influência, a construção do Estado de Direito nos Estados Unidos e na França seguiu cursos diferentes. Enquanto a França construiu um sistema de serviços públicos, prestados pelo Estado, e optou por intervir no domínio econômico - atrelando o desenvolvimento da sua infraestrutura e de grande parte do setor privado ao Estado -, nos Estados Unidos praticamente não houve o desenvolvimento de um direito administrativo. Na experiência norte americana, a Administração Pública agia funcionalmente na condição de qualquer particular. O quadro interventivo do Estado norte

⁸⁴ No voto da Ministra Rosa Weber, relatora no AI 4874/DF, fica evidenciada a correlação entre a legalidade e separação de poderes, no contexto do exercício do poder regulatório das Agências reguladoras: "O escopo da competência normativa das agências reguladoras, bem como suas repercussões sobre os princípios da legalidade, da separação de poderes e da legitimação democrática das decisões políticas, tem sido tema de vasto e rico debate doutrinário no âmbito do direito público contemporâneo".

americano foi evoluindo, especialmente a partir da necessidade de intervenção em falhas de mercado (grandes especulações, concorrências desleais, discriminação tarifária, dentre outros) advindas com o desenvolvimento das estradas de ferro.

Não é o nosso objetivo avançar na investigação desses pontos. Apenas os citamos para destacar as claras diferenças no desenvolvimento do direito administrativo e, principalmente, ressaltar que a experiência constitucional brasileira recebeu influência tanto da matriz Europeia, como da norte americana. A nossa primeira Constituição de 1824 é claramente influenciada pelo constitucionalismo francês, enquanto a Constituição Republicana de 1898 é marcada pela influência da experiência constitucional dos Estados Unidos.

Esse influxo de influências advindas de experiências constitucionais diversas é marcadamente relevante no campo do direito regulatório. As Agências Reguladoras brasileiras são claramente inspiradas em um modelo de direito constitucional anglo-saxão, mais flexível, mas estão, ao mesmo tempo, imersas na legislação infraconstitucional de inspiração francesa, mais rígida.

É nesse contexto que surge o problema do poder normativo e regulamentar exercido pelas Agências Reguladoras – objeto da ADI 4874/DF. A intervenção do Estado no domínio econômico, regulando o que o Ministro Eros Grau chama de atividade econômica em sentido estrito, precisaria ser objeto necessariamente de lei formal? Como acima dito, a submissão ao princípio da legalidade é um corolário lógico do princípio da separação dos poderes, como forma de assegurar a liberdade – na hipótese, a liberdade de a atividade econômica de industrialização e comercialização de cigarros somente sofrer as interferências que o poder Legislativo expressa e especificamente determinar.

De acordo com o art. 5º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, “A Lei não proíbe senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene”. Em uma compreensão estrita do que podemos chamar de princípio da reserva legal, somente o Legislador poderia compreender

que o cigarro com aditivo (cigarro com sabor) é efetivamente nocivo à sociedade, por estimular em demasia e largamente o consumo de produto capaz de causar danos à saúde. Como produto dessa compreensão, caberia ao poder Legislativo editar uma lei, após o cumprimento do devido processo legislativo, que promovesse a intervenção na liberdade individual econômica. Ademais, nesse modo de pensar, somente o legislador seria capaz de sofrer diretamente as consequências políticas dessa decisão, pela cobrança dos seus eleitores e no próximo pleito eletivo.

Entretanto, a opção do poder Legislativo, para a hipótese, foi no sentido de deslegalizar ou delegar a regulação normativa primária, no que diz respeito à intervenção na atividade econômica em sentido estrito. Destacamos novamente a redação do Art. 7º, XV, da Lei 9.782/1999, que permite à Anvisa proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde.

Esse fenômeno também é conhecido como degradação hierárquica, na medida em que a norma restritiva da atividade econômica é deslocada do domínio da lei, para o domínio do poder normativo e regulador de uma autarquia integrante do poder Executivo.

A atividade de regulação de mercados econômicos estratégicos e serviços de relevância coletiva envolve delegação de funções, dentre as quais se destacam a fiscalização, o controle e, na hipótese que nos interessa, a normatização. O poder normativo delegado às Agências Reguladoras tem singularidade, uma vez que, além da clássica função de complementação da lei, possui certa margem de discricionariedade técnica, podendo ir além da mera regulamentação legal.

Na lição de VIZEU:

Na qualidade de ente da Administração Pública, a Agência Reguladora não se limita a ser um mero executor da lei, aplicando-a ex officio, consoante clássica lição de Miguel Seabra Fagundes, exercendo um papel de regulador de mercado, no sentido de corrigir suas falhas e

garantir a coexistência harmoniosa e pacífica de todos os entes que o compõem (Governo e Operadores e Consumidores). A tal instituto, a doutrina alemã denomina deslegalização. Por sua vez, a doutrina francesa utiliza a expressão delegação legal, dadas as peculiaridades constitucionais de competências legislativas que são partilhadas entre Executivo e Legislativo. Em Portugal, é comum referir-se ao tema como degradação do grau hierárquico. Para tanto, ocorre verdadeira delegação normativa, na própria lei instituidora da Agência, transferindo a competência para normatização técnica de mercados do campo da lei para a seara dos atos administrativos infralegais, uma vez que tais matérias não são objeto de competência legislativa privativa do Congresso Nacional, tampouco de suas Casas Legislativas, não estando sob a égide da estrita reserva legal⁸⁵.

No mesmo sentido, CANOTILHO faz referência ao fenômeno:

Quando uma matéria tiver sido regulada por acto legislativo, o grau hierárquico desta regulamentação fica congelado e só um outro acto legislativo poderá incidir sobre a mesma matéria, interpretando, alterando, revogando ou integrando a lei anterior. Os princípios da tipicidade e da preeminência da lei justificam logicamente o princípio do congelamento do grau hierárquico: uma norma legislativa nova, substitutiva, modificativa ou revogatória de outra, deve ter uma hierarquia normativa pelo menos igual à da norma que se pretende alterar, revogar, modificar ou substituir. Este princípio não impede, rigorosamente, a possibilidade de deslegalização ou de degradação do grau hierárquico. Neste caso, uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamentos. A deslegalização encontra limites constitucionais nas matérias constitucionalmente reservadas à lei. Sempre que exista uma reserva material-constitucional de lei, a lei ou o decreto-lei (e, eventualmente, também, decreto legislativo regional) não poderão limitar-se a entregar aos regulamentos a disciplina jurídica da matéria constitucionalmente reservada à lei.⁸⁶

Nesse contexto de deslegalização, assume relevância a diferenciação promovida por JOSÉ AFONSO DA SILVA entre o princípio da legalidade e o princípio da reserva legal:

A doutrina não raro confunde ou não distingue suficientemente o princípio da legalidade e o da reserva de lei. O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. (...) Em verdade, o problema das relações entre os princípios da legalidade e da reserva de lei resolve-se com base no Direito Constitucional positivo, à vista do poder que a Constituição outorga ao Poder Legislativo. Quando essa outorga consiste no poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relações, como vimos antes, tem-se o princípio da legalidade. Quando a

⁸⁵ VIZEU, Leonardo. Lições de direito econômico. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 283.

⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 837.

Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei, encontramos-nos diante do princípio da reserva legal⁸⁷.

Assim, pelo princípio da reserva de lei, não há a possibilidade de o poder Legislativo delegar a criação de um tributo⁸⁸, muito menos de um tipo penal, embora observemos fenômeno de delegação do legislador na seara do direito tributário e do direito penal ⁸⁹.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 540 de sua Repercussão Geral, afirmou que “respeita o princípio da legalidade a lei que disciplina os elementos essenciais determinantes para o reconhecimento da contribuição de interesse de categoria econômica como tal e deixa um espaço de complementação para o regulamento”. No Tema 829 da sua Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese:

Não viola a legalidade tributária a lei que, prescrevendo o teto, possibilita ao ato normativo infralegal fixar o valor de taxa em proporção razoável com os custos da atuação estatal, valor esse que não pode ser atualizado por ato do próprio conselho de fiscalização em percentual superior aos índices de correção monetária legalmente previstos.

O fenômeno da deslegalização, como se vê, não é exclusivo da seara do direito regulatório. Mesmo no direito penal e no direito tributário - nos quais vige a reserva legal estrita, para cominar penas e criar tributos – o Legislador vem prestigiando os órgãos técnicos do poder Executivo, deixando-lhes espaços de complementação.

⁸⁷ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 425.

⁸⁸ CF/1988. Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

(...)

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.

⁸⁹ Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Essa conexão entre lei e ato infralegal é sintomática do novo constitucionalismo fraternal, no modo como relemos o princípio da separação dos poderes. Ao chamar à partição o órgão técnico do poder Executivo, o órgão Legislativo do Estado enxerga no outro uma maior capacidade para a execução de tarefa que, a princípio, está em sua esfera responsabilidade.

Excluídas as matérias para as quais a Constituição Federal fez reserva de legalidade, nada impede que o princípio da legalidade seja qualificado mediante a delegação do Legislador ao poder Executivo. Muito pelo contrário. Ao assim proceder, o poder Legislativo age em um comportamento ético, vendo no outro melhores condições de desempenhar um exercício funcional específico⁹⁰.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4874 (sabor dos cigarros – ou cigarro com aditivo), referendou a possibilidade de o Legislador degradar hierarquicamente o poder normativo e regulador, habilitando a Anvisa a intervir na atividade econômica em sentido estrito. Essa intervenção econômica delegada será parametrizada pela própria Lei, conforme bem apontado pela Ministra Rosa Weber, relatora:

Vale ressaltar, ainda, que, sendo uma das justificativas centrais para a emergência da regulação setorial por agências independentes o elevado grau de segurança jurídica exigido pela complexidade das relações sociais no mundo contemporâneo, admitir alto grau de discricionariedade do agente regulador ou baixa vinculação da regulação aos limites impostos pela lei contraria a sua própria finalidade institucional, passando as agências reguladoras de agentes estabilizadores a fatores de instabilidade jurídico-institucional.

Especificamente quanto à decisão da Anvisa, tomada por meio da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 14/2012, de proibir o uso dos aditivos nos cigarros (sabor dos cigarros), a Ministra Relatora considerou que a agência atuou em conformidade com os lindes constitucionais e legais das suas

⁹⁰ De acordo com o Ministro Luiz Fux, no voto que proferiu por ocasião do julgamento da ADI 4874/DF, "a Crise da Lei tem conduzido ao reconhecimento de um espaço normativo virtuoso do Poder Executivo, sobretudo das entidades reguladoras, em razão de sua aptidão técnica lhes permite desenvolver respostas ágeis e específicas no domínio regulado, mercê da evolução provocada por novos desafios tecnológicos. Em prestígio ao princípio democrático, a legitimidade da deslegalização pressupõe que (i) não poderá envolver matérias sujeitas, por decisão constitucional, à reserva de lei, e (ii) há de ser acompanhada de parâmetros mínimos e claros, que, de modo enfático, limitem a atuação da agência reguladora, e permitam a fiscalização dos seus atos".

prerrogativas, expressos na observância do marco legal vigente, em estrita observância da competência normativa que lhe outorgam os arts. 7º, III, e 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999.

Entretanto, o ponto de maior relevância para esta dissertação - cujo objetivo é provar a hipótese de aplicabilidade da ética fraternal da alteridade na relação entre os poderes do Estado -, está presente na invocação pela Ministra Rosa Weber da doutrina da deferência administrativa, naquilo que também tem sido nominado como limites de intervenção do Poder Judiciário sobre o controle dos atos multidisciplinares de regulação⁹¹.

De acordo o voto da Ministra relatora da ADI 4874/DF, “a tônica do exame de constitucionalidade deve ser a deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo”. Sobre essa a questão, a Ministra faz referência a doutrina da deferência administrativa, “conhecida como *Chevron deference* porque sistematizada pela Suprema Corte dos EUA no julgamento do caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., de 1984*”. A doutrina da deferência administrativa compreende que, uma vez claramente definidos, na lei de regência, as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos específicos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do

⁹¹ Cito como exemplo a ADI2364, na qual o Ministro Celso de Mello, relator, se fundamenta no sentido da necessidade de deferência do legislador ao campo da “reserva de administração”: “O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. Precedentes. Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação ultra vires do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais”. (ADI 2364 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2001, DJ 14-12- 2001 PP-00023 EMENT VOL-02053-03 PP-00551).

controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei⁹².

Portanto, por ocasião do julgamento da ADI 4874/DF, o Supremo Tribunal Federal (embora por maioria de votos⁹³) deixou consignada a aplicabilidade da “doutrina na deferência administrativa”, julgando improcedente a ação direta. Por ausência de quórum, ficou destituída de efeitos vinculantes a declaração da

⁹² Sobre o ponto, destaco voto proferido pelo Ministro Edson Fachin no julgamento do RE 657718 (RE 657718, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-267 DIVULG 06-11-2020 PUBLIC 09-11-2020): “A indicação dos limites de intervenção do Poder Judiciário sobre o controle dos atos multidisciplinares de regulação tem sido reformulada, na esteira do precedente acima transcrito, de modo a abranger não apenas a exigência de obediência às regras de procedimento, mas também: (i) indicação compreensível das razões de decidir; (ii) erro na aplicação da lei; (iii) precisão, confiabilidade e consistência dos fatos; (iv) suficiência de provas para o exame de uma situação complexa; (v) erro manifesto na apreciação dos fatos; ou (vi) abuso de poder. (...) Trata-se, dessa forma, de assumir uma postura mais deferente às escolhas técnicas ou democráticas tomadas pelos órgãos competentes, sem deixar que a Administração ou as entidades regulatórias deixem de prestar contas de sua atuação”.

⁹³ Importante destacar trecho do voto vencido, proferido pelo Min. Luiz Fux na ADI 4874/DF. Sem deixar de reconhecer, de um modo geral, a aplicabilidade do princípio da deferência, o Ministro Luiz Fux fez algumas ressalvas, citando doutrina: “Em arremate, cumpre destacar que o Poder Judiciário deve, como regra geral e em razão do que já exposto anteriormente, observar o princípio da deferência em relação aos atos das agências reguladoras. Os atos administrativos das agências, que resultam de escolhas técnicas tomadas por meio de uma deliberação colegiada e imparcial, devem ser respeitados pelos seus órgãos de controle, e nisso devemos incluir o Poder Judiciário. Contudo, em relação a “temas juridicamente sensíveis”, e aqui fazemos uso de expressão utilizada por Eduardo Jordão em sua obra Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa. A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. (São Paulo: Malheiros, 2016), o parâmetro da não deferência se impõe como método de controle. No mesmo sentido, Valter Shuenquener, verbis: Por mais que a observância do princípio da deferência no controle dos atos das agências reguladoras seja elogiável, ela, também, traz algumas desvantagens que não podem ser desprezadas. E, nesse contexto, o déficit de legitimidade democrática das agências pode justificar uma atuação judicial mais intensa (não deferente), especialmente quando se estiver diante de temas juridicamente sensíveis. É que a regulação pode afetar drasticamente valores da maior envergadura constitucional e a solução técnica escolhida ser, apenas, uma dentre várias possíveis e proporcionais. Por essa razão, os órgãos estatais de controle das agências reguladoras não podem ser ingênuos e invariavelmente submissos aos parâmetros técnicos construídos pela agência, especialmente porque a escolha pela predominância de um critério técnico pode decorrer de uma prévia avaliação política, e nem sempre é possível separar completamente o que é técnico do que é político. (Os Quatro Pilares para a preservação da Imparcialidade Técnica das Agências Reguladoras. In: Obra sobre Regulação coordenada pelo Prof. Alexandre Santos de Aragão. No Prelo) (Grifamos). Ante o quadro, sirvo-me da premissa de que incumbe à jurisdição constitucional aferir, como no caso, quando a intensidade regulamentar e restritiva não se justifica. Por todas as razões acima delineadas e, em especial, porque o propósito da regulação jamais deve ser o puro desestímulo ou banimento de insumo não danoso à saúde, voto pelo conhecimento do pedido formulado na presente ADI e pela sua procedência”.

constitucionalidade da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 14/2012 da Anvisa.

Todavia, no que nos interessa, é relevante a postura institucional assumida pelo poder Judiciário, ao indicar uma deferência às manifestações proferidas pelos órgãos técnicos reguladores, feitas com base nos limites delegados pelo poder Legislativo. Aqui se estrutura uma engenharia de atuação fraternal entre os poderes do Estado.

O Legislativo compreende que determinadas matérias técnicas são mais bem formatadas pelo órgão técnico da estrutura do poder Executivo e o Judiciário, por sua vez, manifesta deferência pela opção legislativa e pelas decisões adotadas pelo órgão executivo.

Trata-se de um formato próprio da atual conformação do princípio da separação entre os poderes, que é permeada pela ética de alteridade. Um poder consegue entregar ao outro a prerrogativa funcional, com parâmetros, por compreender nele as melhores condições para o respectivo desempenho. Esse é um exemplo sintomático da presença do princípio da fraternidade na relação entre os poderes do Estado.

Em outras ocasiões, a deferência aos órgãos técnicos reguladores também foi determinante para o julgamento de ações diretas pelo Supremo Tribunal Federal. Na ADI 5.501/DF, cujo objeto era a permissão veiculada na Lei 13.269/2016 para o uso da fosfoetanolamina sintética (jornalisticamente conhecida como “pílula do câncer”), o Ministro relator Marco Aurélio considerou que o Congresso Nacional se omitiu no dever constitucional de tutelar a saúde da população, uma vez que permitiu a distribuição de medicação sem controle prévio de viabilidade sanitária. Na hipótese, o Tribunal considerou imprescindível a aprovação do produto no órgão administrativo competente do Ministério da

Saúde, de modo a permitir o monitoramento pela Anvisa da segurança, eficácia e qualidade terapêutica⁹⁴.

Em um contexto semelhante, também pode ser citado o julgamento da ADI 5.779/DF⁹⁵. Nessa ocasião, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a arguição de inconstitucionalidade da Lei 13.454/2017, que autorizou a produção, comercialização e consumo de anorexígenos (conhecidos como “inibidores de apetite”). É interessante destacar que o Ministro Nunes Marques, relator originário, fez o seguinte questionamento em seu voto: “a Anvisa detém o poder

⁹⁴ Do voto parcialmente divergente, proferido pelo Ministro Luiz Edson Fachin, seguido pelos Ministros Dias Tofoli e Gilmar Mendes, no sentido de permitir o uso da substância apenas para pacientes terminais, transcrevo o seguinte trecho: “A regulação promovida pela Anvisa fundamenta-se, especialmente para o caso dos medicamentos, na dificuldade de acesso, por parte dos consumidores, de informações relevantes para a própria definição de mercado. Assim, ao normatizar as regras de segurança, qualidade e eficácia, a agência garante a participação de empresas e consumidores no mercado de medicamentos em condições mais equilibradas. Além disso, porque não raro as empresas que produzem os medicamentos possuem monopólio sobre a propriedade intelectual ou sobre outro aspecto relevante do mercado, a Anvisa busca também corrigir outras falhas de mercado. Observe-se, portanto, que as competências desempenhadas pela agência decorrem, em verdade, do próprio texto constitucional e visam a assegurar a efetividade do direito à saúde”.

⁹⁵ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.454/2017. PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DE SAÚDE. LEGITIMIDADE ATIVA. FUNÇÃO REGULATÓRIA. ANVISA. DIREITO À SAÚDE. PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.

1. A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS tem representatividade e pertinência em relação ao tema da regulação referente à segurança de medicamentos.

2. Nos termos do art. 200, I, da Constituição da República, compete ao Sistema Único de Saúde controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos. A formulação dessa política encontra fundamento na função regulatória do Estado e, mais genericamente, na atuação do Estado na economia (art. 174 da Constituição).

3. A execução dessa política de controle está a cargo da Anvisa, a agência responsável pelas ações de vigilância sanitária (art. 6º, I, a, e § 1º, da Lei 8.080/90 e art. 4º da Lei 9.782/99) que detém a competência para regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública (art. 8º, caput, da Lei 9.782/99). Por sua vez, a Lei n. 6.360/1976 dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências.

4. A atuação do Estado por meio do poder legislativo não poderia, sem elevadíssimo ônus de inércia indevida ou dano por omissão à proteção da saúde por parte da agência reguladora, autorizar a liberação de substâncias sem a observância mínima dos padrões de controle previstos em lei e veiculados por meio das resoluções da Anvisa, decorrentes de cláusula constitucional expressa.

5. O texto da lei n.º 13.454/2017 e sua interpretação conduzem à indevida dispensa do registro sanitário e das demais ações de vigilância sanitária, razão pela qual é materialmente inconstitucional. 6. Pedido julgado procedente.

(ADI 5779/DF, Relator(a): NUNES MARQUES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022)

privativo e absoluto para, em quaisquer casos, proibir a comercialização de fármacos no Brasil?”. Em um determinado momento do julgamento, o Ministro Luiz Fux (Presidente) lançou o seguinte questionamento:

O Legislativo tem a capacidade institucional que a Anvisa tem? Será que é assim mesmo? Quer dizer, em nossos julgados anteriores, verifiquei que há uma deferência institucional à Anvisa, que a fortiori pertence ao Poder Executivo. Até que ponto isso também não violaria a cláusula de separação de Poderes?

Entretanto, o Ministro relator Nunes Marques ficou vencido, tendo restado como relator para o acórdão o Ministro Edson Fachin, sendo declarada inconstitucional a Lei 13.454/2017⁹⁶. Do voto do Ministro Fachin, transcrevo o seguinte trecho:

Desse modo, a atuação do Estado por meio do poder legislativo não poderia, sem elevadíssimo ônus de inércia indevida ou dano por omissão à proteção da saúde por parte da agência reguladora, autorizar a liberação de substâncias sem a observância mínima dos padrões de controle previstos em lei e veiculados por meio das resoluções da Anvisa, decorrentes de cláusula constitucional expressa.

Como se depreende dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, a deferência às decisões técnicas proferidas pela Anvisa foi considerada inclusive para a declaração de inconstitucionalidade de leis editadas para permitir a comercialização e o uso de fármacos. Desse modo, o Judiciário considerou ilegítima a opção legislativa de desviar determinadas substâncias da análise técnica da agência reguladora.

Conclusivamente, a deferência da Corte Suprema às decisões técnicas de um órgão administrativo nos transparece como sintomática de uma ética fraternal.

⁹⁶ O dispositivo do voto está assim redigido: “ É inconstitucional a lei n.º 13.454/2017, e como consequência a produção, a comercialização e o consumo dos anorexígenos sibutramina, anfepramona, femproporex e mazindol, não dispensam o prévio registro sanitário e, tampouco, as demais ações de vigilância sanitária da Anvisa, a quem cabe avaliar e decidir em cada caso à luz dos estudos científicos e da proteção à saúde”.

3.3 A aplicabilidade do princípio da fraternidade no exercício da regulação econômica no reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do dever de deferência às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras

Algumas questões relevantes envolvendo a repartição dos poderes e o princípio da legalidade podem ser suscitadas contra o exercício normativo regulatório da atividade econômica.

Conforme expomos por ocasião do desenvolvimento do tema do ativismo, é tarefa da Constituição Federal a repartição funcional do poder uno do Estado, formatando o modo como a separação de poderes será estruturada.

Seria algo disfuncional ou desestruturante admitir que a Constituição repartisse as funções do Estado (função legislativa, executiva e jurisdicional) para permitir que, posteriormente, o legislador as reunisse num ou noutro ente? Além disso, poderia se questionar: o princípio da legalidade estaria esvaziado por obra do próprio legislador? Ou, ainda: um poder estaria abrindo mão de uma garantia constitucional, ao delegar função normativa a outro poder?

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, discorrendo em sua obra sobre o princípio da legalidade, afirma que:

(...) a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, regulação, portaria, ou seja, lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrado venha a minudenciar.⁹⁷

O conhecimento técnico para a regulação de mercado é atribuição inerente aos profissionais especialistas nos respectivos nichos econômicos, não havendo como exigir do legislador infraconstitucional a velocidade que as

⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

intervenções demandam e o nível de especificidade técnica necessário para fazê-lo.

Fica cada vez mais evidente que a setorização normativa do ordenamento jurídico é uma necessidade premente e constante. O direito precisa acompanhar a especialização das atividades econômicas, a fim de melhor atender as exigências da sociedade. Quando o Legislador deslegaliza a prerrogativa de normatizar e regular um determinado nicho de intervenção econômica, prestigia as necessidades hodiernas, ao tempo em que abre mão de uma parte complementar do seu poder funcional.

Ao transferir do campo da lei para o campo normativo infralegal, o Legislador prestigia a capacidade técnica dos órgãos do poder Executivo, mediante a observância dos parâmetros que estabelecer. A delegação, portanto, assume um contorno de ética de alteridade, pois um dos poderes do Estado reconhece no outro as melhores condições de desempenhar o exercício funcional que, a princípio, não lhe pertence. O fenômeno é um prestígio do poder Legislativo ao órgão técnico do poder Executivo. Como bem destacado pela Ministra Rosa Weber, no seu voto condutor do julgamento da ADI 4874/DF, a exigência de agilidade e flexibilidade cada vez maiores do Estado, diante das ininterruptas demandas econômicas e sociais que lhe são direcionadas, levou à emergência de estruturas administrativas relativamente autônomas e independentes – as chamadas agências – dotadas de mecanismos aptos e eficazes para a regulação de setores específicos, o que inclui a competência para editar atos qualificados como normativos.

Como vimos acima, mesmo no direito penal e no direito tributário - para os quais vige a reserva legal estrita, na cominação de penas e criação de tributos – o Legislador prestigia os órgãos técnicos do poder Executivo, deixando-lhes espaços de complementação, dada a velocidade e especialidade técnica que os temas exigem.

Esse modo de agir fica bastante apartado de um agir funcional passivo. Ao promover a deslegalização, o Legislador não está sendo passivo, tampouco

o Executivo age com ativismo. Há um acertamento entre as parcelas funcionais do poder uno do Estado, de um modo que a competência será exercida por aquele com melhores condições de atender às necessidades da sociedade.

Também não visualizamos no fenômeno um embaralhamento da teoria de separação de poderes. Há uma aplicação prática, ou um exemplo notável, da releitura que a separação dos poderes recebe em um paradigma de constitucionalismo fraternal. A prerrogativa de um poder é delegada ao exercício técnico de outro, em atenção aos reclamos de velocidade na resposta e de especialidade técnica.

Ao chamar o poder Executivo para partilhar a intervenção no domínio econômico, o legislador também atenua as consequências diretas da influência política nas decisões. O legislador, como agente político eleito, fica na linha de frente das pressões exercidas pelo seu eleitorado, o que pode ser capaz de prejudicar a análise mais técnica de uma decisão interventiva. Eventualmente, a melhor decisão técnica, quando direcionada no sentido de proibir determinada prática, é mais factível quando delegada ao órgão regulador.

Nesse contexto, um dos aspectos de grande relevância a observar, é que o poder Legislativo não abre mão da sua nuclear e típica função legislativa. A abertura feita por meio da delegação é de natureza cooperativa, sem derrogação ou passividade funcional. Não há renúncia da prerrogativa atribuída pela Constituição Federal, na engenharia de separação funcional entre os poderes.

A deslegalização, degradação hierárquica ou delegação normativa, como queira chamar, é um instituto de cooperação institucional. Os órgãos executivos complementam, com qualidade e isenção técnica, a regulação normativa dos nichos econômicos, do modo e nos limites que a lei expressamente autorizou.

Para que o fenômeno seja recepcionado pela formatação constitucional dada ao princípio da separação dos poderes é indispensável a observância dos parâmetros legais abertos para a complementação normativa.

Como destacado pela Ministra Rosa Weber no seu voto proferido na ADI 4874/DF, “embora apto a produzir atos normativos abstratos com força de lei, o poder normativo exercido pelas agências reguladoras vê os seus limites materiais condicionados aos parâmetros fixados pelo legislador”⁹⁸. A respeito da conciliação entre a deslegalização e a aplicação do princípio da legalidade, ensina MARÇAL JUSTEN FILHO que:

O princípio da legalidade impõe que uma lei tenha previsto alguns aspectos da hipótese e o núcleo do mandamento normativo. Caberá à agência complementar essa espécie de espaço normativo em branco, que se verifica a propósito da norma editada legislativamente. Haveria usurpação de competência legislativa se a agência resolvesse criar uma hipótese de incidência e um mandamento normativo, sem que tal já estivesse previamente instituído em lei. É inconstitucional delegação de competência legislativa em que a lei atribua à agência o poder de criar hipóteses de incidência e mandamentos normativos⁹⁹.

Importante a transcrição de um recorte do voto do Ministro Marco Aurélio, relator da ADI 4954/AC (Tribunal Pleno, julgamento em 29.10.2014, DJe 30.10.2014), que também versou sobre o exercício normativo regulador por parte da Anvisa: A circunstância de a Lei (Lei federal nº 9.782, de 1999, mediante a qual foi criada a Anvisa) ter instituído amplo espaço de atuação regulatória em favor da autarquia não a torna titular de atribuição tipicamente legislativa.

⁹⁸ Esse entendimento foi aplicado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar requerida na ADI 1668/DF (Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 16.4.2004), ajuizada em face de diversos dispositivos da Lei nº 9.472/1997, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT), e pela qual instituída a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. Na ocasião, a Corte teve a oportunidade de se debruçar sobre questões análogas às ora apresentadas, em particular ao deferir em parte os pedidos de liminar, (i) quanto ao art. 19, IV e X, para, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços públicos de telecomunicações no regime público e no regime privado; e, (ii) quanto ao art. 22, II, para, também sem redução de texto, dar-lhe interpretação conforme a Constituição para fixar a exegese segundo a qual a competência do Conselho Diretor fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência, vencido o Ministro Moreira Alves, que os indeferia. Os citados incisos IV e X do art. 19 da LGT enunciam a competência da ANATEL para “expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público” (IV) e “expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado” (X). Já o art. 22, II, fixa a competência do Conselho Diretor da Agência para “aprovar normas próprias de licitação e contratação”.

⁹⁹ FILHO, Marçal Justen. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002. P. 523.

Em um trecho da ementa de precedente de sua relatoria, a Ministra Rosa Weber deixou consignado que:

Às agências reguladoras não compete legislar, e sim promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida. A norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. Em espaço que se revela qualitativamente diferente daquele em que exercida a competência legiferante, a competência regulatória é, no entanto, conformada pela ordem constitucional e legal vigente¹⁰⁰.

Tendo em consideração o disposto nos arts. 5º, II, e 37, caput, e o núcleo essencial do direito de livre iniciativa, inscrito no art. 170, parágrafo único, da CF, podemos concluir que efetivamente apenas a lei poderá restringir o livre exercício de qualquer atividade econômica. Ademais, o art. 174 da Carta Política é expresso ao subordinar a atividade regulatória do Estado, seja no papel de agente normativo, seja no desempenho das funções de fiscalização e planejamento, à forma da lei, isto é, à legalidade estrita.

Entretanto, o Legislativo pode conceder a prerrogativa de os órgãos executivos autárquicos (agências reguladoras) complementarem normativamente, e dentro dos escopos e balizas finalísticos (postos em lei), questões técnicas e que demandem célere solução. Repise-se: isso não significa que está permitida a delegação pura e simples à Administração, desprovida de parâmetros e aderência às necessidades regulatórias do setor. Vale transcrever mais uma vez a doutrina de MARÇAL JUSTEN FILHO:

(...) não há defeito se a lei produzir a descrição sumária de uma hipótese e estabelecer os aspectos fundamentais do mandamento, atribuindo à agência a competência para, em face das circunstâncias e tomando em vista os critérios mais apropriados, editar atos que complementem a disciplina normativa - entendendo-se por isso a enunciação das demais circunstâncias de fato constituintes da hipótese e dos ângulos complementares do mandamento¹⁰¹.

¹⁰⁰ ADI 4093, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgamento em 24.9.2014, DJe 17.10.2014.

¹⁰¹ Op. Cit. P. 523.

Segundo HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO, “balizadas pela lei de criação, que veicula regras ou diretrizes/objetivos princípios, exercerão as agências a normatização do setor que lhe foi incumbido - regra de competência”¹⁰².

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal vem lendo o tema da delegação legislativa no direito tributário. Quando o legislador resolve delegar a complementação do arquétipo tributário (hipótese de incidência) sem nenhuma baliza ou parâmetro, o Supremo considera o procedimento delegatório inconstitucional. Todavia, se a delegação do legislador para a Administração tributária for feita com balizas e parâmetros, ela será considerada constitucional. Como exemplo, podemos mencionar os temas 540¹⁰³, 554¹⁰⁴ e 829¹⁰⁵ da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal.

Além do paralelo com a figura da norma tributária em branco, o Supremo Tribunal Federal também reconhece a figura da delegação legislativa parametrizada na norma penal em branco, como reconheceu a Ministra Rosa Weber no voto que proferiu na multicitada ADI 4874/DF:

Mutatis mutandis, revela-se elucidativo o paralelo com a figura do tipo em branco, em que lei formal, ao prever determinada sanção, incumbe ao Poder Executivo a especificação das hipóteses sobre as quais tem ela incidência, notadamente a partir de critérios técnicos. É o que fazem, v.g., o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 11.343/2006, ao atribuir expressamente ao Poder Executivo da União a tarefa de relacionar em listas atualizadas periodicamente as substâncias ou

¹⁰² CARDOSO, Henrique Ribeiro. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P. 230.

¹⁰³ TEMA 540 -REPERCUSSÃO GERAL - Fixação de anuidade por conselhos de fiscalização profissional. TESE: É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos.

¹⁰⁴ TEMA 554 - REPERCUSSÃO GERAL - Fixação de alíquota da contribuição ao SAT a partir de parâmetros estabelecidos por regulamentação do Conselho Nacional de Previdência Social. TESE: O Fator Acidentário de Prevenção (FAP), previsto no art. 10 da Lei nº 10.666/2003, nos moldes do regulamento promovido pelo Decreto 3.048/99 (RPS) atende ao princípio da legalidade tributária (art. 150, I, CRFB/88).

¹⁰⁵ TEMA 829 - REPERCUSSÃO GERAL - Validade da exigência da taxa para expedição da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), baseada na Lei 6.994/1982, que estabeleceu limites máximos para a ART.

TESE: Não viola a legalidade tributária a lei que, prescrevendo o teto, possibilita o ato normativo infralegal fixar o valor de taxa em proporção razoável com os custos da atuação estatal, valor esse que não pode ser atualizado por ato do próprio conselho de fiscalização em percentual superior aos índices de correção monetária legalmente previstos.

produtos capazes de causar dependência, e assim considerados como drogas, na forma do caput, e os arts. 189 e 190 da CLT, ao delinarem os contornos das atividades ou operações consideradas insalubres – “aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos” –, remetendo ao Ministério do Trabalho, em seguida, a elaboração do quadro de atividades e operações insalubres e a adoção de normas sobre critérios de caracterização de insalubridade, limites de tolerância a agentes agressivos, meios de proteção e tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

Em absoluto se admite, todavia, a delegação pura e simples à Administração, a criação ad nutum de uma figura infracional, por portaria ou resolução, com a imposição da correspondente sanção.

No campo da regulação, não apenas devem ser seguidos os parâmetros ou balizas firmadas expressamente pela lei que deslegaliza a normatização do nicho econômico. É preciso que a delegação parametrizada esteja inserida em um contexto que a constitucionalmente a comporte. A esse propósito, ensina HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO que:

Assim, as leis instituidoras das agências, ao deferirem poderes normativos a estas, devem traçar de modo claro os objetivos a serem alcançados pelas mesmas, relegando às agências, no exercício da discricionariedade, o alcance de soluções técnicas e especializadas, com a concreção de objetivos claramente disciplinados na lei¹⁰⁶.

A abertura parametrizada do poder normativo da autarquia reguladora precisa estar em conformidade com os objetivos gerais e finalísticos da lei. Será constitucionalmente legítima a outorga de competência normativa para a Administração pública executiva quando a própria lei fixe os parâmetros. De um modo claro, devem estar contidos na própria lei os princípios, os limites da atuação da Agência no exercício da competência normativa e as finalidades que devem, por meio delas, ser alcançadas.

Do que foi exposto, podemos concluir que a complementação do órgão executivo qualifica uma separação de poderes lida dentro de um paradigma de constitucionalismo fraternal, na medida em que a competência funcional foi recebida a partir de uma avaliação própria de uma ética de alteridade.

¹⁰⁶ Op. Cit. P. 284.

Entre o ativismo (invasão da competência funcional alheia) e o passivismo (exercício funcional aquém das responsabilidades e expectativas constitucionais), a possibilidade de exercício funcional acertado, complementar e concertado é um fenômeno capaz de aproximar os poderes do ideário fraternal de conformação para a separação de funções no Poder do Estado.

O motivo que fundamenta a delegação do legislador ao órgão executivo, no campo regulatório, qual seja, a homenagem à capacidade técnica e às melhores condições para o exercício funcional interventivo, é uma deferência técnica que o poder Judiciário também reconhece e adota em seus julgamentos. Ao julgar o recurso extraordinário (RE) n. 1.083.955¹⁰⁷, o Supremo Tribunal Federal que o dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.

Em um exercício de ética de alteridade, na ocasião do julgamento do recurso extraordinário (RE) n. 1.083.955, o Supremo Tribunal Federal deixou expresso na ementa o reconhecimento da “reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos”. Aqui, assim como faz o legislador pela via da delegação aos órgãos reguladores, o Supremo vê em outro órgão do Estado (da estrutura do poder Executivo) a “capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado”.

A Suprema Corte afirmou na ementa do julgamento do recurso acima referenciado que “a natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial”, de modo que a “Administração

¹⁰⁷ Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 06-06-2019 PUBLIC 07-06-2019.

Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação”.

Bem expressando uma ética de alteridade, materializada no que chamou de dever de deferência, o Supremo Tribunal Federal deixou consignado na ementa do citado precedente que:

A intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos. A expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia. O controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, consoante a firme jurisprudência desta Suprema Corte. (...) Os controles regulatórios, à luz do consequencialismo, são comumente dinâmicos e imprevisíveis. Consoante ressaltado por Cass Sustein, “as normas regulatórias podem interagir de maneira surpreendente com o mercado, com outras normas e com outros problemas. Consequências imprevistas são comuns. Por exemplo, a regulação de novos riscos pode exacerbar riscos antigos (...). As agências reguladoras estão muito melhor situadas do que os tribunais para entender e combater esses efeitos” (SUSTEIN, Cass R., “Law and Administration after Chevron”. *Columbia Law Review*, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990, p. 2.090). A atividade regulatória difere substancialmente da prática jurisdicional, porquanto: “a regulação tende a usar meios de controle ex ante (preventivos), enquanto processos judiciais realizam o controle ex post (dissuasivos); (...) a regulação tende a utilizar especialistas (...) para projetar e implementar regras, enquanto os litígios judiciais são dominados por generalistas” (POSNER, Richard A. “Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): an analytical framework”. In: KESSLER, Daniel P. (Org.), *Regulation versus litigation: perspectives from economics and law*, Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 13)¹⁰⁸.

Portanto, a deferência do legislador e do julgador ao órgão regulatório, integrante da estrutura do poder Executivo, é sintomática de um constitucionalismo fraternal e da releitura que o princípio da separação dos poderes recebe. A ética da alteridade está presente no que o Supremo Tribunal Federal chamou de dever de deferência. Funcionalmente, um poder do Estado reconhece que outra estrutura orgânica, ainda que integrante de uma parcela

¹⁰⁸ RE 1083955 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 06-06-2019 PUBLIC 07-06-2019.

diversa do Poder uno estatal, tem melhores condições de exercer a função interventiva e regulatória do domínio econômico.

Se o princípio da separação dos poderes nasce em uma perspectiva de matriz constitucional liberal, hoje ele deve ser relido em uma perspectiva de um constitucionalismo fraternal.

Os poderes do Estado seguem separados funcionalmente, com atribuições típicas e atípicas, mas devem agir com uma ética de alteridade e fraternal. Os poderes devem ser capazes de desempenhar concertadamente suas funções uns com os outros, e até mesmo reconhecer, em deferência, sua própria incapacidade para regular um determinado campo da normatividade.

No exemplo da regulação estatal, os poderes Legislativos e Judiciário reconhecem que um órgão técnico do poder Executivo tem as melhores condições de desempenhar a intervenção no domínio econômico.

A deferência aqui exposta nos parece capaz de comprovar a nossa hipótese, pela necessidade de o princípio da fraternidade permear a separação funcional dos poderes do Estado.

CONCLUSÕES

A separação entre as funções ou poderes do Estado não pode ser enxergada como uma linha divisória intransponível ou carente de diálogos institucionais.

Em um paradigma de constitucionalismo fraternal, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem vistos como as parcelas do poder que se coordenam em busca de objetivos comuns. A última palavra não é a de um poder estatal, mas do próprio Estado.

O exercício do poder estatal tem como finalidade a entrega ao tecido social do *bem comum*, da convivência harmônica entre os cidadãos e do gozo da prosperidade. A justiça é um fim da sociedade política e a felicidade social está no bem comum.

O governo das coisas públicas, que se dirige a regular as relações sociais, por meio das decisões políticas, precisa de um vigilante controle, capaz de adequar e decotar as iniciativas que desbordem ou contrariem as decisões políticas fundamentais, extraídas da Constituição Federal.

Considerar somente as fórmulas constitucionalmente firmadas, mediante linhas normativas demarcatórias, de separação do exercício funcional, não é capaz de garantir um exercício harmônico entre os poderes. Como ponto de partida, a norma é relevante referência do espaço de competência, mas não será bastante. É necessário que o poder se desenvolva qualificado por uma ética fraternal.

Primeiro, tomando por base o agir funcional típico, ou o agir funcionalmente atípico (nos termos autorizados pela Constituição), é necessário se criar uma cultura de diálogo institucional constante entre os poderes do Estado. Em segundo lugar, é preciso afastar qualquer tipo de exercício ativista, capaz de ferir a ética de alteridade própria do espírito fraternal.

Sobre o primeiro ponto, relativo ao exercício funcional típico, rememoremos o que foi desenvolvido no Capítulo 2. É por meio da parte do

poder que é atribuída ao Judiciário que se promove o controle político das decisões políticas derivadas dos poderes Executivo e Legislativo. Essa relação de controle é indispensável e saudável para que se atinja as finalidades para as quais o poder existe. A decisão política necessita receber com naturalidade o controle que sobre si é exercido, como uma emanção da própria harmonia, independência e equilíbrio interno do poder estatal. Entretanto, o exercício do controle político, como ele é controlado? Governo e controle precisam existir em harmônica sinergia – e não em uma lógica de conflito –, de modo que a adequação ou decote da decisão política pelo Judiciário seja a menos traumática possível.

Ele mesmo, o controle (no nosso exemplo, exercido pelo Judiciário – mas que também pode ser exercido por outro poder, em outras circunstâncias), precisa ser conformado, nesse ir e vir: se as decisões políticas necessitam incorporar e aceitar o controle que lhes sobrevinha, este também precisa devolver um nível de deferência à decisão política.

O sistema republicano impõe uma relação equilibrada entre governo e controle, as duas funções principais do poder. Como consequência, se o governo é organizado para dotá-lo de autoridade, é preciso instalar o controle a fim de dotá-lo de aptidão para resguardar a liberdade¹⁰⁹.

O controle mútuo é próprio do sistema de freios e contrapesos atrelado à teoria da separação de poderes que adotamos. Ademais, trata-se de sadio mecanismo assecuratório das garantias e liberdades individuais, por meio do qual a interferência do Estado na vida cotidiana dos seus cidadãos é conformada, interna e mutuamente, pelas parcelas de funções que integram conjuntamente os poderes do Estado. Entretanto, a mesma engrenagem necessita receber um novo lubrificante, por assim dizer.

Para que o poder político seja controlado, em respeito aos direitos e garantias fundamentais, é preciso a garantia da independência (do próprio poder e funcional dos seus agentes políticos). Entretanto, isso não exclui a harmonia do diálogo para o encontro do melhor espaço de execução do que foi decidido.

¹⁰⁹ DROMI, Roberto. **Sistemas jurídicos e valores administrativos**. Porto Alegre: Serigio Antonio Fabris, 2007, p. 46.

Essa ótica procura um novo significado para o controle político pelos poderes do Estado. Controle não se confunde com confronto; por exemplo, quando o juiz decota ou exclui uma política pública de incidência tributária, não há, na hipótese, uma decisão contra a formulação do tributo pelas funções executiva e legislativa, mas em favor do Estado. Para que esse movimento de formulação (criação) e controle seja adequado ao exercício harmônico e independente dos poderes do Estado, o próprio controle necessita devolver uma sadia deferência na execução de suas conclusões – as quais, eventualmente, demanda uma severa reformulação de política tributária e fiscal.

Rememoro, no ponto, o exemplo dado no Capítulo 2, relativo ao TEMA 69 da repercussão geral do STF. A implosão imediata da incidência tributária pode causar expressiva repercussão na função exercida pelos poderes Executivo e Legislativo: (i) desequilíbrio orçamentário multibilionário, exigindo, v.g., o contingenciamento de despesas, ou o endividamento do Estado – com o impacto na curva futura de juros e política cambial, dentre outros efeitos; (ii) a solução de continuidade na execução de políticas públicas, que dependam dos recursos orçamentários; (iii) a recomposição imediata da carga tributária, mediante resposta de pouca reflexão técnica, capaz de atingir outros contribuintes e causar desequilíbrio na equânime distribuição do dever fundamental de pagar tributos; (iv) a desestruturação da própria política pública tributária, holisticamente considerada.

Nesse contexto, a prolação de uma decisão paradigmática dessa magnitude reclama a abertura de um diálogo institucional, pela incidência de uma ética de alteridade. Um efetivo diálogo, ainda que posterior à tomada de decisão, seria capaz de compatibilizar a salvaguarda dos direitos individuais (liberdade) com todas as demais políticas públicas sociais do Estado (igualdade), que dependam dos recursos arrecadados, bem como tem o condão de evitar respostas compensatórias abruptas, no campo dos tributos extrafiscais.

No campo da ação funcional típica é importante a abertura de um cronograma de trabalho interinstitucional, como forma de acomodar as decisões tomadas por um poder que sejam capazes de impactar severamente a esfera de outro poder.

Mostra-se necessário que a independência do exercício dos poderes se encontre com a harmonia. Vale a pena repisar que a última palavra nas decisões estatais não é a de um dos poderes do Estado; a palavra final é a palavra do próprio Estado.

Para que a palavra final, que é a do Estado – e é a única que interessa para a vida prática –, se traduza em uma solução de harmonia social, segurança jurídica para a população, garantia aos investidores, saúde e previsibilidade fiscal, não há outro caminho senão o de abandonar a ideia de derrotas entre os poderes. Retomando o exemplo do Capítulo 2, quando um tributo é considerado indevido pelo Judiciário, venceu o Estado – portanto, não há uma derrota imposta pelo juiz ao governo. Mas quando isso vira um paradigma judicial, o diálogo deve entrar em ação, para a adequada construção harmônica de uma solução eficaz e mais atenuada possível para a integridade fiscal na execução do que fora decidido.

Em arremate quanto a esse primeiro ponto, importante frisar que, mesmo quando os poderes agem funcionalmente dentro das suas típicas prerrogativas, ou quando atuam atipicamente (conforme permite a repartição de poderes constitucional), é preciso que a decisão política seja concertada e harmônica.

Quanto ao segundo aspecto, que diz respeito aos casos nos quais os poderes ultrapassam as linhas demarcatórias da ação funcional autorizada pela Constituição, haverá no caso uma gravíssima quebra no dever recíproco de alteridade.

Assim, com mais ênfase, é preciso se colocar de modo contrário ao ativismo por parte de qualquer dos poderes do Estado. Ativista será qualquer atitude que, formalmente, rompa as linhas demarcatórias de divisão constitucional de poderes. Materialmente, o ativismo é uma conduta atentatória ao espírito fraternal e à ética de alteridade.

É importante que haja uma investigação minuciosa se é mesmo o caso de ativismo, como deixamos assentado no Capítulo 3. Como as linhas demarcatórias do agir funcional, tal como postas na Constituição, funcionam como mero ponto de partida para a interpretação do que está efetivamente

permitido, dentro da concepção de separação de poderes, também será na ética da alteridade e na ambiência do princípio da fraternidade que identificaremos a ação ativista.

Caberá ao poder, em todo caso, agir de modo fraternal no exercício de suas funções, tendo como ponto de partida as prerrogativas que lhe outorgou a Constituição e como motivação a efetiva entrega da justiça e da boa administração aos cidadãos.

Desse modo, a releitura do princípio da separação dos poderes pode ser compreendida, dentro do constitucionalismo fraternal, como o princípio do exercício comunitário e recíproco do poder.

Os princípios da fraternidade e do exercício comunitário do poder estatal resgatam a ética da alteridade, o direito e a democracia, compondo um novo paradigma de Justiça, capaz de representar no Poder uno do Estado um pacífico e legítimo exercício das diversas funções (ou poderes) que o compõe.

Na diversidade do exercício típico de cada função ou poder podemos encontrar, sob a ótica da ética fraternal, a unidade no exercício do Poder uno. Essa diversidade que se traduz na unidade é moderada pelo princípio da fraternidade.

Dentro do paradigma do constitucionalismo fraternal, o poder moderador não é um órgão do Estado, mas uma ética que permeia o agir de todos os poderes e órgãos autônomos, de modo que não haja rugas entre agentes públicos ou intervenções drásticas que prejudiquem o espectro funcional alheio.

Os poderes permanecem autônomos (liberdade) e iguais entre si (igualdade), mas agem na ambiência da fraternidade. Vale dizer, portanto, que a fraternidade é o ambiente onde se encontram simultaneamente liberdade e igualdade no exercício das funções típicas dos poderes do Estado.

O Estado deve se distanciar das experiências históricas de protagonismos. No percurso da história, é comum se falar em um antigo

protagonismo da função executiva, sucedido pela proeminência do parlamento e, ao fim, pela prevalência das manifestações da função judiciária.

Analisando a questão na nossa perspectiva e recorte metodológico, ou seja, dentro do contexto da releitura do princípio da separação dos poderes, o único protagonista do Poder do Estado é a responsabilidade recíproca que deve existir entre as suas funções executiva, legislativa e judiciária, qualificada pela ética da fraternidade.

Não há poder com protagonismo, tampouco a chamada “última palavra” do Poder Estatal é uma prerrogativa de um único poder. A formação da decisão estatal deve estar composta e ser compreendida como proveniente de uma unidade que, não obstante, age com diversidade de funções.

A composição da diversidade em unidade, na entrega da decisão estatal, será obtida mediante a incidência do princípio da fraternidade na relação endógena entre as funções ou poderes do Estado.

Para se obter a unidade não é necessário sacrificar a igualdade entre os poderes ou a liberdade de um dos poderes. Se o exercício funcional executivo, legislativo ou judiciário estiver alicerçado na ética da reciprocidade fraterna, combinam-se igualdade e liberdade qualificadas pela fraternidade. Como bem destaca o Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA:

As experiências históricas de realização da igualdade à custa da liberdade (totalitarismo) ou do sacrifício da igualdade (de oportunidades, inclusive) em nome da liberdade (sentido especialmente econômico: mercado) revelam o desastre de uma tentativa de transformação social não alicerçada na fraternidade¹¹⁰.

Há na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o reconhecimento da fraternidade como valor universal, dentro do seguinte parâmetro: “Todas as pessoas são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

¹¹⁰ Op. Cit. P. 167.

Conclusivamente, para a nossa hipótese, adaptamos referido parâmetro para que o valor universal da fraternidade também se aplique à relação endógena entre os poderes (ou funções) do Estado, ressignificando o princípio da separação dos poderes: "Executivo, Judiciário e Legislativo devem agir na relação um com o outro com espírito de fraternidade".

Defendemos a existência de um "princípio do exercício fraternal do Poder estatal", próprio do paradigma do constitucionalismo fraternal, que seja capaz de qualificar a demarcação do exercício funcional do poder, além de qualificar o próprio exercício típico e legítimo do poder.

Não basta que a Constituição bem demarque as linhas divisórias do exercício típico e atípico do Poder estatal, distribuindo-o entre os poderes e funções. Essa demarcação, por si só, não será capaz de impedir o indesejado fenômeno do ativismo.

A divisão do Poder precisa estar qualificada por uma ética fraternal, de modo que no exercício do poder seja observado o dever recíproco de responsabilidade entre os poderes.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

AGÊNCIA CÂMARA DOS DEPUTADOS DE NOTÍCIAS. **Não adianta criar imposto com nome em inglês porque não passa, diz Rodrigo Maia**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/680855-nao-adianta-criar-imposto-com-nome-em-ingles-porque-nao-passa-diz-rodri-go-maia/>>. Acesso em 25 de jan. 2023.

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS - IBGE. **PIB cai 3,5% em 2015 e registra R\$ 6 trilhões. Brasília, 2017**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/17902-pib-cai-3-5-em-2015-e-registra-r-6-trilhoes>>. Acesso em 25 de jan. 2023.

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS – IBGE. **Revisão do PIB de 2016 mostra queda de 3,3% em relação ao ano anterior**. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22966-revisao-do-pib-de-2016-mostra-queda-de-3-3-em-relacao-ao-ano-anterior>>. Acesso em 25 de jan. 2023.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”** in Revista dos Tribunais, vol. 868, 2008.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARABI, Abhner Youssif Mota. **O caso da vaquejada e a última palavra sobre a Constituição**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-06/abhner-arabi-vaquejada-ultima-palavra-constituicao>>. Acesso em 7 nov. 2020.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. 17ª ed. São Paulo: Globo, 2005.

BAGGGIO, Antonio Maria. **Fraternidade e reflexão politológica contemporânea**. BAGGGIO, Antonio Maria (org.). **O princípio esquecido 2: Exigências, recusos e definições da fraternidade na política**. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2015.

BAGNOLI, Vicente. **Direito e poder econômico: os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 240, p. 1–42, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Dez pontos sobre vacina contra a Covid-19 e relação de trabalho**. Disponível em: < <https://www.ambientelegal.com.br/dez-pontos-sobre-vacina-contr-a-covid-19-e-relacao-de-trabalho/>>. Acesso em 13 jun. 2023.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. MENDES, Gilmar F. SARLET, Ingo W. STRECK Lenio L. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Lei de Diretrizes Orçamentárias (PLDO/2023) - Anexo de Riscos Fiscais (Anexo V)**. Brasília, 2023. Disponível em: < <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-orcamentarias/pldo-2023>>. Acesso em 25 de jan. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Lei de Diretrizes Orçamentárias (PLDO/2021) - Anexo de Riscos Ficais (Anexo V)**. Brasília, 2020. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/ldo/LDO2021/proposta/Anexos/Anexo_V.pdf>. Acesso em 25 de jan. 2023.

CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Amido Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARDOSO, Alessandro Mendes. **O dever fundamental de recolher tributos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHAL, Ana Paula. **O princípio da fraternidade e a jurisprudência da crise na pandemia**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-24/observatorio-constitucional-principio-fraternidade-jurisprudencia-crise-pandemia>>. Acesso em 13 de jun. de 2023.

CARVALHO, Laura. **Valsa brasileira: Do boom ao caos econômico**. São Paulo: Editora Todavia, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DROMI, Roberto. **Sistemas jurídicos e valores administrativos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution**. Oxford University Press, 2005.

EMPRESA BRASILEIRA DE COMUNICAÇÃO. **Governo revisa para R\$ 855,7 bi economia com reforma da Previdência**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-12/governo-revisa-para-r-8557-bi-economia-com-reforma-da-previdencia>>. Acesso em 25 de jan. 2023.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização**. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo, ano 16, n. 40, p. 67-81, Abril-Junho/2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Governabilidade e revisão constitucional (Ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira especialmente em vista da Constituição de 1988)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 193, p. 1-11, jul. 1993. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45767>>. Acesso em: 02 MAR. 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v193.1993.45767>.

FILHO, Marçal Justen. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

FONSECA, Reynaldo Soares. **O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

GONÇALVES, Benedito. GRILO, Renato Cesar Guedes. **A utilização dos instrumentos de *compliance* para a realização do princípio da moralidade administrativa**. in POZZO, Augusto Neves Dal. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Compliance* no direito administrativo: volume 1. São Paulo: Revista dos tribunais, 2020.

GLOBO. **GOVERNO QUER GANHAR R\$ 1 TRI NO CONGRESSO, MAS PODE PERDER R\$ 1 TRI NO STF Processos tributários no Supremo podem compensar, em igual medida, a expectativa de economia com a reforma da Previdência**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/epoca/governo-quer-ganhar-1-tri-no-congresso-mas-pode-perder-1-tri-no-stf-1-23639024>>. Acesso em 13 de jun. de 2023.

GRILO, Renato Cesar Guedes. **A necessidade de diálogo institucional entre os poderes para a construção de uma compensação fiscal após a prolação de decisões judiciais paradigmáticas tributárias**. Dissertação (Mestrado em direito e políticas públicas) – Centro Universitário de Brasília. Brasília.2020.

GRILO, Renato Cesar Guedes. **A recomendação 1/20 da Corregedoria Nacional do Ministério Público e os conceitos de 'liberdade política' e 'independência' da teoria de organização dos poderes de Montesquieu**. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/319710/a-recomendacao-1-20-da-corregedoria-nacional-do-ministerio-publico-e-os-conceitos-de-liberdade-politica-e--independencia--da-teoria-de-organizacao-dos-poderes-de-montesquieu>>. Acesso em 8 mar. 2023.

GRILO, Renato Cesar Guedes. **Os conceitos de liberdade política e de independência dos cidadãos na Teoria da Organização de poderes de Montesquieu**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 out 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55064/os-conceitos-de-liberdade-politica-e-de-independencia-dos-cidadaos-na-teoria-da-organizacao-de-poderes-de-montesquieu>. Acesso em: 08 mar. 2023.

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ECONOMIA – FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Brasil precisaria crescer 5,7% em 2019 e 2020 para a década 2011-20 não ser a pior década dos últimos 120 anos**. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://blogdoibre.fgv.br/posts/brasil-precisaria-crescer-57-em-2019-e-2020-para-decada-2011-20-nao-ser-pior-decada-dos>>. Acesso em 7 mar. 2023.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **As distorções de uma carga tributária regressiva. 2015. Ano 12. Edição 86 - 28/03/2016**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=3233>. Acesso em 7 mar. 2023.

INSTITUTO FISCAL INDEPENDENTE – IFI. **Relatório de Acompanhamento Fiscal Junho de 2018**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/542807/RAF17_JUN2018_TopicoEspecial_CargaTributaria.pdf>. Acesso em 7 mar. 2023.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A fraternidade no direito constitucional brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais**. 2016. 204f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia UFBA, Salvador. 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/20048/1/CLARA%20CARDOSO%20MACHADO%20JABORANDY.pdf>>. Acesso em: 16 de jun. 2023,

JOTA. **Comsefaz estima perda de R\$ 9 bi se STF barrar diferença de alíquota de ICMS**. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/comsefaz-estima-perda-de-r-9-bi-se-stf-barrar-diferenca-de-aliquota-de-icms-11112020>. Acesso em 8 mar. 2023.

JOTA. **O risco fiscal do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/o-risco-fiscal-no-supremo-tribunal-federal-13012020>>. Acesso em 8/10/2020>. Acesso em 8 mar. 2023.

JOVEM PAN. **Auxílio emergencial custará R\$ 322 bi ao governo, 3 vezes mais que o gasto com ministérios**. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://jovempan.com.br/noticias/auxilio-emergencial-custara-r-322-bi-ao-governo-3-vezes-mais-que-o-gasto-com-ministerios.html>>. Acesso em 7 mar. 2023.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

LONGO FILHO, Fernando José. **A última palavra e diálogo institucional: relações com as teorias democráticas em Dworkin e Waldron**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação – UFMG. Vol. 10. N. 3, 2015.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria constitucional**. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, jul. 2009. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31081>>. Acesso em 16 jun. 2023.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal**. 2014. 271f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Puc/SP), São Paulo. 2014. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6436/1/Carlos%20Augusto%20Alcantara%20Machado.pdf>> Acesso em: 16 jun. 2023.

MADISON, James. **Os artigos federalistas, 1787-1788 - tradução de Maria Luiza X. de A. Borges**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993.

MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET. Ingo Wolfgang Sarlet. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Influência de Peter Häberle no Constitucionalismo Brasileiro**. In: Revista de Estudos Institucionais, v. 2, n. 1, pp. 30-56, 2016,

MIGALHAS. **"Se eu pudesse, eu aboliria alguns tributos", diz Marco Aurélio**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/quentes/335921/se-eu-pudesse--eu-aboliria-alguns-tributos---diz-marco-aurelio>>. Acesso em 13 nov. 2020.

MIRANDA, Jorge. **Formas e sistemas de governo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2000.

MURPHY, Liam. NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade: os impostos e a justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NABAIS. José Cassalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Relatórios Econômicos OCDE: Brasil, 2018**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>> . Acesso em 3 mar. 2023.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro**. In. **Direito regulatório: temas polêmicos / Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. 2. ed. rev. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 3ª ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PORTAL FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Década cada vez mais perdida na economia brasileira e comparações internacionais**. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/artigos/decada-cada-vez-mais-perdida-economia-brasileira-e-comparacoes-internacionais>>. Acesso em 7 mar. 2023.

PORTAL FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. **Empobrecimento Relativo do Brasil nas Últimas Décadas**. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/artigos/empobrecimento-relativo-brasil-ultimas-decadas>>. Acesso em 8 mar. 2023.

PORTAL G1. **Investimento no Brasil cairá na década pela 1ª vez desde os anos 80, aponta estudo**. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/10/25/investimento-no-brasil-caira-na-decada-pela-1a-vez-desde-os-anos-80-aponta-estudo.ghtml>>. Acesso em 7 mar. 2023.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

_____. **Para Além do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2005.

_____. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REVISTA ÉPOCA. **Governo quer ganhar 1 tri no Congresso mas pode perder 1 tri no Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/governo-quer-ganhar-1-tri-no-congresso-mas-pode-perder-1-tri-no-stf-1-23639024>>. Acesso em 8 mar. 2023.

REVISTA EXAME. **Desoneração da folha de pagamento não gerou empregos, diz Ipea. São Paulo, 2018**. Disponível em: <<https://exame.com/economia/desoneracao-da-folha-nao-gerou-empregos-diz-ipea/>>. Acesso em: 8 mar. 2023.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O Capitalismo Humanista**. Petrópolis: Editora KBR, 2011.

SEU DINHEIRO. **Variação do PIB na década poderá ser zero, diz FGV. São Paulo, 2002**. Disponível em: <<https://www.seudinheiro.com/2020/economia/variacao-do-pib-na-decada-podera-ser-zero-diz-fgv/>>. Acesso em 3 mar. 2023.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SOUZA, José Pedro Galvão de. **Da representação política**. São Paulo: Saraiva, 1971.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TAYLOR, Matthew M.. **The judiciary and public policies in Brazil**. Dados, 2007. Vol.50, n.2, pp.229-257. ISSN 0011-5258.

TESOURO TRANSPARENTE. **Relatório de avaliação de receitas e despesas primárias**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-de-avaliacao-de-receitas-e-despesas-primarias-rardp/2020/15>>. Acesso em 8 mar. 2023.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Os direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VALOR ECONÔMICO. **Em defesa de todos os contribuintes**. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2018/04/03/em-defesa-de-todos-os-contribuintes.ghtml>>. Acesso em 8 mar. 2023.

VALOR ECONÔMICO. **PIB do Brasil cai 7,2% em dois anos, pior recessão desde 1948**. São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2017/03/07/pib-do-brasil-cai-72-em-dois-anos-pior-recessao-desde-1948.ghtml>>. Acesso em 8 mar. 2023.

VALOR. **Guedes, sobre precatórios: “Devo, não nego; pagarei assim que puder”**. Disponível em: < <https://valor.globo.com/politica/noticia/2021/08/03/guedes-sobre-precatórios-devo-nao-nego-pagarei-assim-que-puder.ghtml>>. Acesso em 13 jun. 2023.

VEJA. Rodrigo Maia: **‘Não vamos tratar de aumento de impostos na Câmara’**. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/rodrigo-maia-nao-vamos-tratar-de-aumento-de-impostos-na-camara/>>. Acesso em 3 mar. 2023.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015

VIZEU, Leonardo. **Lições de direito econômico**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

_____. **Law and Disagreement**. New York, Oxford University Press, 2004.

_____. **The core of the case against judicial review**. Yale Law Journal, v. 115, p. 1346, 2005-2006.

_____. **Judicial Review and Judicial Supremacy**. New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Working Paper n° 14-57, nov.2014.