
GLOBALIZAÇÃO, SEPARAÇÃO DE PODERES E TEMPO LEGIFERANTE

*Renato Casagrande**

*Roberto Freitas Filho***

1. Introdução

O presente artigo foi inicialmente preparado como uma intervenção a ser apresentada durante o Simpósio Brasileiro de Estudos Constitucionais, promovido pelo Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) e Universidade do Legislativo Brasileiro (Unilegis), em comemoração aos 20 anos de promulgação da Constituição Federal.

A publicação de um livro consubstanciando as discussões que tiveram lugar no Simpósio é mais uma bem-vinda iniciativa das duas renomadas instituições. É o registro da exitosa iniciativa de discussão de temas da mais alta relevância sobre os vinte anos posteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988, em diversas abordagens.

Adotamos um enfoque sócio-jurídico, com viés político. O tema que nos foi sugerido foi o controle judicial da atividade parlamentar, o qual optamos por recortar, considerando preponderantemente a variável *tempo* na questão da legiferação e seus impactos no dogma da separação dos poderes.

O fato sócio-econômico em relevo na presente análise é a globalização econômica, tendo em vista a atuação dos poderes na complexa atividade de dar forma a determinações diretas para a realização (implementação e execução) de políticas públicas estabelecidas na Carta Constitucional. Nos últimos vinte anos o processo contínuo de incremento da tecnologia de informação e de transportes permitiu o aumento da velocidade das transações comerciais em escala global. Sugerimos que essa importante mudança no ritmo das transações comerciais e do

* **Renato Casagrande** é Engenheiro Florestal e Advogado. É Senador da República pelo Estado do Espírito Santo.

** **Roberto Freitas Filho** possui graduação em Direito pela Universidade Católica de Santos (1993), mestrado em Direito pela Universidade de São Paulo (2002), doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (2006) e Pós-Doutorado pela Universidade de Wisconsin - Madison - EUA (2006). Atualmente é professor de Graduação e Mestrado no UniCeub, em Brasília. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia e Teoria Geral do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: direito do consumidor, contratos, filosofia do direito e responsabilidade civil.

fluxo de capitais no âmbito do mercado global “coloniza” outros campos da experiência humana, entre elas a política, tendo implicação nas relações entre os três Poderes da República. O Poder Executivo funciona em uma lógica temporal diversa daquela na qual funcionam o Legislativo e o Judiciário, o que gera discrepância de atuação entre eles. Por conta da lentidão do processo legislativo, Executivo e Judiciário acabam por legislar, adentrando área própria do Poder Legislativo, o que resulta na dificuldade dele se afirmar como um Poder relevante e necessário aos olhos da sociedade, por conta do déficit de legitimidade gerado.

Em síntese, no presente artigo procuramos refletir sobre o fenômeno da globalização, especificamente em relação à variável tempo, e suas implicações para as relações funcionais entre os Poderes, sem supor um estudo à exaustão, mas com a modesta pretensão de apresentar alguns pontos que nos parecem relevantes sobre essas questões.

2. Bens coletivos e distribuição

Nas duas últimas décadas tem havido crescente movimento no sentido da judicialização da política. Isto se deve, em grande parte, à cristalização, no texto constitucional de 88, de uma série de diretrizes para a realização de políticas públicas. A Constituição previu um longo rol de direitos individuais e sociais e um título específico é dedicado à ordem social. A história de negligência em relação à implementação dos direitos sociais, associada à demanda reprimida pela sua efetivação durante o período de exceção, criou a situação de uma massa cidadã a exigir políticas e serviços públicos, ao mesmo tempo em que o Estado não era capaz de dar respostas satisfatórias (FONTE, 2008). Esse é, portanto, um desafio atual dos Poderes.

O que está em jogo nas políticas públicas constitucionais que dizem respeito aos direitos individuais e sociais é fundamentalmente a alocação equânime dos resultados do esforço coletivo de produção de riqueza e o acesso aos bens culturais, simbólicos e da estrutura básica da sociedade, que permitem o exercício das condições de dignidade da pessoa humana. São as políticas públicas o principal meio de efetivação dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. Nos direitos sociais e nos demais direitos fundamentais encontram-se os objetivos finais de algumas das políticas públicas executadas pelo Estado. As decisões tomadas nesse âmbito são, por essência, fruto de escolhas políticas.

Os bens a serem alocados apropriadamente por meio das políticas públicas são, em indivisíveis, de fruição coletiva e têm relação com a dimensão distributiva da justiça. Justiça distributiva é a regra segundo a qual os interesses particulares são articulados para que uma forma de produção de vida com liberdade seja possível. A distribuição, na perspectiva das políticas públicas em que se alocam recursos coletivos, deve ocorrer em relação a coisas

comuns (não produzidas por ninguém), coisas produzidas em comum, autoridade e poder e, por fim, incentivos a talentos individuais socialmente relevantes (LOPES, 2006, p. 127).

Os bens coletivos são relativos ao conjunto de recursos compartilháveis por todos os indivíduos, a exemplo do meio ambiente. A redação do artigo 225 da CF dá a medida da dificuldade de alocação dos bens coletivos. Quando se diz que *todos* têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao mesmo tempo o dever de prover e manter o equilíbrio ecológico é de *todos* (Poder Público e coletividade), aparentemente há uma confusão (no sentido técnico do termo) das posições de “credor” e “devedor”, o que no limite inviabilizaria a dedução de pretensão. Uma política pública que tenha por objetivo regular o exercício da propriedade privada em consonância ao direito de todos ao meio ambiente equilibrado tem de lidar com os limites da apropriação individual dos recursos ambientais, tanto em termos econômicos quanto em termos de fruição pessoal, considerando variada gama de princípios, regras e valores, tendo em vista uma boa e digna qualidade de vida e com o compromisso intergeracional (LEUZINGER; CUREAU, 2008, p. 19).

Uma primeira distinção se faz importante nesse momento. A noção de política pública implica necessariamente pensar a ação governamental na escala coletiva, distintamente do processo judicial, em que as decisões são, no mais das vezes, proferidas em chave individual. Mesmo em juízo, os conflitos são, hoje, em grande número coletivos, pois embora apareçam como um problema individual, em realidade refletem questões relativas a direitos transindividuais, como no caso dos direitos dos consumidores, direito à saúde, educação etc. As decisões em processos individuais desse tipo de conflitos têm impacto potencial em uma coletividade destinatária de políticas públicas financiadas por recursos orçamentários ou são relativos à distribuição dos riscos sociais e são, portanto, coletivos. Embora não nos dediquemos neste trabalho a ela, é importante registrar que a *escala* é uma importante variável do problema tratado, e distingue as lógicas do Judiciário, do Legislativo e do Executivo. Os dois últimos funcionam na escala coletiva, e no primeiro, embora os problemas sejam, via de regra, coletivos, eles podem aparecer na escala individual.

Do ponto de vista econômico, é grande a complexidade de dar concretude às determinações constitucionais sobre os direitos sociais. Direitos à saúde, à educação e a um sistema de previdência social, por exemplo, pressupõem cálculos intrincados e um sistema distributivo sofisticado para a sua implementação¹.

¹ Um pressuposto da atividade legiferante em relação à alocação equânime de bens coletivos é a necessária definição dos *critérios* de distribuição, ou seja, quem deve fazer o quê para que alguém tenha acesso ao recurso. A relevância do tema aparece na obra de influentes autores como Amartya Sen e John Rawls, os

As constituições sociais, ao consagrarem direitos que necessitam de ação direta do Estado para a sua instrumentalização, impõem ao executor da norma o dever de envidar uma série de ações que têm por objetivo a realização da política constitucionalmente determinada. Ocorre que, como já afirmamos, por conta das transformações tecnológicas que impactaram na economia, a dinâmica da governabilidade não se coaduna com a da legiferação por meio do tradicional processo legislativo.

3. Políticas públicas e direitos fundamentais

A força normativa da Constituição Federal vincula-se à possibilidade de que os direitos nela previstos sejam concretizados por meio do controle judicial. A Constituição prevê direitos individuais e sociais a serem implementados por meio de políticas públicas. As cortes constitucionais têm, assim, função garantidora da realização das prescrições normativas que consagram direitos, fazendo com que o texto constitucional supere a função simbólica de reconhecimento de demandas sociais e passe a ser um real programa de atuação das instituições.

Os tribunais atuam como agentes de tutela positiva na realização das prescrições jurídicas relativas às políticas públicas por meio das quais são implementados os direitos constitucionais. O ponto fundamental em relação à análise das políticas públicas é a questão decisória, ou seja, o que e como fazer para atingir os resultados esperados.

O estudo das políticas públicas é um fato recente na teoria brasileira (FONTE, 2008). Talvez por isso, o consenso sobre sua definição seja ainda problemático. Dedicaram atenção ao tema, dentre outros, Maria Paula Dallari Bucci (1996), Fábio Konder Comparato (1997) e Eros Roberto Grau (2003). Adotando a definição² de Bucci, tem-se que políticas públicas são “arranjos institucionais complexos, expressos em estratégias formalizadas ou programas de ação governamental, visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades

quais se ocuparam da tarefa de, com base em uma concepção de justiça, tentar propô-los. Ver Sen (2001 e 2002). Sen, ao trabalhar com o tema do desenvolvimento, ataca a questão da desigualdade, que para ele é explicada pela falta de oportunidades e pela privação de liberdades básicas, na desigualdade do indivíduo isolado, na ausência de condições iguais básicas de existência (acesso à saúde, educação, saneamento básico, alimentos, etc.), elementos capazes de serem proximamente igualados entre os indivíduos empiricamente diversos. A igualdade a ser buscada é uma igualdade substantiva e o Estado deve agir para prover os indivíduos com as capacidades de funcionamentos que lhes permitam agir em liberdade. A constituição das ‘liberdades’ (por exemplo, liberar o indivíduo da fome) capazes de dar às pessoas sua “condição de agentes” para atuarem livremente e construir seu futuro como queiram. Ver ainda Rawls (2000 e 2002). Rawls, autor da mais influente teoria da justiça do século XX, propõe dois princípios de distribuição: (1) Liberdades iguais e (2) tratamento diferente para promover maior benefício aos que se encontram em situação de menor bem-estar.

² A autora reconhece a dificuldade de propor um conceito jurídico de *políticas públicas*, entendendo que a dificuldade decorre em grande medida da natureza interdisciplinar do problema. De toda sorte, para os fins de nosso argumento adotamos uma proposta conceitual. Ver Bucci (s/d. (a), p. 2).

privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, e resultam de processos conformados juridicamente” (BUCCI, s/d. (b), p. 10). Pode-se entender também que políticas públicas são “diretrizes, princípios norteadores da ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediação entre atores da sociedade e do Estado. São esses casos, de políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos, que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos” (TEIXEIRA, 2002). A definição do que sejam políticas públicas permite verificar que há necessariamente a atuação do Estado por meio de instituições que têm de agir em sintonia para a sua implementação e que elas envolvem a distribuição dos recursos coletivos, ou seja, pressupõem decisões políticas, que deve se dar segundo marcos normativos estabelecidos na legislação³. Os Poderes são, portanto, agentes de implementação de políticas públicas.

A elaboração das políticas públicas implica definir quem decide o quê, com que consequências e para quem, sendo as definições relacionadas ao contexto político em que se vive. As políticas públicas são atividades próprias da ação governamental, mas não são tudo o que é produzido pelo Estado (Ver SANTOS *et al.*, 2007). É ínsito ao conceito de políticas públicas que elas agreguem elementos políticos, econômicos, sociais, organizacionais, relativos à gestão pública, na forma de processos juridicamente disciplinados. São implementadoras dos direitos constitucionalmente previstos, especialmente econômicos e sociais.

4. O contexto: a globalização

O contexto em que os direitos previstos na CF devem ser garantidos é o do mundo do mercado globalizado.

As mudanças econômicas e sociais ocorridas nos últimos vinte anos decorrentes da globalização trouxeram o agravamento da exclusão social e aumentaram as desigualdades de oportunidades de acesso aos bens materiais, culturais e simbólicos necessários ao exercício digno da cidadania. Nesse cenário as dificuldades de concretização dos objetivos de justiça social consagrados na Constituição são crescentes, na medida em que o modelo de produção é, por essência, concentrador (DUPAS, 1999, p. 13).

³ Cristiane Derani (2002, p. 239) propõe interessante definição, dizendo que são manifestações das relações de forças sociais refletidas nas instituições estatais, atuando sobre campos institucionais diversos, em função do interesse público, destinando-se a alterar as relações sociais estabelecidas.

Embora o conceito de globalização seja de difícil precisão, tomá-lo-emos aqui no sentido mais usualmente referido na literatura especializada⁴. A partir da década de 80 houve uma intensificação do processo de internacionalização das economias capitalistas a qual se convencionou chamar de *globalização*. Decorrente desse processo, há enorme integração dos mercados financeiros mundiais e aumento do comércio internacional com intensidade jamais vista, com a criação de empresas transnacionais que operam em rede (DUPAS, 1999, p. 14). O poder das empresas transnacionais em um mundo globalizado é rival do poder do Estado de realizar autonomamente a tomada de decisões em relação à economia e à política.

Outro aspecto importante da globalização é a repercussão das mudanças econômicas na dimensão temporal dos acontecimentos. Como fenômeno decorrente da constante evolução tecnológica, ela resultou, ressalta Castells (1999, p. 457/496), na compressão do tempo e do espaço de tal forma que os limites geográficos não são mais barreira às relações econômicas. Assim, a informação, o transporte e o fluxo do capital se dão em escala global de forma corriqueira, o que não ocorria em outros momentos da história. É um mercado global, onde tudo acontece de forma imediata.

Como o poder econômico das empresas transnacionais, pela sua dimensão e pela repercussão social das suas decisões de investimento, é competidor do poder político dos Estados, a autonomia soberana na condução da aplicação de políticas públicas dos agentes políticos internos fica sensivelmente comprometida. A conversão das economias nacionais num sistema mundial único está, portanto, conduzindo ao redimensionamento do princípio da soberania nacional, assim como o primado do equilíbrio entre os poderes.

A tripartição de poderes foi originariamente destinada a conter o absolutismo dos primeiros tempos do Estado moderno e disciplinou o monopólio do uso legítimo da violência por parte do despotismo esclarecido, estabelecendo que a atribuição da titularidade da iniciativa legislativa é dos parlamentos soberanos. Tal configuração institucional do poder restringe o campo de ação do Executivo aos limites estritos da lei, confere ao Judiciário a competência exclusiva para julgar e dirimir conflitos e atribui ao Legislativo as funções legiferante e fiscalizatória.

Nesta formulação o constitucionalismo deu conta das dificuldades engendradas pelas mudanças ocorridas durante o século XIX, garantindo legitimidade política e segurança jurídica necessárias à realidade do mercado capitalista. O constitucionalismo construiu, assim,

⁴ “Convertida numa das chaves interpretativas do mundo contemporâneo, *globalização* não é um conceito unívoco. Pelo contrário, é um conceito plurívoco, comumente associado à ênfase dada pela literatura anglo-saxônica dos anos 80 a uma nova economia política das relações internacionais.” (FARIA, 2002, p. 59).

uma engenharia institucional jurídico-política de garantia das liberdades públicas e de direitos fundamentais, moldando a democracia representativa.

No século XX, com o declínio do primado do equilíbrio entre os poderes por conta da crise econômica estrutural da década de vinte e da crescente complexidade das relações sociais, o Executivo viu-se obrigado a dar respostas cada vez mais rápidas e eficazes a questões econômicas, administrativas e comerciais não previstas pela teoria liberal clássica. Assume, assim, funções até então do Legislativo e do Judiciário. O Executivo passa, assim, a induzir, controlar e coordenar o mercado. O Estado liberal converte-se em Estado-Providência, promovendo crescimento econômico e assegurando distribuição dos recursos coletivos e proteção dos cidadãos menos favorecidos.

A função do Estado passa de “ordenadora” para “reguladora”, intervindo efetivamente no campo da economia. No mundo contemporâneo da globalização, a intervenção do mercado tem de ser combinada com a intervenção do Estado atuante e catalizador, que facilite, encoraje e regule os negócios (DUPAS, 1999, p. 113).

Os efeitos da globalização econômica promovem impacto no modelo do Estado-Providência, especialmente na década de 1970, quando as inovações tecnológicas ganham grande escala de utilização. Os choques do petróleo de 1973 e 1979 resultam na crise de sustentabilidade das políticas welfaristas e levam à recessão diversos países desenvolvidos. Um novo salto tecnológico é dado, com o objetivo de reduzir o impacto do custo do trabalho e da energia no preço final dos produtos e serviços. O sistema decisório e regulatório inspirado no modelo político-jurídico liberal, cujos elementos ainda estavam presentes no Estado-Providência, acaba por ruir (FARIA, 2004, p. 70).

O resultado do aumento da complexidade social e econômica e o ineditismo das questões que surgiram levaram o Executivo a editar normas de organização, de comportamento e programáticas. As constituições dirigentes⁵ consistem, neste cenário, num estatuto organizatório definidor de competências e regulador de processos e conformam um marco político dos Estados intervencionistas, estabelecendo um programa para o Legislador e para os governantes concretizarem as diretrizes programáticas constitucionais.

A partir da década de 80 surgem outros pontos de ruptura, notadamente a desconcentração do aparelho estatal, a privatização de empresas públicas, a “flexibilização” da legislação social, a internacionalização do Estado, com processos de integração de blocos

⁵ A constituição dirigente é caracterizada por um texto constitucional que, além de consistir num estatuto organizatório definidor de competências e regulador de processos no âmbito de um determinado Estado nacional, atua também com uma espécie de estatuto político. Ver Canotilho (1982, p. 11).

regionais e tratados de livre comércio, mecanismos de incentivos e subsídios fiscais e a expansão da *Lex mercatoria*⁶ como um direito paralelo ao do Estado, com foros de negociação estabelecidos por grandes grupos empresariais.

Como as instituições internas têm seus componentes formados num paradigma liberal, as decisões são tomadas de forma a observar a soberania interna do Estado, mas desconsideram as implicações mercadológicas globais. O conceito de soberania adstrito aos limites geopolíticos do Estado é insuficiente para dar conta de explicar o fenômeno jurídico e operar um sistema de resolução de conflitos inserto no mercado mundializado. A *Lex mercatoria* se impõe assim como a mais importante *ratio* da lógica econômica dos atores globais.

Posta esta breve descrição do contexto, no qual os Poderes atuam, três aspectos importantes do prisma dos resultados da globalização para os cidadãos merecem ser sinteticamente destacados. Primeiro, a implementação de mercados livres globalizados trouxe consigo uma dramática acentuação das desigualdades econômicas e sociais no interior das nações e entre elas. Segundo, o impacto da globalização é mais significativo para os que menos dela se beneficiam. Terceiro, o impacto político e cultural da globalização é crescentemente importante, considerada a escala real dos problemas sociais já existentes (HOBBSAWN, 2007, p. 11-13). O avanço da economia global não garante no futuro, unicamente por mecanismos de mercado, que haja postos de trabalho, mesmo os flexíveis, compatíveis com as necessidades mínimas dos cidadãos. A lógica do fracionamento da cadeia produtiva incorpora a adoção de bolsões de trabalho barato ao redor do mundo, não aumentando necessariamente o nível dos salários (DUPAS, 1999, p. 166). Implementar políticas públicas e realizar a governabilidade nessa situação é tarefa de difícil consecução, especialmente em relação a uma variável do problema, que agora discutiremos: o tempo.

5. O tempo

O conceito de tempo tem importância fundamental nos debates atuais da teoria social. O tempo, desde esta perspectiva, contrariamente ao que se imagina no senso comum, é um conceito contextual, ou seja, o tempo é local, circunstante.

A noção de tempo é, portanto, social, e não propriamente cronológica. Isso é visível, por exemplo, em relação à produção fordista, que forjava o tempo como aceleração do trabalho

⁶ A globalização econômica e a crescente expansão de um direito paralelo ao dos Estados leva ao reconhecimento da *Lex mercatoria* que se impõe pela necessidade de velocidade nas decisões que tenham impacto na vida econômica das empresas, principalmente as que operam em escala transnacional.

associada ao dinheiro com aumento de pagamento, ou o caso da aceleração do tempo por motivo ideológico.

Observa Castells (1999, p. 557) que o tempo, como uma categoria linear, irreversível, mensurável e previsível, vem sendo modificado de forma nunca antes vista, dada a necessidade do capitalismo se libertar de todas as amarras e restrições, incluída aí a barreira cronológica às possibilidades de acumulação.

Ao perder sua essencialidade como conceito explicativo e operativo, o tempo, no sentido cronológico, perde também sua capacidade organizativa das relações sociais. Um novo conceito de tempo substitui aquele tempo linear, o *tempo intemporal*. O conceito de tempo intemporal é usado por Castells com a advertência que a transformação do tempo não diz respeito a todos os processos, agrupamentos sociais e territórios de nossas sociedades, embora afete todo o planeta. Ele é “uma forma *dominante* emergente do tempo social na sociedade em rede porque o espaço de fluxos não anula a existência de lugares” (CASTELLS, 1999, p. 461).

A ideia de tempo está presente de forma constituinte, no conceito de globalização. Tanto é assim que Giddens (1990, p. 64) descreve a globalização como sendo a intensificação das relações sociais em nível mundial que ligam localidades distantes de tal forma que acontecimentos locais são conformados por eventos que ocorrem a muitas milhas de distância e vice-versa, revelando a ideia de imediatidade. Harvey (1990, p. 240), por sua vez, se refere à globalização como a mudança de percepção do tempo e do espaço ou como a compressão do tempo-espaço.

Da perspectiva econômica, com a globalização, pela primeira vez na história surgiu um mercado de capitais unificado funcionando em *tempo real*. Como os lucros são maiores quanto maior é a velocidade das transações econômicas, a derrubada do obstáculo temporal à circulação do capital na dimensão global permite aumentar significativamente a possibilidade de acumulação. Além do aumento da velocidade em si das transações, a possibilidade de multiplicá-las é, também, um outro instrumento de ganhos. A capacidade de executar uma infinidade de transações em tempo reduzido, implementando circularidade ao trânsito do capital, é o que caracteriza o sistema. A projeção de ganhos, no tempo futuro e imediatizada no presente, comprime o tempo, de forma que tudo na economia acontece no “agora”, mesmo os prognósticos futuros, que são incessantemente imediatizados.

O capital comprime e dissolve o tempo. As consequências desse fenômeno são extremamente relevantes para o direito. Os efeitos da globalização prescindem de regulação normativa. Entre os mais importantes, vemos crises monetárias recorrentes, dificuldades do

capital prever o futuro, a potencial destruição de empresas e postos de trabalho decorrentes de mudanças constantes de cenários econômicos, transferência da poupança para o investimento de risco, riscos para fundos de pensão, dependência de economias periféricas de movimentos de capital especulativo e, mais importante, a “destruição, na esfera coletiva, das sociedades, do padrão de comportamento de satisfação adiada, em benefício da ideologia comum do ‘dinheiro fácil’ que enfatiza o jogo individual com a vida e a economia; e o prejuízo basilar à percepção social da correspondência entre produção e recompensa, trabalho e significado, ética e riqueza” (HARVEY, 1990, p. 463). O tempo econômico é, portanto, gerenciado como um recurso, como um fator diferencial em relação aos atores econômicos. O tempo é comprimido e processado⁷.

Para os fins do presente argumento, é importante salientar que *há uma fragmentação e potencial contradição no conceito de tempo*. O tempo não é mais uma noção cronológica, mas uma noção operativa, com a qual é possível realizar diferentes performances, dependendo de como se lhe opera em um determinado processo.

Por influência da globalização, o tempo da economia acaba por ser o mais importante e mais utilizado conceito de tempo, revelando-se presente em vários campos da experiência social⁸. Nossa hipótese é que o imediatismo do tempo econômico acaba por se estabelecer como a referência em outros campos da experiência humana, como é o caso do exercício do governo pelo Poder Executivo. A governabilidade pressupõe a tomada de decisões em tempo imediato, enquanto o tempo da tomada de decisões nos âmbitos do Legislativo e do Judiciário é outro. Podemos falar, assim, em dois tempos diferentes, o *tempo econômico* e o *tempo jurídico*, que funcionam em duas dimensões distintas.

Embora direito e economia sejam disciplinas políticas, no sentido de que pressupõem a aplicação do raciocínio prático, há uma diferença fundamental nas lógicas das duas disciplinas. Tomado o direito no momento da legiferação (excluídas, portanto, as dimensões

⁷ A reflexão sobre o processo de globalização econômica e seu impacto no bem-estar dos indivíduos está longe de atingir consenso. Por outra, importantes e acalorados debates encontram-se em plena efervescência, o que revela a forte dimensão ideológica das abordagens. Um exemplo de defesa aguerrida da globalização e do liberalismo de mercado é o trabalho de Lal (2007, p. 165/194). Para uma visão crítica ver Santos; Garavito (2007).

⁸ Um dos exemplos da proeminência do tempo econômico (o imediatismo) nos demais campos é a linguagem visual da MTV, a “linguagem MTV”, em que sucessão de imagens, mensagens, músicas e informações são apresentadas ao telespectador de forma superficial e imediata. “Imbuídos da lógica do consumo, os videoclipes podem ser analisados pelo ponto de vista de uma onírica manipulação de signos, operada dentro dos novos horizontes abertos pela tecnologia, não necessariamente por videoartistas, mas por ‘homens de mercado’, os publicitários. Baseados na exterioridade da orquestração de mensagens audiovisuais que provocam sensações efêmeras, os videoclipes são a representação simbólica do *star system* (o mundo das estrelas do rock e do pop) que o público quer consumir mesmo que virtualmente. Eles são mensagens operativas produzidas pelo processo tecnológico das comunicações de massas; são portanto, mensagens de consumo” (PEDROSO; MARTINS, 2006, p. 5).

da norma posta como objeto da chamada “ciência do direito” e a norma no momento de sua aplicação), constata-se que o ritmo das discussões e debates parlamentares é lento, ao contrário do tempo econômico. É próprio do processo legislativo que haja pouca velocidade na confecção de leis, já que as normas devem programar o futuro, o que torna a produção de leis um processo de especulação sobre os resultados e impactos da norma na realidade fática. Normas têm de ser capazes de regular um campo de condutas e, ao mesmo tempo, de controlar retrospectivamente os desvios. Daí falar-se em funções didática e repressiva das normas. As normas jurídicas têm, assim, pretensão de estabilidade e durabilidade, pois são, em certo sentido, estruturantes do “jogo” social.

A economia, por sua vez, trabalha com um princípio que enseja o arrojo dos comportamentos, o princípio da *liberdade de iniciativa*. As regras econômicas em um mercado livre devem permitir algum grau de previsibilidade e segurança, mas também permitir abertura para a adaptabilidade própria às nuances dos contextos competitivos. Por conta da distinção entre os objetivos das duas disciplinas, é possível se postular que os *tempos* do direito são o *ontem* e o *amanhã* e o *tempo* da economia é o *hoje*⁹.

As demandas por soluções de governo para problemas normativos com impacto social são operadas com a lógica do tempo econômico, pois a velocidade dos fatos políticos e econômicos torna a expectativa de exercício do governo imediata. O Poder Executivo tem, assim, um dilema constante na realização e implementação das políticas públicas. Ou submete a produção de normas ao processo legislativo regular e corre o risco de não conseguir responder a tempo às demandas da lógica de mercado ou produz normas por meio de processo legislativo abreviado, a exemplo das medidas provisórias (MPVs), e perde politicamente em termos de legitimidade. A resposta normativa resolve o problema da dimensão da governabilidade econômica do governo, mas gera um déficit de legitimidade democrática, na medida em que legisla sem amplo debate, enfraquecendo o papel do Legislativo.

Reconhecendo que o processo legislativo tem, pela sua própria natureza, um ritmo lento e que a demora dele decorrente pode ser um entrave insuperável à governabilidade, o constituinte previu a possibilidade de um processo legislativo abreviado, as medidas provisórias, previstas no artigo 62 da Constituição Federal. Os requisitos constitucionais de urgência e relevância para a edição de medidas provisórias cumprem politicamente a função retórico-simbólica de abrir uma válvula de escape excepcional para permitir ao Executivo o

⁹ Ao utilizar a noção de “tempo” não estamos a fazer referência ao conceito de contagem de tempo, mas sim da projeção de expectativa contrafática de normatização. Mesmo em ramos do direito em que o tempo decisório é mais curto, como no caso do direito eleitoral, as decisões são sempre formulações de juízo sobre um tipo de comportamento que se deseja estabilizar, portanto voltado ao passado.

exercício do processo legislativo. O problema se coloca quando a excepcionalidade se torna a regra, como é o caso brasileiro¹⁰.

O Judiciário, por sua vez, enfrenta a questão de dar respostas normativas às demandas de concreção de políticas públicas por meio de decisões em conflitos individuais e coletivos que lhe são apresentados. Ao fazê-lo, acaba por determinar conteúdos normativos concretos aos princípios e direitos genericamente enunciados na Constituição. Ao contrário do ritmo lento em que o Judiciário funciona, de forma geral as decisões judiciais que dizem respeito a direitos decorrentes de políticas públicas anunciadas na Constituição são dadas em sede de liminar, na qual o tempo é imediato. A função precípua do Legislativo fica, assim, minorada, porquanto tanto Executivo quanto Judiciário acabam por invadir o campo da competência legiferante, em tese reservado ao primeiro.

6. A visão do Judiciário

Um exemplo interessante que ilustra o argumento da incomensurabilidade entre os tempos da economia e do direito é a edição de medidas provisórias com o objetivo de aprovação de abertura de créditos extraordinários.

A estratégia legítima de obstruir votações de matérias relevantes ao governo faz com que o orçamento não seja votado a tempo, obstaculizando as ações de governo. O governo, por sua vez, em nome da governabilidade, apela para a edição de medidas provisórias.

Notícia do *site* G1, de 15 de maio de 2008, informa posição de alguns ministros do Supremo Tribunal Federal quanto à edição de MPVs:

A edição de medidas provisórias pelo governo tem sido bastante criticada nos últimos tempos. Durante a posse do novo presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Mendes, em abril, **o excesso de MPs foi alvo de críticas** do próprio Gilmar e também do presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Cezar Britto.

As medidas provisórias para a aprovação de créditos extraordinários respondem à necessidade de lidar com o problema gerado pela disjunção entre as lógicas temporal econômica e jurídica.

A lógica da governabilidade econômica é a seguinte: a não-aprovação pode gerar ingovernabilidade e, conseqüentemente, a dificuldade ou mesmo impossibilidade de implementação das políticas públicas previstas constitucionalmente. A inação do Congresso gera, como resposta, a edição de uma MPV pelo Poder Executivo, que lança mão do processo

¹⁰ Somente de 19 de setembro de 2001, portanto após a Emenda Constitucional nº 32, até o dia 16 de julho de 2008, foram editadas 436 MPVs.

legislativo abreviado, o que enseja as críticas do Legislativo e do Judiciário à invasão das suas competências pelo Poder Executivo.

A disputa entre o Legislativo e o Executivo acaba por ser arbitrada pelo Judiciário, que entra no jogo político da edição de MPVs para responder à alegação de que a legiferação por atalho deve ser excepcional.

Nesse contexto, alguns problemas se colocam. O primeiro diz respeito a estabelecer em que medida é admissível que o Judiciário determine os limites da governabilidade. É papel do Judiciário fazer considerações consequencialistas quando decide sobre questões de impacto nas políticas públicas realizadas pelo governo? O segundo diz respeito à legitimidade democrática para determinar o conteúdo material concreto das políticas públicas.

Entende uma importante administrativista que é possível vislumbrar certo exagero no foco na atuação judicial para concretização dos direitos, em especial os direitos sociais, que não se dá conta da insuficiência da prescrição constitucional do catálogo de direitos para as tarefas necessárias à implementação da igualdade social (BUCCI, s/d). O rol de argumentos apontados como limites ao controle de políticas públicas por via judicial são sumariados por Bucci em duas linhas, uma político-institucional e outra econômica:

I) Argumentos de ordem político-institucional: a) separação de poderes, com base no art. 2º da Constituição Federal; b) déficit democrático do Poder Judiciário; c) limitações técnicas do Poder Judiciário para apreciação das políticas públicas em toda sua complexidade; d) discricionariedade administrativa;

II) Argumentos de ordem econômico-financeira: “reserva do possível”: a) Questão da iniciativa das políticas públicas: Poder Executivo (CF, art.61, § 1º., II, a e b) e Poder Legislativo (BUCCI, s/d. (b), p. 5).

No REsp 510.259/SP, relatado pela Ministra Eliana Calmon, vê-se claramente a tendência ao alargamento do poder de intervenção na consecução de políticas públicas. Na ementa do acórdão consta:

O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de **conveniência** e **oportunidade**, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

Decisões como essa mostram como não mais prevalece a doutrina da imunidade absoluta dos atos discricionários ao controle judicial. Tal fato decorre do dever de motivação previsto no art. 50 da Lei 9.784, de 1999, sucedendo a doutrina dos motivos determinantes e do desvio de finalidade, que assegura, em qualquer circunstância, a possibilidade de cotejo dos fundamentos do ato atacado com a motivação apresentada, além dos aspectos formais,

nunca afastados da sindicabilidade judicial. Decorre também da possibilidade de confrontação do mérito administrativo do ato que compõe a política, ainda que de forma excepcional e limitada, em relação aos seus pressupostos (BUCCI, s/d. (b), p. 7). A reflexão sobre a discricionariedade administrativa tem, evidentemente, estreita relação com a separação dos poderes.

O argumento da proteção à esfera de discricionariedade administrativa é claramente conexo ao da separação de poderes, na medida em que tradicionalmente as opções de governo eram encaradas como o exercício do poder político, vinculado às razões de conveniência e oportunidade, próprias do âmbito da discricionariedade administrativa. No instrumental teórico do Estado liberal compete ao administrador decidir como e onde gastar o dinheiro público e ao legislador aprovar os gastos, estabelecer o *quantum* e fiscalizar sua utilização, havendo, portanto, uma clara distinção de atribuições. O processo de formulação das políticas públicas começa com o legislador determinando a dotação orçamentária e o administrador decide como usá-la (FONTE, 2008).

É clara a insuficiência da teoria da tripartição dos poderes, bem como se observa a necessidade de aperfeiçoamento da formulação do modelo de democracia puramente representativa, o que faz multiplicarem-se os argumentos de legitimação da jurisdição constitucional (BARROSO, 2004, p. 55).

Ao ser permitido ao Judiciário sindicarem os atos do Executivo, ocorre a mitigação do poder discricionário, ou sua virtual extinção. Aparentemente o *mito do legislador racional*, tão caro à teoria jurídica do século XIX, é presentemente transposto para o *mito do juiz racional* e plenipotenciário. A legiferação pelo Judiciário ou pelo Executivo apresenta-se duplamente problemática, posto que a percepção do juiz é, via de regra, de que os conflitos jurídicos ocorrem em chave individual, mas de fato muitos dos conflitos que aparecem como interindividuais são apenas a individualização de uma demanda que tem repercussão de um grupo, classe ou categoria detentora dos mesmos direitos. Um segundo problema é que a legiferação por atalho impede o processo legislativo e a discussão parlamentar ampla, cujo tempo é longo.

7. Apontamento final: assincronia de lógicas

Ao funcionar segundo lógicas distintas, Executivo, Legislativo e Judiciário operam de forma assíncrona as funções institucionais dos poderes, fato que ganha visibilidade como o conflito entre os princípios da legalidade constitucional, expresso no caso pelo respeito aos dogmas do processo legislativo, e da eficiência da implementação das políticas públicas. Há

uma incompatibilidade axiológica intrínseca entre os valores da legalidade constitucional e da realização eficiente de políticas públicas, dados os focos formais daquele e consequencialista deste. A consecução eficiente de políticas públicas que materializam as previsões constitucionais sobre direitos sociais depende de uma mínima sincronia entre os Poderes, tendo em vista a complexidade desse objetivo.

A perda de confiança nas soluções normativas é a expressão mais clara da perda de legitimidade do direito, já que as condições apresentadas pela realidade são muito diversas daquelas em face das quais o repertório normativo vigente foi concebido. A legitimidade condiciona o funcionamento do direito enquanto sistema decisório, calibrando-o e conferindo segurança por meio da aquiescência generalizada.

Dentre as várias acepções da crise do direito, tão explorada nas décadas de oitenta e noventa, a institucional é de grande importância. Segundo essa crítica, ao não produzir respostas adequadas aos problemas que são apresentados, as instituições encarregadas de operar o direito fazem agravar os níveis de conflituosidade e perdem legitimidade enquanto *locus* de solução de problemas normativos.

As políticas públicas são, assim, processos decisórios multidisciplinares, que são levados a cabo em ambiente de ação governamental, cuja natureza é fragmentária. Os processos realizados no âmbito das políticas públicas são dependentes de um grau básico de sinergia institucional para que se atinja um mínimo de efetividade de resultado.

A demarcação normativa do quadro em que as políticas públicas devem ser implementadas deve ser realizada precipuamente no Parlamento, que é o espaço público das discussões políticas por excelência. O embate de visões de mundo entre maioria e minoria, governo e oposição, deve, em uma situação ideal, levar a que a legislação consagre uma visão de mundo que permita a concretização dos direitos previstos na Constituição. As leis e o controle das leis orçamentárias permitiriam ao Legislativo estabelecer linhas gerais das políticas públicas devendo o Executivo realizar os programas, as ações e os projetos necessários à concretização das políticas públicas. Ocorre que isso não acontece, pois o Parlamento é tímido ao legislar de forma efetiva, entenda-se *no tempo da economia*, e perde espaço nessa função específica para o Executivo e, menos intensamente, para o Judiciário, quando esse decide em sede de liminar ou antecipação de tutela.

Se o Legislativo funciona na lógica do tempo diferido, acaba por ser atropelado pelas decisões de caráter imediato do Executivo, que faz uso do processo legislativo abreviado. O risco do legislativo é, ao ter suas funções esvaziadas, perder legitimidade como instituição legiferante, transformando-se em mero *locus* de vocalização simbólica de demandas sociais e

regionais, bem como em um foro de discussões éticas mais voltadas para o embate político da contingência do que para a formação dos valores que conformam o cimento social.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, 13, 1996.

_____. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. s/d (mimeo-a).

_____. *Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites*. s/d (mimeo-b).

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição-dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais e programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução: Roneide Venâncio Majer. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, V. 1). São Paulo: Paz e terra, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, 737, 1997.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002.

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. *Revista brasileira de direito público RBDP*, v. 6, n. 20, p. 91-126, 2008.

GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Cambridge: Polity, 1990.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HARVEY, David. *The condition of postmodernity: an enquiry into the origins of cultural change*. Cambridge: Blackwell, 1990.

HOBBSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LAL, Deepak. *O elogio dos impérios: globalização e ordem*. Portugal: Publicações Europa-América, 2007.

LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

PEDROSO, Maria Goretti; MARTINS, Rosana. *Admirável Mundo MTV Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta, Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Brasília/São Paulo: Instituto Teotônio Vilela/ Ática, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa; GARAVITO, Cesar A. Rodríguez (Eds.) *et al. El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*. Cuajimalpa: Anthropos Editorial, 2007.

SANTOS, R. S. ; RIBEIRO, E. M. ; GUEDES, F. ; SANTOS, Leidimar Cândida ; RIBEIRO, M. M. ; SANTOS, Thiago Chagas S. ; CARIBE, D. A. ; SOUTO, I. M. I. ; JUNIOR, Cleber Dias da Silva. Compreendendo a natureza das políticas do estado capitalista. *RAP. Revista Brasileira de Administração Pública*, v. 41, p. 819-834, 2007.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. *Desigualdade reexaminada*. Tradução e apresentação de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

TEIXEIRA, E. C. Movimentos sociais urbanos em Salvador: um mapeamento. In: LUZ, Ana Maria Carvalho (Org.). *Quem faz Salvador?* Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2002.