



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



Renata Dayanne Peixoto de Lima

**O Supremo Tribunal Federal e o poder de errar por último no Brasil: da
legitimidade de controlar a discordância do Legislador**

TESE DE DOUTORADO

Recife
2017

RENATA DAYANNE PEIXOTO DE LIMA

O Supremo Tribunal Federal e o poder de errar por último no Brasil: da legitimidade de controlar a discordância do Legislador

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito. Linha de pesquisa: Estado, constitucionalização e direitos humanos.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.

Recife
2017

RENATA DAYANNE PEIXOTO DE LIMA

O Supremo Tribunal Federal e o poder de errar por último no Brasil: da legitimidade de controlar a discordância do Legislador

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito. Linha de pesquisa: Estado, constitucionalização e direitos humanos.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Doutorado e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADA

Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti (Presidente/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr^a. Isabele Bandeira de Moraes D' Angelo (1^a examinadora externa/UPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr^a. Flávia Danielle Santiago Lima (2^a examinadora externa/UNICAP)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Álvaro de Oliveira de Azevedo Neto (3^o examinador externo/FBV)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (4^o examinador interno/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Michel Zaidan Filho (5^o examinador interno/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Recife, 10 de março de 2017.

Coordenadora Prof^a. Dr^a. Juliana Teixeira Esteves

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente quero agradecer a minha família, incluindo as criaturinhas de 4 patas, pela estrutura e base que me propiciaram a chegar neste ponto. À minha irmã pelo companheirismo de sempre, pela paciência e força nos momentos necessários e incentivos de sempre. Ao meu amor mais incrível, meu eterno e muito obrigada! Ao meu querido painho, por ser a presença que me impõe sempre ser melhor para ele, para que eu possa orgulha-lo de alguma forma, pela maneira rígida que me criou e por seu meu ponto de consciência. E por último, à minha mãe razão maior dos meus objetivos alcançados, aquela que sempre acreditou, me incentivou e é a maior responsável por tudo que tive nessa vida, sendo a maior responsável pela conclusão de minha formação. Ao meu amor maior, muito obrigada.

Aos meus queridos amigos pelo incentivo em geral, em especial meus agradecimentos à Rosalina Freitas, por tudo, mas principalmente por ter sido essa parceira de reta final de tese e por sempre acreditar em mim. À Pedro Carvalho, a quem considero um irmão, pelas discussões e debates, por ter pouca, mas ter paciência comigo e pelo incentivos de sempre. À Leonardo Crespo pelos infundáveis debates e pela força na reta final. Agradecimentos especiais a duas amigas que fizeram esse caminho possível. À elas, não apenas meu agradecimento, mas também, o crédito pela conclusão desse trabalho, pois sem elas, não posso dizer que não conseguiria, apenas sei que com elas eu consegui e elas são parte direta nisso. Às minhas irmãs de coração, Amanda Sales, por toda uma vida de amizade e por toda a paciência que teve nos meus momentos mais incrédulos. E à Caroline Lobato, por toda força, compreensão, cuidado e por ter me presenteado com os dois amorinhos que foram um oxigênio a mais nessa fase final.

À meus queridos alunos, por toda troca de experiências, pelos debates e perguntas que acabam por instigar cotidianamente minha vontade de conhecer mais e mais o direito constitucional. Meus agradecimentos também às instituições que são responsáveis pela oportunidade que tenho de desenvolver a vocação da docência: Faculdade Metropolitana do Grande Recife, Faculdade de Olinda e a Faculdade Boa Viagem.

Agradeço também a cordialidade, presteza e comprometimento com a pesquisa e com o desenvolvimento da ciência do direito da Professora Flávia Santiago. Hoje um dos maiores exemplos acadêmicos que tenho, a Professora Flavia Santiago é daquelas pessoas que se tivéssemos mais pelo Brasil, a pesquisa em direito seria levada mais a sério. Meu muito obrigada a essa grande mulher e constitucionalista pelo exemplo que é e por seu suporte e ajuda no desenvolvimento desta pesquisa.

Agradeço também a todos aqueles que fazem o Programa de Pós Graduação em Direito da UFPE, estagiários, auxiliares, servidores, em especial a Gilka. Mais especial ainda, meus agradecimentos à Maria do Carmo uma das figuras mais responsáveis pela conclusão desse trabalho, por todo seu carinho, atenção e principalmente estímulo nas horas mais confusas. Muito obrigada por tudo, Carminha.

Agradeço a todos os professores que até hoje passaram em minha vida, em especial àqueles principais responsáveis pelos meus primeiros passos no direito constitucional. À Fernando Andrade, primeiro mestre a me apresentar a Constituição e responsável pelo meu amor à primeira vista por esse ramo específico da ciência

do direito. E ao meu primeiro orientador Álvaro Azevedo, responsável pelo início desse estudo, quando aceitou ser meu orientador de monografia de conclusão de curso. Suas orientações, discussões e reflexões formam a base inicial desse estudo, meus eternos agradecimentos por ter acreditado e apostado em mim desde o início.

Aos professores do PPGD, responsáveis direta ou indiretamente pelo desenvolvimento de meus estudos *strict sensu*, em especial aos professores André Vicente Pires Rosa, figura central na reformulação na minha forma de pensar o direito constitucional e por suas constantes provocações em todos os breves encontros que pude ter com ele. Mestre de referência, ele foi e é uma das principais opiniões sobre tudo aquilo que produzo e uma das principais vozes que escuto na minha mente quando reflito os principais temas do direito e, principalmente do direito constitucional. Ao professor Michel Zaidan, a quem tributo a curiosidade inicial sobre o tema da jurisdição constitucional, quando tive a oportunidade de ouvi-lo palestrar ainda na época da faculdade sobre o tema, depois, por toda a sua gentileza e atenção enquanto professor no doutorado e por suas reflexões acerca dos modelos de Estado.

Ao professor Francisco Queiroz, por seu exemplo de dedicação acadêmica e por ter tido a oportunidade de desfrutar um pouco de suas reflexões e debates acerca do modelo de Estado que acabaram influenciando na visão crítica desta autora. Ao professor Gustavo Just, figura central na construção do raciocínio desenvolvido ao longo deste trabalho, tributo ao mesmo e a experiência enquanto sua aluna na disciplina de Teorias Contemporâneas da Interpretação, a escolha pelo tema geral desta tese. Suas lições, reflexões e debates sobre a criação do direito e o problema da indeterminação do mesmo, foram essenciais para o desenvolvimento desta tese, além de hoje representar um modelo de pessoa e, principalmente de acadêmico, que faz muita falta e cuja conduta enquanto cientista do direito pode ser encontrada em poucos.

Por fim, meus mais devotados agradecimentos àquele que é o principal responsável pela conclusão deste trabalho, aquele que chamo de mentor acadêmico e sem o qual, eu não teria me tornado mestre e, quem sabe, doutora. Ao meu orientador Professor Dr.^o Ivo Dantas, por todo apoio, lições, suporte. Uma vida não seria suficiente para agradecê-lo, mas procurarei agradecê-lo levando sempre comigo e difundido para os demais suas lições e, principalmente, seu amor pelo direito constitucional. Muito obrigada por tudo, meu querido orientador!

A vontade nacional é um dos termos de que os intrigantes de todos os tempos e os déspotas de todas as eras mais abusaram amplamente.

Hans Kelsen

RESUMO

A quem cabe a última palavra sobre o que é constitucional ou não no ordenamento jurídico brasileiro? Tem o Supremo Tribunal Federal, por disposição constitucional, a função de ser o guardião da Constituição, porém não cabe a ele o poder de dizer por último, qual o direito aplicável ou não no Brasil, já que, ao realizar o controle jurisdicional de constitucionalidade, sua decisão muito embora dotada de efeito vinculante, não atinge, tal vinculação, a atividade típica do legislador. Desta forma, o Congresso Nacional está legitimado a discordar da decisão do Supremo Tribunal Federal, editando lei com o mesmo conteúdo já declarado inconstitucional pela Egrégia Corte. Acontece que, ao fazê-lo, o legislador estará aprovando lei federal e, portanto, um dos objetos passíveis de controle de constitucionalidade principal, exercido pelo Supremo Tribunal. Esse é, do ponto de vista técnico, um segundo controle possível, só que ao fazê-lo, o Supremo Tribunal Federal estará no seu âmago, controlando a própria discordância do legislador. A partir do estudo sobre os fins do Estado Constitucional e a legitimidade democrática do próprio controle jurisdicional de constitucionalidade, o presente estudo busca a partir da problemática levantada, sobre a existência não de o Supremo Tribunal em proceder o controle de constitucionalidade desse que seria, muito mais do que um simples exercício de sua competência constitucional.

Palavras-chave: Democracia. Constituição. Controle de Constitucionalidade

ABSTRACT

Who is the last word about what is constitutional or not in the Brazilian legal system? The Federal Supreme Court, by constitutional provision, has the function of being the guardian of the Constitution, but it does not have the power to say, lastly, which law is applicable or not in Brazil, since in carrying out the judicial review of constitutionality, its Although binding, does not bind the typical activity of the legislator. In this way, the National Congress is entitled to disagree with the decision of the Federal Supreme Court, creating new law with the same content already declared unconstitutional by the Court. It turns out that in doing so, the legislator will be passing federal law and, therefore, one of the objects subject to control of main constitutionality, exercised by the Supreme Court. This is, from the technical point of view, a second possible control, but in doing so the Supreme Court will be in essence, controlling the legislator's own disagreement. Based on the study of the purposes of the Constitutional State and the democratic legitimacy of the constitutional jurisdiction itself, this thesis seeks to investigate the existence or not of the legitimacy of the Supreme Court to proceed with constitutionality control of the law that represents the legislator's disagreement with its decision.

Keywords: Democracy. Constitution. Judicial Review

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O ESTADO CONSTITUCIONAL: UM ESTADO DE LIMITES.....	17
2.1 A autoridade e o surgimento do Estado	17
2.1.1 <i>Poder político e legitimidade estatal</i>	23
2.2 O Estado Constitucional: o movimento constitucionalista, a preocupação com a imposição de limites ao Poder e o surgimento do controle de constitucionalidade	33
2.2.1 <i>O absolutismo e o contexto histórico de surgimento do constitucionalismo....</i>	34
2.2.2 <i>O Constitucionalismo e sua origem americana e francesa</i>	36
2.2.2.1 <i>O Constitucionalismo nos Estados Unidos da América e o surgimento do controle jurisdicional de constitucionalidade</i>	39
2.2.2.2 <i>O Constitucionalismo na França e a resistência à adoção de controle de constitucionalidade</i>	56
3 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE: A PROBLEMÁTICA DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA E FATORES QUE A DETERMINAM	67
3.1 O debate Schmitt versus Kelsen e a origem teórica do problema da legitimação	68
3.2 <i>Fatores que determinam o problema da legitimação do controle jurisdicional de constitucionalidade</i>	79
3.2.1 <i>A Constituição e sua força normativa</i>	80
3.2.2 <i>Neoconstitucionalismo e o entusiasmo pela criação do direito através dos juízes</i>	87
4 FATORES HISTÓRICOS QUE CONTRIBUEM PARA UM DISCURSO DE LEGITIMAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE	99
4.1 <i>A democracia para os americanos, o judicial review e o receio da tirania da maioria</i>	100
4.2 <i>A Segunda Guerra Mundial e o fortalecimento da Constituição: contexto que dá origem ao segundo momento constitucional e legitimou o controle de constitucionalidade criado por Hans Kelsen</i>	115
4.3 <i>Hans Kelsen: a democracia como procedimento e o Tribunal Constitucional</i>	129
5 DO CONTROLE PRINCIPAL DE CONSTITUCIONALIDADE FEITO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O EFEITO VINCULANTE DE SUAS DECISÕES	141

5.1 O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil e os efeitos da decisão em sede de controle principal de constitucionalidade: da liberdade do Poder Legislativo em discordar	141
5.2 É o Supremo Tribunal Federal o último a poder errar no Brasil?	156
6 SEPARAÇÃO DE PODERES E O FATOR QUE LEGITIMA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLAR A DISCORDÂNCIA DO LEGISLADOR: DO CONTROLE AO DIÁLOGO EM PROL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ...	168
6.1 Separação de poderes e a teoria do <i>Constrained parliamentarianism</i> de Bruce Ackeman	168
6.2 A Constituição cidadã e a legitimidade do Supremo Tribunal Federal pela densificação de uma jurisdição constitucional substantiva baseada em direitos fundamentais	182
6.3 Da última palavra à construção de uma decisão a partir do diálogo	201
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	211
REFERÊNCIAS	215

1 INTRODUÇÃO

A Constituição é o símbolo da maior reformulação pela qual passou a autoridade que até hoje rege a sociedade: o Estado. Tendo surgido concentrado na figura de um Rei, a mais significativa mudança deu-se com a introdução do Estado Constitucional, qual seja, uma organização política regida pela ideia de soberania popular e que se preocupou com a limitação de poderes daqueles que em seu nome falavam, submetendo tudo e todos a uma lei superior, a Constituição.

Partindo desse contexto, o Estado Constitucional surgiu sob dois pilares básicos que lá na origem, apenas cumpriam a função de limitar o exercício do poder: a separação de poderes e os direitos fundamentais. Formada essa base, baseada na ideia de supremacia da Constituição, a partir de 1803 ela passou a contar com um instrumento que garantiria essa superioridade, o *judicial review*. Talvez por acabar tratando de conflitos, muito embora de conflitos de normas, o controle de constitucionalidade é na maior parte das vezes atribuído a órgãos de natureza jurisdicional.

Já há algumas décadas vem se discutindo a questão da legitimidade democrática do mencionado tipo de controle e essa discussão parece longe de ter um fim. Isso porque, vários aspectos de sua atuação acabam suscitando esse questionamento e talvez, em decorrência da própria diversidade e dinâmica da sociedade, eles nunca cessem.

A autora da presente tese, por exemplo, tem se dedicado ao estudo dessa questão desde os trabalhos de iniciação científica na graduação, passando pela monografia de conclusão de curso e depois, na sua dissertação. Em todos eles, sempre fora abordado aspectos distintos ou pontos específicos da discussão central: o possível déficit democrático existente entre tribunais de natureza jurisdicionais, cuja composição não se dá pelo voto direto e o poder que acabam tendo de analisar os atos normativos emitidos pelos demais poderes e órgãos do Estado, cuja ascensão dá-se pelo voto popular.

Na presente tese, o objeto de estudo é mais uma vez parte dessa questão, mas com foco específico na questão da legitimidade do Supremo Tribunal Federal ser o detentor da última palavra em matéria constitucional, ou pelo menos, no que

diz respeito aos direitos fundamentais. A problemática está centrada na seguinte situação: caso o Congresso Nacional venha a legislar sobre matéria já decidida e julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, além de sua competência constitucional de julgar qualquer lei ou ato normativo federal ou estadual, que legitimidade teria aquele tribunal para fazê-lo, já que nessa situação, não estaria apenas diante de um objeto dentro de suas competências, mas, sobretudo, estaria a controlar a própria discordância expressa do legislador à sua decisão?

Partindo dessa discussão, a pesquisa fora desenvolvida partindo do método de revisão bibliográfica, com uso do método qualitativo, pois, diante de um tema com tão vasta bibliografia, a opção pelas obras citadas neste trabalho deu-se pela capacidade de corroborar a construção da problemática e, por fim, a hipótese em si. Por isso, a base metodológica da pesquisa funda-se no método hipotético-dedutivo do falseacionismo cujo principal expoente é Karl Popper.

A pesquisa aloca-se em sua fase inicial, na própria teoria da Constituição, com conclusões de natureza dogmática, por isso, buscou-se evitar um estudo ôntico, baseado na análise da atuação prática do direito constitucional brasileiro e dos órgãos que aqui são discutidos, evitando-se assim, o estudo com base em casos concretos. A finalidade foi tentar desenvolver uma hipótese dogmática capaz de gerar convencimento, que pudesse ser testada e que, muito embora possa ser falseada por esse ou aquele caso, possa se manter capaz de gerar convicção.

A adoção pelo método popperiano deu-se principalmente, por ele ter reduzido a capacidade de gerar conhecimento intersubjetivo através do uso da lógica indutiva. “Nesses termos, inferências que levam a teorias, partindo-se de enunciados singulares são logicamente inadmissíveis. Consequentemente, as teorias nunca são empiricamente verificadas.”¹ Assim, o foco se deu na construção de um raciocínio que fosse fundado em bases teóricas muito bem consolidadas, pois, como o próprio Karl Popper assentou, o que importa não é a quantidade de testes pelo qual passa a hipótese, mas sobretudo, a qualidade dos testes pelo qual ela passou.

Ao invés de discutir a probabilidade de um hipótese, toca-nos a tarefa de averiguar que testes, que críticas esse hipótese conseguiu superar; cabe-nos tentar averiguar até que ponto a hipótese mostrou-se capaz de manter-se

¹ POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 41-42.

incólume, resistindo aos testes a que foi submetida. Em resumo, cabe-nos averiguar até que ponto ela foi corroborada.²

E então, ele arremata, “isso mostra que não é tanto o número de casos corroboradores que determina o grau de corroboração, mas sim a severidade de vários testes a que a hipótese em pauta pode ser e foi submetida.”³ Buscou-se durante toda a pesquisa manter o que Karl Popper chama de “atitude racional” que parte da premissa que os seres humanos não são oniscientes.⁴ Assim, ele resume essa atitude da seguinte forma:

Baseia-se antes numa atitude de reciprocidade de dar e receber, numa disposição de não procurar exclusivamente convencer os outros, mas talvez até de ser convencido por eles. Aquilo que denomino de atitude ou posição racional pode ser caracterizado pela observação seguinte: estou perfeitamente seguro de que tenho razão; mas posso enganar-me e poder ter razão tu.⁵

Importante destacar acerca da postura cognitiva utilizada durante a pesquisa, pois a mesma optou por não fazer análise de textos que tivessem no seu bojo, a mesma discussão ora tratada. E no que diz respeito aos marcos teóricos da hipótese levantada, optou-se pela não inclusão de suas conclusões. No texto “New separation of powers” do Bruce Ackeman, porque nesse texto a abordagem problemática é diferente deste presente trabalho e no caso do texto “Diálogos institucionais e ativismos”, porque neste trabalho os autores fizeram análises de julgados, o que se pretendeu evitar aqui.

A pesquisa foi desenvolvida em cinco capítulos. No primeiro, de cunho teórico, preocupou-se com o estabelecimento dos conceitos básicos a serem explorados por toda a pesquisa. De início, buscou-se definir a dinâmica de convivência social, a partir da ideia de autoridade, definição de Estado, sua modificação para uma figura institucionalizada e também, o argumento principal de sua força, qual seja a legitimidade. Ainda neste primeiro capítulo, foi tratado o surgimento do modelo de Estado constitucional, sua preocupação com a limitação ao exercício de qualquer forma de poder. Nesse ponto, conduzido pelo estudo do movimento

² POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 275.

³ Idem, *Ibidem*, p. 293

⁴ Idem. **O racionalismo crítico**. 2 ed. Brasília: Editora UNB, 1994, p. 4.

⁵ Idem, *Ibidem*, p. 4.

constitucionalista liderado pelos Estados Unidos e França, bem como a criação do controle de constitucionalidade por aquele país e sua negação pela França, apresentando as razões para essa distinção.

O segundo capítulo trata da justificativa teórica da tese, com a abordagem da questão da legitimidade democrática, da origem política até as razões que arrefecem esse debate até os dias atuais. O caminho traçado aponta para a origem política, com a própria colocação do *judicial review* pelos americanos e a não adoção do mesmo pelos franceses, a partir do argumento da supremacia do parlamento. Após, aponta-se como marco teórico o debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre a quem deveria caber a função de guardião da Constituição. Para em seguida serem apontadas como as principais causas que contribuem para o questionamento do controle jurisdicional de constitucionalidade, a própria ideia de força normativa da Constituição e a reconfiguração da mesma a partir do conjunto de alterações que sofre o direito reduzidas na expressão neoconstitucionalismo.

No terceiro capítulo tem-se a exposição da hipótese geral sobre a problemática do déficit democrático do controle jurisdicional, com a exposição de fatores que o legitimam. Neste ponto, até por uma questão de coerência acadêmica e de investigação, a autora da tese optou pelo uso do método e das conclusões a que chegou em sede de dissertação. Em trabalho cujo título sintetiza a ideia explorada “A relação entre democracia & constituição: uma análise a partir da evolução do controle de constitucionalidade e fatores que o legitimaram”, através de um método histórico, a autora buscou relacionar em quais momentos e a partir de que circunstâncias o controle de constitucionalidade foi fortalecido. Seu método e análise lhe permitiram concluir que, a legitimidade do controle de constitucionalidade deu-se principalmente, porque as Constituições, representação maior da vontade de povo, tenderam a fortalecer sua principal garantia em momentos onde a era necessário fortalecer a própria democracia.

O quarto capítulo foi dedicado a construção da problemática, inicia-se com um estudo sobre os efeitos da decisão de controle principal exercido pelo Supremo Tribunal Federal, cuja vinculação não atinge a função típica do Poder Legislativo. Após, uma descrição do contexto em que Rui Barbosa afirma ser aquele tribunal o último a errar no Brasil, passando pela citação à proposta de emenda à Constituição n.º 33 de 2011 que, se aprovada, teria dado ao Congresso Nacional o poder de

anular as decisões do Supremo Tribunal Federal que declarassem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Com a discordância já colocada à disposição do legislador, já que ele não sofre os efeitos da vinculação da decisão, desmedida se mostrou a proposta que acabou por ser arquivada. Assim, admitindo a existência da possibilidade de que o Poder Legislativo aja e demonstre sua discordância, a questão central da pesquisa é: uma vez exercendo o seu direito de discordar, além da questão técnica que autoriza o Supremo Tribunal Federal a fazer novo controle, o que o legitimaria a isso?

Por fim, no último capítulo, tem-se a hipótese e possível resposta a questão anteriormente mencionada. Partindo de uma compreensão finalística de separação de poderes trazida à baila pelo americano Bruce Ackeman e definindo os direitos fundamentais como principal finalidade do Estado Constitucional, acredita-se ter sido apresentado uma resposta satisfatória a problemática central. Contudo, ao final, pretendeu-se ofertar uma alternativa à visão da necessidade de existência de um único órgão responsável por dizer a última palavra, através da construção de um diálogo, para que muito embora haja uma última palavra não seja ela monopólio de apenas um dos Poderes.

2 O ESTADO CONSTITUCIONAL: UM ESTADO DE LIMITES

2.1 A autoridade e o surgimento do Estado

O homem desde os mais primórdios tempos, sente a necessidade de depositar em algo ou alguém uma inestimável confiança a fim de regular o meio em que vive no sentido de reger a sua convivência social e se estabilizar. Foi assim que nasceu a noção de autoridade revestida de certo poder, sendo esta até hoje a mola propulsora de todas as sociedades.

O poder detém em si uma duplicidade, já que há aqueles que o detêm e aqueles que estão submetidos ao mesmo. Antonio Carlos Almeida Diniz trata essa duplicidade a partir de uma metáfora, dizendo que todo exercício de poder tem sua face jânica. *Janus* (jânica), seria uma antiga divindade cuja esfígie possuía dupla face olhando para direções opostas, onde de um lado estaria o poder de fato, exercido por meio da força, o poder que empiricamente é; na outra face, se tem o poder que é legítimo ou que aspira por legitimação, axiologicamente como ele *deve ser* e conquistar tal legitimidade perante àqueles que submete.⁶

Sobre a vida em sociedade e a necessidade de regulação para garantir a coexistência social, fala Dalmo de Abreu Dallari:

O ser humano é naturalmente associativo, tem necessidade da convivência, e esta, por sua vez, cria a necessidade de regras de comportamento, como também de um centro de poder que assegure a coesão e a harmonia do grupo, inclusive o respeito às regras estabelecidas.⁷

O ser humano quer por instinto natural ser livre, porém entende a necessidade de imposição de limites, para que através dos mesmos e conhecendo-os, seja possível ser livre. Hans Kelsen ao teorizar sobre democracia, explicou a necessidade que o homem tem de substituir esse instinto de liberdade natural que poderia se dizer irracional, pela noção de liberdade social, eis que a necessidade de uma figura de autoridade é necessária para que se garanta a ordem social.

A liberdade é um conceito que passou por mudanças ao longo do tempo, na origem germânica significava a ausência de qualquer domínio, de qualquer

⁶ DINIZ, Antonio Carlos Almeida. **Teoria da Legitimidade do direito e do estado:** uma abordagem moderna e pós-moderna – São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 53.

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos:** da idade média ao século XXI. São Paulo : Saraiva, 2010, p. 65.

autoridade. Ao longo do tempo, esse conceito foi sendo racionalizado desapegando-se daquela origem de caráter natural, sendo transmutado do estado de natureza para o estado de ordem social, “Da liberdade da anarquia forma-se a liberdade da democracia.”^{8 9}

Desde a Idade Moderna, a organização política que tem sido utilizada pelo homem para garantir sua liberdade e, principalmente a convivência social, é o Estado. Tal entidade permanece até os dias atuais, sofrendo apenas algumas modificações, em virtude das mudanças de cunho político-ideológico que foram ocorrendo:

Em outras palavras: a transformação constante da Organização Política não parou com o surgimento do Estado, sendo apenas este um momento nesta evolução. Esta afirmativa, aliás, é de fácil comprovação pelas modificações que tem conhecido o próprio Estado Contemporâneo, substituindo a estrutura absolutista do *Estado moderno*, seguida pelos *Estado Liberal* e do *Welfare State*, este último, hoje objeto de críticas e tentativas de substituição pelo *Estado Neoliberal*.¹⁰

Para Georg de Jellinek, a palavra Estado sempre foi utilizada como uma espécie de relação entre um povo e uma determinada época.¹¹ Talvez, aí esteja a justificativa pelo equívoco trazido pela teoria do Estado ao falar da existência do mesmo desde a Idade Antiga, à exemplo do que os livros chamam de Estado grego. Isso porque há um consenso de que Estado, na concepção atual, cuja formação se dá por um povo, território e soberania, é uma criação que se deu com o surgimento da Idade Moderna.¹²

Para Georg de Jellinek, muito embora se fale nas cidades-estados gregas tal como Atenas, naquele momento não havia ainda a importância dada ao elemento território. Naquele momento a sociedade compreendia a existência de um laço, a partir de uma noção de comunidade que unia a todos e pela proteção e respeito que deveria existir entre os participantes dela.

⁸ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martin Fontes, 2000, p. 29.

⁹ Esse tema será retomado no capítulo terceiro, quando se trata do conceito kelseneano de democracia.

¹⁰ DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado contemporâneo**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 43.

¹¹ JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Prólogo y traducción de Fernando de Los Rios. México : FCE, 2000, p. 152

¹² Sobre o tratamento dado pelos livros de Teoria do Estado, à evolução do Estado e a contradição ao se falar em Estado mesmo antes da Idade Moderna, consultar: DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado contemporâneo**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 43.

La comunidad de ciudadanos se identifica con el Estado; por esto precisamente la situación del individuo dentro del derecho público no está condicionada jamás por la pertinencia a um território, sino por el hecho de formar parte de una comunidad de ciudadanos o por una relación de protección respecto a éstos.^{13 14}

Essa comunidade foi chamada pelos gregos de *res pública*, mais a frente, com o surgimento do Império Romano, esta passou a ser confundida com a própria ordenação da sociedade. O poder de mando foi identificado no governo, no Império Romano, equiparando-se a coisa pública com o império, passando assim a ser o elemento essencial para a autoridade o seu próprio poder e não os cidadãos. Tanto em Roma como na Grécia, usou-se o povo para expressar o Império, mas numa perspectiva mais abstrata, tratado como população.

Tudo isso acabou por contribuir para a formação de um dos elementos do Estado: a nação (ou o povo), que mais a frente, principalmente a partir do século XVI, ganhou reforço com a fidelidade às expressões, na troca e uso das mesmas, o que acabou por contribuir com a própria ciência do Estado. Foram empregadas várias formas para designar as comunidades e formas de poder exercido nelas, assim, a palavra Estado passou a designar toda forma de poder a partir da Idade Moderna.

La necesidad de una palabra general que comprendiese la formación total del Estado fue atendida em Italia. Para a pluralidade de los Estados italianos no era acertado servirse de las palabras *regno*, *império*, *terra* ni bastaba *città* para expressar el carácter de los Estados de Florencia, Veneza, Génova, Pisa, etc. Y entonces es cuando comienza a usarse la voz *Stato*, que va unida al nombre de una ciudad: *stato de Firenze*, etc. He aquí creado um término incoloro aplicable a todos os Estados ciudades o Estados territoriales.^{15 16}

Com o fim da cultura nômade e sedimentação de pessoas em um determinado lugar, a partir do feudalismo, o segundo elemento do Estado passou a ser

¹³ JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Prólogo y traducción de Fernando de Los Rios. México : FCE, 2000, p. 152.

¹⁴ Tradução Livre: "A comunidade de cidadão se identifica com o Estado, por isso, a situação do indivíduo dentro do direito público não está condicionada jamais a pertencer a um território, mas sim ao fato de fazer parte de uma comunidade de cidadãos ou por uma relação de proteção e respeito a esta."

¹⁵ JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Prólogo y traducción de Fernando de Los Rios. México : FCE, 2000, p. 155.

¹⁶ Tradução livre: "A necessidade de uma palavra geral que compreendesse a formação total do Estado foi atendida na Itália. Para a pluralidade dos Estados italianos não seria correto o uso das palavras reino, império, terra, nem cidade para expressar a natureza dos Estado de Florencia, Veneza, Génova, Pisa, etc. Então é quando começa a se usar a palavra Estado que vai junto ao nome de uma cidade: Estado de Firenze, etc,

desenhado. Na Idade Média é possível identificar dois dos elementos do Estado: povo e território. No entanto, os vários comandos, as várias ordens, típicos de um modelo descentralizado como fora o feudalismo, enfraqueciam a autoridade e, mais, produziam instabilidade política e social. Por isso, a primeira formulação de Estado foi fruto da necessidade de centralização de poder, numa época em que essa ideia ainda era muito vinculada à pessoas.¹⁷

O surgimento do Estado se deu com o fim da Idade Média e início da Idade Moderna, época marcada por constantes guerras religiosas (as cruzadas) que geravam uma instabilidade política profunda, já que o Poder Político era estritamente ligado a questões religiosas, sem que houvesse o reconhecimento oficial de uma só religião. Então, em resposta a tais eventos, a França desenvolveu um sistema político que procurou centralizar o Poder Político e minimizar os riscos das várias morais, assim nasceu o Estado absolutista ou Estado Nacional, com a unificação e personificação da figura de autoridade.¹⁸

Nas guerras religiosas a liberdade interior se transformou na prisão exterior, a convicção moral em determinada crença fazia com que as pessoas perdessem sua liberdade física e, muitas vezes, suas vidas. A liberdade moral individual de todos, tornava tudo muito instável e incerto, eis que então surgiu o monarca absoluto como um senhor soberano, acima de qualquer religião e partido, detentor último da moral, podendo governar livre de prescrições morais, nisso se fundou a política estatal absolutista.

No livro “Crítica e crise”, Reinhart Koselleck tratou dessa passagem da história, explicando que houve uma verdadeira submissão da moral à política, extremamente necessária diante do contexto bélico religioso que o mundo se encontrava. Fugindo de qualquer juízo de valor acerca do governo dos absolutistas, Reinhart Kosselleck descreveu a situação sobre a qual o Estado Absolutista fundou sua razão de ser

Ser tolerante seria mais perigoso que ser severo ou cruel, pois as consequências de qualquer complacência derramariam mais sangue e seriam mais devastadoras que a severidade momentânea. Se o monarca admitisse oposição, sem dúvida se libertaria de responsabilidades, mas carregaria a culpa por todas as agitações que nascessem da tolerância. O

¹⁷ BURDEAU, George. **O Estado**. Tradução de Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2005, p.

¹⁸ Vale destacar que a França acabou sendo responsável pela elaboração e sistematização do modelo absolutista, mas foram Portugal e Espanha os primeiros países europeus a unificar o poder e criar o Estado Nacional, cuja característica principal está na centralização do Poder.

postulado de que o monarca detém o monopólio do restabelecimento da paz impõe ao soberano uma responsabilidade absoluta.¹⁹

Foi preciso o rompimento com o primado da religião e, assim, a responsabilidade do Rei era exclusivamente com Deus. Os reis absolutistas eram legítimos porque eram os verdadeiros representantes da vontade divina. Ao rei cabia o direito natural de efetivar a paz, assim

O mandamento de estabelecer a paz, contido na lei natural, precisa ser transformado em uma lei cuja execução concreta possa ser cumprida. A verdadeira tarefa da filosofia moral é elaborar tal legalidade, e o tema apropriado à matéria em questão é a política. O resultado é a legitimação do Estado absolutista e de sua estrutura política.²⁰

O Estado seria responsável por diminuir a influência das convicções privadas na vida política em sociedade. Contudo, o apelo transcendental na explicação do Poder ainda era muito forte, a justificativa última para o Poder e a legitimidade do soberano dava-se porque ele era um escolhido por Deus. A partir do século XVI e com o movimento iluminista, as explicações passaram a ser racionais, tendo como principal fonte do conhecimento, o próprio homem. O Iluminismo e as revoluções, notadamente a revolução francesa, mostraram a ineficiência e insuficiência do Estado absoluto. Nesse sentido, Reinhart Koselleck:

A concentração de poder nas mãos do soberano absoluto possibilitou a formação de uma sociedade politicamente protegida, mas que o absolutismo, como sistema político, não era capaz de integrar. O Estado, produto condicionado pelo período das guerras religiosas e cuja formalização havia mediado os antagonismos confessionais, tornou-se vítima de sua evidência histórica.²¹

Com o declínio da autoridade da igreja, justamente pelo fim dos motivos que a legitimou inicialmente, as arbitrariedades cometidas em nome dela, além da racionalização do conhecimento, a sociedade passou a questionar a organização política posta daquela forma. Para George Burdeau foi neste momento surgiu a necessidade de institucionalização do Poder, gerada muito em função do

¹⁹ KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Tradução de Luciana Villas-Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999, p. 22.

²⁰ Idem, *Ibidem*, p. 31.

²¹ Idem, *Ibidem*, p. 159.

distanciamento que acabou ocorrendo entre o povo e àquele que ele via enquanto seu soberano. George Burdeau assim explicou:

A laicização da função política foi acompanhada de sua ampliação geográfica. Ora, quando a coletividade aumenta e o território se estende, os governantes se distanciam dos governados. À distância física se acrescenta o afastamento sentimental. É rompido o contato entre quem dá a ordem e quem obedece. A autoridade do chefe, que primitivamente se baseava na submissão pessoal de cada um dos membros do grupo, tende a ser substituída pela ascendência da ideia representada pelo chefe.²²

A institucionalização do Poder fora necessária, acima de tudo, para que a organização política pudesse ser para além das pessoas, do indivíduo presente, para que pudesse então ter duração para além dos indivíduos em nome dele agem no presente. Mas acima de tudo, para que a sociedade pudesse estar organizada não em razão de pessoas, e sim, em razão de ideias. No entanto, necessário que a institucionalização do Poder viesse acompanhada de algo no qual o homem pudesse depositar sua crença e sua vontade de obedecer, porque isso é intrínseco ao ser humano.

O homem precisa prender seu amor ou seu ódio a signos, a imagens, a fetiches. Mas, ao lado dessa disposição primitiva, há nele, não mais em sua carne mas em seu espírito, um movimento que o impulsiona a conceber e a abstrair, uma capacidade intelectual que lhe permite amar sem ver, acreditar sem tocar, obedecer a uma disciplina que dispensa o chicote.²³

O Poder institucionalizado precisou se servir de algum outro conceito para que ele pudesse ser efetivo, algo que precisasse ser independente do carisma de pessoas, e mais importante ainda, algo que fizesse a autoridade ser cumprida, sem que esta precisasse se valer da força física, pelo menos como regra. Para George de Burdeau, esse elemento fundamental para a formulação do Estado, enquanto instituição, era a legitimidade.

O que faz o valor insubstituível da legitimidade é, portanto, o fato dela não depender da vontade nem da força de quem a usufrui. Ela lhe vem do exterior e, por isso, consolida o Poder dando-lhe uma base menos frágil do que a que ele encontra nas qualidades pessoais de quem o exerce. Não só ela o deixa ao abrigo dos golpes do destino que lhe podem alterar a força, mas também o dispensa de usá-la. Enobrecendo a obediência, ela converte

²² BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução de Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2005, p. 23-24.

²³ Idem, *Ibidem*, p.11.

em obrigações nascidas de um dever o que não passava de atitudes ditadas pelo temor.²⁴

2.1.1 Poder político e legitimidade estatal

Como dito anteriormente, a autoridade é algo essencial para o ser humano, no entanto, não se trata de qualquer tipo de autoridade, mas sim, aquela que é capaz de reger toda a sociedade. Desde a Idade Moderna até os dias atuais, esta autoridade está na figura do Estado, primeiro representado por alguém, depois representado por uma instituição, tendo ambos em comum o monopólio do Poder, que acabou sendo exercitado de formas diferentes.

Ao analisar diversos conceitos de Poder, Ivo Dantas destaca que dentre eles há a coincidência da imposição, desta forma, ele compreende que “força e a sanção são elementos indispensáveis ao fenômeno do poder”. Principalmente em virtude da natureza sobre a qual esse poder será exercido, que é a natureza humana, essencialmente livre, “optante final de seu comportamento, dentro dos limites e parâmetros traçados pelo grupo.”²⁵

O Poder Político difere-se de qualquer tipo de poder, porque é exercido em razão de um interesse maior que George Burdeau chamou de finalidade socializada. Ele o diferenciou do poder exercido de um homem sobre outro homem, para atender a interesses subjetivos, pois na visão dele, o Poder Político é exercido em razão de um interesse que perpassa os interesses individuais, para atingir uma finalidade de bem comum social. Para explicar essa diferença, ele trouxe o seguinte exemplo:

Pedro e Paulo disputam uma bola. Pedro a exige de Paulo somente pelo prazer de chutá-la. Se Paulo se submete ao convite de Pedro, este incontestavelmente terá exercido um Poder, mas esse Poder evidentemente não terá nenhum caráter político. Seria muito diferente de supuséssemos que os dois meninos fazem parte de um time e que Pedro pede um “passe” a Paulo porque se julga mais bem colocado para enviar a bola às traves do campo adversário. Então, entre o pedido de Pedro e a resposta de Paulo insere-se um fim que não se esgota em suas relações interindividuais; ele só é concebível em razão da existência do time e do proveito que este deveria retirar do desenvolvimento das relações de Poder. Como sua

²⁴ BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução de Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2005, p. 27-28.

²⁵ DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado contemporâneo**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 53.

finalidade pode ser apreciada com referência ao grupo, ela constitui o que podemos chamar de finalidade socializada.²⁶

George Burdeau diferenciou também o Poder político do poder exercido por alguns grupos, ou entidades de caráter coletivo que têm objetivos específicos a exemplo da igreja, pois para ele, o poder nesse tipo de grupo é exercido apenas com caráter instrumental. O Poder de caráter político, no entanto, para além de ser um instrumento, é condição para a própria existência da vida em sociedade.²⁷

Nesse sentido, o Poder político pode ser definido como o Poder que a organização política – nesse caso, o Estado – tem para reger as situações, coisas e pessoas que estejam sob sua autoridade, com a finalidade de garantir a convivência e coexistência social. Para que este Poder seja cumprido, o Estado poderia continuar a se valer fortemente da força, como o fez o Estado Absolutista ou poderia recorrer a outro elemento, qual seja, a obediência que, para Ivo Dantas, é um elemento

[...] a qual só se consegue quando e na medida em que, a atuação do Poder traz em sua base os valores sociais, a *Ideia de Direito* aceita pela sociedade, exatamente pelo fato de que nenhum Poder se consegue manter a partir do instante em que sua atuação se choca com os interesses últimos do grupo.²⁸

O Estado Absolutista agia e se fazia valer através da coação física e inexplicável do ponto de vista racional, enquanto que o Estado Contemporâneo ofereceu (e oferece até os dias atuais) àqueles que submete a legitimidade através da realização dos anseios sociais que estariam condensados em um documento e numa forma de organização racional de vontades chamada: o direito. Não seria mais admitida a obediência resignada, sem qualquer explicação ou razão, a obediência ao Estado agora só aconteceria se houvesse uma ligação entre aquilo que a sociedade quer e aquilo que o governante executa.

Foi com a ideia dos direitos que os homens definiram o que eram licença e a tirania. Esclarecido por ela, cada qual pôde mostrar-se independente sem arrogância e submisso sem baixeza. O homem que obedece à violência se dobra e se rebaixa; mas quando se submete ao direito de comandar que

²⁶ BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução de Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2005, p. 2-3.

²⁷ Idem, *Ibidem*, p. 3.

²⁸ DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado contemporâneo**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 55.

reconhece a seu semelhante, eleva-se de certa forma acima daquele mesmo que o comanda.²⁹

A esse liame entre atos do Estado e a obediência à eles se deu o nome de legitimidade, que vem a ser até os dias atuais seu fundamento e justificação. Essa obediência devida é gerada a partir de uma relação de reconhecimento que faz gerar a chamada obrigação política, segundo Norberto Bobbio. Assim, “a obediência é devida apenas ao comando emanado do poder legítimo.”³⁰ Para Norberto Bobbio, a obrigação política é posta como parâmetro de obediência a determinados comandos emanados daqueles detêm o poder, referindo-se aos casos em que se deve obedecer e as vezes em que a desobediência será lícita.³¹

Esse direito de mandar daquele que detém o Poder e o dever de obediência daqueles que estejam sujeitos a esse domínio, seria a obrigação política, sendo a legitimidade esse elo entre esses dois comportamentos. Essa legitimidade seria relativa, a depender de fatores culturais, axiológicos, religiosos, econômicos, sociais e etc, que determinaria qual tipo de legitimidade regeria essa ligação e, por consequência o grau de efetividade e eficácia da mesma.

Etimologicamente, legitimidade deriva do latim *legitimus*, e quer dizer “o que é estabelecido por lei”, o que está em conformidade com a lei, porém não se confundindo com legalidade. “A legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração.”³² A legalidade é apenas a simples submissão à lei, enquanto a legitimidade está ligada a questões materiais, a consonância da questão suscitada e o meio em que está posta.

Em seu dicionário, Marcus Cláudio Acquaviva, estebele essa diferença entre legalidade e legitimidade:

[...] atributo daquilo que se mostra conforme a razão e a natureza. Legalidade é termo de significado muito mais estrito, tem mais particular uso na jurisprudência positiva e parece referir-se a tudo que se faz ou obra segundo o que está determinado nas leis humanas, isto é, guardando as solenidades, formalidades ou condições que elas prescrevem. Em física é legítimo ouro, legítima prata, legítimo diamante o que tem a própria natureza destas substâncias, o que não é contra-feito nem adulterado. Em

²⁹ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 277

³⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 91.

³¹ Idem, *Ibidem*, p. 87.

³² BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 13ª ed. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 121.

lógica, é legítimo o raciocínio quando os princípios são verdadeiros e a consequência é deduzida segundo as regras. Em moral, são legítimas as ações que conformam com a razão, a equidade e a justiça universal. E finalmente, em jurisprudência são legítimas todas as ações ou omissões que as leis ordenam, etc. Um título é legítimo quando está autenticamente na forma da lei: um testamento é legal quando foi feito com as solenidades da lei, uma prova é legal quando nela se acham verificadas todas as condições que a lei requer, etc.³³

Imputa-se ao positivismo essa aparente confusão entre legalidade e legitimidade, pois a legitimidade acabou por ser respaldada pelo ordenamento jurídico, mormente nas normas constitucionais. Não obstante o positivismo priorize a questão da unidade e da segurança jurídica, reduzir legitimidade a parâmetros positivados, acabada por ignorar fatores que são intrínsecos ao conceito de legitimidade, visto que, a concepção positivista prega que a legitimidade seja determinada apenas por parâmetros legais. Foi justamente ao utilizar essa confusão, ou melhor, coincidência entre esses conceitos, que se permitiu os abusos ocorridos por regimes de exceção à exemplo do nazismo.

Talvez esta confusão se deva ao fato de que o Estado Contemporâneo, teve como maior aporte de sua legitimidade, uma modificação na figura da autoridade por meio de uma lei superior, a Constituição, mas, como já dito anteriormente, a autoridade e, porque não dizer, a noção de Poder Político é anterior a ela. Para o positivismo, o Estado é o detentor exclusivo do direito, que pode se manifestar por meio de leis ou até pelos costumes postos, desde que sejam efetivos e assim o é, porque ele monopoliza os meios de coerção necessários à obediência hierárquica.

Partindo dessa premissa, Hans Kelsen, criou uma lógica para agrupar os comandos advindos do Estado através de normas. Usando a figura geométrica da pirâmide, criou uma teoria sobre o ordenamento jurídico onde o mesmo se constitui num plano escalonado de normas em busca de validade, conceito este que ele identificava como também relativos à vigência e legitimidade. A intenção foi buscar dar a criação do direito certo rigor metodológico e, com isso, autonomia, para que o direito pudesse ser visto como ciência assim como as outras ciências epistemológicas consolidadas.³⁴

³³ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico brasileiro Acquaviva**. 9. ed. São Paulo: Jurídica brasileira, 2004, p. 768.

³⁴ A busca pela justificação científica com parâmetros objetivos, próprios das ciências naturais era a meta de Hans Kelsen, contudo, nada diferente se podia esperar de um doutrinador que participou do

O positivista austríaco alertou que sua pretensão e seu estudo não se destinavam a justificar e explicar um dado sistema jurídico, sendo uma teoria geral pretensa a descrever a estrutura formal de qualquer sistema positivo.³⁵ Por isso, “Kelsen está preocupado basicamente com o conhecimento do direito e os meios, cautelas e métodos a serem utilizados para assegurar-lhe o estatuto científico.”³⁶ Para ele o Estado se confunde com a própria ideia de direito, sendo uma redundância a expressão Estado de Direito.

Como de conhecimento geral da comunidade acadêmica, na toeira pura do direito, Hans Kelsen procurou estabelecer uma regra de criação do direito que fosse independente de fatores de cunho axiológicos, daí porque para o mesmo, o plano da validade era mais importante para o conhecimento jurídico.

A validade da norma jurídica, em Kelsen, depende, inicialmente, de sua relação com a norma fundamental. Ou, por outra, é função da manifestação de vontade de uma autoridade competente. Como as normas jurídicas, pela descrição realizada em proposições, integram um sistema essencialmente dinâmico, o seu conteúdo é irrelevante para a definição da validade.³⁷

A pirâmide kelseneana, estabelecia um sistema dinâmico justamente pelo escalonamento que propunha para a aferição da validade das normas. Desta forma, as normas inferiores seriam validadas pelas superiores e na medida que houvesse choque entre elas, a solução seria pela aplicação da norma superior que automaticamente invalida a norma inferior. No topo da pirâmide, Hans Kelsen posicionou a Constituição, jurídico-positiva, posta meio de Poder Constituinte ou pelo costume.

Acima de todas estaria a norma fundamental que não é uma norma posta, mas um pressuposto do sistema que determina o que é ou não direito. Ela tem uma função metodológica de limitação das normas a argumentos jurídicos, não se destinando a oferecer justificação ético-político institucional.³⁸ Ela não se presta a

Círculo de Viena, onde os componentes buscavam a construção de uma ciência unificada, a partir de premissas objetivas. (REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. In: ADEODATO, J.M.; BRANDÃO, C.; CAVALCANTI, F.(Cord.) **Princípio da legalidade:** da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.)

³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1.

³⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. Prólogo de Tércio Sampaio Ferrz Jr. 4.ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1.

³⁷ Idem, *Ibidem*. p. 29.

³⁸ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 117.

fornecer o conteúdo das normas, se limitando apenas a ser seu fundamento supremo de validade, ou seja, em sua teoria Hans Kelsen se abstém de utilizar elementos axiológicos para justificar as leis.

O problema foi que, ao tentar imunizar as normas de cunho procedimental de conteúdos axiológicos, em busca de uma pretensa autonomia do direito, a ideia de legitimidade ficou restrita à noção da legalidade em si. A validade normativa forneceria substrato para apontar a legitimidade e aí, sobre validade falou Hans Kelsen: “a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica.”³⁹

Para Ivo Dantas, legalidade e legitimidade não são sinônimos e, em algumas oportunidade, as vezes excludentes. Isso porque um governo pode ser legal e não ser legítimo e vice-versa, já que enquanto a legalidade se prende a aspectos eminentemente jurídicos, a legitimidade é determinada por um conteúdo social e político.⁴⁰ Segundo ele, tais conceitos tem papeis diferentes no exercício do Poder Político estatal. A observância a determinado procedimento na condução do Poder, torna seu titular investido de um cargo legal. Contudo, será a forma de conduzir e exercer esse papel que determinará sua legitimidade ou não.

Para Walber de Moura Agra “a busca pela legitimidade significa aprimorar a justificação dos postulados normativos, com a formação de níveis de consenso na sociedade.”⁴¹ As normas jurídicas não têm intrínsecas à elas a legitimidade, para tanto, eles devem ter correspondência com a coletividade no qual se insere, do contrário, podem até ser legais, mas não legítimas.

Para Niklas Luhmann a legitimidade envolveria consenso, mas não apenas isso. A concepção de legitimidade teria surgido na Idade Média, mas ainda sob um aspecto bastante jurídico, como meio de defesa contra a usurpação e tirania no exercício do Poder. Contudo, com o aparecimento do positivismo, houve a completa perda do fundamento moral. Já na época em que escreveu sobre o tema legitimidade, Niklas Luhmann passou a descrevê-la como uma espécie de convicção

³⁹ Idem, Ibidem, p. 223.

⁴⁰ DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 45.

⁴¹ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 149.

da obrigatoriedade de determinadas normas ou decisões, ou do valor dos princípios que as justificam.⁴²

Contrariando as teorias que dizem ser a legitimidade indissociável do monopólio da coação, Niklas Luhmann disse que nenhum sistema político pode se apoiar meramente nela, sendo seu maior objetivo alcançar certo consenso capaz de garantir a durabilidade do poder. Assim, tanto o consenso quanto à coação deveriam subsistir numa relação de associação, para justificar o Poder e ser eficaz contra os revoltosos. Advertiu que a coação e o consenso são recursos escassos do sistema político.

Niklas Luhmann disse:

[...] na aceitação efetiva das decisões, a apresentação do motivo real e a relação associativa exata – quer no caso da aceitação da decisão por medo ou por apoio – podem permanecer sensivelmente em suspenso: e, sociologicamente, o problema é exatamente esta indecisão, esta generalização da legitimidade que provoca uma aceitação quase desmotivada, tal como no caso das verdades.⁴³

Segundo ele, legitimidade seria “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância.”⁴⁴ Os valores a correspondência da autoridade a esses valores, estão intrínsecos à legitimidade, pois só desta forma há a capacidade de gerar consenso ou, pelo menos, assegurar a obediência e/ou a adesão a qualquer autoridade revestida de poder.

O sociólogo Max Weber propôs, a partir da ciência de sua aderência, uma análise mais empírica de legitimidade do Poder Político estatal, sendo seu trabalho uma das maiores referências sobre o tema. A importância de sua análise está em deslocar seu estudo do elemento subjetivo, para uma análise da motivação empírica do dever de obediência aos comandos emanados do Estado. O foco não foi mais a normatividade, mas sim, os elementos fáticos, pois para ele a legitimidade é uma crença ou confiança que o povo deposita em determinada autoridade.

Antônio Carlos de Almeida Diniz:

⁴² LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 29.

⁴³ Idem, *Ibidem*, p. 30.

⁴⁴ Idem, *Ibidem*, p. 30.

Coerente com sua opção metodológica pela neutralidade valorativa, Weber passa ao largo de considerações de ordem normativo-axiológica quanto aos princípios legitimadores da autoridade. Realmente, o autor de *Economia e Sociedade* não se ocupa em examinar se a crença na validade de um ordenamento se relaciona com os motivos 'bons', 'justos' ou 'virtuosos', ou seja, em 'bons fundamentos', como prefere chamar Habermas. Longe disso, sua sociologia política atribui, de forma conseqüente, à idéia de legitimidade uma leitura estritamente 'fenomenológica', desde a facticidade de suas manifestações históricas.⁴⁵

Ao invés de tratar de Poder, Max Weber preferiu deter sua análise sobre a ideia de dominação para explicar o que viria a ser legitimidade, uma vez que a fluidez desse conceito dificultava a análise meramente científica. Já dominação não, é conceito unívoco, significando expressão fática e empírica do poder,

[...] em que uma vontade manifesta do dominador ou dos dominadores quer influenciar as ações de outras pessoas, e de fato as influencia de tal modo que estas ações (...) se realizam como se os dominados tivessem feito do próprio conteúdo do mandado a máxima de suas ações.⁴⁶

Para ele, o Estado é uma instituição política que tem por finalidade o monopólio legítimo da coação física como forma de assegurar seu Poder dentro do seu território.⁴⁷ Com uma definição de Estado baseada no seu meio de exercício da dominação e não em seu fim, como fez Thomas Hobbes e John Locke, pois ele acreditava que os fins podem ser os mais variados, contudo o meio, desde o surgimento do Estado tem sido sempre o mesmo: o monopólio da coação legítima para observância do poder, sem a qual não haveria Estado, mas sim, a anarquia. Ressaltando, porém, que a coação legítima não seria o único meio, pois também poderia haver o uso da força física, no entanto, esse só teria razão de ser utilizado em última hipótese.⁴⁸

Para ele a organização política baseada e estruturada a partir da ideia de domínio e que este pressupõe um mínimo de vontade de obedecer, isso porque "em toda relação de poder autoritária, certo mínimo de interesse em obedecer, por parte do submetido, continua sendo, na prática, a força motriz normal e indispensável da

⁴⁵ DINIZ, Antonio Carlos Almeida Diniz. **Teoria da Legitimidade do direito e do estado:** uma abordagem moderna e pós-moderna – São Paulo : Landy Editora, 2006, p. 116.

⁴⁶ WEBER, Max. **Economia e Sociedade.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, vol. I, p. 33.

⁴⁷ Idem, Ibidem p. 34.

⁴⁸ Idem, Ibidem, p. 34.

obediência.”⁴⁹ A força fora o meio mais utilizado pelos dominadores ao longo da existência humana, mas o Estado não queria recorrer apenas à ela e almejava algo mais racional, eis que então recorreu à legitimidade.

Desta forma: “a subsistência de toda dominação, no sentido técnico que damos à palavra, depende, no mais alto grau, da autojustificação mediante o apelo aos princípios de sua legitimação.”⁵⁰ A partir disso, ele conseguiu perceber que por mais que os detentores do poder (domínio) recorram ao recurso da força com o intuito de se perpetuarem, buscam outros meios ainda mais racionais para consolidarem seu império. Assinala que sem o componente legitimatório, o domínio de dada ordem política se torna ameaçado. Por isso, os detentores do poder “tencionam, então, fomentar nos membros do agrupamento político a crença na sua legitimidade, transformando a disciplina em reconhecimento e adesão à vontade nelas representadas.”⁵¹

Tentando demonstrar os fundamentos de justificação interna da legitimação, que é justamente a crença do povo no poder, externada através do dever de obediência, Max Weber propôs três formas de legitimidade, verificadas historicamente nas mais diversas comunidades políticas, sendo elas:

a) Legitimidade racional-legal: nesta concepção, Max Weber apesar de fugir do fundamento exclusivamente legal, observou que em certas sociedades, legítimo está ligado à validade jurídica, destacando que esta categoria é a dominante nos Estados dotados de sistema positivo. A crença estaria na legitimidade das ordens objetivas e legalmente constituídas.

O paradigma racional formal do direito encontra-se estreitamente vinculado, na reflexão weberiana, com a organização burocrática do poder estatal, ou seja, seu autogerenciamento é materializado num corpo profissional de funcionários especializados e capazes de administrá-lo.⁵²

Por esta análise, o domínio seria legítimo na medida em que se exercesse em conformidade com as regras de direito e não apenas calcada na autoridade de seu

⁴⁹ WEBER, MAX. **Economia e Sociedade**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, vol.II, p. 190.

⁵⁰ Idem, Ibidem, p. 197.

⁵¹ DINIZ, Antonio Carlos Almeida Diniz. **Teoria da Legitimidade do direito e do estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna – São Paulo : Landy Editora, 2006, p. 126.

⁵² DINIZ, Antonio Carlos Almeida Diniz. **Teoria da Legitimidade do direito e do estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna – São Paulo : Landy Editora, 2006, p. 126.

titular. A legitimação viria da competência fixada por regras gerais, racionais e estatuídas.

b) Legitimidade tradicional: baseada exclusivamente na crença costumeira da sacralidade das tradições vigentes desde sempre, podendo advir de convenção, direito consuetudinário ou sagrado. A crença também estaria na legitimidade daqueles que ostentam seu prestígio e autoridade política, baseados na consecução destas tradições.

c) Legitimidade carismática: esta forma de legitimidade estaria personalizada na figura do líder e toda a veneração e confiança que o povo deposita nele. A crença existiria em razão de sua santidade, heroísmo ou personalidade, as ordens emanadas deste líder seriam veiculadas ou criadas dentro do âmbito da crença nesse carisma. Max Weber observou que os comportamentos carismáticos de alguns líderes, geram demasiado fascínio nos seus liderados que só este elemento encerra a justificação de seu domínio. Este elemento gera no povo a adesão de seus atos e comandos, tudo isso em prol da realização de uma missão ou predestinação de que ele se considera investido.

Por fim, Max Weber falou que na maioria das vezes estes tipos de legitimidade não foram encontrados puros e isolados. Poderia haver as mais diversas combinações feitas entre eles a depender do tipo de sociedade e o momento histórico vivido, não havendo necessariamente incompatibilidades entre as três formas de legitimidade trazidas por ele.

Em síntese, legitimidade significa qualidade de um poder, governo ou autoridade, que exercendo funções de acordo com os anseios da sociedade, tem desta aceitação e obediência, devido ao fato de que seus atos se tornam efetivos, pois se coadunam com os anseios da comunidade, gerando assim um consenso. A ligação entre a qualidade de um poder e adequação dos seus atos aos anseios sociais, é justamente a crença que o ser humano depositou no Estado Constitucional regido através de uma lei fundamental. A Constituição é trazida para o homem como um escudo de defesa contra as arbitrariedades do Poder, através da repartição do mesmo entre três esferas distintas de seu exercício e a previsão dos direitos fundamentais.

Por isso, pelo fato do Estado existir em função e para a sociedade, para servi-la, só se justificam e só gozarão de legitimidade os atos que tenham por fim servir aos seus legítimos interesses ou no mínimo protegê-los. Este é o caminho pelo qual os governantes devem se guiar, a fim de que seus atos gozem de aceitação e obediência por parte da sociedade.

2.2 O Estado Constitucional: o movimento constitucionalista, a preocupação com a imposição de limites ao Poder e o surgimento do controle de constitucionalidade

Como é cediço, a partir da Era Moderna o Estado passou a ser a autoridade que rege a sociedade, a transição desta era histórica para seguinte, qual seja, a Idade Contemporânea foi marcada por uma das mais profundas alterações pela qual passou essa forma de autoridade. Para o direito, essa transição é explicada a partir de um movimento, o chamado constitucionalismo, cujas principais características são: a introdução de um documento de legitimação da autoridade na forma escrita, a Constituição, com a finalidade central de impor limites ao novo modelo de Estado que seria inaugurado por ela, através do princípio da separação de poderes e a previsão de direitos fundamentais.

Uma Constituição escrita, contendo as principais decisões de cada um desses povos, elaborada a partir do próprio povo, fora o resultado principal do movimento constitucionalista. Essa Constituição representou um documento condutor de um Estado que seria resultado da vontade de todos e que realiza seu mister através de funções, sempre devendo respeito aos direitos fundamentais. Neste trecho da tese, é pertinente demonstrar a diferença do contexto histórico de surgimento da Constituição para esses dois povos e como a adoção diferenciada de um de seus pilares, qual seja, o princípio da separação de poderes, acabou sendo determinante para a criação de um modelo de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos e sua negação pelos franceses.

2.2.1 O absolutismo e o contexto histórico de surgimento do constitucionalismo

O constitucionalismo é o movimento que introduz a era das Constituições escritas no mundo, essas Constituições surgem como ação e reação necessária ao contexto histórico donde surgiram, esse documento formal e escrito foi criado com duas funções diferentes: criar um Estado e limitar o poder do mesmo. Sua dupla origem, americana e francesa, tem significado histórico diferente, mas com a mesma finalidade: limitar o poder, realizado através da implantação de um novo modelo de Estado, cujo desmembramento do Poder em vários órgãos e o respeito a direitos básicos dos cidadãos, são as peças-chaves de todo o sistema.

O contexto histórico mundial de seu surgimento é o do governo absolutista, cuja síntese pode ser feita na conhecida frase de Luis XIV, Rei da França, "*L'État c'est moi*". Nesta forma de governo, o rei tinha o monopólio e o dever de promover a paz, base da afirmação da legitimidade de seu poder, advinda da conjuntura de guerras santas que justificaram a criação do Estado absolutista em que requisito básico para sua consolidação, fora a apropriação da moral pela nova figura que se apresentava, o Estado.⁵³

Ao Estado cabia a tentativa de diminuir a influência das convicções privadas na vida política da sociedade, a guerra civil fez com que o direito de todos pudesse prevalecer sobre o de todos. Thomas Hobbes introduziu o ciclo de teorias contratualistas e que fundamentou a legitimidade do Estado absolutista. Segundo sua visão, existiria uma liberdade natural inerente a todos os homens, porém em nome da paz, um bem que seria maior e mais valioso, todos os cidadãos teriam que renunciar sua liberdade.

Segundo sua teoria as convicções pessoais devem se subsumir a política, pois esta teria poder de assegurar de maneira igual a paz para todas as pessoas. Essa paz só seria possível através de um poder absoluto e centralizado, para tanto,

⁵³ KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Tradução de Luciana Villas-Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999, p. 31.

necessário que todos aceitem esse poder e renunciem sua liberdade e isso se faria através de um contrato.⁵⁴

Reinhart Koselleck destacou que Thomas Hobbes apresentou uma solução para um contexto histórico que lhe era sentido e apresentado, apontou como um de seus maiores méritos a ruptura entre a consciência e a política e a ideia de que o homem é dividido em duas esferas, uma pública e a outra privada. Os atos interessam ao Estado, mas as convicções morais não, pois o Estado é um ambiente de neutralidade moral.⁵⁵

E neste cenário são criados papéis muito bem definidos. Assim Alexandre da Maia define a figura do homem em meio ao surgimento deste novo modelo de Estado:

Ao assumir a responsabilidade pelo poder, o absolutismo remete a moralidade do homem para dentro dele, dividindo, então, o homem ao meio. De um lado, o homem como súdito é aquele que não tem poder político e se curva às determinações do monarca. Do outro lado, o homem visto como homem, incluindo aí seus desejos internos e sua formação moral, é remetido a um foro interno de análise.⁵⁶

Nesta fase da história o direito se resumia a ser aquilo que o rei proclamava como tal, como autoridade máxima para interpretar e dizer o que as leis queriam dizer. Como o Estado absolutista nasce com o fim último de neutralizar as discórdias causadas pela fé cristã, os déspotas acabaram por se associar a igreja, diminuindo um pouco do poder dela, mas lhe atribuindo a tarefa de legitimá-los como verdadeiros representantes de Deus na terra. Assim, a fonte da sua legitimidade estava num poder divino que lhe era concedido e, por isso, cabia ao Rei o poder dizer o que era e o que não era correto e justo, tarefa que até então era monopólio da igreja, continuando esta com o poder de interpretar a Bíblia.

⁵⁴ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução de Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004, 39-51.

⁵⁵ KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês**. Tradução de Luciana Villas-Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999, p. 36-37.

⁵⁶ MAIA, Alexandre da. Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na história do direito pela legalidade e pelo conceito de direito subjetivo. In: ADEODATO, J.M.; BRANDÃO, C.; CAVALCANTI, F.(Cord.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 5.

Assim, uma tese estava lançada: um Estado cuja figura do rei lhe representava, este que por sua vez, era o representante de Deus na terra e, por isso, todo o direito nascia dele. Nada mais óbvio que, diante de tal concentração e tamanho poder, surgiriam abusos. A antítese para isso fora apresentada com o movimento constitucionalista de inspiração iluminista que surgiu como uma reação ao governo dos déspotas, contra a concentração de poder e a conseqüente arbitrariedade no trato de direitos básicos. Sua fundação muito embora descentralizada, nos Estados Unidos e depois na França, apresentou motivações diferenciadas, mas tinham um importante e fundamental ponto em comum, combater o exercício do Poder arbitrário, nos Estados Unidos o poder do próprio povo e na França o poder do Estado personalizado na figura do déspota.

2.2.2 O Constitucionalismo e sua origem americana e francesa

Assim como ocorre com Constituição, a expressão constitucionalismo também não tem tratamento unívoco na doutrina, pelo menos no que diz respeito as origens dos mesmos. Isso porque, ao se trabalhar com a hipótese de que Constituição seria todo o conjunto de regras que regem a autoridade de uma sociedade, todo tipo de formulação social, desde as mais remotas, terá tido uma Constituição, já que como fora demonstrado anteriormente, a autoridade sempre foi condição essencial para a vida em sociedade.

Assim e como consequência lógica da divergência doutrinária acerca do surgimento da primeira Constituição, também há uma divergência doutrinária sobre a origem do constitucionalismo, já que tais conceitos são indissociáveis. Fala-se, por exemplo, em vários constitucionalismos, como é o caso de José Joaquim Gomes Canotilho: “Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural.”⁵⁷

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, p. 51.

Constitucionalismo é um termo que “costuma gerar polêmica em função das diversas acepções assumidas pelo vocábulo ao longo do tempo.”⁵⁸ No entanto, com base no que fora disposto pelo art. 16 da Declaração de direitos do homem e do cidadão da Revolução francesa e pela compreensão de que o modelo de Estado e sua ligação com o que se entende até os dias atuais por Constituição, ter sido fruto da transformação ocorrida ao final do século XVIII, opta-se aqui, até por questões epistemológicas, por seguir a doutrina que localiza o movimento naquele tempo.

Porém, interessante observar que, a principal preocupação que norteou as mudanças que ocorreram no mundo a partir do fim do século XVIII, já estava presente desde a concepção da Magna Carta de 1215, daí porque muitos fazem referência ao constitucionalismo inglês. Enquanto fruto de um pacto, a Magna Carta teve como principal função a limitação aos poderes do Rei João sem terra, esta que será também será a preocupação central das Constituições americana e francesa mais a frente.

Mas os modelos de Estados desenhados nesses dois momentos (em 1215 e final do século XVIII) é muito diferente, tecnicamente, não havia nem Estado na Inglaterra de 1215. Porém, o que aconteceu naquele país a partir da Magna Carta, com certeza influenciou sobremaneira os americanos e, depois, os próprios franceses, de maneira que é possível entender essa fase como classifica André Ramos de Tavares de “pré-constitucionalismo”⁵⁹. De tal forma que, muito embora presente função de limitação ao poder, há uma ligação muito forte entre o que se entende hoje por Constituição e a introdução do Estado Contemporâneo, que aqui será tratado sob o prisma jurídico de Estado Constitucional.

Nesse sentido, muito embora desde aquela Carta inglesa encontre-se as bases fundadoras da função do Estado Constitucional, a Constituição é um instrumento utilizado não apenas para regular a sociedade, mas uma forma social em específico, uma sociedade regida não por pessoas, mas sim por uma instituição despersonalizada. Como tal, isso só pode ser visto a partir do final do século XVII, com a criação do Estado americano e a reformulação do Estado francês.

⁵⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. rev. atual. São Paulo : Saraiva, 2013, p. 21.

⁵⁹ Idem, *Ibidem*, p. 25.

Para José Joaquim Gomes Canotilho: “Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.”⁶⁰ Já numa acepção mais atual, Luigi Ferrajoli assim define o constitucionalismo:

Nesse sentido, o constitucionalismo equivale, como sistema jurídico, a um conjunto de limites e de vínculos impostos a todos os poderes, inclusive àquele legislativo; e, como teoria do direito, a uma concepção de validade das leis que não é mais ancorada apenas na conformidade das suas formas às normas procedurais sobre a sua elaboração, mas também à coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos.⁶¹

Antes de ser um tipo de sistema jurídico, o constitucionalismo é uma expressão que sintetiza todo o conjunto de alterações que acontecem no mundo a partir da Revolução Americana e depois da Revolução Francesa. O constitucionalismo surgiu como um movimento em repúdio à opressão empreendida pelo Estado Absolutista. Este, por sua vez, surgiu num contexto em que, dentre tantos motivos, era necessário se impor limites à defesa das crenças e consertar os desmandos que ocorriam, numa configuração em que o excesso de autoridades dentro de um mesmo espaço, acabou por propiciar instabilidade.

O modelo descentralizado do sistema feudalista acabou por gerar uma configuração política onde era necessário que a autoridade fosse única e incontestável. Por isso, o Estado Absolutista foi idealizado, através da figura de um rei, cuja autoridade desconhecia limites e que deveria ser seguida, sem que houvesse qualquer tipo de contestação.

Mas, para manter sua autoridade, esse governantes supremo não poderá dividir o poder nem admitir contestações as suas determinações, como também não poderá admitir que alguém imponha limitações ao seu poder. O seu poder deverá ser absoluto, por força das circunstâncias.⁶²

A centralização do poder apareceu como o método próprio do absolutismo e já que havia essa centralização na figura do Rei, ele era quem definia seu exercício e

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, p. 51.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Anais **do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Tradução de André Karam Trindade. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>> Acesso em 20 de out. 2016, p. 95-96.

⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

seus condicionamentos. Não se poderia esperar outro resultado, a ausência de condicionamentos, teve como reflexo direto a ausência de limitações à arbitrariedade no uso do poder.

Por isso, a característica mais marcante e impulsionadora do movimento constitucionalista que irá representar uma completa ruptura com o Estado Absolutista, é exatamente a necessidade de que a nova forma de poder pudesse e devesse conhecer limites, sendo essa a principal função do constitucionalismo. Para que o Estado pudesse conhecer os limites, dois foram os principais instrumentos utilizados: o princípio da separação de poderes e a garantia de direitos fundamentais.⁶³

No entanto, as situações fáticas que culminaram no constitucionalismo americano e no francês foram diferentes, o que acabou influenciando no significado que teve a Constituição para aqueles dois países. Em ambos, a Constituição apareceu como fonte de limitação ao Poder, através da consagração da separação de poderes e dos direitos fundamentais, no entanto, a maneira como trabalharam isso e o próprio desenvolvimento desses pilares se deu de forma diferenciada, daí porque se fala então de uma dupla origem para o movimento constitucionalista.

2.2.2.1 O Constitucionalismo nos Estados Unidos da América e o surgimento do controle jurisdicional de constitucionalidade

A partir da independência em 1776, os americanos perseguiram a criação de sua nação, as colônias quiseram a princípio manter sua independência, inclusive uma das outras, fundando em 1781 a instável Confederação. Muito embora a força motora para a criação do Estado americano tenha sido desenvolvida dentro de cada uma das colônias (estados), como Alexis de Tcoqueville observou: “Os grandes princípios políticos que regem hoje em dia a sociedade americana nasceram e se

⁶³ Esse acaba sendo o fundamento teórico e positivo que diferencia o movimento constitucionalista do século XVIII de tudo que lhe antecedeu. Os mesmos aparecem como sendo os pilares de um Estado regido por uma Constituição, conforme o artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que diz: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

desenvolveram nos Estados.”⁶⁴, a unidade daquele povo não estava garantida por meio da Confederação que contava com um órgão central – O Congresso – mas cuja atribuição se limitava à recomendações, garantida a soberania das treze colônias. Assim, foi para criar o próprio Estado americano, garantir a unidade entre as colônias que surgiu a Constituição Americana de 1787.

A criação desse Estado fora algo complexo e difícil, especialmente por conta da configuração que o território americano acabou por ganhar com as colônias e o conseqüente sentimento de independência que abrigou cada comunidade dessas colônias. Assim pode ser resumida a situação dos Estados Unidos, diante da autonomia que ganhou cada colônia:

Mas para cada uma delas, tendo sempre levado uma existência à parte e um governo a seu alcance, criara interesses assim como usos particulares e rejeitava uma união sólida e completa que fizesse desaparecer sua importância individual numa importância comum. Daí duas tendências opostas: uma que levava os anglo-americanos a se unirem, a outra que os levava a se dividirem.⁶⁵

A forma de organização política até então aceita pelos americanos – a confederação – foi conveniente enquanto perdurou a Guerra da Independência, ao seu fim, a individualidade das colônias parecia estar mais arrefecida. Daí a necessidade de criar uma nova organização àqueles Estados situados dentro do território americano que conservasse a independência dessas colônias, mas que contemplasse um ente de unificação que teria as competências reduzidas, representando a vontade nacional de forma vinculante e obrigatória, porquanto teria uma função predominante no plano externo. O resultado disso foi a criação do modelo de Estado Federal, adotado a partir da Constituição americana de 1787.⁶⁶

Existiu uma preocupação muito forte em criar um ente e um modelo de Estado que diminuísse a desunião que acabou sendo gerada pela organização política de até então, principalmente porque poderia expor os americanos às armas e às intrigas das nações estrangeiras. Esse era um medo bastante óbvio naqueles que pensaram e elaboraram a Constituição dos Estados Unidos de 1787, os chamados

⁶⁴ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 2005, p. 69

⁶⁵ Idem, *Ibidem*, p. 128.

⁶⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 11-12.

*Founding Fathers*⁶⁷, sendo essa preocupação exaustivamente exposta em artigos da publicação “Os Federalistas”, publicação feita à época pela Convenção da Filadélfia, na tentativa de esclarecer e defender o modelo de Estado que estaria por vir com a promulgação do produto desta convenção, qual seja, a Constituição.

Apenas a título de exemplificação, os artigos de número três, quatro e cinco da mencionada publicação demonstravam as fragilidades que se encontravam as colônias americanas diante daquela configuração de confederação, marcada pela desagregação que favoreceria a influência e submissão externas. Nesse sentido, eis alguns trechos desses artigos:

O orgulho obra sobre os Estados como sobre os homens; fecha-lhes os olhos para não reconhecerem os erros que cometeram nem reparar a ofensa que fizeram: porém p governo nacional, livre, ao menos neste caso, de todo motivo de orgulho, não pode deixar do proceder com moderação e imparcialidade à indagação dos meios mais próprios para fazer desaparecer as dificuldades que tiverem podido suscitar-se. Além disso, uma nação poderosa pela sua massa e força pode fazer aceitar explicações e satisfações que seriam reputadas insuficientes sendo oferecidas por uma Confederação ou Estado menos notável pela sua importância e pelo seu poder.⁶⁸

Suponhamos que o Estado ou Confederação atacada ache nos seus vizinhos vontade de socorrê-la: como – em que espaço de tempo -, em que proporção poderão eles reunir socorros de gente e de dinheiro? Que general comandará o exército aliado, e de quem receberá ele as ordens? Quem estipulará os artigos da paz? Se contestações se suscitam, que autoridade as decidirá e fará respeitar suas decisões? Vê-se que as dificuldades e os obstáculos sucedem sem fim em semelhante situação. Pelo contrário, um só governo, que vigie sobre os interesses comuns – quem reúna em si os meios e os poderes de toda a Confederação -, pode, livre de todos esses obstáculos, ocupar-se, com muito mais esperança do resultado, da segurança do povo.⁶⁹

Ao final do artigo de número 5, os federalistas tentaram alertar a sociedade americana de qual escolha ela estava tratando, alertando para a fragilidade da divisão do território em vários Estados quase soberanos:

O que fica dito em todos os capítulos antecedentes é bastante para que as pessoas imparciais possam julgar se a divisão da América, em qualquer

⁶⁷ Pais fundadores, essa expressão designa o grupo políticos americanos que lideraram os trabalhos durante a Revolução Americana e aprovaram a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 .

⁶⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p. 24.

⁶⁹ Idem, *Ibidem*, p. 29.

número que seja de soberanias independentes, poderia defendê-la das hostilidades ou da influência das nações estrangeiras.⁷⁰

E, ainda a título de exemplo, nos artigos seis ao dez, tentou-se explicar a importância e utilidade da União, especialmente em seu papel externo e na função de consolidar uma vontade nacional.⁷¹

O foco basicamente no teor político da Constituição direcionou a promulgação à organização política do Estado. Os americanos tinham plena consciência da importância dos direitos do homem e da necessidade de limitação do poder⁷², não à toa, ao lado da declaração de independência, cada uma das treze colônias trouxe sua própria declaração e todas elas tinham foco em direitos fundamentais. Por isso, a Constituição teve como preocupação primeira garantir a unidade do país, o que acabou por acarretar a ausência, quando da promulgação da Constituição em 1787, da parte dedicada à declaração de direitos que só veio a ser inserido no texto constitucional em 1791, por ocasião da aprovação das dez primeiras emendas.

O constitucionalismo, segundo Horst Dippel, teve início nos Estados Unidos, mais precisamente com a Revolução Americana, a Declaração de Direitos da Virgínia foi o documento que estabeleceu um decálogo dos principais traços do constitucionalismo moderno: soberania popular, princípios universais, direitos humanos, governo representativo, a constituição como direito supremo, separação dos poderes, governo limitado, responsabilidade e sindicabilidade do governo, imparcialidade e independência dos tribunais, o reconhecimento ao povo do direito de reformar o seu próprio governo e do poder de revisão da Constituição.⁷³ Tais princípios foram amplamente discutidos por todas as colônias americanas durante a década que antecedeu 1776.

A Declaração de Direitos da Virgínia era peculiar não apenas porque trouxe os principais traços de conteúdo do que viria a ser o maior documento legal da era contemporânea, mas também porque compreendeu a essência que o diferencia das

⁷⁰ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p. 34.

⁷¹ Idem, *Ibidem*, p. 21-67.

⁷² As diversas declarações de direitos das colônias americanas, a partir de 1776, não deixam dúvidas sobre isso. Esse tema será retomado mais a frente.

⁷³ DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno**: novas perspectivas. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 10.

demais leis, a supremacia advinda da forma como é aprovada a Carta de Direitos. Diferentemente do que ocorreu com outras colônias (a exemplo da Constituição da Carolina do Sul), aqueles que confeccionaram a Carta de Direitos da Virgínia entendiam que ela deveria advir de uma espécie de poder legiferante diferente daquele ordinário.

Nas entrelinhas, o bom povo da Virgínia já fornecia o embrião da teoria do Poder Constituinte, dizendo que tal declaração deveria servir: “como o fundamento e a base do governo, feito pelos representantes do bom povo da Virgínia, reunidos em plena e livre convenção”. Desta forma, muito embora a Declaração da Virgínia não estivesse trazendo uma teoria sistematizada acerca do Poder Constituinte, o que só ocorreu com Emmanuel Joseph Sieyès em 1789 em sua obra *Qu'est-ce que le tiers état ?*⁷⁴, é bem verdade que na sua confecção já havia a noção de sua peculiar especialidade, pois havia a certeza de que tal documento deveria ser fruto de um corpo especial de representantes.

Como já fora mencionado, após a tentativa frustrada de se sustentar enquanto confederação, as treze colônias americanas decidiram se organizar de maneira diferente e, para tanto, desenvolveram a ideia da forma de Estado federativa que foi a preocupação inicial da Constituição de 1787. A Constituição surgiu para ser a chave do equilíbrio do Estado americano, assim, num Estado Federal: “uma esfera não é superior a outra. O que prevalece sobre ambas é a Constituição.”⁷⁵

Interessante destacar a novidade trazida pelos americanos: o Estado Federal. Criado a partir da configuração e das características predominavam naquele momento, ou seja, um território cuja convivência de vontades diferentes, mas complementares, foi a condição inevitável para a criação da Constituição. As colônias tinham muita força, de maneira que o espírito para a formação da união, deu-se através de um processo indutivo, pois tais descentralizações eram as grandes forças, mas que necessitavam de um ente de unificação da vontade nacional.

Até mesmo a criação de duas casas legislativas, o senado e a câmara de representantes, teve por finalidade diminuir a tensão que pudesse existir entre essas

⁷⁴ O que é o terceiro estado?

⁷⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 13.

duas vontades. O grande problema à consagração de um governo central de representação nacional, estava na solução que se devia buscar para garantir a coexistência das vontades individuais dos Estados e do interesse geral da nação.

Na época em que a constituição federal foi elaborada, ainda não existia entre os americanos mais que dois interesses positivamente opostos uma ao outro: o interesse de individualidade para os Estados, o interesse da União para o povo. Foi preciso chegar a um compromisso.⁷⁶

A formação desse ente só tinha sentido para garantir a unidade do país, pois na condução dos assuntos internos e cotidianos o governo central não fazia falta. Alexis de Tocqueville destacou, no entanto, que as unidades autônomas podiam abusar de sua independência e por em risco a segurança de toda a união. Assim, ele resumiu desta forma o Estado americano

[...] os Estados Unidos têm uma constituição complexa; notamos ali duas sociedades distintas envolvidas e, se assim posso me explicar, encaixadas uma na outra; vemos dois governos completamente separados e quase independentes: um, habitual e indefinido, que responde às necessidades cotidianas da sociedade, o outro, excepcional e circunscrito, que só se aplica a certos interesses gerais.⁷⁷

Mais a frente, sintetizou o processo de indução que caracterizou a formação do Estado americano ao afirmar: “Aliás, o governo federal, como acabo de dizer, não passa de uma exceção; o governo dos Estados é a regra comum.”

Neste cenário nasceu a primeira Constituição escrita do mundo, a Constituição americana de 1787. Na sua criação, o contexto histórico da metrópole e da Europa como um todo, exerceram papel fundamental, cuja necessidade de limitação do poder era uma certeza. A partir dela, os americanos viveram uma democracia, um ideal que está arraigado na própria história do povo americano. José Luis Bendicho Beired aponta as principais inovações da Constituição americana: “Entre as características do modelo político norte-americano, consagrado na Constituição de 1787, figuravam o estabelecimento de uma república representativa, federalista e com divisão tripartite do poder.”⁷⁸

⁷⁶ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 134.

⁷⁷ Idem, *Ibidem*, p. 69.

⁷⁸ BEIRED, José Luis Bendicho. Tocqueville, Sarmiento e Alberdi: três visões sobre a democracia nas Américas. **História**. São Paulo, v. 22, n. 2, p. 59-78, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/his/v22n2/a04v22n2.pdf>> Acesso em 27 jan. 2011, p. 62.

Os americanos inauguraram um regime político que subvertia todas as expectativas dos europeus e muito disso se atribui a própria colonização que se deu naquele território. Para Alexis de Tocqueville, ao partirem da metrópole europeia para habitar a Nova Inglaterra, os colonos não tinham a menor ideia de superioridade entre eles, havia uma completa rejeição à aristocracia rural.⁷⁹

Ao discorrer sobre o estado social dos americanos à época da promulgação da Constituição, Alexis de Tocqueville destacou que este estado é essencialmente democrático. O acúmulo de riquezas e a consequente ligação da família a terra, bases da aristocracia inglesa, não prosperaram entre os colonos americanos, eles estavam basicamente em situação de igualdade. Para Alexis de Tocqueville a lei de sucessões foi uma das responsáveis pela distribuição de terra, evitando a desigualdade. A busca pela igualdade, esse sim era o valor central dos colonos americanos que, segundo Alexis de Tocqueville, estavam em situações muito parecidas, seja em termos de conhecimento, valores, fé e dinheiro.

A América apresenta, pois, em seu estado social, o mais estanho fenômeno. Lá os homens se mostram mais iguais por sua fortuna e por sua inteligência, ou, em outras palavras, mais igualmente fortes do que são em qualquer outro país do mundo e do que foram em qualquer outro século de que a histórica conserve a lembrança.⁸⁰

A Constituição era o pacto social capaz de realizar esse valor que para eles representava a democracia, ou seja, a igualdade. A supremacia deste pacto social estava devidamente consagrada no art. 6º, item 2 da Constituição americana de 1787

Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos em sua conformidade, e todos os tratados celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos, constituirão lei suprema da nação; e os juizes de todos os Estados a ela estarão sujeitos, ficando sem efeitos qualquer disposição em contrário na Constituição ou leis de quaisquer dos Estados.⁸¹

Desde a promulgação da Constituição o Poder Judiciário nos Estados Unidos teve um especial papel, Alexis de Tocqueville assim destacou: “mas não creio que, até agora, alguma nação do mundo tenha constituído o poder judiciário da mesma

⁷⁹ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 38.

⁸⁰ Idem, *Ibidem*, p. 62-63.

⁸¹ ALVAREZ, Anselmo Prieto; NOVAES FILHO, Wladimir. **A Constituição dos Estados Unidos anotada**. São Paulo: Ltr, 2008, p. 63.

forma que os americanos.”⁸² Ele ressaltava que o judiciário lá se envolvia nos acontecimentos políticos e destacava que isso só poderia acontecer por acaso, muito embora o acaso acabara acontecendo todos os dias.

Alexis de Tocqueville destacou que o judiciário nos Estados Unidos manteve as características basilares de todo sistema judiciário, qual seja: agir apenas diante de litígios, pois o juiz é um árbitro; tratar apenas de caso particulares; e, por fim, agir somente quando provocado. Assim, não há diferença entre os juízes americanos e os demais juízes do mundo.

O detalhe é que, aos juízes nos Estados Unidos foi reconhecido o direito de fundar suas decisões na Constituição, ao invés das leis. Então concluiu:

Sei que semelhante direito foi reclamado algumas vezes pelos tribunais de outros países, mas nunca lhe foi concedido. Na América, é reconhecido por todos os poderes, não encontramos um partido nem mesmo um homem que o conteste.⁸³

Os juízes nos Estados Unidos tinham (e têm) amplo poder de manipulação criativa a partir da lei e da Constituição. Com certeza isso advém da adoção do sistema jurídico da antiga metrópole, ou seja, pela adoção do *Common Law* e também pela possibilidade de julgamentos com base na equidade. Exemplo do poder de criação dos juízes está com a adoção diferenciada da garantia do devido processo legal, garantia que surgiu pela primeira vez na Magna Carta inglesa de 1215, mas que ganhou roupagem bem diferente quando aplicada pelos juízes estadunienses.

Através da previsão da garantia do *due processo f Law*⁸⁴ pela quarta emenda a Constituição em 1791, os juízes americanos começaram não apenas interpretar os procedimentos e formas para a consecução do devido processo legal, mas também, através desta cláusula os juízes americanos começaram a manejar o conteúdo das normas conforme os casos iam lhes sendo apresentados. A partir da doutrina que eles atribuíram o nome de *due processo f Law substantive*,⁸⁵ eles além disciplinar e

⁸² TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 112.

⁸³ Idem, *Ibidem*, p. 113.

⁸⁴ Devido processo legal.

⁸⁵ Devido processo legal substantivo.

interpretar sobre as formas processuais e os procedimentos, também disciplinavam sobre o conteúdo da norma.

This doctrine, once adopted, secured for the Power of review a vast scope and set the American Courts afloat on a sea of controversial value judgments, and it became plain that in exercising these wide powers to monitor not only the form and formalities of legislation but also its content, the courts were doing something very different from what conventional legal thought in all countries conceives as the standard judicial function: the impartial application of determinate existing rules of law in the settlement of disputes.⁸⁶

Essa maneira peculiar com que o poder dos juízes foi se desenvolvendo, trouxe a possibilidade do Juiz John Marshall, em 1803 e a partir de um caso específico, criasse aquela que viria ser uma das maiores (senão a maior) garantia da Constituição: o controle de constitucionalidade. Colocando a Constituição num lugar de supremacia absoluta diante de todas as normas. Vale salientar que não havia expressa disposição constitucional para que os juízes americanos pudessem fazer controle de constitucionalidade.

Muito embora o surgimento e aplicação do *judicial review* seja imputado a John Marshall, José Adércio Leite Sampaio conta, no entanto, que a ideia foi aventada mesmo antes da promulgação da Constituição. Por influência do Juiz inglês Coke, A Constituição da Pensilvânia previa o Conselho de Censura, responsável por avaliar periodicamente o funcionamento e o respeito à seu texto. E mais:

O “plano de Virgínia”, como passou a ser chamado, visava controlar possíveis excessos do Legislativo, prevendo, na proposta de *Edmund Randolph*, a criação de um *Council of Revision*, composto por membros do Poder Executivo e do Poder Judiciário, com poderes para revisão *ex ante* das leis, ao lado de um Poder Judiciário nacional, eleito pela legislatura. Temia-se, contudo, que se formassem alianças entre aqueles dois Poderes, comprometendo o equilíbrio político da Nação. *Madison*, tentando contornar as resistências, passara a defender uma revisão preventiva das leis a cargo do Executivo e de um colégio de juízes, separadamente. O “plano de Nova Jersey” formulado como alternativa, obrigava os juízes locais a aplicar as leis e os tratados nacionais. Mas as tentativas foram vãs. Diz-se que, temendo uma derrota, esses convencionais optaram por não prever expressamente na Constituição o *judicial review*.⁸⁷

A Constituição americana contava apenas com dois artigos que davam a ideia geral de que caberia ao Judiciário resolver todas as controvérsias oriundas da

⁸⁶ HART, Herber L. A. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. In: **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 125.

⁸⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada: pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 29-30.

Constituição (art. 3º, Seção 2ª) e tratava a Constituição como a lei suprema daquela nação.

Art. 3º, Section 2: The judicial Power shall extend to all Cases, in Law na Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or wich shall be made, under their Autthority; - to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; - to all Cases of admiratly and maritime jurisdiction; - to Controversies to which the United States hall be a Party;- to Controversies between two or more States; - between Citizens of different States, - between Citiziens of the same State claiming Lands under the Grants of different States. (grifei)

Art. 6º: [...] This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, ou which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; [...] (grifei)⁸⁸

Com base nesses dispositivos o então *Chief of Justice*, John Marshall, criou o *judicial review*. Sobre a proeminência do famoso caso que vai ser relatado a partir daqui e como a omissão da Constituição americana sobre as atribuições do Poder Judiciário, foi responsável pela lacuna encontrada por John Marshall, eis o que disse Alexander Bickel:

Congress was created very nearly full blown by the Constitution itself. The vast possibilities of the presidency were relatively easy to perceive and soon, inevitably, materialized. But the institution of the judiciary needed to be summoned up out of the constitution vapors, shaped, and maintained; and the Great Chief Justice, John Marshall - not sinlgehanded, but first and foremost - was there to do it and did. If any social process can be said to have been "done" at a given time and by a given act, it is Marshall's achievement. The time was 1803; the act was a decision in the case Marbury V. Madison.⁸⁹⁹⁰

O caso trabalhado por ele e que é apontado como a origem do mecanismo, teve um objeto de cunho essencialmente político. O partido federalista, então no governo, havia sido derrotado pelo partido republicano em 1800, tanto na chefia do Poder Executivo, quanto na representação Parlamentar. O presidente federalista derrotado John Adams, enxergou no Judiciário e no poder que os juízes tinham, a

⁸⁸ **The Constitution of the United States of América** with the Declaration of Independence. New York: Fall River Press, 2012, p. 53-54.

⁸⁹ BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: the Suprme Court at the bar of politics. Indianapolis: The Bobbs-Merrill company, 1962, p. 1.

⁹⁰ Tradução livre: "O Congresso foi criado na intimada pela Constituição. As várias hipóteses de presidência era fáceis de se perceber e, por isso, materializadas. Mas a instituição do Poder Judiciário precisava ser trabalhada e moldada além da Constituição. E o bom Chefe de Justiça John Marshall – sem culpa e acima de tudo – estava lá para fazê-lo e fez. Se há um processo social que pode ser dito feito em um determinado momento e por um determinado ato, esta foi a realização de Marshall. O tempo era 1803; O ato foi a decisão no caso Marbury V. Madison."

possibilidade de certa manutenção dos ideais federalistas mesmo após sua saída e da ascensão congressista dos republicanos.

Com essa motivação, John Adams enviou ao Congresso um projeto de lei que resultou no *Judiciary Act of 1801*, aprovado no final de seu mandato. No conteúdo desta lei estava a criação de um elevado número de cargos de juízes federais e, também, a criação de uma Corte na Colúmbia que seria composta por juízes de paz. A intenção era distribuir tais cargos a pessoas ligadas ao partido federalista.

Sobre como essa criação de cargos e intenção de John Adams era muito além da necessidade que tinha os Estados Unidos de novos juízes e tribunais, mas sim, a intenção de ter mais representantes do partido federalista dentro do Estado americano, em oposição ao que viria com a posse de Thomas Jefferson, assim disse Bernard Schwartz:

That law provide for the creation of six new Circuit Courts to be staffed entirely by newly appointed judges. Unfortunately, however, the new statute was an integral part of the controversy between the Federalists and Jeffersonians that dominated the political scene at the turn of century.⁹¹⁹²

Acontece que, vários dos juízes nomeados por John Adams⁹³ não conseguiram tomar posse em tempo por questões burocráticas, dentre eles estava William Marbury que assumiria o cargo de Juiz de Paz do distrito da Colúmbia. Quando Thomas Jefferson chegou à chefia do Poder Executivo, um de seus primeiros atos foi a determinação para que seu secretário de Estado, James Madison, não entregasse aos juízes nomeados, seus respectivos decretos de nomeação⁹⁴, sem os quais, não poderiam ser empossados no cargo. Desta forma, William Maarbury veio a acionar primeiro o secretário de Estado, exigindo-lhe a entrega do documento que, sendo negado, o motivou a procurar a Suprema Corte para conseguir sua nomeação.

⁹¹ SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. Oxford: Oxford University, 1995, p. 32.

⁹² Tradução livre: “Essa nova lei prevê a instituição de seis novos tribunais para serem integrados por juízes recém-nomeados. No entanto, infelizmente, a nova lei foi parte integrante da controvérsia entre os federalistas e os jeffersonianos que dominara a cena política na virada do século.”

⁹³ Bernard Schwartz inclusive menciona o fato de que alguns foram nomeados no último dia do mandato de John Adams e acabaram ficando conhecidos como “midnight judges” (juízes da meia noite). **A history of the Supreme Court**. Oxford: Oxford University, 1995, p. 32.

⁹⁴ CRUZ, Gerardo Eto. John Marshall y La sentencia Marbury Vs. Madison. In: MAC-GREGOR, E.F (Coordenador). **Derecho Procesal Constitucional**. Colegio de secretario de La Suprema Corte de Justicia de La Nación, A.C. Prólogo de Héctor Fix-Zamudio. 4.ed. Tomo I. México, 2003, p. 39.

Interessante observar que a Suprema Corte, provavelmente em virtude da formação do federalismo americano por meio da agregação, onde os Estados tinham mais força do que a União, não teve suas funções muito bem definidas. De tal maneira, que nos primeiros anos de seu funcionamento, não houve uma atuação muito relevante da mencionada corte, assim como relata Flávia Santiago Lima:

A imprecisão do papel a ser ocupado pela Suprema Corte, já presente na Constituição e supostamente reforçado pelo *Judiciary Act*, repercutiu nos seus primeiros anos de funcionamento. Alguns relatos ajudam a ilustrar a pouca relevância do tribunal no período de sua instauração, como a recusa de alguns indicados, que preferiram manter-se em outros cargos, e a saída de alguns de seus membros para ocupar posto políticos – como o *Chief Justice* John Jay, que se afastou para ser Governador de Nova York. Na mudança do governo para Washington, por exemplo, não houve uma preocupação específica com a construção de um prédio para a corte, que fixou sua sede em espaço cedido pelo Senado – o sótão, onde funcionou até 1935.⁹⁵

O tribunal ganhou maior visibilidade e importância a partir da ação promovida por William Marbury, com a finalidade de obter sua posse. Assim, em 1801 ele impetrou um *writ of mandamus* contra James Madison perante a Suprema Corte daquele país. A relatoria deste processo ficou a cargo do *Chief of Justice* John Marshall que, pela efervescência do momento de transição política, acabou por adiar sua decisão por dois anos, declarando-a apenas em 1803. Vale destacar que o juiz John Marshall havia sido secretário de Estado de John Adams, tendo sido nomeado por este ao cargo de *Chief of Justice*, ou seja, Chefe do Poder Judiciário dos Estados Unidos.

Na verdade, naquele momento a Suprema Corte não contava apenas o John Marshall como representante dos ideais federalistas, “Em efecto, Marshall y la mayoría del Tribunal Supremo eran federalista así como o próprio Marbury, alineado al gobierno saliente de John Adams.”⁹⁶ Tal composição poderia levar a conclusão de que a Suprema Corte tentaria solucionar o caso de maneira a permitir a posse de William Marbury e, assim, realizar a intenção de John Adams quando o nomeou. No entanto, o que a história e os livros relatam, é que John Marshall teve plena convicção de que muito além de uma demanda político-partidária, aquele caso

⁹⁵ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política**: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014, p. 41-42.

⁹⁶ CRUZ, Gerardo Eto. John Marshall y La sentencia Marbury Vs. Madison. In: MAC-GREGOR, E.F (Coordenador). **Derecho Procesal Constitucional**. Colegio de secretario de La Suprema Corte de Justicia de La Nación, A.C. Prólogo de Héctor Fix-Zamudio. 4.ed. Tomo I. México, 2003, p. 40.

tratava diretamente sobre a própria estabilidade do Estado criado a partir de 1787, ou melhor, da garantia da própria Constituição.

Em sua decisão, o juiz John Marshall estabeleceu duas premissas: primeiro a de que Thomas Jefferson não podia negar posse a William Marbury, contudo destacou que a Suprema Corte não poderia conceder o *writ of mandamus*, pois tal competência era inconstitucional. Isso porque, o fundamento da pretensa competência da Suprema Corte para esse caso estava no *Judiciary Act* de 1789, este ato ampliou a competência daquela corte para processar e julgar ações em que figurassem autoridades do Governo norte-americano no pólo passivo da demanda.

John Marshall entendeu que a lei utilizada por William Marbury para fundamentar a competência da Suprema Corte era inconstitucional, pois ampliava as competências constitucionais que originariamente haviam sido designadas àquela corte, com base no art. 3º, item 2 da Constituição americana. Entendeu ele que o tribunal não poderia se utilizar de uma competência que, muito embora tenha sido concedida pelo parlamento, era incompatível com a Constituição. Segundo Oscar Vilhena Vieira, palavras do juiz John Marshall:

Os poderes do legislador são definidos e limitados; e para que esses limites não sejam confundidos ou esquecidos, a Constituição é escrita. Para que propósito os poderes são limitados e para que propósito esta limitação é firmada por escrito, se estes limites podem a qualquer momento, ser desprezados por aqueles que por eles deveriam estar limitados? Trata-se de uma proposição muito simples para ser contestada: ou a Constituição deve controlar qualquer ato do legislativo a ela repugnante; ou o legislativo pode alterar a Constituição por qualquer ato ordinário.⁹⁷

Com esse raciocínio John Marshall desenvolveu a ideia explícita de suprallegalidade da Constituição e o mecanismo de sua defesa mais efetivo. A aceitação de que ele pudesse, através de criação judicial, implantar um instituto com tanto peso político definiu a postura da Corte americana. A verdade é que, já sob a égide da era das Constituições escritas, pela primeira vez um juiz impunha ao legislador ordinário a vontade da Constituição. Com isso, estava assentada uma nova forma de ver a democracia e o dogma da soberania popular.

Desta forma, Saul K. Padover resume a ideia sobre a qual se fundavam todos os institutos criados pelos americanos: “A base sobre a qual se ergueu toda a

⁹⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 65.

estrutura americana é ter o povo o direito original de estabelecer, para o futuro governo, princípios tais que, a seu ver, conduzam à sua própria felicidade.”⁹⁸

Merece destaque ainda, a importância histórica que teve essa decisão para um país recém-criado e que estava em um momento de instabilidade política, pois republicanos e federalistas, devido a decisão de Thomas Jefferson revogando um ato do ex-presidente federalista, estavam em profundo debate e discussão. No livro “The great decision”, os autores contextualizam historicamente e dão destaque a maturidade política e nacionalista daquele que, em defesa da estabilidade de sua recente nação, criou a maior garantia da Constituição, o *judial review*. Segundo Cliff Sloan e David Mckean “Marshall also had strong beliefs about the need to build all of the national institutions of the young country.”⁹⁹

Bernard Schwartz sobre a importância e peso que teve John Marshall e sua decisão: “Almost two centuries later, no one doubts Marshall’s preeminence in our Law.” Citando e concordando com James A. Garfield, ele resume: “Marshall found the Constitution paper and he made it power.” Gerardo Eto Cruz, enumera as principais características observadas por Bernard Schwartz que, em sua visão, acabam por tornar o juiz John Marshall e sua decisão tão impactantes na história do direito constitucional e, principalmente, para o surgimento do controle de constitucionalidade.

a) Em primer lugar, se evidencia claramente em la cosmovisión política de Marshall su profunda convicción de que una Constitución viva es El fundamento esencial para una nación fuerte. Asimismo, Marshall asume inflexiblemente la Idea que o Tribunal Supremo era el que debía elaborar la doctrina constitucional.

b) En segundo lugar, se constata em Marshall su liderazgo judicial. Em efecto, si bien em la actualidad se acostumbra a designar a lós Tribunales por el nombre de su presidente; en el caso de Marshall, cuando este presídio, se hablaba ya del Tribunal Marshall. Y este Tribunal, como se sabe, duró 34 años bajo la batuta de este hombre cuyos orígenes paradójicamente no fueron de formación jurídica, sino de prédios castrenses. Anota Bernard Schwartz: “El Presidente debe ser um líder y Marshall lo era em grado sumo.

c) Em tercer lugar, el liderazgo no sólo radicaba em la formalidad del cargo de Presidente del Tribunal Supremo; sino, y básicamente, por la forma em cómo llevaba a sus colegas a sentenciar los grandes casos que

⁹⁸ PADOVER, Saul K. **A Constituição viva dos Estados Unidos**. Clássicos da democracia. Tradução de A. Della Nina. São Paulo: IBRASA, 1964, p. 90.

⁹⁹ MCKEAN, David e SLOAN, Cliff. **The great decision**: Jefferson, Adams, Marshall and the battle for the Supreme Court. Philadelphia: Perseus Books, 2010. Disponível em: <<http://books.google.com/books?id=MgvEISfWJHYC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>> Acesso em: 5 ago. 2011, p. 152.

se le presentaban. Es posible que el tacto y tino político, el Don de persuasión y el dominio de las circunstancias, muchas adversas, perfilaban una extraordinária personalidad em este magistrado.

d) Em cuarto lugar, Marshall sigue siendo el mejor juez de la historia del derecho constitucional norteamericano, debido a la calidad de sus sentencias.¹⁰⁰¹⁰¹

Não há dúvidas que os fatores principais que motivaram a decisão de John Marshall tinham cunho político. A forma de colonização das trezes colônias, depois a criação da confederação, acabaram contribuindo para o desenvolvimento de um sentimento individualista entre as treze partes dos Estados Unidos. De tal forma que a criação do Estado federal, com a obrigatoriedade de união entre eles era uma conquista, mas por ser recente e por ainda existir um forte sentimento de independência entre as treze colônias, se tornava uma conquista de certa forma frágil e o antagonismo entre o partido federalista e os republicanos representava essa disputa.

Em seu tratado sobre o surgimento, criação e primeiros passos do Estado americano, Alexis de Tocqueville destacou que os partidos existentes naquela época, externavam as vontades contrastantes que estiveram no seio do surgimento dos Estados Unidos da América. O partido republicano representava a busca constante pela total liberdade e autodeterminação pessoal, enquanto que o partido federalista representou a necessidade de imposição de limites, restringindo qualquer tipo de manifestação do poder, até mesmo o popular.¹⁰² Na visão dos republicanos,

¹⁰⁰ CRUZ, Gerardo Eto. John Marshall y La sentencia Marbury Vs. Madison. In: MAC-GREGOR, E.F (Coordenador). **Derecho Procesal Constitucional**. Colegio de secretario de La Suprema Corte de Justicia de La Nación, A.C. Prólogo de Héctor Fix-Zamudio. 4.ed. Tomo I. México, 2003, p. 41-42.

¹⁰¹ Tradução livre: “a) em primeiro lugar, se destaca a visão política de Marshall sua profunda convicção de que uma Constituição viva é o fundamento essencial para uma nação forte. Por isso mesmo, Marshall assume de forma inflexível a ideia de que a Suprema Corte deveria ser a responsável por elaborar a doutrina constitucional.; b) em segundo lugar, se constata em Marshall sua liderança judicial. Com efeito, na atualidade se costuma designar os tribunais pelo nome de seus presidentes, no caso de Marshall, quando presídio o tribunal, se falava no tribunal de Marshall. E este tribunal, como se sabe, durou 34 anos, sob a liderança deste homem cujas origens são paradoxais, pois não tinha formação jurídica e educado sobre lições militares. O presidente deve ser um líder e Marshall era de elevado grau; c) em terceiro lugar, a liderança não se deu apenas pela formalidade do cargo; mas basicamente pela maneira que ele levou seus colegas a sentenciarem os grandes casos. É possível que o tato e a habilidade política, sua persuasão e domínio das circunstâncias, muitas vezes adversas, descrevam o perfil desse extraordinário juiz; d) em quarto lugar, Marshall segue sendo o maior juiz da história do direito constitucional norte-americano, devido a qualidade de suas decisões.”

¹⁰² TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 201.

os federalistas quase imitavam a monarquia britânica e subestimavam as bases constitucionais da liberdade republicana.¹⁰³

Os ideais federalistas contavam com bastante força ainda naquele momento¹⁰⁴, especialmente em virtude do fracasso na tentativa de implantação da confederação que levou o povo americano a temer a anarquia. Esse era o sentimento e o grande medo que permeava o povo americano quando da recente promulgação da Constituição, uma vez que, abdicando da total independência em favor da criação de um ente de unificação da vontade nacional, o documento que John Marshall revelou ser mais importante do qualquer outro, representava a melhor saída para que o medo de que o Estado se transformasse numa anarquia, viesse a virar uma realidade.

A decisão do caso Marbury Vs. Madison refletiu a adoção da chamada democracia dualista, trabalhada por Bruce Ackerman, em oposição a democracia monista e que poderia ser caracterizada como a síntese dos pensamentos federalista e republicano. Na primeira, a democracia dualista, convivem duas decisões políticas, a decisão do povo e as decisões do governo. A Constituição é a maior decisão do povo e conduz limites às decisões do governo, pois impede o abuso de autoridade e não sucumbe diante de um argumento numérico de qual a decisão de tal governante é legítima, porque ele representa a maioria do povo.

Já na democracia monista, o vencedor das urnas tem autoridade para conduzir seu governo em nome do povo e da geração para o qual governa, inspirados pelo valor liberdade e com a ideia de que cada geração é responsável por seus próprios valores. Assim, “O monista levanta uma grande questão quando afirma que o vencedor de uma eleição justa e aberta tem o direito de governar com total autoridade do povo.”¹⁰⁵

A análise crítica da saída encontrada por John Marshall parece ser hoje, mais de duzentos anos depois, a mesma que se acabou afirmando a época. Isso porque,

¹⁰³ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 98.

¹⁰⁴ Muito embora Thomas Jefferson tenha feito das eleições uma verdadeira consulta popular sobre qual ideal a prosperar, o republicano ou o federalista e sua vitória tenha representado o fortalecimento do primeiro.

¹⁰⁵ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 11.

não ignorando a parcialidade com que pode ter decidido John Marshall, pois ele era federalista e havia chegado ao cargo que ocupava pela indicação de um presidente de tal partido, a verdade é que o partido federalista não teve vida longa, tendo sido extinto em 1816, o que faz com que a existência do *Judicial Review* até os dias atuais, represente uma ratificação histórica inegável da felicidade de sua decisão.

Nas palavras de Bruce Ackernam está o resumo do objeto e finalidade da democracia dualista que acabou afirmando o juiz John Marshall em sua decisão:

A fim de manter a integridade do processo de criação da lei suprema, todas as constituições dualistas proporcionam a uma ou mais instituições a função de preservação. Essas instituições devem efetivamente evitar que princípios constitucionais estabelecidos sejam renegados, por meio do simples expediente de aprovação da lei, e forçar grupos dominantes de políticos eleitos a se voltar para o grau superior de criação da lei, se desejarem questionar os julgamentos anteriormente realizados pelo povo.¹⁰⁶

E mais, é importante apontar que na decisão do *Chief Justice* americano, está a essência da principal função do constitucionalismo, qual seja, a ideia de um governo limitado, “Marshall then posited the limited nature of the government established by the constitution.”¹⁰⁷ E que a Constituição por ser a principal representação desses limites

[...] is a paramount law, and that ordinary legislative acts must conform to it. For Marshall it follows, further, that a legislative act contrary to the Constitution is not law and need not be given effect in court; else “written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable.”¹⁰⁸¹⁰⁹

Como será demonstrado mais a frente, tanto a Suprema Corte, como o Poder Judiciário em si nos Estados Unidos, surgiram com papel fundamental na organização política daquele país. Diante da complexa repartição de competências entre os entes do Estado americano, um dos pontos mais sensíveis para a promulgação da Constituição, onde se quis priorizar as competências dos Estados, a

¹⁰⁶ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12.

¹⁰⁷ Tradução livre: “Marshall então, positivou a natureza do governo limitado baseado na Constituição.”

¹⁰⁸ BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: The Bobbs-Merrill company, 1962, p. 3.

¹⁰⁹ Tradução livre: “É a lei fundamental, e que os atos legislativos ordinários devem conformar-se a ela. Em seguida ele diz, um ato legislativo contrário à Constituição não é lei e não pode ser executado pelo juiz; Se não “as Constituições escritas são tentativas absurdas, por parte do povo, de limitar um poder em sua própria natureza limitado.”

Suprema Corte americana surgiu justamente para garantir que o ente excepcional, qual seja, a União, não extrapolasse suas competências,¹¹⁰ o que demonstra a atribuição e importância política que tinha a Corte na garantia da unidade do país.

A Corte americana através desse poder de criação judicial se transformou em instituição capaz de se intrometer em assuntos metajurídicos, criando uma verdadeira postura ativista diante de certos embates políticos. Herbert L. A. Hart definiu o que ele chama de períodos do ativismo judicial da Suprema Corte. O primeiro período se concentra no início do século passado, quando os juízes julgavam como inconstitucionais as leis que tentavam implementar o chamado *Welfare State* em decorrência dos políticas do *New Deal*.

Os críticos acusam os juízes daquela época de, sob o manto da imparcialidade, tentar penetrar seus ideais de Estado liberal. O segundo período do ativismo judicial daquela Corte fora marcado pela análise de algumas reformas feitas na legislação. O caso exemplar disso foi o da legalização do aborto, quando em 1976 a Suprema Corte conseguiu derrubar uma briga de mais de 50 anos no parlamento através de uma simples decisão sua.¹¹¹

A partir daí a própria Corte começou um movimento de autocontenção, procurando diminuir a influência de suas decisões nos assuntos críveis da sociedade que, por ter um fator político tão forte, deve ser discutido e decidido no espaço público próprio, qual seja, no Congresso.

2.2.2.2 O Constitucionalismo na França e a resistência à adoção de controle de constitucionalidade

Enquanto para os americanos as preocupações eram a independência a própria fundação do país, para os franceses o cenário era outro e as preocupações também. Combater o absolutismo de base transcendental e irracional, combater as

¹¹⁰ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 130.

¹¹¹ HART, Herber L. A. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. In: **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 2001.

arbitrariedades que eram cometidas por esse regime, criar mecanismos de reação e refundar o Estado, com a principal meta de limitar o poder, essa era a realidade francesa ao final do século XVIII. Diferentemente do que ocorrera nos Estados Unidos, onde a elaboração da Constituição teve como principal foco a fundação do Estado americano em si, aos franceses importava mais de imediato a imposição de direitos básicos que eram cotidianamente desrespeitados pelos exageros do absolutismo.

Por isso, enquanto para os americanos a Constituição limitada a estruturação do Estado Federal, antecede o próprio reconhecimento em nível constitucional dos direitos fundamentais. Já para os franceses, a necessidade de respeito a esses direitos, fora condição fundamental para a reformulação do modelo de Estado que lá vigorava. Não por um acaso, os livros quando tratam do constitucionalismo francês apontam a Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789 como documento inaugural da fase constitucionalista na França e não a primeira Constituição francesa que só veio a ser promulgada em 1791.

Os debates e as ideias que permearam o desenvolvimento até a promulgação da Constituição americana influenciaram fortemente a Revolução Francesa. O decálogo de Virgínia, assim chamado por Horst Dippel em referência as bases do Estado Constitucional, logo se mostrou capaz de ultrapassar o território americano, no entanto, em virtude do absolutismo, encontrou forte resistência para sua aplicação plena pelos países europeus. Contudo, muito embora as bases do constitucionalismo tenham sido firmadas dentro do território americano, a Revolução Francesa e seu fruto, a Declaração de Direitos e do Cidadão tiveram uma importância singular, pois, permitiram “que o constitucionalismo moderno deixasse de ser uma ideia puramente americana para se converter um fenômeno transnacional, cujas repercussões seriam globalmente sentidas.”¹¹²

Talvez nesse detalhe esteja a principal justificativa para atribuir ao constitucionalismo uma dupla origem, posto que, os Estados Unidos naquela época era uma nação recém-criada e, além disso, havia criado um Estado completamente diferente da experiência europeia. Não parece ser absurdo cogitar que caso a

¹¹² DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno**: novas perspectivas. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 16.

França, uma nação já estabelecida, cujas práticas serviam de modelo para toda a Europa, não tivesse observado a forma de criação da Constituição americana e adaptado para os padrões europeus, muito provavelmente o Estado Constitucional retardaria a existir.

Por isso, não há como hoje explicar o surgimento e consolidação do Estado Constitucional sem que se fale da experiência e reformulação pela qual passou a França a partir da Revolução Francesa. Foi a França, e não os Estados Unidos, que fora responsável pela propagação desse modelo de Estado para o mundo. Na origem, a maior parte dos países do mundo optou por seguir o modelo francês e não o americano, representação típica dessa influência foi a primeira Constituição brasileira, a Constituição imperial de 1824.

No final do século XVIII e sob o governo de Luís XVI, os representantes de cada ordem política francesa (clero, nobreza e povo comum), recebiam de seus eleitores uma espécie de lista de queixas e, em muitas delas, já se encontravam pedidos para que a França adotasse a Constituição escrita, como a dos Estados Unidos. Foi com este intuito que, em 17 de junho de 1789, o corpo político francês se reuniu em Assembleia Nacional Constituinte, com o objetivo de elaborar um novo documento de fundamentação do poder, no entanto, suas discussões estavam levando à aprovação de um ordenamento político conformador dos interesses daquele corpo político e do rei. Configurando uma Constituição do tipo semântica, classificada por Karl Lowenstein, como aquela que reflete as subjacentes de um poder.

Naquela época, a França era dividida no que se pode chamar de classes e o terceiro estado formado pela grande massa de comerciantes burgueses e por quase toda a população francesa, não mais aceitaria a situação de exclusão a qual eram submetidos. Sobre o sentimento de desigualdade e exclusão desta classe e a necessidade de sua inclusão, assim disse Emmanuel Joseph de Sièyes:

O que é uma nação? Um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura. Será certo que a ordem nobre tenha privilégios, que ela ouse chamar de seus direitos, separados dos direitos do grande corpo dos cidadãos? Ela sai, assim, da ordem comum, da lei comum. Desse modo, seus direitos civis fazem dela um povo à parte da grande nação. É realmente *imperium in imperio*. No que diz respeito a seus direitos políticos, ela os exerce também à parte. Tem seus próprios representantes, que não são absolutamente procuradores dos povos. O corpo de seus deputados se reúne separadamente e, mesmo que

se reunisse em uma mesma sala com os deputados dos simples cidadãos, não seria menos certo que sua representação é essencialmente diferente e especial. É estranha à nação, antes de tudo, por princípio, pois sua missão não vem do povo; em seguida, por seu objetivo, já que consiste em defender, não o interesse geral, mas o interesse particular.¹¹³

Desta forma, almejava a partir de então, poder participar mais diretamente das decisões políticas na França¹¹⁴. De tal maneira que pretendiam um Estado formado pela vontade de todos e não pela vontade apenas de um corpo que já contava de privilégios e que apenas seria formalizado pela constituinte que estava a ser aprovada por medida do Rei Luis XVI. Em oposição forte a esse propósito, o povo se rebelou e em 14 de julho de 1789 tomou a Bastilha, símbolo da opressão da monarquia absolutista francesa à época, deflagrando a Revolução Francesa.

É interessante o simbolismo na escolha do local onde os franceses revoltosos escolheram para dar início a sua revolução. Isso por, relatos dão conta de que a Bastilha estava praticamente desativada, nela só constavam sete presos naquele momento, mas como ela havia sido utilizada foi uma das simbologias por traz desse episódio. Ricardo Castilho conta sobre a Bastilha:

Prisão construída no reinado de Carlos V, entre 1369 e 1382, era o local para onde os nobres mandavam qualquer pessoa que manifestasse descontentamento com o poder. As pessoas, muitas sem saber sequer qual teria sido o seu delito, eram presas por ordem dos nobres, que recebiam do rei autorização na forma de cartas chamadas *lettres du cachet*. Uma vez dentro da Bastilha as pessoas desapareciam. Era um lugar assombrado, sobre o qual muitas lendas foram suscitadas.¹¹⁵

¹¹³ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?**. Organização e introdução analítica de Aurélio Wander Bastos. Epílogo de José Ribas Vieira. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, p. 4.

¹¹⁴ Deve-se observar, no entanto, que muito embora a obra de Emmanuel Joseph de Sieyès seja uma referência direta ao próprio surgimento da teoria do Poder Constituinte, cujo fundamento central está na ideia de que a nação é formada pelas vontades de todo o povo, é falsa a ideia de que ele defendeu que qualquer um do povo estivesse apto ao exercício pleno dos direitos políticos, daí porque ele criou a distinção entre cidadania ativa e passiva. Na filosofia trazida por Emmanuel Joseph de Sieyès há uma clara luta pelo fim das distinções e privilégios existentes entre a nobreza, ou clero e o terceiro estado, mas que nem todos deste seguimento estariam aptos à política. Ele tentou criar uma ideia um pouco diferente da de Jean Jacques Rousseau, pois enquanto esse acreditava na capacidade política de participação de todos, daí porque o contrato social teria que ser fruto de uma unanimidade, Emmanuel Joseph de Sieyès entendeu mais viável para a França naquele momento, a adoção da ideia americana de representação política e defendia a necessidade de que as diversas partes do terceiro estado estivessem representadas na assembleia constituinte que daria origem a reforma mais importante pela qual passou o Estado francês.

¹¹⁵ CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 76.

Dias após, em 20 de julho, membros do terceiro estado se reuniram da sala do jogo da pela, no episódio que ficou conhecido como o juramento da pela, assumindo o compromisso de união e resistência. Motivados por essa união, vontade de lutar contra as opressões do governo absolutista, o principal ímpeto da Revolução Francesa era estabelecer na França, um documento que reconhecesse a todos os cidadãos direitos que estivessem acima do poder de disposição do Rei. Assim, em 26 de agosto de 1789 foi proclamada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, servindo de inspiração e até mesmo, sendo utilizada como preâmbulo da primeira Constituição francesa em 1791. Sobre o papel e referência atribuídos à declaração, Nicolau Condorcet assim falou:

[...] favorável à educação dos cidadãos, mas considera que nessa instrução o que se deve fazer, acima de tudo, é ligar aos direitos do homem todas as disposições das leis, todas as operações administrativas, todos os meios, como todos os princípios; a declaração dos direitos será a escala comum à qual tudo será comparado, pela qual tudo será medido.¹¹⁶

Em 1791 a França veio a ter sua primeira Constituição escrita, segundo Ricardo Castilho, muito embora tenha lançados os ideais de desejo para os franceses naquele momento, liberdade, igualdade e fraternidade, a verdade é que mesmo com a revolução, o país continuava dividido. O terceiro estado, principal articulador da revolução, não tinha um discurso único, nem mesmo pretensões unívocas, pelo contrário, também tinha suas divisões.

Sem unanimidade, a Constituição francesa foi promulgada em setembro de 1791, mas não garantiu a paz social. O Terceiro Estado ficou dividido entre a alta burguesia, representada pelos girondinos, e a baixa burguesia, representada pelos jacobinos. Enquanto os primeiros buscavam um exercício político que excluísse trabalhadores rurais e urbanos, os jacobinos queriam exatamente o contrário: o povo no poder.¹¹⁷

Mesmo com toda influência que o constitucionalismo americano exerceu sobre a França na época, houve resistência à adoção do controle de constitucionalidade por lá, pois os franceses não admitiam que os juízes pudessem ter o poder que os juízes americanos tinham. Na França, predominou o dogma da soberania popular

¹¹⁶ Nicolau Condorcet *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da idade média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 209.

¹¹⁷ CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 81.

representada pelo parlamento, isso porque os seus membros representavam a vontade impessoal da lei.

Não mais as decisões caprichosas e unilaterais de uma monarca, nem julgamentos arbitrários de juízes a seu soldo, mas a lei, impessoal e abstrata, feita pelos representantes do povo, deve prevalecer. Juízes e administradores devem obediência ao comando do legislador, único ente estatal apto a fazer valer a vontade popular.¹¹⁸

A proibição de controle do Poder Legislativo feito por meio de juízes, já pode ser sentida com uma lei de 16 a 24 de agosto que vedava “aos tribunais tomar parte direta ou indiretamente no exercício do Poder Legislativo, assim como impedir ou suspender a execução dos decretos daquele Poder, sob pena de prevaricação.”¹¹⁹ A primeira Constituição francesa fez questão de constar de forma expressa a vedação ao Poder Judiciário de ingerência e controle sobre o Poder Legislativo:

CAPITULO V

Do Poder Judiciário

Artigo 3. Os tribunais não podem intrometer-se no exercício do poder legislativo ou suspender a execução das leis, nem intervir nas funções administrativas ou chamar para comparecer em juízo os administradores por razões (inerentes) às suas funções.

Desta forma, os franceses deram prevalência ao Parlamento e tinham bastante resistência a qualquer movimento de fortalecimento dos juízes, isso porque “predominava um clima de profunda desconfiança em relação aos juízes, pois vinham às mentes dos revolucionários os “parlements” ou tribunais superiores que na época dos Luíses tanto contribuíram para a arbitrariedade do *Ancien Régime*.”¹²⁰

O medo do antigo regime que havia sido deposto a partir da Revolução Francesa, era real, pois a revolução não conseguiu imbuir todos os franceses de um sentimento anti-absolutista, conforme demonstra Ricardo Castilho:

¹¹⁸ GALINDO, Bruno. Princípio da legalidade oblíqua e súmula vinculante: a atuação legislativa da jurisdição constitucional nos 20 anos da Constituição de 1988. In: ADEODATO, J.M.; BRANDÃO, C.; CAVALCANTI, F.(Cord.) **Princípio da legalidade:** da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 199.

¹¹⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada:** pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 32.

¹²⁰ Idem, *Ibidem*, p. 32.

O país, a apesar da revolução, continuava dividido. A realeza, ainda não totalmente sufocada, contava com algumas tropas leais. Aristocracia, por seu lado, desgostosa com a crescente perda de vantagens, inclinava-se na direção da monarquia. E o clero, sem força, prendia-se à tradição de obedecer ao rei.¹²¹

Edilson Pereira Nobre Júnior assim resume a precaução tomada pelos franceses à época, negando qualquer poder de controle aos membros do Poder Judiciário:

Vislumbrava, igualmente a crença que então atormentava a América, a supremacia, não da lei, mas da Constituição, como norma suprema do Estado, com a diferença de que não confiava tal função aos membros do Judiciário, em virtude de aspecto peculiar à sociedade francesa, marcada por uma forte desconfiança nos juízes, forjada pela memória acerca do funcionamento das cortes superiores do velho regime (parlements).¹²²

Desta forma, a França só passou a contar com um sistema de controle de constitucionalidade em 1958, mas sinérgicos ao que pregaram desde a origem de seu Estado Constitucional, atribuíram tal poder ao próprio parlamento, através do controle prévio¹²³ exercido pelo Conselho Constitucional. Antes disso, têm-se notícias do *referee* legislativo, medida possível que existiu na França até 1837 e consistia na possibilidade de que, caso houvesse divergência sobre a interpretação de uma lei, a mesma deveria ser enviada ao Poder Legislativo que emitiria um decreto interpretativo que deveria ser seguido pelo Poder Judiciário.¹²⁴

A Constituição de 1791 colocava-se em depósito à fidelidade do corpo legislativo, do Rei, dos juízes, e à vigilância da sociedade. E a Constituição do ano III apelava unicamente “ao povo, pais, mães e crianças”. O professor J. H. Meirelles Teixeira observou que

O controle da constitucionalidade das leis pelos próprios cidadãos, hoje apenas uma curiosidade história, não foi propriamente um sistema, mas antes, uma ideia generosa, otimista, fruto do romantismo político da

¹²¹ CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 81.

¹²² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O triunfo tardio de Sieyès. **Revista CEJ**. Brasília, ano XIV, n. 50, p. 6-10, julho/setembro de 2010. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/1299/1357>> Acesso em 27 out. 2011. p. 7

¹²³ Destaque-se que desde 2009 já existe na França a possibilidade de controle repressivo também, através da chamada questão prioritária de constitucionalidade.

¹²⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada**: pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 32.

Revolução Francesa, da fé ingênua da maioria dos seus homens nas virtudes cívicas dos cidadãos e no amor destes à democracia e às instituições livres.

E Completou dizendo

Num país onde existam tradições políticas, aprimorado civismo, onde o povo compreenda o imenso valor da liberdade, das instituições livres e do Estado de Direito, a opinião pública exercerá, realmente, uma tal pressão constante e efetiva, sobre governo e parlamentos, que estes dificilmente ousarão violar a Constituição, mesmo que esta se apresente flexível, como é o caso da Inglaterra.¹²⁵

Emmanuel Joseph Sieyès, inspirado por Rousseau, tentou introduzir a figura do *Jury Constitutionnel* a ser exercido pelo Senado, com o propósito de analisar pretensas violações à Constituição pelo próprio Parlamento. Além disso “O *Jury* também teria a função de adaptar a Constituição à nova realidade, tanto que a cada dez anos haveria de apresentar um relatório sobre a necessidade de reformas constitucionais.”¹²⁶ No entanto, razões históricas e teóricas conflitavam com a adoção, pela Constituição, de qualquer possibilidade de controle de constitucionalidade, principalmente o de caráter jurisdicional.

A razão histórica está no fato já mencionado anteriormente, a forte vinculação dos juízes à monarquia absolutista e o fato de que esta ainda contava com defensores. E a razão teórica esteve pela adoção da teoria da separação de poderes criada em ‘O espírito das leis’ de Charles de Montesquieu e não apenas pela ideia de divisão de funções, mas também as observações feitas pelo mesmo sobre a necessidade de imposição de limites ao poder dos juízes.

Interessante observar que, Charles de Montesquieu foi fortemente influenciado pelo pensamento de John Locke, mas a leitura que este último fazia da função e dos poderes dos juízes, não foi adotada por aquele¹²⁷. John Locke entendia que havia certa lentidão na elaboração das leis e insuficiência de previsão de todas as possibilidades por esse instrumento. Por isso, ele reconhecia a possibilidade de que

¹²⁵ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1991, p. 402.

¹²⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada: pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 33.

¹²⁷ Isso muito deve se dever ao fato de que ambos viveram em contexto absolutistas diferentes, já que John Locke era britânico, enquanto Charles de Montesquieu era francês e, também, em sistemas diferentes, já que na Inglaterra se aplicava o *common Law*, enquanto a França fundou seu regime com base na lei, ou seja, *civil Law*.

no exercício da função prerrogativa (como ele denominou a função jurisdicional), pudesse haver a criação do direito no caso concreto, no entanto, só sendo possível se exercido dentro de um nível tolerado pela sociedade.

Esse trecho da obra clássica ‘Dois tratados sobre o governo’ merece destaque

Isso porque, como em alguns governos o poder legislativo nem sempre está em função e é, em geral, por demais numeroso e lento para a presteza exigida pela execução, e também porque é impossível prever e, conseqüentemente, prover pelas leis todos os acidentes e necessidades que possam interessar ao público ou elaborar leis tais que não causem danos se executadas com rigor inflexível em todas as ocasiões e sobre todas as pessoas que caíam sob a sua alçada, deixa-se ao poder executivo uma certa liberdade de ação para deliberar a seu critério acerca de muitas questões não previstas nas leis. Esse poder, enquanto for empregado para benefício da comunidade e conforme aos encargos e fins do governo, é uma prerrogativa acima de qualquer dúvida, e nunca é questionado. Pois as pessoas raramente, ou nunca, são escrupulosas ou justas neste ponto; estão longe de examinar a prerrogativa quando esta é empregada, em qualquer grau tolerável, para o uso a que foi destinada.¹²⁸

No entanto, ao sistematizar a teoria da separação dos poderes, Charles de Montesquieu não admitiu o mesmo poder aos juízes que John Locke admitira, advertindo em vários pontos o perigo do mesmo, ressaltando quem deve ser o real detentor do pronunciamento por lei e sobre o poder de moderar, ou seja, interpretar e dar limites a qualquer tipo de lei.

Poderia suceder que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, excessivamente rigorosa. Mas os juízes da nação são, como dissemos, apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor. É, portanto, a parte do corpo legislativo, que dissemos ser, em outra ocasião, um tribunal necessário que se acha ainda nesta; cabe à sua autoridade suprema moderar a lei em favor da própria lei, fazendo um pronunciamento menos rigoroso do que ela.¹²⁹

A verdade é que, como já mencionado anteriormente, a realidade francesa na qual estava inserido o autor da teoria da separação de poderes era outro, uma França cujos juízes ainda se ligavam muito fortemente aos monarcas absolutistas. Assim, o medo era que, de forma institucionalizada, o absolutismo se perpetuasse

¹²⁸ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 530.

¹²⁹ MONTESQUIEU, Charles-Louis. **Do espírito das leis**. Tradução, introdução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2004, p. 195.

no poder se aos juízes fosse concedido um poder sobre de manejo sobre o produto do Poder Legislativo.¹³⁰ Por isso, Charles de Montesquieu advertiu

Dessa forma, o poder judiciário, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa condição, nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não há de modo algum constantemente juízes diante dos olhos e teme-se a magistratura, e não os magistrados.

Ele pregava que a magistratura deveria ser exercida por meio de pessoas tiradas da sociedade, com mandatos permanentes: “objetivando a formação de um tribunal que não dure mais do que o requerido pela sociedade.”¹³¹ Mesmo com a condução de juízes feita por meio de eleição,¹³² ele via na magistratura uma vida, cujo excesso de poder deveria ser temido.

Dessa forma, o poder judiciário, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa condição, nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não há de modo algum constantemente juízes diante dos olhos e teme-se a magistratura, e não os magistrados.¹³³

O que Charles de Montesquieu pregava era a diferença entre funções, que ele dividiu entre a de criar a lei e a de executá-las e, não obstante tenha criado a separação de poderes sob o manto da independência entre eles e convivência harmônica, a verdade é que havia uma sobreposição de importância entre as atividades. A atividade de criar as leis era dada a um só poder, ao qual cabia também a chave do equilíbrio entre eles, havendo na prática um destaque maior do Poder Legislativo, assim como destacou Bruno Galindo

O Iluminismo oitocentista fez mais do que reavivar o sistema de freios e contrapesos. Ao estipularem a “separação de poderes”, não se considerou uma efetiva igualdade entre eles, como por vezes foi preconizado. Ao contrário, foi corrente a ideia de que o parlamento possui primazia em

¹³⁰ Esse temor de Charles de Montesquieu não é sem razão e a própria história até aqui contada prova isso, pois o seu temor pode ser exemplificado no ato do Presidente americano John Adams quando, ao final de seu mandato e com o intuito de perpetuar ideais do partido federalista, ele nomeou vários juízes e criou tribunais.

¹³¹ MONTESQUIEU, Charles-Louis. **Do espírito das leis**. Tradução, introdução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2004, p. 191.

¹³² Assim propugnava o art. 4º do título III da Constituição Francesa de 1791: “O poder judiciário é delegado a juizes eleitos pelo povo.”

¹³³ MONTESQUIEU, Charles-Louis. **Do espírito das leis**. Tradução, introdução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2004, p. 191.

relação aos demais poderes, notadamente por sua legitimidade popular, já que diretamente eleito pela população.¹³⁴

Configurada desta forma, a França priorizou a vontade da lei, produto do Poder que eles confiavam ser o mais legítimo dentro da sociedade, visto que era o único capaz de representar diretamente a vontade popular. Assim, inadmissível era a possibilidade de confiar a um corpo de juízes julgar se determinada vontade legislativa era constitucional ou não. Naquele momento, essa filosofia, esse modelo de constitucionalismo acabou sendo o mais copiado por todo o mundo.

Isso é comprovado pela ausência de qualquer mecanismo de controle de constitucionalidade na primeira Constituição brasileira, a do Império de 1824 que surgiu quando já havia ocorrido a decisão do juiz John Marshal em 1803, mas optou pela adoção de uma configuração parecida com a Constituição francesa, não obstante tenha adotado a teoria quatripartida de separação de poderes, atribuindo ao Poder Moderador à chave de toda organização política do país.

¹³⁴ GALINDO, Bruno. Princípio da legalidade oblíqua e súmula vinculante: a atuação legislativa da jurisdição constitucional nos 20 anos da Constituição de 1988. In: ADEODATO, J.M.; BRANDÃO, C.; CAVALCANTI, F.(Cord.) **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 177.

3 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE: A PROBLEMÁTICA DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA E FATORES QUE A DETERMINAM

Como fora exposto no capítulo anterior, o constitucionalismo trata-se de um movimento de limitação de poder e, partir da experiência de surgimento do Estado americano, pode-se perceber que a Constituição surge como instrumento limitador a qualquer tipo poder, inclusive o poder do próprio povo. Assim, enquanto a Constituição se preocupa com os limites ao poder, a democracia é uma forma de exercício de poder através do povo e para que ela seja possível, a regra de decisão mais conhecida e utilizada pelas democracias é a regra da maioria.

A partir dessas finalidades distintas entre a Constituição e a democracia, surge uma contradição conceitual entre as ambas, conforme destacado por Oscar Vilhena Vieira:

Democracia e constitucionalismo são concepções políticas originalmente distintas. À democracia importa, prioritariamente, discutir o fundamento e o exercício do poder pelo povo, sendo a regra da maioria um dos instrumentos essenciais para a realização da vontade democrática; já o constitucionalismo moderno, por intermédio da separação de poderes e de uma carta de direitos, irá preocupar-se com os limites do poder, seja esse poder exercido pelo rei ou pelo próprio povo. (2002, p. 25)

O controle de constitucionalidade é o principal instrumento de proteção da supremacia constitucional e, na maioria das vezes, quando o órgão responsável por sua execução quando o executada faz um julgamento sobre a decisão política daqueles que são representantes diretos do povo, os parlamentares. Assim, o controle de constitucionalidade cumpre um papel contramajoritário, sendo que, ao ser realizado por órgão cuja condução de seus membros não se dê por voto popular, como é o caso do controle jurisdicional de constitucionalidade, fica então a questão: qual a legitimidade democrática que eles têm para exercer tal mister?

Neste capítulo, pretende-se abordar um pouco a questão, buscando-se apresentar o principal embate teórico sobre o mesmo, que aconteceu na primeira metade do século passado, com a discussão “Quem deve ser o guardião da Constituição?” entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. Após, será abordado as atuais causas que, após a Segunda Guerra Mundial, favorecem a volta o retorno ao debate

acerca da legitimidade democrática do controle jurisdicional¹³⁵ de constitucionalidade.

3.1 O debate Schmitt *versus* Kelsen e a origem teórica do problema da legitimação

Antes de detalhar os principais pontos que envolveram a discussão entre esses dois teóricos, é preciso que se esclareça que o surgimento da problemática envolvendo o déficit democrático do controle jurisdicional de constitucionalidade, não se deu apenas a partir da década de 30 do século XX, com o famoso duelo teórico entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. Esse duelo, apenas veio a enfatizar, a partir de um prisma teórico-conceitual, algo que já estava implícito na própria criação do Estado Constitucional americano e francês.

Investigando superficialmente a origem histórica da problemática, é possível identificar na própria formulação do modelo de controle americano e na ausência de controle de constitucionalidade na França, a origem da questão da legitimidade democrático do instituto. Nos Estados Unidos, pela sua formulação de Estado completamente diferente da existente à época, uma vez que eles criaram o modelo de Estado federal, a necessidade de controle das decisões políticas se deu, principalmente, porque em seu território fora criado dois centros de decisões políticas diferentes: a União e os Estados-membros.

Um das questões levantadas contra órgãos jurisdicionais que exercem o controle de constitucionalidade, é o fato de esta atividade ser eminentemente política, e por isso, por tais órgãos não participarem diretamente da disputa política, não teriam legitimidade para decidir tais questões. No entanto, como já demonstrado um pouco no capítulo primeiro e como será mais exaustivamente demonstrado no próximo capítulo desta tese, desde sua origem, o Poder Judiciário americano teve forte papel na organização e desenvolvimento político daquele Estado.

¹³⁵ A discussão ficará adstrita ao controle de constitucionalidade quando ele é exercido por meio de órgãos do Poder Judiciário ou de natureza jurisdicional, como o caso das Cortes Constitucionais. Isso porque, a problemática existe em virtude de membros de um órgão externo ao Poder Legislativo e que não recebem votos da população, acabam por meio daquele tipo de controle, anulando os atos criados por aqueles que foram eleitos pelo povo.

Os dois centros de Poder criados pelo modelo federalista, qual seja, a União e os Estados, necessitavam para coexistirem que houvesse algum órgão responsável pela delimitação dos limites de suas competências, daí a criação da Suprema Corte Americana. Esta ao garantir, preservar e determinar os limites das competências dos entes federados, estaria garantindo a unidade do país e, assim, garantindo a própria Constituição.

Mas então, para evitar que o Poder Judiciário acabasse virando um superpoder e deixar claro como os americanos já percebiam a relevância de tal função e de seu impacto sobre o princípio da separação de poderes, é interessante observar a ausência de ações diretas de controle de constitucionalidade no modelo *judicial review*. Assim, desde a origem os juízes americanos quando o aplicam, não devem fazer juízo de valor sobre a conveniência ou qualidade da lei, mas apenas, caso venham a ser provocados, decidir incidentalmente pela sua aplicabilidade ou não, interpretando-a subjetivamente diante do caso concreto em que julgam, em caráter principal, ou seja, no mérito, outro objeto.

No sistema estadunidense, a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições. A dimensão constitucional pode estar presente em todos os litígios e não necessita de tratamento especial: não há propriamente contencioso constitucional, assim como não existe contencioso administrativo ou judicial, não há, pois, nenhuma razão para distinguir as questões levadas perante o mesmo juiz.¹³⁶

Em obra publicada em 1835, Alexis de Tocqueville já destacava o imenso poder político atribuído aos tribunais, através do controle de constitucionalidade.

Encerrado em seus limites, o poder concedido aos tribunais americanos de pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade das leis representa também uma das mais poderosas barreiras erguidas contra a tirania das assembleias políticas.¹³⁷

E destacou que, de certa forma, os americanos souberam contrabalancear esse poder atribuído aos juízes, pois os americanos atribuíram tal poder apenas de forma indireta, apenas para aplicar seu entendimento a interesses subjetivos aplicados ao processo.

¹³⁶ FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução de Dunia marinha Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 17.

¹³⁷ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 117.

Se o juiz tivesse podido criticar as leis de maneira teórica e geral; se pudesse tomar a iniciativa e censurar o legislador, teria entrado rumorosamente na cena política; tornando-se expoente ou adversário de um partido, teria chamado todas as paixões que dividem o país a tomar parte na luta. Mas, quando o juiz critica uma lei num debate obscuro e sobre uma aplicação particular, oculta em parte a importância do ataque aos olhos do público. Sua decisão tem por objetivo unicamente atingir um interesse individual; a lei só é ferida por acaso.¹³⁸

Já na França, a ausência do controle de constitucionalidade desde a origem da primeira Constituição em 1791, bem como mesmo depois do controle criado pelos americanos em 1803, teve a clara intenção de manter intacta a chamada supremacia do parlamento. Pois como enfatizado em capítulo anterior, os franceses não admitiam a possibilidade de que juízes pudesse avaliar o trabalho daqueles que seriam os representantes do povo.

Vale salientar que, mesmo com a disposição de que os juízes deveriam ser eleitos, a primeira Constituição francesa, proibia a possibilidade de que do Poder Judiciário pudesse suspender a execução de leis tratadas pelo Poder Legislativo, conforme se pode ver no capítulo V da mencionada Carta:

Artigo 2. A justiça será concedida gratuitamente por juizes eleitos pelo povo, e instituídos por cartas-patentes do Rei, que não poderá recusá-las. Não poderão ser destituídos, senão por prevaricação devidamente demonstrada, ou suspensos, senão por uma acusação comprovada. O acusador será nomeado pelo povo.

Artigo 3. Os tribunais não podem intrometer-se no exercício do poder legislativo ou suspender a execução das leis, nem intervir nas funções administrativas ou chamar para comparecer em juízo os administradores por razões (inerentes) às suas funções.

Desta forma, quando os franceses se valeram da ideia de supremacia do parlamento e se negaram a copiar os americanos, evitando que juízes pudessem controlar a constitucionalidade das leis, já expunham o déficit de representatividade democrática. Assim também ocorreu, quando os americanos evitaram dar ao Poder Judiciário o poder de analisar diretamente a atividade do legislador.

Tendo tratado da origem histórica da problemática da legitimação dos órgãos de controle de constitucionalidade (apenas a título de menção), neste momento passa-se a destacar o marco teórico desta questão: o debate teórico estabelecido

¹³⁸ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 116.

entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre “Quem deve ser o guardião da Constituição?” A opção pode esse marco para o desenvolvimento do trabalho se deu em virtude de ser ele um debate bastante teórico-conceitual, se adequando de maneira mais feliz a um trabalho acadêmico.

Logo após a dissolução do Império Austro-Húngaro, a Áustria passou por um processo de consolidação de Estado independente, imediatamente passou a se chamar de Áustria alemã, e logo depois, a partir da ratificação do tratado de St. Germain, em 1919, República da Áustria. Assim, para a consolidação do novo Estado, se fazia necessário a criação de uma Constituição austríaca, o que foi feito em 1920.

O austríaco Hans Kelsen foi um dos principais colaboradores na elaboração do texto constitucional austríaco de 1920. O positivista, proveniente do chamado círculo de Viena, já preocupado com questões de segurança jurídica e com a criação de uma teoria do ordenamento jurídico, atentou-se a um detalhe importantíssimo ao analisar o sistema constitucional americano que conflitava com sua própria concepção de ordem jurídica. Isso porque dentro da sua concepção de ordenamento jurídico, através da teoria pura do direito, Hans Kelsen atribuía um papel de extrema relevância à Constituição, sendo ela a lei unificadora de todo o sistema.

Pensando desta forma, Hans Kelsen posicionou a Constituição no ápice da pirâmide normativa e, como tal, necessitaria de um órgão próprio para sua proteção. Seu modelo de controle seria bastante diferente do que havia pensado os americanos, já que para ele a proteção das normas constitucionais e a própria validade de todo o sistema, não poderia ficar relegada apenas a discussões incidentais em processos judiciais, em que se estaria discutindo apenas interesses subjetivos das partes envolvidas.

Para Hans Kelsen, “Uma Constituição em que falte a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico.”¹³⁹ Por isso, diferentemente dos americanos, o austríaco via a necessidade de que houvesse um órgão específico para a tutela constitucional, a Corte Constitucional ou Tribunal Constitucional. Tal tribunal teria duas características principais: seria ele um órgão independente, que exerceria o controle de constitucionalidade de forma

¹³⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 179.

exclusiva, daí então chamado de controle concentrado; e um órgão com competência para julgar ações cujo objetivo principal seria a análise da adequação ou não das normas inferiores na pirâmide normativa, ao seu topo, ou seja, à Constituição.

A partir da criação da teoria pura do direito e do modelo de controle de constitucionalidade idealizado por Hans Kelsen e introduzido na Constituição austríaca de 1920, Carl Schmitt escreveu um livro, 'o Guardião da Constituição, cuja intenção principal era refutar as concepções kelseneanas, principalmente no que diz respeito a quem deveria se atribuir a importante função de ser o principal responsável pela supremacia das normas constitucionais. No mesmo ano, Hans Kelsen acabou escrevendo um texto, cujo título foi: 'Quem deve ser o guardião da Constituição?', em resposta as alegações levantadas por Carl Schmitt, e então, firmou-se este debate teórico, um dos mais relevantes, quiça o mais relevante, para o direito constitucional. E em seu cerne, está basicamente o questionamento sobre a legitimidade que teriam juízes, que não foram eleitos pelo povo, como deveria ser no caso do Tribunal Constitucional de Hans Kelsen, frente a possibilidade de que a guarda da Constituição deveria ser atribuída àquele que fora legitimamente eleito pelo povo.

Buscando sintetizar e objetivar os principais pontos desse debate, primeiramente, destaca-se alguma das principais características do modelo de controle de constitucionalidade kelseneado e do órgão que ele criou. Antes de mais nada, a Corte Constitucional seria um órgão completamente independente, se localizando fora do esquema tradicional da separação de poderes; a matéria que julgaria seria exclusivamente constitucional, assim como, teria exclusividade no exercício do controle; para tanto, seus membros deveriam ser peritos em hermenêutica constitucional; o processo, seria o instrumento utilizado para a construção da decisão; e, por fim, sua composição deveria ser diversificada, não apenas juristas deveriam compor o tribunal, mas aqueles que fossem especialistas na matéria constitucional.

Diferente pensou Carl Schmitt, que acreditava que tal função, por ser de natureza essencialmente política, deveria caber ao chefe de Estado. Isso porque, como teórico da política e adepto à corrente decisionista, sua teoria sobre Poder tinha como foco central a soberania e para ele: "Soberano é quem decide sobre o

estado de exceção.”¹⁴⁰. Assim o *Führer* (chefe de Estado na Alemanha), a proteção da Constituição deveria ficar a cargo dele, pois ele é quem era responsável pelas decisões em situações de crise, já que representava a totalidade dos cidadãos de um país. Sua concepção acabou fundamentando o regime nazista e dominando a primeira metade do século XX.

Assim resume Gilberto Bercovici o pensamento schmittiano:

Carl Schmitt destacou a soberania como uma função politicamente indispensável para afirmar uma ordem. (...) A partir do conceito schmittiano de político, entender o Estado como unidade política significa entendê-lo como unidade pacificada por meio do político. (...) De acordo com Schmitt, existe uma unidade política e ele é soberano se possui competência para decidir no caso decisivo, mesmo que seja um caso excepcional.¹⁴¹

Partindo de uma perspectiva puramente política, ele acreditava que por ser responsável pelas decisões em momentos mais difíceis, teria o chefe de estado, na prática, o poder real de decisão e, por isso, ele deveria ser o fiel depositário da Constituição. Para ele, não há que se falar em qualquer outra instância para proteção da Constituição, porque a exceção determina quem é o real detentor do poder, juridicamente previsto para tal. Ele diz: “A exceção é mais interessante do que o caso normal. O que é normal nada prova, a exceção comprova tudo; ela não somente confirma a regra, mas esta vive da exceção. Na exceção, a força da vida real transpõe a crosta mecânica fixada na repetição.”¹⁴²

E mais, para ele o chefe de estado tem um poder acima dos demais, não apenas porque ele decide em momentos de exceção, mas sobretudo, porque ele é quem decidiria que momentos são esses, já que o legislador é incapaz de antecipá-los expressamente na lei.

No máximo, a Constituição pode indicar quem deve agir em tal caso. Não se submetendo a ação a nenhum controle, não há, de nenhuma forma, a divisão, como ocorre na prática da Constituição jurídico-estatal, em diversas instâncias que se equilibram e se obstruem reciprocamente, de modo que fica claro quem é o soberano. Ele decide tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, bem como o que deve fazer para saná-lo. O soberano se coloca fora de ordem jurídica normalmente vigente, porém a

¹⁴⁰ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Eliesete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

¹⁴¹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro : Azougue Editorial, 2004, p. 65-71.

¹⁴² SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Eliesete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 15.

ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa *in toto*.¹⁴³

Com base na teoria do *pouvoir neutre*, de Benjamin Constant, de que o rei reina, mas não governa, para Carl Schmitt o chefe de estado deve exercer seu poder de forma neutra. Há aqui uma proximidade entre os pensamentos schmittiano e kelseneano, já que os dois acabam defendendo que esta atribuição deve ser exercida por um órgão neutro. No entanto, Hans Kelsen rebate essa alegação de poder neutro, já que em sua origem a teoria do *pouvoir neutre* fora criada para compensar as perdas e diminuição de Poder que o Rei francês foi submetido com a criação do Estado Constitucional.

Por esta doutrina, haveria uma espécie de pseudoneutralidade do monarca que representaria uma terceira instância entre o governo e o parlamento, mas para Hans Kelsen, deixando de lado a discussão de se é certa ou não determinada teoria, para ele é mais importante investigar se ela está ou não atingindo seu objetivo principal. A base do pensamento de Carl Schmitt estaria na construção do chefe de Estado como garantidor do Estado total. Hans Kelsen adverte, há uma diferença gigantesca entre, de um lado, conceder a um órgão apenas esse poder que deriva da função de controle e, de outro, tornar ainda mais forte os dois principais detentores do poder. A vantagem fundamental de um tribunal constitucional é que este não participaria do exercício do poder, e não se coloca antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao governo.

Partindo dessa questão, surge aquela que pode ser apontada como a questão mais crítica de divergência entre os dois teóricos, não obstante partam da mesma hipótese: a de que a função de ser guardião da Constituição é uma função de natureza política. Para Carl Schmitt, já que o controle de constitucionalidade é um instrumento político, seria impróprio que o mesmo fosse feito por juízes. Enquanto que para Hans Kelsen, a sistemática do processo seria a mais adequada para a construção de uma decisão com esse teor e mais uma vez adverte que o Tribunal Constitucional ao não fazer parte de qualquer um dos poderes, estaria fora da política cotidiana.

¹⁴³ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Eliesete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 8.

O que parece é que há certa miopia de Carl Schmitt, porque em sua obra ‘O guardião da Constituição’, muitas das vezes, ele deixa claro que sua análise está muito adstrita ao controle feito pelo Poder Judiciário, ou seja, muitas das vezes, ele quer atacar a criação kelseneana, mas ignora partes importantes de sua criação, pensando no modelo americano quando de suas críticas. Exemplo disso é possível se verificar entre as páginas 30 e 31 de seu livro, pois ao tentar dizer que no controle de constitucionalidade o juiz não abjudica da lei, mas sim, apenas escolhe aquele que melhor embasa sua decisão diante do caso concreto, claramente ele está a tratar do modelo americano e não do austríaco, tendo em vista que esse não é feito sobre causa de pedir (americano), mas sim, é feito como discussão principal do processo.

Caso ele escolha, para proferir sua sentença judicial, uma das determinações legais conflitantes como embasamento para sua decisão, a outra determinação conflitante não será aplicada. Isso é tudo. É inexato dizer, como já mostrado, que o juiz sentenciador teria “abjudicado validade” à lei não-aplicada, corretamente pode-se falar tão-só de uma “não-aplicação da lei” restrita à decisão do caso concreto, exercendo, para as decisões de outras instâncias, um efeito como precedente mais ou menos previsível.

Há ainda, uma pequena contradição da teoria de Carla Schmitt quando ele aborda as consequências de decisão de controle e em que medida tal atividade poderia ou não ser exercida por órgãos judiciários ou não. Ainda tratando aplicabilidade ou não de uma lei ao processo e sua perda de validade ou não por decisão de um juiz ou tribunal, ele cria uma ideia que opta-se aqui por chamar de “subsunção perfeita”¹⁴⁴. Tal expressão resume a ideia schmittiana quando ele defende de que o juiz não está abjudicando a validade da norma, mas sim, apenas

¹⁴⁴ Não há, na obra de Car Schmitt essa expressão, fora criado pela autora deste trabalho numa tentativa para tentar resumir uma ideia defendida por ele. Aqui está uma das situações em que Schmitt incorre no mesmo erro que aponta em Kelsen, a questão das ficções, pois será que existe essa forma de subsunção? O professor Gustavo Just, fundado na ideia Kelseneana de concretização normativa, cria a noção de que a relação entre lei e caso concreto é uma relação de enunciados. O legislador nunca prevê uma conduta em particular, mas sim um tipo de conduta. Não se pode subsumir diretamente o particular no geral. O que se pode fazer é subsumir o particular no conjunto de elementos particulares a que fazem referência os termos mais gerais da previsão legal. Só que todo termo contido na lei é, ao menos potencialmente, indeterminado. A superação dessa indeterminação consiste num juízo interpretativo concreto e circular. (JUST, Gustavo. Princípio da legalidade administrativa: o problema da interpretação e os ideais do direito público. In: ADEODATO, J.M.; BRANDÃO, C.; CAVALCANTI, F.(Cord.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 240-241)

escolhendo uma das alternativas possíveis, deste forma a observância à legalidade e também a constitucionalidade não constitui instância especial para ele.

Partindo dessa premissa, a um tribunal só poderia ser assegurado tal poder quando não houver dúvida sobre a aplicação das normas, pois quando a dúvida aparecer, não poderia mais caber a um juiz, pois a partir daí não haveria apenas uma subsunção, e sim, política. Acontece que ambas dizem respeito ao conteúdo da Constituição, e em maior ou menor grau existe uma atividade criadora do direito, por isso, ela é política quando na subsunção perfeita, quanto na margem maior de criação.

Carl Schmitt diz que existe uma zona de conforto com a ideia formalista de Estado de direito, pois ela se apegua a ficções abstratas que traduzem um formalismo colocado fora de questão. Por isso, a atribuição ao judiciário de resolução de questões políticas se torna uma coisa simples e não há como enxergar nisso uma politização da justiça. Porém ele entende que essa atuação é limitada, porque a jurisdição constitucional deve ter um caráter repressivo e atuar diante das indubitáveis ofensas constitucionais:

[...] ou existe uma evidente violação constitucional a ser indubitavelmente comprovada, exercendo o tribunal, um tipo repressivo e vindicativo de justiça e declarando, de alguma forma, alguém culpado por efeitos passados, ou o caso se encontra obscuro e duvidoso, seja por motivos reais, seja pela necessária incompletude e ampliação de toda Constituição escrita, em geral, não existindo, dessa feita, nenhum questão de direito pura e sendo a decisão do tribunal diferente de decisão judicial e diferente de justiça.¹⁴⁵

Gustavo Zagrebelsky resume o pensamento de Carl Schmitt afirmando que ele defendia que toda questão de direito constitucional era uma questão sobre o conteúdo da Constituição. Contudo, toda determinação sobre o conteúdo da norma constitucional não é jurisdição constitucional e, sim, legislação constitucional. A jurisdição constitucional seria um sistema artificioso e contraditório no qual o juiz constitucional se convertia em legislador supremo tácito, escondido em formas de jurisdição. Para Carl Schmitt o juiz deveria julgar a partir de normas jurídicas objetivas que deve aplicar e não criar ou recriar. Carl Schmitt dizia que todo tribunal constitucional congrega uma equívoca mescla de política e jurisdição, na qual a

¹⁴⁵ SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 46.

política não tem nada a ganhar e a justiça nada a perder, por isso, dizia que a justiça constitucional não deveria ser confiada a um tribunal.¹⁴⁶

Como fora advertido mais acima, não houve discordância entre os dois sobre ser a atividade de guardião da Constituição política ou não, ambos entendem que sim, mas Hans Kelsen minimiza o debate dizendo que, independentemente de ser política ou não, isso não retiraria a legitimidade do Tribunal Constitucional em fazê-la. Refutando Carl Schmitt ele diz, por exemplo, que o mesmo nem chega a definir o que em sua visão seria jurisdição. Para ele, Carl Schmitt foi contraditório, pois reconheceu a função de garante da Constituição à Suprema Corte dos EUA e, nega esse título aos tribunais civis, criminais e administrativos da Alemanha, que exercem o mesmo papel, qual seja, deixam de aplicar determinada lei por tê-la como inconstitucional. Hans Kelsen salientou que mesmo que não se dê a estes tribunais a qualidade de guardiões da Constituição, na prática é isso que eles faziam.

Para Hans Kelsen essa discussão parte de um pressuposto equivocado, o de que entre as funções política e jurisdicional há contradição. Parte do pressuposto errôneo de que política como exercício de poder é exercida pelo legislativo ao criar as leis e que a atividade jurisdicional seria meramente reprodutiva, tornando falsa a proposição porque pressupõe que o exercício do poder esteja encerrado dentro do processo legislativo.

Se enxergarmos o político na resolução dos conflitos de interesses, na decisão, encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder. O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação lhe deva necessariamente ceder.¹⁴⁷

O legislativo ao dar ao judiciário, dentro dos limites da lei, a oportunidade de criação produtiva do direito, faz da função judiciária tão política quanto a legislativa.

Sobre o argumento de que a atividade jurisdicional se resumiria a chamada “subsunção perfeita”, Hans Kelsen contrapõe: na maioria das decisões de processos são decisões de dúvidas e diferenças de opinião sobre o conteúdo de uma disposição. Segundo ele: “a justiça em geral só começa realmente quando as normas se tornam duvidosas e polêmicas em seu conteúdo, pois do contrário

¹⁴⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y Constitución**. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Mínima Trotta, 2008, p. 34-36.

¹⁴⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 251.

haveria apenas controvérsias sobre fatos, e não propriamente controvérsias jurídicas.”¹⁴⁸ Assim, mesmo a jurisdição comum, não seria jurisdição, pois “é impossível afirmar que a incerteza do conteúdo da norma seja no caso de uma lei constitucional, algo diferente do que acontece no caso de uma lei ordinária.”¹⁴⁹

Para Hans Kelsen, Carl Schmitt se contradiz ao afirmar que às questões e conflitos eminentemente políticos não se deve instituir um tribunal como guardião da Constituição, pois através da atividade de tal tribunal a jurisdição seria politizada, sobrecarregada e ameaçada, admitindo enfim que a jurisdição constitucional é jurisdição.

Hans Kelsen adverte que, se se quer diminuir a chance de criação de direito pelos juízes, e, assim, sua atividade política, deve-se optar pela adoção de regras mais determinadas, evitando-se a generalização demasiada e lembra que esse não é um problema específico da jurisdição constitucional. O próprio Carl Schmitt acaba admitindo que o legislador deixa a cabo do judiciário a delimitação de sua competência, pois para ele a primeira condição para uma justiça constitucional é a definição de um conceito de divergência constitucional. Dar ao próprio tribunal o poder de definir tal conceito significa que o tribunal, ele mesmo, busca suas competências.

Enfim, esse debate tem como principal pano de fundo a disciplina do exercício do poder e, mais, o exercício de poder dizer o que é constitucional ou não. É necessário que se observe, quando da leitura das duas obras, que ambos partem de concepções muito diferentes sobre o que é Constituição e seu papel na sociedade. Até esse debate, o mundo tinha conhecimento do que estava sendo feito nos Estados Unidos, mas ainda sacramentava como concepção protagonista de Constituição a ideia de que ela era um instrumento político, justamente premissa da qual se servia Carl Schmitt.

Hans Kelsen pelo contrário, parte da ideia de Constituição como instrumento jurídico, os americanos haviam desenvolvido a ideia de supremacia constitucional, mas Hans Kelsen e sua teoria sobre o ordenamento jurídico criou um argumento lógico-racional para essa supralegalidade. Até o desenvolvimento das guerras e até

¹⁴⁸ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 255.

¹⁴⁹ Idem, *Ibidem*, p. 255.

a pretexto delas, o argumento político com certeza se mostrou mais apto, mas é justamente por conta dos horrores testemunhados na segunda guerra que a concepção jurídica de Constituição ganha força, para que limites ao exercício do poder sejam postos, assim como quando surgiu o Estado Constitucional no século XVIII que tinha como principal fundamento a imposição de limites ao exercício do poder arbitrário experimentado por toda a Europa com o governo dos déspotas.

3.2 Fatores que determinam o problema da legitimação do controle jurisdicional de constitucionalidade

Apontada a origem histórica e teórica sobre a discussão acerca de legitimidade do controle de constitucionalidade realizado por meio de órgãos de caráter jurisdicional, neste tópico pretende-se abordar elementos que contribuíram para densificar o debate. A Segunda Guerra Mundial acabou por ser o momento histórico que serve de paradigma para isto, posto que, após a institucionalização e despersonalização do Poder do Estado com a criação do Estado Constitucional, necessário se fez repensar a relação Estado e sociedade.

Mais uma vez, a Constituição fora o instrumento utilizado para estabelecer os limites e finalidades daquela relação, houve uma ressignificação de seu papel perante a sociedade e dentro do próprio sistema normativo, fortalecendo-se muito mais como instrumento da sociedade do que um mero instrumento de legitimação do Poder. Vista como um simples documento de Poder, aqueles que o instrumentalizavam acabavam se apropriando de seu conteúdo ou, por vezes, o ignoravam, para atender suas finalidades.

Dentro desse contexto, a Constituição precisou ser vista não mais apenas como um condutor de Poder, mas, sobretudo, como um mecanismo dotado de juridicidade ou como Peter Häberle chamou: um documento dotado de “força normativa”, vinculando e condicionando o Poder a agir em benefício da sociedade. A defesa de Peter Häberle de que a Constituição deveria ser dotada de uma força normativa e o quanto suas palavras acabaram por ser incorporadas na forma de todo o mundo ver a Constituição, é o primeiro fator que corrobora para uma ampliação do papel da Constituição na vida da sociedade.

Isso porque, para a execução de suas lições, foi necessário dotar os órgãos que tivessem responsabilidade sobre a questão constitucional de maior liberdade, de maior poder. Como após a Segunda Guerra o fundamento jurídico se tornou mais legítimo do que o meramente político, as grandes potências europeias dotaram seus sistemas de Tribunais Constitucionais, aos moldes do modelo kelseneano, órgãos de caráter jurisdicional que acabaram sendo os responsáveis por serem os guardiões da força normativa da Constituição.

Some-se a isso, a própria reestruturação pela qual passou o conceito de norma e a interpretação do direito, que pode ser sintetizada na crise do positivismo jurídico, ou pelo menos, na crise do direito meramente legislado, ou melhor ainda, na percepção de que não apenas os legisladores poderiam ser os responsáveis pela criação do direito. Isso porque, o direito não poderia mais se resumir a padrões de conduta prescritos de forma abstrata em textos de leis, para aproximar mais o ordenamento jurídico da sociedade, Assim, para que a Constituição servisse como instrumento dela, passou a ser necessário que no momento de sua aplicação, a criação do direito se servisse de valores mais próximos, mais concretos.

Outro fator que concorre para a densificação do debate sobre uma possível exacerbação de poderes através do controle de constitucionalidade exercido por órgãos capitaneados por juízes não eleitos pelo povo, é a corrente neoconstitucionalista. Tal corrente, que na verdade une um conjunto de fatores, propõe uma forma de ler a Constituição a partir de valores morais que deverão preencher e dar sentido as normas, estas que por sua vez, são cada vez mais genéricas, menos definidoras de condutas, mais definidoras de valores, através do que se chama de princípios.

3.2.1 A Constituição e sua força normativa

Em uma aula inaugural para a Universidade alemã de Freiburg em 1959, Konrad Hesse proferiu um discurso que acabou se tornando um dos mais impactantes textos sobre o direito constitucional no pós Segunda Guerra Mundial. A partir da sua visão, a norma constitucional passou a ser dotada e tratada a partir de uma característica intrínseca a toda norma de caráter jurídico, ou seja, de

imperatividade, inclusive pela constatação da criação de instâncias próprias para garantir a adequação e respeito dos atos o Poder público aos preceitos constitucionais.

Acontece que, até a Segunda Guerra Mundial a Constituição, muito embora admitida como lei, ainda não era desta forma encarada. Estava mais sendo tratada como mero instrumento de legitimação de Poder, designando o que aqueles que chegassem ao Poder teriam intenção, apenas intenção, de fazer, ficando à discricionariedade dos mandatários a liberdade de escolher como fariam ou se até mesmo, realizariam e obedeceriam ao conteúdo constitucional.

O discurso proferido por Konrad Hesse torna-se de tal relevância, que pode-se afirmar que a partir das transformações ocorridas na Europa, seu discurso corrobora a força da Constituição como instrumento jurídico e não apenas político. O Poder do Estado passou não apenas a ser estruturado, mas também, passou a ser delimitado e vinculado à observância dos preceitos constitucionais.

Por isso Konrad Hesse inicia seu discurso atacando à concepção sociológica do direito, desenvolvida por Ferdinand Lassalle, para quem

[...] questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. É que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital, e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais.¹⁵⁰

Konrad Hesse via com limitação o conceito de Constituição trazido por Ferdinand Lassalle, uma vez que submeteria a Constituição à questões fáticas de quem estivesse no Poder ou, pelo menos, a quem dominasse a sociedade em um dado momento. A Constituição, para Ferdinand Lassalle, é a Lei fundamental do Estado que faz com que todas as leis e instituições jurídicas sejam o que são, ou seja, reflitam os chamados fatores reais de poder. Segundo o próprio:

Fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da

¹⁵⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9.

sociedade em apreço, determinando quem não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são.¹⁵¹

Partindo de uma premissa sociológica devida a sua formação, Ferdinand Lassalle acabou desenvolvendo uma concepção metafísica de Constituição, já que a Constituição não é o que ‘deve ser’, mas sim, representa o conjunto dos fatores reais de poder que imperam e determinam na prática, a real dinâmica social. Para ele, a Constituição escrita não teria qualquer poder se não representasse tais fatores, sendo encarada como uma simples folha de papel.¹⁵² Para Konrad Hesse, enxergar a Constituição desta forma, retira-lhe qualquer característica normativa, servindo apenas para legitimar Poder, sendo então um instrumento meramente político. Encarar a Constituição desta forma a contingencia e enfraquece a própria existência da ciência do direito constitucional.

Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*.¹⁵³

A Constituição que define um Estado não seria necessariamente a Constituição escrita, mas sim, a Constituição real, ou seja, as práticas executadas no plano fático dentro de um determinado país. A Constituição seria a descrição da realidade presente, colocando-a à disposição de qualquer poder que tivesse a maioria na sociedade ou melhor, que tivesse o poder de fato na sociedade, a possibilidade de criar uma nova Constituição, pois ela não tinha nenhuma pretensão de conduzir o futuro e apenas, refletir o presente. Para Konrad Hesse a Constituição também é isso, pois quando ela é promulgada ela reflete o poder, os valores e concepções daquele momento, mas que ao lado da Constituição real deve vir também a Constituição jurídica.

Konrad Hesse não ignorou a força que o Poder político fático detém, ele disse: “É que a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na práxis

¹⁵¹ LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gamas. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2007, p. 22.

¹⁵² Idem, Ibidem, p. 52.

¹⁵³ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática.” No entanto, ele acabou por defender, dentro da lógica da função limitadora da Constituição, que a mesma deveria ter um papel de não apenas legitimar o Poder, como também de condicioná-lo e direcioná-lo.

Ordem e realidade devem ter autonomia, mas guardar entre si uma relação de coordenação e de condicionamento mútuo e que, até aquele momento, a história do pensamento constitucional tinha optado pelo isolá-los, em virtude da corrente positivista. Segundo ele: “isolamento entre norma e realidade, como se constata no positivismo jurídico da Escola de Paul Laband e Georg Jellinek, quanto no ‘positivismo sociológico’ de Car Schmitt”. E, então concluiu: “Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase que inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo.”¹⁵⁴

Por isso, para Konrad Hesse seria importante que a Constituição real fosse criada com base numa racionalidade que terminasse, por fim, determinar a capacidade que a Constituição jurídica teria de se desenvolver. Essa racionalidade seria obtida por meio de uma Constituição que se vincula a uma situação histórica concreta que acarretará a necessidade de uma Constituição.

A Constituição escrita não basta apenas ter vigência, tem que ter uma pretensão de eficácia e, por isso, “não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão de diferentes formas, numa relação de interdependência.” Konrad Hesse entendeu que ao analisar as pretensões de sua eficácia, a Constituição escrita deve ser concretizada analisando as condições fáticas na qual ela se insere, no entanto, ela não pode ser determinada apenas por elas e que, por vezes, o aplicador deveria impor à realidade a ordenação¹⁵⁵, ou seja, as normas constitucionais.

A Constituição não configura portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela

¹⁵⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 13-14.

¹⁵⁵ Expressão do Konrad Hesse.

realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-político e econômicas. A força condicionante da realidade e normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.

E então, partindo dessa razão, Konrad Hesse defende a força jurídica da Constituição, como instrumento não apenas de reconhecimento do presente, mas, também, de condicionamento das ações futuras. “A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.” Citando Humboldt, ele resume: “somente aquela Constituição que resulta da luta do acaso poderoso com a racionalidade que se lhe opõe consegue desenvolver-se.”¹⁵⁶

A força normativa de que tratou Konrad Hesse e pretensão de eficácia a ser realizada pela Constituição, dependem do que ele chama de “vontade de Constituição” que muito dependerá, de fato, da espontaneidade das tendências dominantes em seu tempo, desde a promulgação e ao longo da vida da Constituição. Mas a Constituição jurídica não apenas atribui a força normativa a capacidade da Constituição poder se adaptar a uma dada realidade, ao um tempo, mas também a capacidade que a Constituição tem de impor tarefas.

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.¹⁵⁷

A Constituição no pós Segunda Guerra mundial passou a ser instrumento de vinculação do poder, impondo diretrizes ao Estado, não apenas um instrumento de limitação através da previsão de direitos fundamentais e separação de poderes, estabelecendo metas e valores que deverão ser privilegiados pelas políticas governamentais. Assim, “a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais

¹⁵⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 16.

¹⁵⁷ Idem, Ibidem, p. 19.

responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder*, mas também a *vontade de Constituição* .”¹⁵⁸

Sem negar o caráter político desse instrumento, a Constituição, ele se preocupa em não minimizar à questões de poder, as questões sobre Constituição, porque disso depende sua força normativa.

A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões do poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder.¹⁵⁹

Konrad Hesse enumera dois pressupostos necessários para que a Constituição venha a ter força normativa, seriam eles:

“a) Quanto mais o *conteúdo* de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais segura há de ser o desenvolvimento de sua força normativa”. A partir desse pressuposto a Constituição é preciso que ela “incorpore o estado espiritual de seu tempo.” E que a Constituição “mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes.” E aí ele disse que seria interessante que a norma fundamental se limitasse a estabelecer princípios fundamentais.¹⁶⁰

As Constituições pós Segunda Guerra Mundial acabam refletindo um pouco essa ideia, visto que, de carga bastante principiológica. Acontece que, princípios, via de regra, são condutores de valores em abstrato, necessitando que alguém seja responsável por atribuição de sentidos aos mesmos, a partir de nuances concretas, aliadas a questões contingenciais daquele momento. A partir do raciocínio do alemão, é possível se concluir que essa atividade interpretativa de natureza criativa, seria condição fundamental para que a eficácia da Constituição fosse preservada e, assim, sua própria obrigatoriedade.

E mais, para contribuir ainda mais com o fortalecimento dos órgãos da

¹⁵⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

¹⁵⁹ Idem, Ibidem, p. 27.

¹⁶⁰ Idem, Ibidem, p. 20-21.

“b) Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*.”¹⁶¹ Nesse pressuposto, Konrad Hesse retoma à ideia de “vontade de Constituição”, dizendo que para que ela existe, é preciso que haja um interesse altruísta em todos os partícipes do esquema constitucional, no sentido de abdicarem por vezes de interesse próprio, em nome da aplicabilidade das normas constitucionais.

Claramente as lições de Konrad Hesse acabaram por arrefecer e prestigiar aqueles órgãos que fossem responsáveis de garantir a força ativa da Constituição, qual seja, sua eficácia ao longo do tempo. Quem mais representaria a ideia de “vontade de Constituição” do que um órgão que fosse o maior responsável pela interpretação e adequação fática da Constituição do que os órgãos de controle de constitucionalidade? Quem mais seria responsável pela concretização dos princípios constitucionais, dando-lhe sentidos a partir de discussões concretas dos que os tribunais responsáveis pela guarda da Constituição? E mais, quem teria mais “vontade de Constituição” do que um órgão criado especificamente para tratar da proteção da Constituição e cujo trabalho diário seria apenas a interpretação das normas constitucionais, como no caso dos tribunais constitucionais?

E mais, Konrad Hesse ainda sustentou que naqueles em que fosse identificada a maior vontade de garantir a eficácia da Constituição, deveriam sofrer os menores limites possíveis. Assim, “Quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição.” E mais,

Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio.

Com esse discurso, ganharam força os órgãos de controle de constitucionalidade que, no pós Segunda Guerra Mundial aumentaram em número e força, já que houve uma expansão do modelo kelseneano. Inegavelmente, as lições trazidas por Konrad Hesse corroboraram para que a jurisdição constitucional

¹⁶¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 21.

puдesse atuar com mais liberdade e em maior grau, impactando ainda mais no exercіcio dos poderes do Estado e, com isso, nos prрprios limites ao exercіcio dos mesmos, especialmente daqueles que teriam responsabilidade por garantir a foręa normativa da Constituięo.

3.2.2 Neoconstitucionalismo e o entusiasmo pela criaęo do direito atravs dos juіzes

Em dissertaęo de mestrado apresentada ao Programa de Pсs-Graduaęo em direito da Universidade Pernambuco, a ora autora desta pesquisa, debruęou-se sobre as causas histрricas que legitimam o controle jurisdicional de constitucionalidade. Naquele estudo, Renata Dayanne Peixoto de Lima, acabou por dividir a evoluęo do instituto, nominado por Hans Kelsen como a garantia da prрpria Constituięo, no que ela chamou de “momentos constitucionais”. Os dois primeiros momentos, que ainda serрo explicitados neste trabalho, referem-se ao momento de surgimento do controle, em 1803 nos Estados Unidos; e o segundo momento, à expanso do modelo criando idealizado por Hans Kelsen para a Constituięo austrіaca de 1920.¹⁶²

O terceiro momento constitucional, levantado na mencionada dissertaęo, refere-se ao surgimento do chamado neoconstitucionalismo e sua pretenso de uma leitura moral das Constituięes. A expresso fora utilizada pela primeira vez no ano de 1993, pela Italiana Suzzana Pazzolo, que definiu este movimento como sendo “um certo modo antijuspositivista de se aproximar o direito”¹⁶³

Tal movimento nрo propсe uma nova concepęo de Constituięo, mas sim, uma nova forma de ver e interpretar a Constituięo, suas normas e, principalmente, propсe uma readequaęo da Constituięo ao sistema jurіdico. Isso porque, como fora explorado no item anterior, muito embora a Constituięo sempre tenha sido uma norma jurіdica, por ser antes de qualquer coisa um instrumento polіtico de formaęo do Estado, atэ a Segunda Guerra mundial, ela era vista muito mais com essa funęo do que como um instrumento de conduęo e direęo do Poder.

¹⁶² Esses momentos sрo explicados no capіtulo terceiro deste trabalho.

¹⁶³ DUARTE, Эcio Oto Ramos; PAZZOLO, Suzzana. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurіdico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretaęo moral da Constituięo. 2.ed. Sпo Paulo: Landy, 2010, p. 77.

A questão do caráter mais político, o que se destacou no pós Segunda Guerra foi a necessidade de retorno à democracia e, para tanto, valeu-se do instrumento que estava sobrevivendo ao tempo e aos regimes, qual seja, a Constituição. A instrumentalização de uma democracia, movimento importante que se percebe em meados de século passado, pode ser sintetizada na seguinte frase de Simone Goyard-Fabre “o bom uso da democracia torna possível, sob as Constituições e por meio de leis justas, a emancipação do homem.”¹⁶⁴

No pós Segunda Guerra Mundial e após os horrores descobertos durante a sua vigência, buscou-se formas de proteger o cidadão e a sociedade da arbitrariedade do Poder e, assim, como aconteceu com os franceses após a Revolução Francesa, que já contavam com a existência da lei, mas precisavam de uma lei que fosse maior do que todas, a Constituição pareceu ser mais uma vez o instrumento de garantia do povo. A diferença reside no fato que, para os franceses a Constituição apareceu como uma novidade e para o mundo pós Segunda Guerra Mundial, o instrumento criado lá no final do século XVIII foi apenas reposicionado e fortalecido.

Some-se a essa vontade de dar um novo olhar à Constituição, o fato de que uma corrente que acabou surgindo com a própria Constituição, entrou em total declínio em meados do século passado, qual seja, o positivismo jurídico, ou pelo menos um de seus aspectos. A compreensão de que direito não poderia mais ser resumido ao texto escrito de lei, e mais, a compreensão de que norma jurídica seria constituída apenas de padrões de condutas definidos por ela, se tornou insuficiente.

George Marmelstein, aponta o uso da teoria que se tornou a maior representação do pensamento positivista, como sendo um dos fatores que legitimaram os ataques aos direitos civis durante o império nazista. Segundo ele, referindo-se à teoria pura do direito, obra do maior expoente positivista, Hans Kelsen: “Kelsen era um democrata e ele próprio foi perseguido pelo regime de Hitler. Porém, não há como negar que sua teoria pura forneceu embasamento jurídico para tentar justificar as atrocidades praticadas contra os judeus e outras minorias.”¹⁶⁵

¹⁶⁴ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 345.

¹⁶⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo : Atlas, 2008, p. 11.

Dissertando acerca da principal mudança acompanhada com o declínio da corrente positivismo, George Marmelstein destaca a necessidade que houve de inserção de conteúdo ético na aplicação e criação do direito.

Foi diante desse “desencadeamento” em torno da teoria pura que os juristas desenvolveram uma nova corrente jusfilosófica que está sendo chamada de pós-positivismo, que poderia muito bem ser chamado de positivismo ético, já que seu propósito principal é inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade da pessoa humana.¹⁶⁶

Tendo em vista o fortalecimento que acabou por ganhar a Constituição, a mudança na própria teoria do direito pode ser também vinculada ao neoconstitucionalismo. Segundo Dimitri Dimoulis “parece haver consenso doutrinário em torno do fato que a atual conjuntura da teoria do direito poderia ser descrita como “neoconstitucionalista”. Destacando as duas principais características deste movimento, ele sintetiza dizendo que tal movimento traz a ideia de um ordenamento jurídico que só passa a ser compreendido e operacionalizado a partir da Constituição. Para isso, papel importantíssimo passa a ganhar os princípios constitucionais que acabam por determinar a interpretação da Constituição e, por consequência, de todo o ordenamento jurídico.¹⁶⁷

André Rufino do Vale apresenta as seguintes características do neoconstitucionalismo: importância dos princípios, a ponderação como método de interpretação constitucional, a Constituição como norma suprema que se irradia sobre todo o sistema jurídico, protagonismo dos juízes em relação ao legislador na interpretação constitucional, por fim, uma conexão entre direito e moral.¹⁶⁸

Em trabalho com o título “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”, onde explica que, uma das consequências do pós-guerra foi a necessidade de se revestir de natureza constitucional, matérias que até então não eram da alçada das Constituições, Luis Roberto Barroso explica que esse é um dos resultados desse novo direito constitucional. Nesse texto, ele discorre sobre os marcos de surgimento do

¹⁶⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo : Atlas, 2008, p. 11.

¹⁶⁷ DIMOULIS, Dimitri. Uma visão crítica do neoconstitucionalismo. In: LEITE, G.S.; LEITE, G.S. (Coord.) **Constituição e efetividade constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 43-44.

¹⁶⁸ VALE, André Rufino. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista brasileira de direito constitucional**. São Paulo, SP, n. 09, p. 67-77, jan./jun. 2007, p. 67-68.

neoconstitucionalismo, apontando três diferentes marcos: histórico, filosófico e teórico.

a) Marco histórico:

O constitucionalismo pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. Houve uma redefinição do lugar da Constituição e da influência do direito constitucional. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política que atende por diversos nomes: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático (até então, apenas Estado de Direito). Tudo isso fora fortalecida pelas novas Constituições e, conseqüentemente, pela criação de instâncias específicas de controle de constitucionalidade.¹⁶⁹

Tal marco histórico acabou influenciando o surgimento de diversas Constituições e, mais que isso, promoveu uma verdadeira constitucionalização do direito, levando para o texto constitucional novas matérias que até então estavam disciplinadas apenas por legislação infraconstitucional, proliferando-se pelo mundo as Constituições analíticas. Isso porque, o próprio conceito material de Constituição acaba sendo ampliado, visto que, “seu conteúdo varia de sociedade para sociedade, em razão dos valores que cada uma consagra.”¹⁷⁰

E mais, some-se ao surgimento das Constituições extremamente analíticas o surgimento, também, das chamadas cláusulas super-rígidas, as chamadas cláusulas pétreas que têm por fundamento por a salvo, até mesmo do legislador constituinte reformador, determinados conteúdos constitucionais que entendem ser a base de sustentação da sociedade. Tudo isso em decorrência direta dos exageros ocorridos durante a segunda guerra mundial, sendo como um dos exemplos disso a Lei Fundamental de Bonn, primeira Constituição alemã do pós-guerra que, além de ser analítica, também traz a super rigidez de alguma de suas cláusulas.

b) Marco filosófico:

¹⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> Acesso em 20 set. 2010, p. 2-3.

¹⁷⁰ DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 36.

Seria o pós-positivismo e a confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. “O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto, procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.”¹⁷¹ A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia geral das Nações Unidas em 1948, é um documento que externa essa tentativa de criação de uma ordem jurídica universal de direitos humanos.

Outro reflexo da aproximação entre as correntes do jusnaturalismo e juspositivismo e a tentativa de estipulação de valores que sobreponham aos Estados, está nos direitos de quarta geração catalogados por Paulo Bonavides. Ele fala em um constitucionalismo globalizado, em uma globalização política, numa reação a tentativa de globalização do neoliberalismo. Os direitos de quarta geração são os direitos impulsionados pela globalização política dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização desses direitos no plano institucional, correspondendo à última fase de institucionalização do Estado social. São eles o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo e que deve atingir todos os povos, de maneira livre e desimpedida, sem qualquer influência maléfica, especialmente da mídia manipuladora.

Com foco especial na democracia, Paulo Bonavides assenta que os avanços tecnológicos colocam a democracia direta como uma variante possível de ser explorada e que deve estar presente, por exemplo, no controle de constitucionalidade, ele defende

Já, na democracia globalizada, o Homem configura a presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro da gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema. Nessa democracia, a fiscalização de constitucionalidade daqueles direitos enunciados [...] será obra do cidadão legitimado, perante uma instância constitucional suprema, à propositura da ação de controle, sempre em moldes compatíveis com a índole e o exercício da democracia direta.¹⁷²

¹⁷¹ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> Acesso em: 20 set. 2010, p. 4-5.

¹⁷² BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 13. ed. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 572.

c) Marco teórico:

Três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional, o primeiro deles seria o reconhecimento da força normativa da Constituição, noção tratada no item anterior. Outro marco teórico do surgimento do neoconstitucionalismo se deu com a expansão do controle de constitucionalidade, especialmente da teoria desenvolvida por Hans Kelsen que fora freada pela ascensão dos regimes totalitários que se utilizaram da teoria que era contraposta, ou seja, a teoria desenvolvida por Carl Schmitt em “O Guardião da Constituição”.

Por fim e ainda tratando do marco teórico, como terceira transformação no conhecimento acerca do direito constitucional está o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, essencial para a nova característica das Constituições, como verdadeiras propagadoras de axiologia constitucional.¹⁷³

A Constituição enquanto instrumento consagrador e garantidor de direitos e garantias fundamentais deve assim ser interpretada. De tal forma que não se admite que possa haver dispositivos na Constituição desprovidos de qualquer eficácia. Para a consecução dessa finalidade, as tradicionais escolas de interpretação se mostravam completamente ineficientes, uma hermenêutica própria da Constituição se tornava necessária, tendo como principal fim a concretização dos valores constitucionais.

Dimitri Dimoulis critica essas bases teóricas do pensamento neoconstitucionalista apresentada por Luis Roberto Barroso, afirmando que as mesmas não têm especificidade, pois todos esses elementos estariam presentes desde a introdução do constitucionalismo no mundo, com as Constituições americana, europeias e latino-americanas. Para Dimitri Domoulis, não há um novo direito constitucional, ou seja, um neoconstitucionalismo, o que há é uma nova forma de ver e estudar as Constituições. Segundo ele:

Não há Constituições ou países ‘neoconstitucionalistas’, mas tão somente autores e escolas jurídicas que aplicam a visão neoconstitucionalista em

¹⁷³ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> Acesso em: 20 set. 2010, p. 5-11.

certa Constituição, independentemente de suas características, extensão ou tempo de promulgação.”¹⁷⁴

A falta de unidade teórica entre aqueles que se denominam neoconstitucionalista seria um fator impeditivo para poder se considerar esse novo constitucionalismo como uma abordagem teórica unitária, havendo um ponto de convergência entre todos, que seria o afastamento do positivismo jurídico. Sobre essa difícil unidade acerca do tratamento do tema, destaca Humberto Ávila: “É certo que não há apenas um conceito de “neoconstitucionalismo”. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do “neoconstitucionalismo”¹⁷⁵

Desta forma, o afastamento do direito e sua interpretação do simples texto positivado, especialmente em decorrência de um ordenamento jurídico extremamente principiológico, cuja moral influencia constantemente, para Dimitri Dimoulis transformam o neoconstitucionalismo em um tipo de moralismo jurídico.

Nessa perspectiva, os neoconstitucionalistas seriam juristas que reconhecem, como todos os demais, a supremacia constitucional e a necessidade de criar mecanismos para a sua preservação e *acrescentam* que a moral desempenha um papel fundamental na identificação e interpretação do direito positivo.¹⁷⁶

André Rufino do Vale também encara o neoconstitucionalismo não como uma nova teoria do direito constitucional, mas sim, como uma nova postura sobre os postulados constitucionais:

Não se trata, portanto, de um movimento, mas de um conjunto de posturas teóricas que adquiriram sentidos comuns ao tentar explicar o direito dos Estados constitucionais, especificamente aqueles que, a partir do segundo pós-guerra, em momentos históricos de repúdio aos recém-depostos regimes autoritários, adotaram constituições caracterizadas pela forte presença de direitos, princípios e valores e de mecanismos rígidos de fiscalização da constitucionalidade [...]¹⁷⁷

¹⁷⁴ DIMOULIS, Dimitri. Uma visão crítica do neoconstitucionalismo. In: LEITE, G.S.; LEITE, G.S. (Coord.) **Constituição e efetividade constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 54.

¹⁷⁵ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista de direito da UNIFACS**. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>> Acesso em 23 de out. 2013, p. 1.

¹⁷⁶ DIMOULIS, Dimitri. Uma visão crítica do neoconstitucionalismo. In: LEITE, G.S.; LEITE, G.S. (Coord.) **Constituição e efetividade constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 56.

¹⁷⁷ VALE, André Rufino. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista brasileira de direito constitucional**. São Paulo, SP, n. 09, p. 67-77, jan./jun. 2007, p. 68.

Com isso, ele acaba concluindo pela inutilidade do termo neoconstitucionalismo, já que ele seria ou mero sinônimo do constitucionalismo ou do moralismo jurídico. Não cabe aqui a discussão em torno da felicidade ou não do termo neoconstitucionalismo, em virtude de um estudo que prioriza uma abordagem histórica e descritiva, resume-se a fazer menção a este movimento que, de certa forma, sintetiza as principais transformações pela qual passou o direito constitucional nas últimas décadas.

A inquietude, a rapidez das transformações sociais, a insuficiência do direito positivado cumprir sua missão, essas são algumas das causas que geram a necessidade de se criar uma nova ótica sobre o ramo do direito que institui o Estado. A preocupação agora é com um ordenamento jurídico que não apenas aponte as normas de condutas, mas seja eficaz em resolver os conflitos sociais e produzir a democratização de direitos fundamentais, eixo central desse novo direito constitucional.

Dito isto, pode-se sintetizar que os dois principais aspectos trazidos por esse movimento que acabam por contribuir para uma maior atuação dos juízes e dos tribunais e, com isso, levantar o questionamento acerca da sua legitimidade são: o caráter criador do direito das decisões e construção de uma interpretação do direito que contribui para que isso aconteça. O primeiro aspecto acabou ocorrendo em virtude do declínio da corrente positivista, ou se sua visão de que o direito só seria aquele contido nas leis.

Marco Aurélio Marraffon e Ilton Norberto Robl Filho, em texto que defendem a superação da antiga formulação de fontes do direito, criticam a separação rígida de que lei e costume seriam fontes diretas do direito, enquanto a doutrina e a jurisprudência seriam fontes indiretas ou mediatas, cuja função seria apenas revelar o direito contido em alguma norma escrita ou em algum costume posto. Desta forma, ambos defendem a superação dessa separação tão rígida:

Em lugar de esa sepración rígida, la reflexión jurídica precisa buscar la interrelación entre esos fenómenos, incluso porque es imposible interpretar solamente el texto legal sin que el contenido este enraizado em determinado contexto existencial. A su vez, a pesar de toda la construcción teórica moderna, teniendo em cuenta que el juez racional irá a encontrar o extraer el contenido normativo, no es verosímil assegurar que la jurisprudência solamente revela um derecho preexistente, em la cual sua

actuación nada genera. La norma – em tanto resultado de un processo decisório – es sempre um *constructo* del hombre que interpreta.¹⁷⁸

Outro fenômeno que a aponta para a insuficiência do direito meramente legislado está na própria dinâmica de evolução social. Cada vez mais, a sociedade, sua evolução e seus problemas necessitam de mecanismos de produção do direito mais urgentes e que atentem para as peculiaridades dos casos. Numa observação acerca da necessidade de respostas rápidas que os legislador, através do processo legislativo não consegue dar aos problemas sociais, destacou Arnold Wald: “A rápida evolução da tecnologia, que caracteriza o nosso negócio, e as grandes transformações que o nosso país sofreu em pouco tempo, obrigaram os tribunais a reações mais rápidas numa fase dominada pela aceleração do ritmo da história.”¹⁷⁹

Exercem forte influência na nova forma de pensar o direito e, principalmente, no próprio conceito de norma, as teorias da comunicação e da filosofia analítica, cujo exemplo que se pode citar é Ludwig Wittgenstein, que acaba por influenciar um dos maiores teóricos pós-positivista, Herbert L. A. Hart. Este, ao conceber um novo conceito de direito, trabalha a existência de uma discricionariedade inerente a atividade de interpretação dos juízes e, assim, a própria criação do direito por eles.

Herbert L. A. Hart em “O conceito do direito” identificou que os enunciados normativos, contidos nas leis escritas, são limitados pois revelam a criação da norma jurídica a partir de uma classificação que é contingenciada pelo momento em que o legislador cria a norma geral. Desta forma, toda norma escrita, contém um núcleo essencial que seriam basicamentos os casos e condutas sociais previstas pelo legislador ao elaborar a norma. Assim, quando o juiz estivesse diante de um caso que enquadrasse perfeitamente no caso previsto e levado em consideração pelo legislador, o juiz estaria diante de um caso simples, cuja interpretação seria facilitada pela previsibilidade da conduta.

Contudo, Herbert L. A. Hart., entendeu que a atividade do juiz não poderia ficar adstrita a descobrir qual seria a intenção do legislador e não poderia estar limitada aos casos por ele previsto. Ele não teve o juiz como alguém em busca de descobrir

¹⁷⁸ MARRAFON, Marco Aurélio. ROBL FILHO, Ilton Norberto. Las fuentes jurídicas y el estado democrático y social: la crisis y notas para su superación. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. Universidad Nacional Autónoma de México. N. 33, jul/dicie. 2015, p. 109-110.

¹⁷⁹ WALD, Arnold. A correção monetária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 136, p. 46-61, abr/jun 1979, p. 47.

o objetivo do construtor das normas a partir de registros legislativos, mas a partir de regras de palavras apenas: pois os objetivos dos legisladores são equiparados a exemplos claros, sobre os quais pode recair a linguagem naquele contexto.¹⁸⁰

O problema do estabelecimento de padrões gerais está quando o caso concreto não se coaduna com qualquer classificação advinda da norma e aí se apresentam os chamados casos difíceis ou limítrofes. Nesses casos, a margem de criação do juiz é inevitável, porque isso é característico da condição sempre insuficiente do ser humano e da própria sociedade. Assim, Herbet L. A. Hart observa

[...] não devemos acarinhar, mesmo como um ideal, a concepção de uma regra tão detalhada, que a questão sobre se se aplicaria ou não a um caso particular estivesse sempre resolvida antecipadamente e nunca envolvesse, no ponto de aplicação efetiva, uma escolha nova entre alternativas abertas. Dito de forma breve, a razão reside em que a necessidade de tal escolha é lançada sobre nós porque somos homens, não deuses.¹⁸¹

Tudo isso porque, a pretensão da aplicação do direito como mero silogismo fora superada, o caso concreto sempre desperta peculiaridades que a norma jurídica não consegue prever, isso porque “o legislador nunca prevê uma conduta particular; e sim um tipo de conduta.” Para Gustavo Just a superação dessa indeterminação sempre é produto de uma interpretação concreta e circular.¹⁸²

Walber de Moura Agra entende que cada vez se torna mais necessário uma concepção mais substancialista do direito, onde as interpretações devem lograr obter a eficácia concretiva dos comandos legais.¹⁸³ Arnold Wold sintetizou a problemática, destacando a remodelação necessário à concepção da tripartição de poderes:

Desde o fim do século passado, reconheceu-se que estava ultrapassado o princípio da separação rígida de poderes² e tanto os tribunais como a doutrina foram admitindo, progressivamente, que os textos legais deviam sofrer o tratamento construtivo e modernizador do magistrado, cabendo-lhe

¹⁸⁰ BIX, Brian. H.L.A. Hart and the ‘open texture’ of language. In: **Law, language and legal determinacy**. Oxford: Clarendon Press, 2003, p. 22.

¹⁸¹ HART, Herber L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 141.

¹⁸² JUST, Gustavo. Princípio da legalidade administrativa: o problema da interpretação e os ideais do direito público. In: ADEODATO, J.M.; BRANDÃO, C.; CAVALCANTI, F.(Cord.) **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 241.

¹⁸³ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 69.

a difícil tarefa de adaptar as normas e os princípios às novas condições fáticas não previstas inicialmente pelo legislador.¹⁸⁴

Contemporâneo e sinérgico a todas essas questões que fundamentam a atuação mais ativa de cortes e órgãos que falam em nome da Constituição e são responsáveis por sua garantia, foi o texto de Alexander Bickel “*The Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics*”, publicado em 1962. Nesse texto, em linhas gerais, ele trabalha a questão da dificuldade contramajoritária expressa pela Suprema Corte americana, quando da aplicação do *judicial review*. Naquele livro, o autor abordou a questão do déficit democrático do órgão, levantando sua legitimidade pela conservação dos princípios gerais e do grau de aceitabilidade pela população.

Flávia Santiago Lima, sintetiza muito bem a essência do pensamento de Alexander Bickel:

[...] ao tentar compreender o papel da Suprema Corte e demais tribunais naquele sistema político, defendia que sua atuação se justificaria pela proteção dos princípios fundamentais da sociedade. Reconhecia, porém, que o sucesso da revisão judicial dependia, em última análise, de aceitação popular de suas decisões. Para assegurar o amparo político para a sua atividade e, ao mesmo tempo, desempenhá-la de acordo com estes princípios, a Corte deveria lançar mão das chamadas “virtudes passivas”, técnicas doutrinárias que permitem postergar a apreciação de questões problemáticas até que a sociedade tenha tido tempo para lidar com elas.¹⁸⁵

O controle de constitucionalidade está na própria essência do Estado Constitucional, desde sua mais remota origem. Alexander Bickel conta que, quando da decisão do Juiz John Marshall, muito embora ele tenha sido o responsável por desvelar e revelar tal mecanismo, desde as discussões e debates para a aprovação da Constituição americana, os responsáveis por sua elaboração, já previam a possibilidade de um *judial review*. Como ele conta “For, although the Framers of the Constitution had failed to be explicit about the fuction of judicial review, the evidence

¹⁸⁴ WALD, Arnold. A correção monetária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 136, p. 46-61, abr/jun 1979, p.

¹⁸⁵ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política**: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014, p. 69.

of their deliberations demonstrates that they foresaw - indeed, invited – it”¹⁸⁶. Muito embora não houvesse ainda certeza de qual seria seu desenho.

Seu texto corrobora a fundamentação de que as cortes constitucionais, bem como os órgãos judiciais que exercesse controle de constitucionalidade tivesse legitimidade para o fazê-lo, num momento em que arrefecer e fortalecer a Constituição enquanto instrumento jurídico, pareceu ser uma alternativa aos para evitar a repetição dos abusos ocorridos durante a grande guerra. Alexander Bickel enfrentou de forma direta o principal questionamento político que sofria os órgãos de controle jurisdicional, o que ele chamou de “*counter-majoritarian difficulty*”, baseada na questão da pretensa ausência de legitimidade popular dos membros de tais órgãos.

Somando-se todos esses fatores, principalmente o aparato acadêmico que acabou recebendo, o pós Segunda Guerra mundial é marcado por uma atuação contundente dos órgãos de controle jurisdicional. Não à toa, os principais sistemas jurídicos, notadamente os da Europa, acabaram optando pelo modelo de controle ainda mais forte, qual seja, o kelseneano. Talvez a lógica estivesse no fato de que, em virtude de acontecimentos tão impactantes por qual o mundo passou, entenderam salutar o fortalecimento de um discurso mais jurídico para a Constituição e, por isso, mecanismos jurisdicionais de controle pareciam mais adequados.

¹⁸⁶ BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Indianapolis: The Bobbs-Merrill company, 1962, p. 15.

4 FATORES HISTÓRICOS QUE CONTRIBUEM PARA UM DISCURSO DE LEGITIMAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Como já mencionado neste trabalho, a discussão acerca da legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade não é recente e tem sido uma das principais preocupações hoje no estudo do direito constitucional. Como apontado no capítulo anterior, a origem de tal discussão está diretamente ligada a própria origem do instituto, com os americanos e o caráter político presente na essência da decisão tomada por John Marshall em 1803.

Pois bem, vários são hoje os trabalhos e teorias que buscam estudar, explicar, questionar e sustentar que legitimidade teriam órgãos como o Supremo Tribunal Federal ao exercer o controle de constitucionalidade. Por isso e pela simples justificativa de que a autora deste trabalho tem definido uma linha de pesquisa e um objeto de estudo desde a graduação, tudo aquilo pesquisado por ela, na verdade, converge para o objeto em estudo, motivo pelo qual resolve então adotar estudo próprio para mencionar aqui os fatores que corroboram para a questionada legitimidade.

Em dissertação, a autora fez um estudo histórico, sobre as bases teóricas que fundamentaram a aceitação da criação do modelo americano do *judicial review*, bem como a criação de modelo mais impactante na atividade do legislador, qual seja o modelo austríaco. A partir da definição desses dois momentos, que foram chamados na dissertação de momentos constitucionais, o objeto de estudo naquele trabalho foi tentar compreender qual o entendimento que os americanos tinham sobre democracia, bem como Hans Kelsen na Áustria, para que ambos tenham admitido que juízes pudessem fazer a análise do trabalho feito pelo legislador democraticamente eleito.

Em ambos os casos, houve a escolha de concepções teóricas acerca da democracia, para que se pudesse chegar a tal compreensão. Com relação aos americanos, a escolha foi da obra daquele que descreveu em detalhes a concepção democrática dos americanos, o francês Alexis de Tocqueville, a partir de sua obra 'Democracia na América'. Na obra de Alexis de Tocqueville, há uma descrição minuciosa sobre a formação do Estado americano e principalmente, uma análise

bastante detalhada acerca do desenvolvimento do sentimento democrático naquele povo. Devendo ser ressaltado a proximidade cronológica na qual se insere a obra de Alexis de Tocqueville, já que o mesmo publicou 'Democracia na América' no ano de 1834.

Já no caso do modelo austríaco, a escolha recaiu sobre a concepção de democracia do próprio criador do controle de constitucionalidade para a Áustria. A seguir, far-se-á um breve resumo da dissertação da autora deste trabalho, cujo título é: "A relação entre democracia & constituição: uma análise a partir da evolução do controle de constitucionalidade e fatores que o legitimaram".

4.1 A democracia para os americanos, o *judicial review* e o receio da tirania da maioria

Como já descrito no capítulo anterior, os americanos foram os responsáveis pela criação do controle jurisdicional de constitucionalidade em 1803. De modo geral, o modelo americano de controle de constitucionalidade é um pouco mais tímido, tendo em vista que lá os juízes não fazem análise especificamente da atividade e produto do legislador, mas sim, a adequação da lei ou não ao caso concreto. Eis uma das principais questões observadas por Alexis de Tcoqueville:

Se o juiz tivesse podido criticar as leis de maneira teórica e geral; se pudesse tomar iniciativa e censurar o legislador, teria entrado rumorosamente na cena política; tornando-se expoente ou adversário de um partido, teria chamado todas as paixões que dividem o país a tomar parte da luta. Mas quando o juiz critica uma lei num debate obscuro e sobre uma aplicação particular, oculta em parte a importância do ataque aos olhos do público. Sua decisão tem por objetivo unicamente atingir um interesse individual; a lei só é ferida por acaso.¹⁸⁷

Desta forma, o impacto do controle de constitucionalidade sobre os questionamentos acerca da legitimidade fica um pouco reduzido, tendo em vista que, a princípio, não cabe ao judiciário a decretação da inconstitucionalidade de uma lei, mas apenas a não aplicação da lei ao processo que se julga, por entendê-la contrária a Constituição. Na verdade, o que pareceu é que os americanos tentaram

¹⁸⁷ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 115.

evitar que os juízes se inserissem na política de Estado, no entanto, pelo próprio desenvolvimento da organização político-social dos americanos, os juízes foram colocados no centro da vida política daquele povo. Como fora descrito e observado na pesquisa feita em sede de mestrado sobre a obra de Alexis de Tocqueville, ele acabou concluindo que o judiciário foi colocado como um dos principais responsáveis pela legitimação do Estado americano e, mais, pela sua própria formatação.

A aparência tímida do controle jurisdicional americano dá-se porque nos Estados Unidos não há ações próprias para execução do controle de constitucionalidade, já que ele aparece como simples incidente processual e como tal, precisa o juiz analisar para que possa então resolver a lide. Por essas características, o modelo americano faz-se menos questionável sob o prisma de sua legitimação. No entanto, a verdade é que, talvez seja difícil de encontrar história de formação de um povo cuja participação do Poder Judiciário deu-se de forma tão natural e decisiva na vida política.

Alexis de Tocqueville destacou em sua obra que desde os mais remotos tempos, o Poder Judiciário americano fora colocado no centro das questões políticas, sendo ele um dos principais instrumentos utilizados por aquele povo para garantir a preservação de valores que eles consideraram primordiais. Relatou que os imigrantes que foram conduzidos para o solo americano, tinham verdadeira devoção pela construção de uma sociedade igualitária, alias, eis o valor distintivo da sociedade americana naquela época, na visão do francês. O que não deixa de ser minimamente curioso, pois os americanos, expoentes do pensamento liberal, tiveram como valor fundamental para sua consolidação como Estado, a igualdade.

Entre os novos objetos que me chamaram a atenção durante minha permanência nos Estados Unidos, nenhum me impressionou mais do que a igualdade de condições. Descobri sem custo a influência prodigiosa que exerce esse primeiro fato sobre o andamento da sociedade; ele proporciona ao espírito público certa direção, certo aspecto às leis; aos governantes, novas máximas e hábitos particulares aos governados.¹⁸⁸

Alexis de Tocqueville falou que uma peculiaridade dos europeus que foram para o território americano, é de que não havia sentimento de superioridade entre

¹⁸⁸ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 7.

eles, o que dificultou a implantação de uma aristocracia nos Estados Unidos. Na verdade, os americanos, especialmente àqueles que foram para as colônias do norte conhecida por 'Nova Inglaterra', criaram verdadeiro pavor à possibilidade de continuidade da sociedade aristocrática, própria das potências europeias e da qual pretenderam fugir. Tudo em nome da necessidade que tinham de que, naquela nova terra, cuja liberdade já aparecia de forma instintiva, a igualdade fosse entre os homens algo a ser cotidianamente perseguido.

De fato, há uma paixão vigorosa e legítima pela igualdade que leva todos os homens a querer ser fortes e estimados. Essa paixão tende a elevar os pequenos ao nível dos grandes; mas também existe no coração humano um gosto depravado pela igualdade, que leva os fracos a querer atrair os fortes a seu nível e que reduz os homens a preferir a igualdade na servidão à desigualdade na liberdade. Não é que os povos cujo estado social é democrático desprezem naturalmente a liberdade; ao contrário, eles têm um gosto instintivo por ela. Mas a liberdade não é o objeto principal e contínuo de seu desejo: o que eles amam com um amor eterno é a igualdade.¹⁸⁹

No entanto, os americanos tiveram que achar soluções para a possível apatia política que poderia ser gerada pelo fim da convivência em uma sociedade aristocrática, ou seja, com fim das classes sociais e, por consequência, interesses comuns, ocasionando um excesso de individualismo, pois cada um seria responsável pelo seu próprio interesse. A solução foi o desenvolvimento de uma espécie de democracia direta, onde a convivência social era garantida por decisões tomadas pelo próprio povo da comuna. E a necessidade de que houvesse certo agrupamento entre pessoas, para garantir a defesa de interesses homogêneos foi garantida através do uso do direito de associação.

Isso se deu, porque os americanos desenvolveram uma teoria sem maiores complexidades teóricas, através da qual se pregava a ideia de que os interesse subjetivos de um indivíduo são, necessariamente, iguais aos de outros de sua sociedade e por eles deve-se unir, uma vez que, é o próprio povo que tomará as decisões sobre os rumos da coexistência social. A tal doutrina, que pregava a associação entre cidadãos americanos com interesses próprios, foi chamada de doutrina do interesse bem compreendido.

A doutrina do interesse bem compreendido não produz grandes devoções, mas sugere todos os dias pequenos sacrifícios; ela sozinha não seria capaz

¹⁸⁹ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 63.

de fazer virtuoso um homem, mas forma uma multidão de cidadãos regrados, temperantes, moderados, previdentes, senhores de si; e, se não leva diretamente à virtude pela vontade, aproxima insensivelmente dela pelos hábitos.¹⁹⁰

E então, a partir dessa doutrina, Alexis de Tocqueville enxergou outra aplicação prática da filosofia igualitária reinante entre os americanos que acabou tendo por consequência, a boa condução dos negócios públicos e da administração pública em geral. Não havia entre os americanos, pretensão de enriquecimento no serviço público, eles entediam apenas que a boa condução da gestão pública, repercutiria diretamente nos seus negócios privados e essa, era a principal finalidade quando eles ocupavam cargos públicos, isso porque, como liberais, o Estado deveria existir e agir no estritamente necessário para a garantir a coexistência e a boa gestão de seus negócios, como Alexis de Tcoqueville sintetizou: “Aos olhos da democracia, o governo não é um bem, é um mal necessário.”¹⁹¹

Os americanos entendiam e enxergavam a necessidade de utilizar a liberdade e igualdade de forma socialmente inteligente, de maneira que seus excessos não viessem a se tornar o maior perigo para eles próprios. Entendiam a necessidade e importância das leis e da observância à elas, pois entendiam que a lei osregulariam para que possam exercer a liberdade legalmente.

A revolução dos Estados Unidos foi produzida por um gosto maduro e refletido pela liberdade, não por um instinto vago e indefinido de independência. Ela não se apoiou em paixões de desordem, mas, ao contrário marchou com amor à ordem e à legalidade.¹⁹²

E mais: “Ele não obedece à sociedade por ser inferior aos que a dirigem, ou menos capaz que outro homem de governar a se mesmo; obedece à sociedade porque sabe que essa união não pode existir sem um poder regulador.”¹⁹³ Assim, obedecem à sociedade, porque participaria ativa e diretamente dela e de suas decisões e, segundo Alexis de Tocqueville é seguramente na América onde poderia

¹⁹⁰ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 2, sentimentos e opiniões. Tradução de Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 149.

¹⁹¹ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 238.

¹⁹² Idem, *Ibidem*, p. 83.

¹⁹³ Idem. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 75.

se encontrar naquele momento, o mais pleno sentido de soberania popular.¹⁹⁴ Porquanto, tais decisões do povo, deveriam ser executadas e sua execução coordenada por alguém, desta forma, criaram a figura do *select-man*¹⁹⁵, os chamados magistrados que seriam funcionários públicos eleitos pelo povo da comuna e que deveriam cumprir e executar as leis e as decisões do povo.

No entanto, quem ou o que garantiria o estrito cumprimento das leis e das decisões populares por meio dos magistrados? Seria escolhido um magistrado superior, a quem se daria legitimidade e discricionariedade para fiscalizar os demais? Tal solução parecia contrária à decisão daquele povo de permanecer numa sociedade em que todos estivessem no mesmo patamar político, tentando preservar-se de uma organização aristocrática.

O direito de dirigir o funcionário supõe o direito de destituí-lo, se ele não atender às ordens que lhes são transmitidas, ou de promovê-lo, se cumprir com zelo os seus deveres. Ora, não seria possível destituir nem promover um magistrado eleito. É da natureza das funções eletivas serem irrevogáveis até o fim do mandato. Na realidade o magistrado eleito nada tem a esperar ou a temer, a não ser dos eleitores, quando todas as funções públicas são produto da eleição.¹⁹⁶ Logo não poderia existir uma verdadeira hierarquia entre os funcionários, pois não se pode reunir no mesmo homem o direito de ordenar e o direito de reprimir eficazmente a desobediência e não se pode somar ao poder de comandar o de recompensar e punir.¹⁹⁷

Alexis de Tocqueville observou que para os americanos era necessário que o Poder estivesse difuso, justamente para tentar fugir da hierarquização social. Assim: “O poder administrativo nos Estados Unidos não oferece em sua constituição nada central nem hierárquico; é isso que o faz não ser percebido. O poder existe, mas não se sabe onde encontrar seu representante.”¹⁹⁸ Por isso, não consideravam viável a criação de uma espécie de ‘chefe’ entre os *select-man*, pois tal poderia representar uma autoridade da qual eles tentavam fugir.

¹⁹⁴ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 66.

¹⁹⁵ Os funcionários eleitos pelo povo, os *select-men*, para executar suas vontades eram chamados de magistrados.

¹⁹⁶ É de se salientar que nessa época os ocupantes de cargos eletivos tinham como de fato temer as urnas, uma vez que os mandatos eletivos eram curtos, os magistrados exerciam cargos de um ano, assim como os deputados, sendo atribuído aos senadores o mandato mais longo de três anos e os mandatos dos governadores variavam entre um e dois anos.

¹⁹⁷ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 85.

¹⁹⁸ Idem. Ibidem, p. 83.

A solução? Atribuir ao Poder Judiciário o poder de velar pelo cumprimento das leis pelos magistrados, posicionando aquele Poder, desde sua mais remota origem naquele território, no centro do desenvolvimento político da sociedade, com o intuito de preservar os valores fundantes da mesma. Foi então que os americanos, importando da coroa, criaram a figura do juiz de paz, que era alguém com um bom conhecimento, não necessariamente jurídico e que tinha funções tanto administrativas quanto judiciárias.

Os juízes de paz tomam parte individualmente na administração pública. Ora são encarregados, juntamente com os funcionários eleitos, de certos atos administrativos; ora formam um tribunal diante do qual os magistrados acusam sumariamente o cidadão que se recusa a obedecer, ou o cidadão denuncia os delitos dos magistrados.¹⁹⁹

No Estado de Massachusetts havia a Corte de Sessões, formada por três juízes de paz, nomeados pelo governador, com atribuição de punir os funcionários que não cumprissem as decisões populares. Eis que então, Alexis de Tocqueville enxergou o fato de que o Poder Judiciário nos Estados Unidos foi naturalmente escolhido para ser responsável pelo cumprimento das leis, especialmente em razão delas representarem vontade direta do povo. Sobre esse direito quase natural do judiciário, disse ele: “Não é conceber uma privilégio particular aos tribunais permitir-lhes punir os agentes do poder executivo, quando violam a lei. Seria tirar-lhes um direito natural proibir-lhes fazê-lo.”²⁰⁰

A naturalidade da função de controle exercida pelo judiciário nos Estados Unidos fazia, inclusive, que os americanos estranhassem o modo francês que conferia a um Conselho de Estado, órgão vinculado ao Rei, tal atribuição. Assim: “Quando eu lhes mostrava o cidadão, lesado pela ordem do príncipe, reduzido a pedir ao próprio príncipe a autorização de pedir justiça, eles se recusavam a crer em semelhantes absurdos e me acusavam de mentira e ignorância.”²⁰¹

Na dissertação de mestrado, a autora da pesquisa resumiu da seguinte forma a análise de Alexis de Tcoqueville acerca da influência dos juízes na política americana e o por que, ele não enxergou maiores problemas nisso:

¹⁹⁹ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 87.

²⁰⁰ Idem, *Ibidem*, p. 117.

²⁰¹ Idem, *Ibidem*, p. 119.

Alexis de Tocqueville percebeu que o Poder Judiciário nos Estados Unidos tinha uma atuação complementar diferente das demais nações no mundo, “Não há, por assim dizer, acontecimento político em que não se ouça invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos Estados Unidos o juiz é uma das primeiras forças políticas.”²⁰² O grande diferencial dos juizes americanos estava no poder que eles tinham de fundamentar sua decisão diretamente na Constituição, evitando que existissem atos contrários a ela, muito embora sua atuação só pudesse se dar por acaso, Alexis de Tocqueville explica que esse acaso acabava acontecendo todos os dias.²⁰³

Outra atuação eminentemente política percebida por Alexis de Tocqueville do Poder Judiciário americano, estava no seu papel fundamental em salvaguardar o modelo de Estado criado por eles, qual seja, o federal. Os americanos formularam em seu território um modelo de organização política que instintivamente causava conflitos de competências. A descentralização política típica do federalismo, fez com que os americanos tivessem que conviver com um fenômeno até então, estranho aos países já formados: a existência, dentro de um mesmo território, de esferas de Poder distintos.

Essa acomodação veio em decorrência na necessidade de, não obstante quisessem preservar a liberdade e a maneira através da qual se organizaram cada uma das colônias, foi necessário se criar uma instância que garantisse a obrigatoriedade da união entre elas, além de permitir o exercício de atribuições de caráter geral e, ainda, a representação da soberania. Daí a criação do ente federativo União, que teria competência próprias a serem executadas também.

Assim, da mesma forma que os Estados (colônias) precisaram criar a cortes de sessões, como instância garantidora da mediação e do cumprimento das leis estaduais nos mais diversos condados, funcionando muitas vezes como mediadora entre as questões dos condados e as comunas, foi necessário também se criar uma instância que garantisse o cumprimento das leis federais, pelos Estados-membros. Mais uma vez, a opção se deu pela criação de uma instância judiciária, pela inviabilidade de que tal atribuição fosse dada aos próprios Estados.

²⁰² TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 111.

²⁰³ LIMA, Renata Dayanne Peixoto. **A relação entre democracia e constituição**: uma análise a partir da evolução do controle de constitucionalidade e fatores que o legitimaram. 2012. 185f. Tese (Doutorado em direito). Faculdade de direito do Recife – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012, p. 72.

“Os americanos constituem um só povo, em relação a seu governo federal; mas, no meio desse povo, deixou-se que subsistissem corpos políticos dependentes do governo nacional em alguns pontos, independente em todos os outros, corpos esse que têm sua origem particular, suas doutrinas próprias e seus meios especiais de agir. Assim, a conclusão pela impossibilidade da atribuição de zelar pelo cumprimento das leis pelos Estados, pareceu minimamente lógica, iria contrariar um princípio próprio aos órgãos do Poder Judiciário: “Fazendo as leis da União serem aplicadas pelos tribunais dos Estados, entregar-se-ia pois a nação a juízes não apenas estrangeiros, mas também parciais.”²⁰⁴

O órgão então criado pelos americanos foi a Suprema Corte que acabaria tendo função no resguardo da organização política dos Estados Unidos.

Mas como se deveria prever que, na prática, poderiam surgir questões relativas aos limites exatos desse governo excepcional e que teria sido perigoso abandonar a solução dessas questões aos tribunais ordinários instituídos nos diferentes Estados por esses próprios Estados, criou-se uma corte federal superior, tribunal único, uma de cujas atribuições foi manter entre os dois governos rivais a divisão dos poderes tal como a constituição estabelecera.²⁰⁵

A autora da dissertação acabou resumindo a questão e o problema gerado por essa atribuição dada aos tribunais federais, especialmente, à Suprema Corte americana.

[...] nos Estados Unidos em decorrência da existência de duas organizações políticas distintas, ao Poder Judiciário não foi só atribuído questões judiciárias comuns, ele detinha verdadeiro poder sobre as questões relativas à soberania nacional. Isso porque, não obstante as competências da União decorrerem da Constituição, ao atribuir aos órgãos da justiça federal, especialmente à Suprema Corte, o poder de delimitar os espaços do exercício das mesmas, se acabou por atribuir a este órgão o poder arbitrário de definir outras competências.²⁰⁶

E então, concluiu Alexis de Tocqueville sobre o perigo que talvez estivesse sendo criado ao atribuir função tão preponderante na manutenção dos limites às competências dentro do Estado Federal americano.

²⁰⁴ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 159.

²⁰⁵ Idem, *Ibidem*, p. 130.

²⁰⁶ LIM LIMA, Renata Dayanne Peixoto. **A relação entre democracia e constituição**: uma análise a partir da evolução do controle de constitucionalidade e fatores que o legitimaram. 2012. 185f. Tese (Doutorado em direito). Faculdade de direito do Recife – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012, p. 75.

Com isso ela se viu restringida, não apenas pelas leis, mas também pela interpretação das leis; por um limite conhecido e por outro que não o era; por uma regra fixa e por uma regra arbitrária. A constituição estabeleceu, é verdade, limites precisos para a soberania federal, mas cada vez que essa soberania federal está em concorrência com a dos Estados, um tribunal federal deve se pronunciar.²⁰⁷

No entanto, no momento em que o ímpeto do desenvolvimento libertário das colônias e a necessidade quase irrestrita que tinham por tal liberdade poderia ameaçar a conquista da independência dos Estados Unidos, foi o Poder Judiciário, especialmente a Suprema Corte, o meio encontrado por eles para sedimentar tal independência. A mesma estava muito representada e assegurada pela criação do Estado Federal, constituído pela Constituição. Assim, e diante do conteúdo e contexto político da decisão de 1803, é possível se afirmar que a Suprema Corte foi uma das principais protagonistas no estabelecimento e, principalmente, consolidação das bases do Estado e da democracia americana, motivo pelo qual, o controle de constitucionalidade até hoje tem reconhecida legitimidade democrática.

Contudo, talvez o papel mais importante que teve a Constituição nos Estados Unidos, fora tentar frear o radicalismo democrático o qual tentara se instalar naquele território. Inicialmente, ainda quando a vida dos americanos estava resumida à vida na comuna, eles não admitiram a lei da representação, como já dito anteriormente, acreditavam que as decisões sobre as questões públicas, deveriam caber ao próprio povo. No entanto, a incessante fuga da tirania dos déspotas europeus, poderia acabar, sem que eles próprios percebessem, gerando uma nova modalidade de tirania, ainda mais legitimada do que a de inspiração divina como era no velho mundo.

Alguns políticos americanos, especialmente àqueles vinculados ao partido federalista, entendiam e despertaram para o perigo da tirania advinda do próprio povo, a chamada tirania da maioria. Alexander Hamilton, alertando sobre tal perigo, disse certa vez:

Tem-se dito que a voz do povo é a voz de Deus. Pois bem, por mais geralmente que haja sido essa máxima citada e crida, não é absolutamente verdadeira. O povo é turbulento e mutável; raras as vês em que julga ou determina com acêrto. Por conseguinte, daí à primeira classe uma participação permanente e distinta no govêrno. Essa classe controlará a

²⁰⁷ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 161.

mutabilidade da segunda, e, não lhe sendo concedido receber vantagem nenhuma de mudança, manterá constantemente um bom govêrno...Só um corpo permanente é capaz de refrear a imprudência da democracia, cuja turbulência e disposição incontroláveis exigem freios.²⁰⁸

Alexis de Tocqueville acabou criando a expressão “despotismo da maioria”²⁰⁹, como sinônimo e síntese daquela que pode ter sido a principal preocupação dos americanos e principal finalidade da Constituição, impor limites ao poder, só que no caso deles, poder exercido com um alto nível de legitimidade, já que proveniente do próprio povo.

Alexis de Tcoqueville observou que uma das saídas para tentar diminuir o ímpeto popular e esse hábito criado durante a colonização, das decisões serem sempre atribuídas ao próprio povo, foi a criação do Senado Federal, cuja eleição não se daria de forma direta²¹⁰ e com mandatos mais longos. OS americanos perceberam que os mandatos curtos como eram dados aos magistrados, por exemplo – um ano – colocava suas sempre as decisões, mesmo que de forma indireta, ligadas diretamente ao povo, já que ele teria o efetivo poder de controle, sendo positivo por um lado, mas até certo ponto, inexecutável por outro.

Deve se salientar a instabilidade de gerada por uma gestão pública, cuja alternância dos gestores públicos se dá com tanta rapidez. E um outro aspecto que Alexis de Tocqueville acabou observando que tornou inoperável a democracia como vista pelos americanos, ou pela menos, a visão radical da mesma, fora o fato de que, pela rapidez na gestão, os magistrados não tinham tempo, nem mesmo condições de plantar e criar um inventário de seus atos, uma verdadeiros arquivo de dados, informações, realizações e etc.

Na América, a sociedade parece viver ao fio dos dias, como um exército em campanha. No entanto, a arte de administrar é sem dúvida uma ciência; e todas as ciências, para progredir, necessitam juntar as descobertas das diferentes gerações, à medida que se sucedem. Um homem, no curto espaço da vida, nota um fato, outro concebe uma ideia; este inventa um meio, aquele encontra uma fórmula; a humanidade recolhe de passagem

²⁰⁸ PADOVER, Saul K. **A Constituição viva dos Estados Unidos**. Clássicos da democracia. Tradução de A. Della Nina. São Paulo: IBRASA, 1964, p. 7.

²⁰⁹ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 173.

²¹⁰ Os americanos perceberam que os cargos públicos não eram necessariamente ocupados por pessoas que tivessem um bom conhecimento, isso se dava pelo fato de que as pessoas de classes mais baixas não sentiam vontade de votar em pessoas de classes mais abastadas, no entanto, eram nas classes cujas pessoas tinham mais posses, aonde se podia encontrar pessoas mais iluminadas, tendo em vista que, as pessoas com mais posses, eram também as mais dotadas de conhecimento.

esses diversos frutos da experiência individual e forma as ciências. É difícil os administradores americanos aprenderem o que quer que seja uns com os outros. Assim eles trazem à direção da sociedade as luzes que encontram difundidas em seu seio, e não conhecimentos que lhes sejam próprios.

E então, Alexis de Tcoqueville, observando o extremo que talvez tenham chegado os americanos na necessidade que tinham de terem um sociedade estritamente democrática, acaba concluindo algo que vai bem na direção dos desvios que tentaram os americanos consertar e entendendo que qualquer forma de exercício de poder necessitaria da imposição de certos limites, ele disse: “A democracia, levada a seus últimos limites, é portanto prejudicial à arte de governar.”

211

E eis que um dos métodos necessários para limitar o poder direto do povo, sem lhe enfraquecer ou retirar-lhes do comando central, seria o fortalecimento do sistema representativo. Com isso, os americanos acabaram caminhando no mesmo caminho que se aventava à época da necessidade de institucionalização do Poder, o que parece ser a maior característica do modelo de Estado Constitucional. Tal filosofia foi trazida no âmago da Constituição e com certeza, tudo isso parece ter sido ponderado pela decisão de John Marshall, em 1803.

Interessante notar que, aprendendo com os possíveis erros que eram cometidos pelas colônias, os americanos ao imaginarem o Poder Federal, procuraram desenhá-lo de uma maneira diferente da gestão nas colônias, justamente tentando consertar os possíveis erros cometidos por elas. Uma das chaves, fora atribuir maior independência aos Poder Executivo e Judiciário, já que o Legislativo era o poder mais afetos às paixões populares e, como tal, estava no centro da gestão dentro das colônias.

Assim, por exemplo, não garantiram ao Poder Legislativo federal, o poder de cortar a remuneração do Presidente da República, acaso ele viesse a descumprir suas decisões, como era prerrogativa das assembleias estaduais fazerem com os magistrados estaduais. Ao Presidente fora concedidos um mandato mais comprido, de quatro anos (magistrado estadual: um ano) e, ainda, fora lhe dada a competência

²¹¹ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 243.

do veto às leis aprovadas pelo Parlamento, tudo isso para que ele pudesse exercer um mandato com um pouco mais de liberdade.

O Poder Judiciário federal ganhou plena independência, devendo-se destacar no entanto, que desde a origem, este Poder foi um dos mais independentes do território americano, tendo em vista o papel que desempenhou desde o início, já destacado nesse texto, na garantia do cumprimento das decisões populares por meio dos magistrados das comunas. Mas, para garantir-lhes ainda mais a independência, aos juízes federais fora atribuído remuneração fixa, independência e inamovíveis. Então, Alexis de Tcoquevillhe conclui:

Dois perigos principais ameaçam a existência das democracias: a completa submissão do poder legislativo à vontade do corpo eleitoral; a concentração, no poder legislativo, de todos os outros poderes do governo. Os legisladores dos Estados propiciaram o desenvolvimento desses perigos. Os legisladores da União fizeram o possível para torná-los menos temíveis.²¹²

A democracia, assim como qualquer outra forma de regime político, é fundada na necessidade de tomada de decisões e a criação de procedimentos para que isso se viabilize. De tal forma, a regra mais básica para decisões, quando quem tem que tomá-las é uma corpo de pessoas ou o próprio povo, é a regra da maioria. Como já mencionado anteriormente, os americanos se organizaram de uma maneira política de tal forma que a vontade era sempre a de que as decisões pudessem ser tomadas por todo o povo, ou no máximo, as decisões fossem tomadas pela maioria do parlamento que, inequivocadamente, deveria representar a maioria do povo daquele território recém independente.

No entanto, os americanos foram percebendo que essa talvez pudesse ser o maior risco que sua nação estivesse sendo submetido a sofrer, se a partir dessa ideia estabelecessem ou baseassem sua democracia apenas pela observância de regras para a decisão, sem que houvesse preocupação com o conteúdo e, principalmente, com os limites a essas decisões. Admitiram a representatividade, mas com um poder de controle tão forte sobre as condutas praticadas principalmente pelos magistrados que é como se o povo estivesse a executar a

²¹² TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 174.

gestão pública o tempo inteiro, só que com base na decisão que era tomada pela maioria.

O legislativo é, de todos os poderes políticos, o que obedece mais facilmente à maioria. Os americanos quiseram que os membros da legislatura fossem nomeados *diretamente* pelo povo, e por um prazo *muito curto*, a fim de obrigá-los a se submeterem não apenas às ideias gerais, mas também às paixões cotidianas de seus constituintes.”²¹³

Essa metodologia era interessante, porque abarcaria a vontade da maioria da população, no entanto, enfraqueceria a minoria. E mais, os americanos tentaram imaginar um mandato submetido a uma espécie de plano de conduto, de maneira tal, os representantes estariam completamente vinculados, sem qualquer margem de liberdade de atuação e sendo controlado pelo próprio povo. Desta maneira: “Salvo o tumulto, é como se a própria maioria deliberasse em praça pública.”²¹⁴

Em síntese, sobre o caminho que estavam tomando os americanos, concluiu a autora da pesquisa base deste item da tese:

Já entre os americanos é possível encontrar a redução da democracia a questões objetivas de procedimento, isso se conclui do fato de que os americanos atribuíram à quantidade de pessoas que se quer atingir e, principalmente, à quantidade de legisladores que podem aprovar leis, a síntese do Estado Democrático em detrimento do próprio provimento aprovado em si e da parcela da sociedade não abarcada pelo mesmo. Tudo isso com base na ideia de que as luzes e a sabedoria se encontram muito mais em vários homens reunidos do que em um só e, ainda pior, de que os interesses da maioria devem ter preferência sobre os da minoria, ideias essas que estavam arraigadas no seio da sociedade americana desde sua origem.

A decisão majoritária, sem qualquer preocupação com limites, pode trazer a instabilidade do ordenamento jurídico como um todo, já que, uma vez que a maioria quisesse mudar de opinião, ou até mesmo se desinteressar por algo que esteja em fase de discussão, bastaria fazer a mudança ou simplesmente não dar continuidade ao que estivesse em tramitação. Mas o maior temor ao espírito democrático e a ideia de uma nação construída para o povo, pelo povo e com o povo, assim como depois vai lecionar uma dos mais ilustres presidentes americanos, Lincoln, estaria na

²¹³ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 289.

²¹⁴ Idem, *Ibidem*, p. 290.

opressão que a maioria poderia representar à minoria, se esta não estivesse de alguma forma tutelada por conteúdos que limitassem a decisão da maioria.

Sintetizando o problema da tirania da maioria, disse Alexis de Tocqueville:

Afinal o que é uma maioria tomada coletivamente, senão um indivíduo que tem opiniões e, na maioria dos casos, interesses contrários a outro indivíduo, denominado minoria? Ora, se você admitir que um homem investido da onipotência pode abusar dela contra seus adversários, por que não admite a mesma coisa para uma maioria? Os homens, reunindo-se, mudaram de caráter? Tornaram-se mais pacientes diante dos obstáculos tornando-se mais fortes? Quanto a mim, não poderia acreditar em tal coisa; e o poder de fazer tudo, que recuso a um só de meus semelhantes, nunca vou conceder a muitos.²¹⁵

E arremata:

A onipotência parece-me em si uma coisa ruim e perigosa. Seu exercício parece-me acima das forças do homem, qualquer que ele seja, e penso que apenas Deus pode ser, sem perigo, onipotente, porque sua sabedoria e sua justiça são sempre iguais a seu poder. Portanto não há na terra autoridade tão respeitável em si mesmo, ou investida de um direito tão sagrado, que eu aceitasse deixar agir sem controle e dominar sem obstáculos. Portanto, quando vejo concederem o direito e a faculdade de fazer tudo a uma força qualquer, seja ela chamada povo ou rei, democracia ou aristocracia, seja ela exercida numa monarquia ou numa república, digo: aí está o germe da tirania; e procuro ir viver sob outras leis.²¹⁶

Por isso, não apenas sob a ótica da questão operacional e da necessidade de prover a gestão pública americana de mais estabilidade, esteve a preocupação americana em desligar suas instituições um pouco dos ímpetos e das paixões populares, sobretudo, esteve a preocupação central em fornecer limites ao exercício do poder, no caso dos americanos, um poder ainda mais legitimado, qual seja, do próprio povo, por respeito a ele mesmo, ou àqueles que não estivessem de acordo com o que a maioria pudesse vir a decidir em nome e para a aplicação a todos.

Destacando a força da tirania que poderiam ter acabado criando os americanos, ainda mais poderosa e eloquente que o absolutismo europeu, Alexis de Tcoqueville:

Os príncipes tinham, por assim dizer, materializado a violência; as repúblicas democráticas de nossos dias tornaram-na tão intelectual quanto a vontade humana que ela quer coagir. Sob o governo absoluto de um só, o despotismo, para chegar à alma, atingia grosseiramente o corpo; e a

²¹⁵ TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 294-295.

²¹⁶ Idem, Ibidem, p. 295-296.

alma, escapando desses golpes, se elevava gloriosa acima dele. Mas, nas repúblicas democráticas, não é assim que a tirania procede; ela deixa o corpo e vai direto à alma.²¹⁷

E apenas para exemplificar a força retórica do modelo democrático baseado na maioria, Alexis de Tocqueville mencionou o fato de que na Europa Absolutista, ainda era possível que se visse circulando livros que fossem contrários a religião da maioria, no entanto, nos Estados Unidos, não havia notícias disso, porque ninguém era sequer tentado a questionar aquele modelo democrático.

Assim, a Constituição sintetizava o conjunto das reformulações necessárias e quem os americanos entenderam importante para salvaguardar sua independência, de maneira que, quando John Marshall tomou sua decisão em 1803, ele levou tal aspecto em consideração. Vale destacar, inclusive, que dentre tantos questionamentos gerados acerca da legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade, principalmente pela questão da ausência de legitimação popular e justamente por existir com o poder de anular as decisões tomadas por aqueles que tem tal legitimidade popular direta, a experiência americana mostra que a Constituição, quando surge como fonte limitadora de poder, seria de qualquer espécie de poder, inclusive o do próprio povo.

Assim, para evitar aquilo que Alexis de Tocqueville chamou de tirania da maioria, os americanos empreenderam um verdadeiro sistema de controle aos ímpetos populares, todos sedimentados na Constituição e, por tal, legitimada esteve a decisão e criação do sistema de *judicial review*. Como sintetizou Renata Dayanne Peixoto de Lima:

Sem um mínimo ético de respeito aos direitos, especialmente os da minoria, um Estado em que maioria se torna senhora absoluta da razão do Estado, representa um Luis XIV que ao invés de usar a coação física como meio de submissão, se utiliza de argumentos muito mais poderosos, tais como a vida em sociedade e a consciência dos cidadãos. Uma resposta eficaz do sistema americano à proteção do indivíduo frente aos poderes da maioria, esteve na possibilidade dada aos juízes americanos de deixarem de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional.²¹⁸

²¹⁷ Idem, Ibidem, p. 299.

²¹⁸ LIMA, Renata Dayanne Peixoto de. **A relação entre democracia e constituição: uma análise a partir da evolução do controle de constitucionalidade e fatores que o legitimaram.** 2012. 185f. Tese (Doutorado em direito). Faculdade de direito do Recife – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012, p. 89.

Controlar o excesso de liberdade, seja do próprio povo, seja das colônias, já que a partir da experiência das comunas e da confederação, as mesmas acabaram detendo forte concepção de independência, era o papel de instituições como o Poder Judiciário e, principalmente da Suprema Corte, como responsável pela garantia da unidade e respeito ao sistema de repartição de competências desenvolvido pelo federalismo americano.

4.2 A Segunda Guerra Mundial e o fortalecimento da Constituição: contexto que dá origem ao segundo momento constitucional e legitimou o controle de constitucionalidade criado por Hans Kelsen

Ainda abordando a metodologia adotada por Renata Dayanne Peixoto de Lima, sobre os momentos constitucionais e os fatores históricos que determinam a legitimidade da jurisdição constitucional, especialmente do controle de constitucionalidade exercido por órgãos que tem autorização constitucional de neutralizar a atividade do legislador, legitimado popularmente, chega-se ao Pós-Segunda Guerra Mundial. Hans Kelsen, havia criado um modelo de controle de constitucionalidade, ainda mais contundente a partir do texto constitucional austríaco de 1920, mas é apenas com a adoção por boa parte dos países europeus de tal modelo, bem como seu uso por mais países no mundo, que se configura a legitimidade do tribunal constitucional kelseneano.

O segundo grande momento histórico que afirma mais uma vez a legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade, começa a acontecer bem antes da Segunda Guerra Mundial. Este segundo momento, seria ainda mais legitimador do que o primeiro, posto que o primeiro ficou adstrito aos americanos, esse virá de acordo e como uma das consequências do fortalecimento da Constituição em si e da própria teoria da Constituição. Ele ocorrerá em virtude da própria reformulação que passou o Estado, deixando o mesmo de ser uma método apenas de Poder dos liberais, para ser o modelo de organização política que pode ser adotado por qualquer forma social e ideologia política.

Essa reformulação se iniciou com a própria reformulação de Estado que ocorre iniciando com a revolução industrial, a ascensão do capitalismo e a consequente

revolução do proletariado, seguida pela Primeira Grande Guerra e imediatamente o surgimento das Constituições sociais, tais como a dos México de 1917 e a alemã de 1919. Aquela postura outrora omissão por dever, própria do Estado liberal, passou a dar lugar a um Estado que tinha, por obrigação, o dever de intervir. Como resume Siddharta Legale Ferreira:

O Estado deixou de ser o inimigo, passou a ser o parceiro, incentivador ou mesmo concorrente. A Administração Pública teria compromisso de concretizar o conteúdo das constituições sociais, como a de Weimar e a Mexicana, ou mesmo as políticas públicas do New Deal. As políticas de redistribuição de bens, bem como as políticas de reconhecimento dos direitos das minorias passaram a entrar na pauta dos debates dos Estados democrático.²¹⁹

A partir do momento em que a Constituição, foi o veículo utilizado para emergir essa nova forma de atuação, esse novo modelo de Estado, a Constituição mostrou-se, como já preconizava a Declaração de Direito do Homem e do Cidadão de 1789, um instrumento próprio da sociedade e não a serviço de um modelo político em específico.

Assim, e para reformar ainda mais a existência de uma teoria da Constituição, contemporâneo a tudo isso, surgiu Hans Kelsen e a sua teoria do ordenamento jurídico, atribuindo à Constituição lugar de preponderância sobre todo o ordenamento, garantindo a lógica de todo o sistema. Condizente com sua teoria pura do direito, Hans Kelsen foi chamado a contribuir com a elaboração da Constituição austríaca de 1920 e para ela criou o controle de constitucionalidade a partir de um tribunal constitucional.

A partir de modelo de ordenamento piramidal criado por Hans Kelsen, o posicionamento da Constituição e sua importância não se enquadravam com o modelo de *judicial review* dos americanos. Ele pregou um papel tão central à Constituição que sua defesa e proteção, não poderiam apenas ocorrer incidentalmente em processos onde se discutisse interesses meramente subjetivos.

Assim, em princípio, a apenas a violação de um interesse de uma parte pode colocar em movimento o procedimento de revisão judicial da legislação. O interesse na constitucionalidade da legislação, contudo, é um interesse público que não necessariamente coincide com o interesse

²¹⁹ FERREIRA, Siddharta Legale. **Estado social e democrático de direito: história, direitos fundamentais e separação de poderes.** Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Concurso-CSPB-monografiasiddharta.pdf> p. 10.

privado das partes envolvidas; trata-se de um interesse público que merece ser protegido por um processo correspondente à sua condição especial.²²⁰

E mais, mesmo que tal compreensão só tenha vinda ficar definitivamente clara no pós Segunda Guerra Mundial, a verdade é que, na teoria kelseneana, a Constituição, tal como qualquer outra lei, só que com um papel ainda mais preponderante, o direito e as normas, devem ser todas dotadas de força obrigatória, chegando o próprio a dizer que uma Constituição, sem qualquer mecanismo de garantia, não teria força obrigatória.

O direito a força não devem ser compreendidos como absolutamente antagônicos. O direito é uma organização da força. Porque o direito vincula certas situações para o uso da força nas relações entre os homens, autorizando o emprego da força apenas por certos indivíduos e sob certas circunstâncias. O direito autoriza certa conduta que, sob todas as outras circunstâncias, deve ser considerada proibida; ser considerada proibida significa ser a própria condição para que tal ato coercitivo atue como sanção.

Assim, para Hans Kelsen, o fato dos americanos não terem imaginado um mecanismo próprio para a proteção da Constituição, de certa forma, acabava desvirtuando sua própria obrigatoriedade. Desta forma: “A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição.”²²¹

Como já descrito anteriormente²²², o modelo de controle de constitucionalidade criado por Hans Kelsen, deveria ser feito por um órgão independente, não participante do esquema geral da separação de poderes, de maneira concentrada e por meio de ações cuja discussão e mérito seriam a compatibilidade ou não das normas infraconstitucionais com a Constituição. No entanto e também como fora descrito no mesmo item, a ideia de Hans Kelsen, de atribuir a guarda da Constituição, foi contraditada à época, pela concepção de Carl Schmitt que acabou

²²⁰ KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das Constituições austríaca e americana. In: **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 311-312.

²²¹ KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das Constituições austríaca e americana. In: **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 303.

²²² Ver item 2.1.

servindo de sustentáculo para o regime nazista, deixando, dessa forma, o modelo kelseneano sem aplicabilidade efetiva na época.

Com o pós Segunda Guerra Mundial, a adoção por alguns países de um modelo de controle de constitucionalidade, realizado por uma corte constitucional, foi um dos meios para garantir a força normativa da Constituição, como preconizou Konrad Hesse e como já pregava o próprio Hans Kelsen, sobre toda e qualquer norma jurídica criada pelo Estado, principalmente para aquela que o criaria e garantiria lógica a todo o sistema normativo.

Assim como ocorreu com o surgimento do Estado Constitucional no final do século XVIII, quando a Constituição fora a resposta dada e o meio utilizado para limitar o poder da autoridade, no pós Segunda Guerra não foi diferente. Isso porque, os horrores presenciados durante tal evento histórico, foram levados a cabo pelo próprio Estado, não foram os cidadãos que deram origem e legitimidade à Segunda Grande Guerra, mas sim, o próprio Estado, cuja representação maior se dá por uma Alemanha que era governada por Adolf Hitler.

Tal contexto, no entanto, foi possível porque, embora a Constituição fosse sim, uma lei, não era encarada de tal forma, mas sim, apenas como instrumento de ascensão ao Poder, cujo atos eram determinados pelas circunstâncias fáticas. Assim, embora a Constituição de Weimar desenhasse um governo que se daria por processos democráticos, apoiado por uma teoria que legitimava o Fuher como guardião da Constituição, porque ele detinha o poder de fato e de direito nos momentos de exceção, somado a uma filosofia intervencionista de Estado, trazida pelo Estado Social e sendo a prova empírica da concepção sociológica de Ferdinand Lassalle, Adolf Hitler acabou desvirtuando o texto de Weimar para atender seus próprios propósitos.

Através de decretos, Adolf Hitler passou a implantar medidas legais na Alemanha que lhe concentrava poder e também lhe dava poderes para tomar medidas para restaurar a Alemanha falida e humilhada desde o fim da Primeira Guerra e do conteúdo do Tratado de Versalhes. Interessante notar, porém, que ao imaginar seu modelo de controle de constitucionalidade, Hans Kelsen já atentava para os riscos de tais medidas legislativas tomadas pelo Poder Executivo, que por força do art. 52 da Constituição de Weimar, é exercido pelo Chanceler.

A Constituição austríaca de 1920-30 estabeleceu garantias para assegurar a constitucionalidade não apenas de leis, mas também de decretos. Estes eram normais legais gerais promulgadas por órgãos administrativos, e não por um Parlamento, ou seja, um órgão Legislativo. Na Áustria, assim como em outros países da Europa, esses decretos desempenhavam um papel muito mais ampla que nos Estados Unidos. Havia dois tipos de decretos: os baseados em leis, cuja função era executá-los, e os que, tal como as leis, eram promulgados diretamente “com base na Constituição”, ou seja, editados no lugar das leis. [...] Num sistema legal como o descrito, a revisão judicial dos decretos é ainda mais importante que a das leis, pois o perigo de que os órgãos administrativos excedam os limites de seu poder de criar normas legais gerais é muito maior que o perigo de que se promulgue uma lei inconstitucional.²²³

A Constituição de Weimar contava em seu art. 48 com o seguinte texto: “Se um estado não cumpre os deveres que lhe incumbem por força da Constituição ou das leis do *Reich*, o presidente do *Reich* pode obrigá-lo com ajuda da força armada.” Desta forma “o uso impróprio do art. 48 da Constituição de Weimar [...] foi o meio pelo qual se destruiu o caráter democrático da República alemã e se preparou o advento do regime nacional-socialista.”²²⁴ Carré de Malberg em nota ao artigo de Hans Kelsen detalhou qual a interpretação e uso dado ao mencionado art. 48 da Constituição de Weimar:

Foi invocando esse artigo que o Presidente do *Reich* pôs-se a editar inúmeros decretos com força de lei (*Notberordnungen*), assemelhados, no caso, a medidas provisórias, visto que poderiam ser desautorizados pelo Parlamento. [...] 2). Friedrich Müller informa que “o primeiro presidente, Friederich Ebert, emitiu nos anos de 1919-25 nada menos de 163 decretos emergenciais. Essa tendência foi retomada e aguçada a partir da crise econômica mundial de 1929 [...] pode-se afirmar que a partir de 1930 um trabalho parlamentar eficaz deixara de existir no nível do *Reich* e tinha sido substituído por um regime descaradamente presidencialista.”²²⁵

Mas essa não foi apenas uma postura adotada pela Alemanha, a maior parte da Europa acabou instaurando a ditadura antes e durante da Segunda Guerra.

O argumento de que a intervenção do Estado agora era benéfica, pois a ele cabe prover e defender a sociedade passou a ser o argumento de proteção e fundamentação dos regimes nazi-fascistas. O regime de consagração desse modelo de Estado passou então a ser a ditadura e, novamente, a

²²³ KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das Constituições austríaca e americana. In: **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 301-302..

²²⁴ Idem, Ibidem, p. 306.

²²⁵ MALBERG, Carré. In Intervenção Federal: contribuição à teoria e prática do Estado federativo, com particular atenção à Constituição do *Reich* alemão e à Constituição austríaca. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 97.

concentração de poder nas mãos de um governante passou a ser o maior problema do homem, assim como no surgimento das primeiras Constituições escritas do mundo, no final do século XVIII.²²⁶

Assim, passada a Segunda Guerra Mundial, ocorre o surgimento da chamada democracia constitucional, ou do Estado democrático de direito, tal modelo e nova concepção de Estado, acabou por significar uma síntese entre os modelos liberal e social, constando no nome a palavra ‘democrático’, para que agora fique bem claro que sob nenhuma justificativa, o Estado deve implantar a ditadura. Há uma reformulação na concepção de Constituição e esse conjunto de alterações se dá, não por outro motivo a não ser que a Constituição deixa de ser um instrumento meramente político e de condução ao Poder, como um instrumento jurídico de condução do próprio Poder.

Nesse contexto, a função originária da Constituição, qual seja, limitar poderes é incorporada pelos europeus, que acabam deixando de lado a aparente contradição entre Constituição e democracia.

Finalmente a aparente contradição entre democracia e constitucionalismo foi superada, quando então tais conceitos passaram a serem vistos como complementares. A imposição de um mínimo ético ao exercício do Poder, mesmo que de forma democrática, passou a ser além de uma ideia aceita, uma ideia necessária.²²⁷

A Constituição, pós Segunda Guerra Mundial, foi mais uma vez a instância própria e principal utilizada para limitar poderes, só que nesse momento, os europeus retornaram à origem do constitucionalismo, entendendo que quando se trata de limitar poderes, fala-se de qualquer tipo de poder, até mesmo do povo, ou daquele que em seu nome venha a agir.

Assim, a Europa deixa de lado a matriz político-jurídica revolucionária, que se respaldava na confiança absoluta da soberania popular canalizada através de seus representantes legislativos, e se aproxima da matriz inventada do

²²⁶ LIMA, Renata Dayanne Peixoto de. **A relação entre democracia e constituição:** uma análise a partir da evolução do controle de constitucionalidade e fatores que o legitimaram. 2012. 185f. Tese (Doutorado em direito). Faculdade de direito do Recife – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012, p.103.

²²⁷ LIMA, Renata Dayanne Peixoto de. **A relação entre democracia e constituição:** uma análise a partir da evolução do controle de constitucionalidade e fatores que o legitimaram. 2012. 185f. Tese (Doutorado em direito). Faculdade de direito do Recife – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012, p. 104.

outro lado do Atlântico, que impunha a essa soberania certos limites consagrados na Constituição.²²⁸

Na direção desse movimento que acaba fortalecendo mais uma vez a Constituição, inclusive atribuindo-lhe poder normativo, esteve a ascensão da concepção kelseneana, com a criação de sistemas de controle de constitucionalidade baseados em seu modelo:

- Alemanha: Lei Fundamental de Bonn 1949 – Tribunal Constitucional Federal 1951;
- Itália: Constituição de 1947 – Corte Constitucional 1956;
- Portugal: Constituição e Comissão Constitucional – 1976. Através da Lei Constitucional 01/1989, surge o Tribunal Constitucional;
- Espanha: Constituição e Tribunal Constitucional 1978;

No Brasil, tal influência também não foi ignorada, pois com Emenda Constitucional n.º 16 de 1965, o sistema constitucional positivo brasileiro passou a adotar a representação de inconstitucionalidade. Tal ação propunha a possibilidade de controle de constitucionalidade através de controle objetivo e principal, a ser realizado diretamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale destacar ainda que em estudo realizado por dois professores americanos das Universidades de Washington e da Virgínia, restou comprovado o crescimento da influência do modelo austríaco de controle de constitucionalidade no pós Segunda Guerra, tendo o mesmo ultrapassado no grau de influência o modelo americano a partir dos anos noventa.²²⁹

²²⁸ VIGO, Rodolfo Luis. **Constitucionalização e neoconstitucionalismo**: alguns riscos e alguma prevenções. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v3n1/Vigo.pdf>> Acesso em: 24 out. 2010, p. 2.

²²⁹ LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The Declining Influence of the United States Constitution. **New York University Law Review**, Vol. 87, 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1923556> Acesso em 22 out. 2011, p. 21-30. No estudo os professores demonstram que até o ano de 2006, 82% dos países adotaram um modelo de controle de constitucionalidade, sendo até então, a maior parte com sistemas que tem predominância da influência do modelo concentrado de Hans Kelsen.

Para reforçar ainda mais a influência, poder e legitimidade do controle de constitucionalidade jurisdicional, realizado por meio de ações principais, assim como imaginou Hans Kelsen em 1920, tem-se a recente criação de um sistema de controle de constitucionalidade jurisdicional no Reino Unido. Este país, até bem pouco tempo, não imaginava, nem admitia a possibilidade de controle, até porque, para que o mesmo pudesse ser exercido com certa imparcialidade e independência, uma reforma foi necessária que garantisse a independência da corte responsável por fazer tal controle, assim como propagou Hans Kelsen em relação a corte constitucional.

Em revisão constitucional ocorrida no ano de 2005, houve a criação da Suprema Corte britânica, separada do Poder Legislativo que antes de tal reforma, abrigava o Comitê de Apelação como órgão interno da Câmara dos Comuns. Desta maneira, consagrou-se naquele país, a completa independência do Poder Judiciário, em relação ao Poder Legislativo no Reino Unido.²³⁰

Tal corte teria atribuição de analisar os atos legislativos que conflitassem com a *Human Rights Act* que havia sido aprovada no ano de 1998. A Magna Carta inglesa sempre foi tradicionalmente uma carta cuja supremacia não se baseou em procedimentos ou formalidades, daí porque, sempre foi, como ainda o é, uma Constituição do tipo flexível. Porém, a partir da suprallegalidade trazida pelo conteúdo do documento de 1998, ficou consagrado o controle de constitucionalidade. A *Human Rights Act* aprovada em 1998 pela Câmara dos Comuns, incorporou ao Reino Unido as principais normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos²³¹ e por ter tal conteúdo, pode-se afirmar, compunha a Constituição não escrita daquele país, muito embora sua natureza normativa ainda seja peça controvertida dentro do sistema.

A supramencionada convenção fora ratificada pelos britânicos no ano de 1951, mas só veio a ser incorporada ao sistema normativo inglês com a aprovação do *Human Rights Act*. Incomodava aos britânicos o fato de que, por não dotarem de

²³⁰ Nesse sentido é a manifestação do Lord Mance integrante da primeira composição da Suprema Corte que ao ser instaurada, aproveitou os Lords que compunham o Comitê de Apelação da Casa dos Lords. (MANCE, 2009).

²³¹ VARGAS, Denise. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 184.

mecanismos rígidos de alteração do conteúdo constitucional, tal convenção pudesse ser alterada ou até mesmo esquecida facilmente.

A principal dificuldade enfrentada pelas autoridades britânicas consistia em determinar o status jurídico a ser atribuído internamente à Convenção Européia de Direitos Humanos. A declaração de direitos por meio de uma lei ordinária não conferiria um grau de proteção suficiente a tais direitos, pois poderia ser facilmente revogada ou modificada por uma norma de idêntica hierarquia. De outro lado, a atribuição de status constitucional afrontaria o modelo de supremacia legislativa sob o qual aquele país se submetia¹⁸. Observe-se que a outorga de natureza constitucional a uma carta de direitos onde, outrora, prevalecia a soberania parlamentar, significaria inverter a lógica de que o cidadão só tem liberdade dentro dos espaços deixados pelo legislador. A partir de então, passaria a existir limites à soberania legislativa, que deve respeitar os núcleos mínimos de autonomia garantidos constitucionalmente aos indivíduos. Trata-se de mudança de grande envergadura que, entretantes, foi objeto de sopesamento pelas autoridades britânicas.²³²

Na seção 3, item 1 do mesmo, permite que haja a revisão de todos os atos normativos do Estado, a partir da sua compatibilidade ou não com a *Human Rights Act*. Conforme texto: “So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.” Porém a Lei de Direitos Humanos britânica deixa claro que não caberá ao Poder Judiciário invalidar ou até mesmo declarar inconstitucional leis, com base em seu texto.

Na verdade, cabe à Suprema Corte britânica, apenas fazer a análise e avisar ao governo da possível incompatibilidade da norma com a *Human Rights Act*.

A 1998 Human Rights Act, então, estabeleceu que, no caso de o magistrado identificar uma norma qualquer que afronte alguma de suas disposições, deverá prolatar uma decisão formal declarando a incompatibilidade da referida norma com aquele direito humano. Esta declaração, uma vez recebida pelo Parlamento, possibilitará que o Ministro pertinente crie uma “ordem de reparação”²², veiculando uma proposta de emenda à lei objetada, a ser submetida a ambas as casas do Parlamento para apreciação e deliberação. Evidentemente, tal procedimento não exclui a possibilidade de o Legislativo proceder à referida emenda sem a necessidade de aguardar provocação, podendo agir de ofício. Trata-se, no entanto, de uma forma de identificação rápida das incompatibilidades existentes no ordenamento jurídico inglês, a permitir uma pronta manifestação do Legislativo.²³³

²³² PASSOS, Daniel Silva. A busca da legitimidade democrática pelo modelo judicial britânico. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 60, p. 71 a 94, jan./jun. 2012, p. 77-78.

²³³ Idem, *Ibidem*, p.80.

Vale salientar, no entanto que, embora não haja força vinculantes, nem mesmo o poder de declarar inválida ou inconstitucional lei incompatível com a Lei de Direitos Humanos, a Suprema Corte Britânica que fora instalada em 1º de outubro de 2009, não teve qualquer de suas decisões (ou melhor dizendo 'avisos'), ignorados pelo Premier Inglês ou ignoradas pelo Parlamento. Esse dado foi apresentado pelo professor Jeffrey Jowell, em palestra proferida no ano de 2010, no Supremo Tribunal Federal, quando o mesmo foi teve a oportunidade de detalhar um pouco mais sobre a recente criação do Reino Unido.²³⁴

Deve-se alertar para o interessante fato que, mesmo que a *Human Rights Act*, não tenha concedido poderes ao judiciário e à Suprema Corte de invalidar leis incompatíveis com seu texto, o fato daquele sistema ser de *common Law* e, com isso, a adoção nas decisões judiciais do efeito *stare decisis*, acaba vinculando todas as instâncias judiciais inferiores. Concluindo sobre a repercussão de tal inovação trazida pelos britânicos, assim fala Daniel Silva Passos:

Deste contexto, é possível concluir que, contradizendo o anterior modelo inglês de supremacia legislativa, houve naquele país uma espécie de petrificação dos direitos humanos, ainda que de forma fraca, insuficiente para possibilitar ao Judiciário a invalidação formal das normas que entenda incompatíveis com a Human Rights Act²⁸, mas suficiente para impor um novo sentido axiológico ao ordenamento jurídico daquele país.²³⁵

Outro fator que também serve de argumento robusto para o fortalecimento e crescimento do controle de constitucionalidade, com inspiração em Hans Kelsen, através de instâncias e ações próprias para o exercício do mesmo, esteve na criação do modelo de controle de constitucionalidade francês, a partir de 1958. Somado também, à recente reforma introduzida na França, com a criação da chamada Questão Prioritária de Constitucionalidade. Muito embora o modelo francês seja bastante diferente em termos subjetivos ao modelo kelseneano, se assemelha pela criação e existência de uma instância própria para fazer o controle que é o Conselho Constitucional.

²³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Professor britânico fala sobre a nova estrutura do Judiciário no Reino Unido durante palestra no STF. **Notícias do STF**. Sexta-feira, 16 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124496>> Acesso em 05 nov. 2011.

²³⁵ PASSOS, Daniel Silva. A busca da legitimidade democrática pelo modelo judicial britânico. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 60, p. 71 a 94, jan./jun. 2012, p. 82.

Não é dispendioso lembrar que, assim como o Reino Unido, a França também sempre se mostrou muito resistente à criação de um controle de constitucionalidade, justamente por valorizarem o princípio da supremacia do parlamento. De tal forma, mesmo que na tentativa de serem sinérgicos com essa filosofia, tenham criado um órgão vinculado ao parlamento francês, sua própria existência é por si só, mais um argumento em defesa do fortalecimento do controle de constitucionalidade.

Ainda mais recentemente, quando fortaleceram o seu mecanismo de controle, com a adoção do chamado controle repressivo de constitucionalidade, num sistema que tradicionalmente, apenas admitia o controle prévio. Isso ocorreu em virtude da reforma constitucional ocorrida em 23 de julho de 2008, tendo a mesma entrado em vigor em 1º de março de 2010, com a introdução da questão prioritária de constitucionalidade.

Através deste incidente, hoje na França, é possível que haja controle de lei já em vigor e a análise de sua compatibilidade ou não frente aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Como destaca notícia trazida pelo site do Supremo Tribunal Federal, comentando tal inovação, são passíveis de questionamento por meio deste incidente processual: “São essencialmente textos aprovados pelo Parlamento (lei, lei orgânica ou ordenança ratificada pelo Parlamento). Pode também ser uma lei da Nova Caledônia.” Servindo como parâmetro para o mesmo:

Já os direitos e liberdades garantidos pela Constituição são os direitos e liberdades que figuram na Constituição de 4 de outubro de 1958 e nos textos aos quais faz remissão o seu preâmbulo, quais sejam, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789; o preâmbulo da Constituição de 1946; os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República (aos quais faz remissão o Preâmbulo da Constituição de 1946), e a Carta do Meio-ambiente de 2004.²³⁶

Assim, a partir da existência desse incidente, qualquer parte em processo, seja no contencioso administrativo, seja no judiciário, poderá questionar lei ou ato normativo que esteja sendo aplicado ao processo e que ofenda direitos e liberdades garantidos pela Constituição Francesa. Podendo essa questão surgir em qualquer grau da jurisdição francesa, seja em primeira instância, em grau de recurso ou

²³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Controle de constitucionalidade na França - Questão Prioritária de Constitucionalidade. **Destques do STF.** Disponível em: < http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=160929 > Acesso em 15 out. 2016.

cassação. A mesma deve ser apresentada de forma escrita e como uma questão separada ao processo original, já que a mesma não será decidida pelo juiz da causa.

La question prioritaire de constitutionnalité peut être posée au cours de toute instance devant une juridiction de l'ordre administratif (relevant du Conseil d'État) ou judiciaire (relevant de la Cour de cassation). La question peut être posée, en première instance, en appel, ou en cassation.

Toute juridiction relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation peut être saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité. Seule la cour d'assises ne peut en être saisie. Toutefois, en matière criminelle, la question peut être posée soit avant, devant le juge d'instruction, soit après, à l'occasion d'un appel ou d'un pourvoi en cassation. La question prioritaire de constitutionnalité doit être soulevée par écrit. L'écrit doit être motivé. Il doit toujours être distinct des autres conclusions qui sont produites dans l'instance.²³⁷²³⁸

Uma vez tendo surgido a questão, diferentemente do que ocorre com o modelo americano de controle de constitucionalidade e, mais uma vez, repercutindo a influência do modelo austríaco, não caberá ao juiz da causa a decisão sobre a compatibilidade ou não do ato normativo, pois, o modelo francês continua concentrando tal controle na competência da Corte Constitucional. Quando a questão é suscitada, deve a mesma ser remetida à Corte de Cassação ou ao Conselho de Estado que deverão fazer um juízo prévio de admissibilidade da questão e, em admitindo, remeterão ao Conselho.²³⁹

la question prioritaire de constitutionnalité doit être posée au cours d'une instance. C'est la juridiction saisie de l'instance qui procède sans délai à un premier examen. La juridiction examine si la question est recevable et les critères fixés par la loi organique sont remplis. Si ces conditions sont réunies, la juridiction saisie transmet la question prioritaire de

²³⁷ CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **La question prioritaire de constitutionnalité**. 2010. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfDestaque_pt_br/anexo/plaquette_qpc1.pdf> Acesso em 20 ago. 2016.

²³⁸ Tradução livre: "A questão prioritária de constitucionalidade pode ser levantada em qualquer processo perante um tribunal da ordem administrativa (sob o Conselho de Estado) ou judicial (sob o Tribunal de Cassação). A pergunta pode ser feita, em primeira instância, em recurso ou de cassação. Qualquer jurisdição sob o Conselho de Estado ou o Supremo Tribunal pode receber uma questão prioritária de constitucionalidade. Só o tribunal penal não está inserido. No entanto, em matéria penal, a pergunta pode ser feita perante antes do juiz de instrução, ou depois, durante uma apelação ou recurso. A questão prioritária de constitucionalidade deve ser levantada por escrito. Devendo ser motivada. Deve ser sempre separadas das outras questões que são produzidos no processo."

²³⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O Controle de Constitucionalidade na França e as alterações advindas da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008**. Disponível em: http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/O_Controlde_Constitucionalidade_na_Franca_e_as_Alteracoes_advindas_da_Reforma_Constitucional_de_23_de_julho_de_2008.pdf> Acesso em 27 out. 2011, p. 7.

constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Le Conseil d'État ou la Cour de cassation procède à un examen plus approfondi de la question prioritaire de constitutionnalité et décide de saisir ou non le Conseil constitutionnel.^{240 241}

Edilson Nobre Júnior entende que a criação deste incidente contribui efetivamente para a estabilidade constitucional na França, muito embora critique o fato de que a mesma não possa ser levantada de ofício e pelos juízos de admissibilidade que se impõe para que a mesma seja analisada. Contudo para ele, tais defeitos não ofuscam o que seria, em sua visão, uma grande evolução no sistema constitucional francês, significando a criação de tal questão o reconhecimento da teoria criada por Emmanuel Joseph Sieyès sobre a supremacia constitucional e a necessidade de criação de um juiz constitucional. Segundo ele: Por tudo isso, deve-se realçar o pleno êxito, quase dois séculos após, da ideia de Sieyès, protagonista da garantia da supremacia constitucional na Europa, a exemplo do contributo de Hamilton e Marshall na América do Norte.²⁴²

Apresentada todas essas mudanças ocorridas pós Segunda Guerra Mundial que culminaram na aceitação geral do modelo kelseneano, justamente em um momento em que a Constituição ganhou papel de destaque e central, como é reconhecido até este momento, restou provado a inequívoca legitimidade histórica de seu modelo. Há que se salientar mais, que como já dito em diversos trechos desta tese, a democracia era uma necessária ideia que deveria e foi vinculada à Constituição, com o surgimento do Estado Democrático de direito.

Assim, aonde se fortaleceu a Constituição, a democracia foi reintroduzida, de maneira que, ao perceber o crescimento em um contexto em que a democracia fora um desejo primário dos povos, faz com que se possa concluir que o modelo

²⁴⁰ CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **La question prioritaire de constitutionnalité**. 2010. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfDestaque_pt_br/anexo/plaquette_qpc1.pdf> Acesso em 20 ago. 2016.

²⁴¹ Tradução livre: “A questão prioritária de constitucionalidade deve ser levantada no curso de um processo. A instância onde foi levantada a questão deve fazer um primeiro exame de admissibilidade. O tribunal da Jurisdição deve analisar se a questão atende os critérios de admissibilidade estabelecidos pela lei orgânica. Se estas condições estiverem reunidas, o tribunal a que foi submetida transmite a questão prioritária de constitucionalidade ao Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação e decide se envia ou não ao Conselho Constitucional.”

²⁴² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O triunfo tardio de Sieyès. **Revista CEJ**. Brasília, ano XIV, n. 50, p. 6-10, julho/setembro de 2010. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/1299/1357>> Acesso em 27 out. 2011, p. 9.

austríaco de controle de constitucionalidade tenha sido visto como um dos principais instrumentos de preservação da própria democracia.

E vale lembrar ainda, um pouco do debate teórico ocorrido entre Schmitt x Kelsen e resumido neste trabalho, onde acabou restando comprovado a falha na acusação de que o controle jurisdicional de constitucionalidade não é democrático, porque os que o fazem, não foram eleitos pelo povo. Pois bem, entre as duas teorias levantadas acerca do guardião da Constituição, justamente a de Carl Schmitt fora a única a se valer desse argumento, pois o Führer deveria ser o real guardião da Constituição porque, dentre outros fatores, ele representava tal povo, porque havia sido eleito por ele. Conquanto, foi justamente a teoria que se baseou nesse fundamento, uma das mais utilizadas como fundamento do regime de exceção que se instaurou na Alemanha, em boa parte da primeira metade do século XX.

Para entender melhor então, a adequabilidade do controle de constitucionalidade criado por Hans Kelsen a ideia de democracia, eis que na dissertação, a ora autora, investigou a concepção do idealizador do modelo sobre democracia. Vários textos de Hans Kelsen sobre o tema democracia foram traduzidos para o português e agrupados numa obra de título 'A democracia'. Assim já no prefácio à obra uma citação ao autor do texto, mostra como Hans Kelsen enxergava o uso abusivo, inconclusivo e equivocado de tal preceito, sendo muitas vezes, isso a causa de uma certa repulsa gerada em alguns momentos à ideia de democracia.

Democracia é a palavra de ordem que, nos séculos XIX e XX, domina quase universalmente os espíritos; mas, exatamente por isso, ela perde, como qualquer palavra de ordem, o sentido que lhe seria próprio. Para acompanhar a moda política, acredita-se dever usar a noção de democracia – da qual se abusou mais do que de qualquer outra noção política – para todas as finalidades possíveis e em todas as possíveis ocasiões, tanto que ela assume os significados mais diversos, muitos deles bastante contrastantes, quando a costumeira impropriedade do linguajar político vulgar não a degrada deveras a uma frase convencional que não mais exige sentido determinado.²⁴³

Assim, Hans Kelsen acusou um entendimento servil de democracia, dado e gerado pelos socialistas, como uma das causas de tal aversão ao modelo

²⁴³ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 25.

democrático que, até certo ponto, gerou a aceitação dos modelos totalitários. A seguir, está a síntese do pensamento kelseneano sobre democracia.

4.3 Hans Kelsen: a democracia como procedimento e o Tribunal Constitucional

Para Hans Kelsen democracia é um governo pelo povo, onde o mesmo deveria ter a plena liberdade de decidir, desde que haja um procedimento legítimo e reconhecido. Para isso, para que a convivência social se torne possível, ele pregava a ideia de que o ser humano tinha que abandonar o instinto natural em relação a alguns valores que ele entendia necessários a um Estado democrático, dentre eles, os que seriam mais importantes: liberdade e povo.

No entanto, há instintos naturais que devem também serem considerados para a edificação de um regime democrático, como por exemplo a igualdade. Assim como reconhecia Alexis de Tocqueville que liberdade e igualdade são as bases de um regime democrático, para Hans Kelsen não fora diferente e, por isso, a ideologia política não renuncia a unir a liberdade com igualdade. A síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia.²⁴⁴

A diferença estria no fato de que para o francês que teorizou sobre democracia, após a observação da formação, criação e desenvolvimento do Estado americano, dava destaque para o valor da igualdade, como preponderante para o modelo democrático. Já para Hans Kelsen seria a liberdade, no entanto, nem um, nem outro ignorou ambos os conceitos, só que para cada um igualdade e liberdade tiveram diferentes destaques.

Assim, para chegar a seu conceito e sua visão sobre democracia, primeiramente Hans Kelsen faz a diferenciação de certos valores da sua conotação natural, instintiva do ser humano e sua conotação política. São eles: liberdade, igualdade e povo. Quanto a liberdade, observou que naturalmente o do homem sente necessidade de viver sob leis diferentes da natureza, e na impossibilidade de

²⁴⁴ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27.

viver sem uma autoridade externa à ele, o conceito liberdade já passou por muitas mudanças: “Da liberdade da anarquia forma-se a liberdade da democracia.”²⁴⁵

A solução necessária para que obrigasse o homem a seguir os padrões definidos pela ordem social que ele mesmo é responsável, é justamente a sanção. Fábio Ulhoa Coelho sintetiza bem a função da sanção para Hans Kelsen:

O estabelecimento de uma ordem social não altera essa realidade natural. Ou seja, a vontade de alguns homens, os responsáveis pela definição das normas jurídicas ou mesmo morais, não pode mudar a natureza humana. É necessário que as consequências, normativamente estabelecidas para as condutas indesejadas, levem o homem a considerar menos vantajoso, sob o seu individual ponto de vista, a transgressão à norma. Desse modo, evitaria se comportar de acordo com a sua primeira inclinação natural, para ponderar as vantagens e desvantagens da obediência à ordem social.²⁴⁶

Para descrever melhor a necessidade de mudança do estado de liberdade instintiva e natural, para a noção de liberdade política, Hans Kelsen acabou fazendo menção a obra de Jean-Jacques Rousseau, principalmente a perspectiva dele de passagem do estado de natureza para o estado civil, no qual o homem deveria substituir o instinto pela justiça.

Suponho que os homens chegados a um ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza vencem, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para manter-se nesse estado. Esse estado primitivo, então, não pode mais subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse sua ideia de ser.²⁴⁷

Desta forma, o homem conduziria suas ações por um dever de observância a certos princípios que o levaria a consultar sua razão, antes de agir como seu instinto natural instintivamente o levaria. Esse o escravizaria e, assim, o homem passa a ver as limitações importas pela autoridade à sua liberdade como uma maneira mais racional de se libertar, pois ao limitar a liberdade natural de todos, o Estado acaba por definir regras de convivência, de maneira que o homem acaba por ter conhecimento de todas as formas e alternativas de como deve agir.

Ao que precede, poder-se-ia acrescentar a aquisição no estado civil, da liberdade moral, a única que torna o homem verdadeiramente senhor de si,

²⁴⁵ Idem ibidem, p. 29.

²⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. Prólogo de Tércio Sampaio Ferrz Jr. 4.ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 34.

²⁴⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 32.

pois o impulso do simples apetite é escravidão, enquanto a obediência à lei a que se está prescrito é liberdade.²⁴⁸

Hans Kelsen criticou o que, em sua visão, seria uma visão apequenada de democracia, caso a mesma seja resumida a participação do povo, por meio de voto e, principalmente, se para legitimar a decisão, ela tivesse que ser tomada por uma maioria qualificada ou através da regra da unanimidade. A unanimidade para Hans Kelsen, desvirtuaria a objetividade necessária ao sistema no cotidiano que deveria valer independentemente da vontade daqueles ao qual ela submete. E mais, entendendo democracia apenas a partir da unanimidade, a partir o momento que um indivíduo não concordasse com aquele consenso, poderia compreender ter o direito de desobedecer à ordem como um todo.

Un ordinamento sociale che si fondi sul consenso unanime di tutti e che rinunci ad ogni tipo di costrizione in caso di contraddizione tra le sue disposizioni normative e l'arbitrio del singolo, sostanzia una pura utopia che, nella effettività del vivere sociale reale, si trasforma in anarchia.²⁴⁹²⁵⁰

A unanimidade só teria que estar presente, quando da elaboração do sistema, ou seja, com na elaboração da Constituição, a partir de então, as decisões deveriam seguir o princípio majoritário. E mais, para Hans Kelsen, não há razão para se adotar processos de decisões com maioria qualificada, sob pena de ofender o próprio princípio da liberdade. Isso porque, a liberdade tem por essência a possibilidade de mudanças e ao adotar maiorias qualificadas, esse processo de mudança de decisões estaria prejudicado de alguma forma, pois mais difícil de ser realizado.

A maioria qualificada aparentemente poderia conduzir à conclusão de uma decisão mais legítima, porque conta com quantidade maior de aderentes. No entanto, para Hans Kelsen, acabaria dificultando a liberdade de mudar do cidadão.

Marco Caserta assim resume o pensamento kelseneano:

²⁴⁸ Idem ibidem, p. 38.

²⁴⁹ CASERTA, Marco. La "forma" democrazia. In: **Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt**. Roma: Aracne, 2005. Disponível em: <<http://www.aracneeditrice.it/pdf/0184.pdf>> Acesso em: 27 out. 2011, p. 34.

²⁵⁰ Tradução livre: "uma ordem social que se funda no consenso unânime de todos e que renuncia a contradição e arbitrariedade do indivíduo, incorpora uma utopia pura, pois a realidade social se transforma numa anarquia."

Come assai chiaramente lo stesso Kelsen spiega, se si ricorresse al criterio della maggioranza qualificata (ad es. Dei due terzi dei membri della collettività), nulla impedirebbe che all'interno dell'ordinamento rimanga in vigore una disposizione osteggiata dalla maggioranza dei cittadini. Infatti, anche se dopo l'approvazione - qualificata - di una norma, una parte di quelli che abbiano concorso alla sua ratifica cambia idea e unendosi alla precedente minoranza dia vita ad una maggioranza - semplice - dei membri della collettività, pur tuttavia la norma non potrebbe essere cambiata, in assenza di maggioranza qualificata, e si avrebbe, paradossalmente, che una minoranza numerica continui ad imporre la propria volontà sul maggior numero di cittadini dissenzienti.²⁵¹²⁵²

O princípio majoritário, em seu vies de maioria simples, seria um dos principais pilares para a efetiva construção de uma democracia, inclusive para evitar o domínio de classes. Hans Kelsen chegou a chamar o princípio de majoritário-minoritário, porque antes de tudo, a democracia se abastecer da necessidade de respeito às minorias e de que essas minorias possam ter possibilidade, no processo democrático, de também se tornarem maioria também, o que estaria dificultado com a maioria qualificada.

Sobre a importância de se considerar como um dos focos da democracia o combate a dominação de uma classe sobre todo o resto da sociedade, assim falou John Stuart Mill: “a não ser que possa ser organizada de maneira a não permitir que nenhuma classe, nem mesmo a mais numerosa, possa reduzir todo resto à insignificância política.”²⁵³ Por isso, para Hans Kelsen, o princípio majoritário significava, antes de tudo, um verdadeiro compromisso: “o princípio majoritário se afirma no sistema parlamentar como um princípio de compromisso, de acomodamento de antagonismos políticos.”²⁵⁴

²⁵¹ CASERTA, Marco. La “forma” democrazia. In: **Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt**. Roma: Aracne, 2005. Disponível em: <<http://www.aracneeditrice.it/pdf/0184.pdf>> Acesso em: 27 out. 2011, p. 36.

²⁵² Tradução livre: “Muito claramente, Kelsen diz, se você recorrer ao princípio da maioria qualificada (por exemplo, dois terços da comunidade), não há razão para manter em vigor uma disposição contrária à maioria dos cidadãos. Na verdade, mesmo após a aprovação - qualificada - de uma norma, caso uma parte daqueles que contribuíram para a sua ratificação mude de ideia e se juntar a minoria anterior, juntos, formam uma maioria - simples - de membros da comunidade, no entanto, apesar de a norma não poder ser alterada, na ausência de maioria qualificada, aconteceria que, paradoxalmente, uma minoria numérica continuaria a impor sua vontade sobre o maior número de cidadãos dissidentes.”

²⁵³ MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Tradução de Manoel Innocêncio L. Santos Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 87.

²⁵⁴ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 70-71.

Assim, a partir de um ordem deifinida por esses pilares, o homem parece se sentir parte do sistema, sem que sua liberdade possa ser afetada, num Estado democrático a liberdade natural parece ceder a necessidade, em prol do mesmo valor, a uma outra dimensão do mesmo, a liberdade coletiva, representada pela ideia de soberania popular. “Aliás, afirma-se com insistência que o indivíduo que cria a ordem do Estado, organicamente unido a outros indivíduos, é livre justamente nos laços dessa união e apenas nela.”²⁵⁵

Nas palavras de Renata Dayanne Peixoto de Lima:

Assim, o ideal democrático surge da transformação pela qual passou a noção de liberdade, de uma liberdade natural baseada no instituto imanente do ser humano em não ser dominado, passando por uma liberdade social ou política em busca da realização da vontade dos indivíduos, chegando a liberdade coletiva resumida melhor no conceito de soberania popular.²⁵⁶

Assim, o homem fica obrigado a obedecer para que possa então, ser livre e assim o é e ele se sente bem em obedecer, porque a ordem social é criada e conduzida pelo próprio povo. E eis que então, Hans Kelsen tratou de mais uma adequação de conceitos, entre o ideal e o real, nesse ponto o de povo. No ideal, esse conceito parte de uma ficção de unidade, no real, no que o torna possível, esse povo estaria representado por partidos.

A unidade normativa é que sujeita todos os homens à ordem, no entanto, partir dessa ideia para Hans Kelsen, não seria suficiente para que o ideal democrático estivesse atendido. Necessário, sobretudo, que esses indivíduos participem da própria formação e criação do direito e não apenas formal, mas sim, efetiva participação que só se tornaria possível através dos partidos políticos.²⁵⁷ De

²⁵⁵ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, Idem, Ibidem, p. 33.

²⁵⁶ LIMA, Renata Dayanne Peixoto de. **A relação entre democracia e constituição: uma análise a partir da evolução do controle de constitucionalidade e fatores que o legitimaram**. 2012. 185f. Tese (Doutorado em direito). Faculdade de direito do Recife – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012, p. 111,

²⁵⁷ Nesse sentido e aparentemente bastante guiado pelo ideal de liberdade, Hans Kelsen fez uma crítica à categoria de direitos políticos, entendendo os mesmos como fonte de limitação a efetiva participação do povo na criação da ordem jurídica.

tal forma que Hans Kelsen chegou a nomimar esse modelo de organização política como “Estado Democrático de Partidos”.²⁵⁸

Para Hans Kelsen, o indivíduo isoladamente não tem força, mas tem interesses comuns a outros, de maneira que tais vontades e anseios comuns podem ser realizados através de uma única entidade que seriam os partidos políticos.

Está claro que o indivíduo isolado não tem, politicamente, nenhuma existência real, não podendo exercer influencia real sobre a formação da vontade do Estado. Portanto, a democracia só poderá existir se os indivíduos se agruparem segundo suas afinidades políticas, com o fim de dirigir a vontade geral para os seus fins políticos, de tal forma que, entre o indivíduo e o Estado, se insiram aquelas formações coletivas que, como partidos políticos, sintetizem as vontades iguais de cada um dos indivíduos.²⁵⁹

Eis que então, ele defendeu como sistema mais viável para a implementação desse ideal de efetiva participação popular, através dos partidos políticos, o regime parlamentarista.²⁶⁰ Apesar de Hans Kelsen conferir bastante relevância ao que ele chamou de princípio majoritário-minoritário, é na proporcionalidade garantida pelo sistema parlamentarista onde estaria a maior causa de proteção e realização do compromisso democrático com as minorias.

Isso porque para ele, os partidos e a maior representação dos mesmos dentro do parlamento, não deveria gerar o desmembramento do sistema, mas sim a própria conjugação dos debates e conflitos entre as várias partes da sociedade, só que no local onde de fato poderia se fazer a diferença. Desta forma, não haveria apenas um ou outro lado, a maioria e minoria, mas e, sobretudo, as mais diversas representações do povo, debatendo e participando efetivamente das decisões políticas.

A integração política que constitui a coalizão dos partidos e que se torna necessária em virtude do princípio majoritário é inevitável e de modo nenhum constitui um mal social, mas sim um progresso. Contudo, não se

²⁵⁸ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 74.

²⁵⁹ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 39-40.

²⁶⁰ No Brasil, Paulo Bonavides também defende o parlamentarismo como sistema mais apropriado para a realização da democracia, posto que, o sistema em si, da maneira que é pensando, já estabelece como premissa a ideia necessária de cooperação. E interessante que, além de Paulo Bonavides defender a implementação do regime parlamentarista, ele ainda se filia a Hans Kelsen quanto a adoção de um Tribunal Constitucional no Brasil. BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 281-284.

pode negar seriamente que essa integração encontre melhor realização no seio do próprio parlamento do que entre a grande massa dos eleitores.²⁶¹

Consagrou a eleição como principal instrumento de condução ao poder, pois já que a ausência de chefes é irrealizável, pois teoricamente ela é responsável pela transferência necessária de vontades, muito embora ele advirta que isso seria uma ficção, pois vontades são intransferíveis. Daí então, surgiria a ficção maior na qual se apoia todo o fundamento de legitimidade de um Estado Democrático, a ideia de soberania popular.

Conquanto, Hans Kelsen discordaria da teoria socialista de que qualquer um seria capaz de governar, para ele isso não passava de uma demagogia. Isso porque aquela teoria, leva a ideia de igualdade a um sentido que, em sua visão, é inexistente. Valorizando demasiadamente a igualdade, entendem que todos podem estar aptos a governar, discordando disso, Hans Kelsen disse que a solução das democracias seria a educação.

Em sua visão, as ditaduras do proletariado se valeram do ideal da igualdade material, tendo em vista o fraco apoio que detinham pelos meios democráticos procedimentais. Não tendo êxito pela regra da maioria, se abasteceram de um discurso de igualdade de condições, como sendo a própria realização da democracia, o que para Hans Kelsen era um equivoco, já que a igualdade ligada ao regime democrático, está relacionada a participação igualitárias e não a condições iguais. Tudo isso porque, para ele, o principal valor formador da democracia é a liberdade, a liberdade política.

Para ele, a teoria socialista não realize a democracia, porque seus procedimentos não são democráticos e no reconhecimento do déficit de legitimidade procedimental, recorreram a ideia de legitimidade material. “Com esta noção de democracia social, oposta à noção formal de democracia, nega-se simplesmente a diferença entre democracia e ditadura e considera-se que a ditadura postulada realize a justiça social como ‘verdadeira democracia’²⁶²

²⁶¹ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 74.

²⁶² KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 100.

Na concepção kelseneana de democracia, ao contrário das que ele chamou de ditaduras do proletariado, não seria o conteúdo do sistema em si que definiria um regime democrático, mas sim a sua formação. A diferença básica estaria em duas expressões que definem bem a diferença de concepções democráticas de uma teoria para a outra. Hans Kelsen levantou a seguinte questão, a democracia seria um ‘governo do povo’ ou um ‘governo para o povo’?

Baseado na primeira expressão, a democracia é um regime realizado e construído por decisões do povo ou dos representantes do mesmo, os procedimentos para essas decisões e a possibilidade de que, igualitariamente, todos participem dessas decisões, para Hans Kelsen, essa seria a verdadeira democracia. “Portanto, a participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como a característica essencial da democracia.”²⁶³

Tentar definir democracia como “governo para o povo”, seria um equívoco, pois até mesmo numa autocracia e na ditadura, poderia haver a realização de um governo para o povo. No entanto, importante destacar o que disse Hans Kelsen na origem de sua teoria sobre a democracia: o homem é um ser naturalmente livre, ele quer ser livre, mas entende que para ser livre, precisa de limites e de uma autoridade. Assim, ao imaginar uma teoria democrática que exclui esse homem do processo de decisões seria uma falha, já que por essência o homem só deseja a autoridade da soberania popular, justamente porque se sente parte das decisões que lhe impõe condutas, uma vez que direta ou indiretamente (por meio da representação, escolhida por ele) participou delas.

Ele culpou o comunismo soviético liderado por Lenin, como sendo o principal responsável por essa desvirtuação conceitual de democracia, retirando dela qualquer ideia de legitimidade procedimental, sob o argumento de que ela seria meramente formalista. O ditador russo tentou proliferar a ideia de que os procedimentos pouco importavam, pois o mais interessante seria que os interesses do povo estivessem sendo atendidos. Assim: “O decisivo não é o critério formalista

²⁶³ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 142.

das instituições representativas, mas a realização material dos interesses das massas.”²⁶⁴

A acusação de mero formalismo à concepção procedimental não procede, se o pensamento for que em tal concepção, não há qualquer preocupação com o conteúdo da ordem em si, mas apenas com a liberdade política de participação na elaboração do mesmo. Isso se dá, porque na concepção procedimental kelseneana a questão do conteúdo da ordem social será realizada da maneira mais adequada, a partir daquilo que ele apontou como sendo a principal solução para as democracias: a educação, como já supramencionado nesse texto.

Isso seria porque o ser humano é um ser epistemologicamente capaz de tomar suas próprias decisões. Para Hans Kelsen, o discurso da teoria socialista tem certa procedência, porque não interessa o meio pelo qual a ordem social é produzida, o Poder sempre representa interesses do povo ou pelo menos de parte dele, já que esse interesse é variado, relativo e subjetivo demais. Mas o maior erro estaria do fato que, partindo da premissa socialista, o povo não tem capacidade de entender quais são seus reais interesse. ²⁶⁵

Em virtude disso, o valor basilar da democracia para Hans Kelsen é a liberdade, enquanto autodeterminação política, pois para ele, não é a ordem jurídica em si e sua aplicação que definem metafisicamente a democracia, mas sim, o procedimento que deve primar pela participação direta ou indireta do povo, este que deverá ter a liberdade para definir o conteúdo de sua ordem jurídica, sendo ela entendida como democrática porque o procedimento assim o foi. ²⁶⁶

Para afirmar a liberdade como principal mola propulsora da democracia, Hans Kelsen se fundamentou na teoria política, epistemologia e na teoria dos valores, contraponto o absolutismo filosófico, usando como exemplo o modelo de governo autocrático, ao relativismo filosófico, próprio do ser humano e das sociedades, fatores esses que acabaram sendo determinantes para a adoção de um modelo procedimental de democracia pelo austríaco.

²⁶⁴ Idem, *Ibidem*, p. 147.

²⁶⁵ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 146.

²⁶⁶ LIMA, Renata Dayanne Peixoto de. **A relação entre democracia e constituição**: uma análise a partir da evolução do controle de constitucionalidade e fatores que o legitimaram. 2012. 185f. Tese (Doutorado em direito). Faculdade de direito do Recife – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012, p. 121.

Para Hans Kelsen, a autocracia e demais regimes que desprezam a participação popular na tomada das decisões políticas, partem da premissa de que existem valores absolutos e que independem do reconhecimento homem, por isso, o Poder os afirma, cabendo a sociedade apenas se conduzir por eles. Há nesse pensamento, uma miopia acerca da realidade e dos valores que de fato predominam em dada sociedade. Continuando seu raciocínio de que a democracia não pode ser apenas realizada por modelos ideais, mas sim, pela realidade e possibilidade fática, Hans Kelsen então disse:

[...] insiste em uma clara separação entre realidade e valor e faz uma distinção entre proposições sobre a realidade e juízos de valor genuínos que, em última instância, não são baseados em conhecimento racional da realidade, mas nos fatores emocionais da consciência humana, nos desejos e temos do homem.²⁶⁷

Primando por uma análise contingente da realização plena de uma democracia²⁶⁸, ele então arrematou:

O absolutismo filosófico e a concepção metafísica da existência de uma realidade absoluta, isto é, uma realidade que existe independentemente do conhecimento humano. Consequentemente, sua existência está além do espaço e do tempo, dimensões às quais se restringe o conhecimento humano. O relativismo filosófico, por outro lado, defende a doutrina empírica de que a realidade só existe na esfera do conhecimento humano, e que, enquanto objeto do conhecimento, a realidade é relativa ao sujeito cognoscitivo.²⁶⁹

Assim, a democracia seria um governo do povo, porque este é epistemologicamente capaz de criar a própria ordem social a qual irá se submeter, ele é “criador de seu mundo, um mundo constituído em e por seu conhecimento”²⁷⁰ e por isso, tem vontade de obedecê-lo, porque entende ser ela legítima.

Com foco em processos e procedimentos e sobretudo, por entender que democracia não se resume a eleição e votos populares, não foi difícil para Hans Kelsen defender a legitimidade do modelo de controle de constitucionalidade por ele imaginado. Isso porque, um dos requisitos mais destacados por ele em sua defesa da corte constitucional, foi justamente o fato de que o mesmo adota como

²⁶⁷ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 165.

²⁶⁸ Neste ponto, Hans Kelsen coincide com a análise sobre a história dos conceitos de Reinhart Koselleck, trazido no capítulo primeiro desta tese.

²⁶⁹ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 164.

²⁷⁰ Idem, *Ibidem*, p. 164.

sistemática de funcionamento, um processo que é conhecido e reconhecido pela sociedade. Processo esse que fora inclusive parte da decisão dessa sociedade já que, o modelo em si é trazido pela própria Constituição, decisão maior do povo e seu procedimento todo elaborado pelos representantes deste.

O caráter racionalista da democracia manifesta-se sobretudo na tendência em estabelecer a ordem jurídica do Estado como um sistema de normas gerais criadas, com essa finalidade, por um procedimento bem organizado. Existe uma clara intenção de determinar, mediante uma lei preestabelecida, os atos individuais dos tribunais e órgãos administrativos de modo a torná-lo – o máximo possível – calculáveis.²⁷¹

E não se pode esquecer que a partir do conceito jurídico-positivo kelseneano, a Constituição é antes de tudo uma norma superior que regula a criação das outras normas, servindo de fundamento de validade lógica de todo o sistema, que deve ser produzido a partir dos procedimentos previstos por ela. Assim, a legitimidade maior do tribunal constitucional está justamente no fato de que ele deve resguardar e, sobretudo, torna-la Constituição obrigatória, pois nela estará o instrumento de maior realização da democracia, o procedimento que acaba por garantir a previsibilidade dos processos de decisão e, com isso, a segurança jurídica tão perseguida pela teoria kelseneana.

Com base no pressuposto da igualdade dos homens, poderia-se deduzir o princípio de que ninguém tem o direito de dominar a outrem. A experiência, porém, ensina que se quisermos ser iguais na realidade social devemos consentir com nossa dominação.^{272 273}

A dominação é algo intrínseco a existência da vida em sociedade, daí porque Hans Kelsen detectou que, muito embora o homem seja um ser naturalmente livre, ele precisa de limites para que sua liberdade possa ser exercida racionalmente. Essa dominação é representada pelo direito, ou melhor, pelo sistema normativo, por isso, a finalidade principal da democracia é estabelecer um compromisso da maioria com a minoria e evitar o domínio de classes, pois o homem só aceitaria dispor de sua liberdade se sentir parte integrante do sistema e não excluído, porque o sistema só representa uma parte da sociedade.

²⁷¹ Idem, *Ibidem*, p. 185.

²⁷² KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 185.

²⁷³ Vale lembrar que o próprio Hans Kelsen admite que, num conceito ideal de democracia, não se admitiria a dominação, contudo, trabalhando dialogicamente sempre o ideal e o real, ele conclui que num conceito real, inevitável a dominação, sendo sua tarefa clara, tentar fornecer objetividade a essa dominação.

Daí então sua opção pelo regime parlamentarista, com ênfase na diversidade da representação de um sistema proporcional, o que ele acabou também levando para o órgão de controle criado por ela para a Constituição austríaca de 1920. Hans Kelsen defendeu essa pluralidade também no tribunal constitucional, quando ao tratar da composição do tribunal, imaginou que o mesmo devesse ser ocupada não apenas por juristas, que sua representação fosse mais politizada e, inclusive e por que não, também partidária.

5 DO CONTROLE PRINCIPAL DE CONSTITUCIONALIDADE FEITO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O EFEITO VINCULANTE DE SUAS DECISÕES

Definidas as bases de sustentação do modelo constitucionalista, bem como, abordado de forma genérica a questão da legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade, este capítulo é responsável pelo levantamento da problemática específica desta tese. A partir da análise do sistema de controle de constitucionalidade desenhado pela Constituição de 1988 e do papel de defensor principal da supremacia constitucional, será analisado aqui as consequências pós-declaração de inconstitucionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, importa a problemática desta tese, estabelecer alguma diferença entre eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para que possa a hipótese ser trabalhada de forma específica. Logo depois, a apresentação da justificativa da problemática deixará claro que a mesma reside na questão sobre os impactos – e ao mesmo tempo – incômodos gerados por uma decisão de um tribunal que, em linhas gerais, faz juízo de reprovação sobre a atuação do legislador eleito democraticamente para representar o povo brasileiro.

A Constituição brasileira foi bastante clara ao definir quem ou quais órgãos estariam vinculados por sua decisão de, omitindo o legislativo, enquanto exercício de função típica, da obediência às suas decisões. A partir desta instigante omissão, levantar-se-á o questionamento central da pesquisa, cuja pergunta consta no item final deste capítulo.

5.1 O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil e os efeitos da decisão em sede de controle principal de constitucionalidade: da liberdade do Poder Legislativo em discordar

Como já mencionado neste trabalho, o controle de constitucionalidade, surgiu a partir de 1803 no famoso caso *Marbury V. Madison*, na Suprema Corte americana, através da decisão do Juiz John Marshall. No Brasil, no entanto, a primeira

Constituição, a de 1824, por sofrer forte influência do constitucionalismo francês que ignorava a possibilidade de juízes analisarem o trabalho do legislador, não adotou nenhum instrumento de controle. Apenas a partir da primeira Constituição republicana do Brasil é que o país passa a contar com o mesmo.

A Constituição de 1891, sob forte influência do constitucionalismo americano, com a contribuição para tanto de Rui Barbosa, trouxe a primeira autorização para que pudesse haver no Brasil o controle de constitucionalidade, controle esse do tipo incidental e concreto. Destaque-se para a atenção que Rui Barbosa teve ao perceber que o que diferenciava os franceses e os americanos no século XIX, é justamente o cerne que intriga e legitima o controle de constitucionalidade feito a partir de órgãos jurisdicionais e seu caráter contramajoritário. Rui Barbosa observou:

[...] a democracia americana não se contenta de premunir-se contra seus representantes: premune-se contra si mesma; abriga o povo contra as legislaturas infieis; abriga a nação contra as maiorias populares. É o transunto prático, a realização política desse ideal das democracias limitadas pela liberdade, do número limitado pela lei, do indivíduo escudado contra a multidão, das minorias protegidas contra as maiorias, que preocupa todos os conservadores, desde Burke.²⁷⁴

A partir de 1891 até a atual Constituição, todas as Constituições brasileiras foram dotadas de mecanismos de controle de constitucionalidade, havendo apenas o aumento do número de instrumentos e órgãos envolvidos no mesmo, conforme o próprio instituto foi ganhando novos contornos e novas concepções pelo mundo. Destaque para a introdução da representação de inconstitucionalidade, a partir da Emenda Constitucional n.º 16/1965 à Constituição de 1946, representando a absorção do controle de constitucionalidade de aos moldes kelseniano, com a possibilidade de interpelação da constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo diretamente ao Supremo Tribunal Federal, sem necessidade de aplicação da lei ao caso concreto, à interesse subjetivos de partes envolvidas no processo.

A Constituição Federal representou um grande avanço no sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, por trazer uma abertura significativa ao mesmo. Sendo a Constituição brasileira a mais democráticas de todas, não por coincidência, os institutos para a realização do dito controle foram substancialmente aumentados. A previsão de mais três ações a serem julgadas em controle principal pelo Supremo

²⁷⁴ BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 2.ed. Campinas: Russell Editores, 2004, p.

Tribunal Federal²⁷⁵, bem como a ampla abertura no rol de legitimados à propositura das mesmas e da própria representação de inconstitucionalidade – atual ação direta de inconstitucionalidade por ação – até então adstrita ao Procurador Geral da República, acabaram atribuindo à Egrégia Corte um papel de protagonista na defesa Constituição e da própria democracia brasileira.

A problemática central do poder que detém um órgão como o Supremo Tribunal Federal ao realizar o controle de constitucionalidade, é justamente o impacto gerado pelos efeitos de sua decisão. Ao analisar a constitucionalidade ou não de um ato normativo produzido por órgãos de poderes que detêm representação popular direta, dá-se ao tribunal, o poder de analisar e fazer juízo sobre a atividade de outro Poder que, por disposição constitucional, é independente.

Essa questão torna-se ainda mais problemática quando esse controle é exercido em torno de leis, fruto da atividade típica e institucional do Poder Legislativo, e, mais, quando esse controle é feito sem que o tribunal esteja julgando direitos de pessoas específicas. Assim, quando o tribunal faz o chamado controle de constitucionalidade do tipo abstrato e principal, ele não está afeto a questões e interesses subjetivos das partes, pois sua análise recairá sobre o trabalho em si do legislativo, se a norma produzida por ele, independentemente de sua aplicação prática, sem que se analise se ela foi ou não bem aplicada ou interpretada, é contrária ou não à Constituição. No controle abstrato e principal, o Supremo Tribunal Federal tem o poder de analisar o trabalho, as intenções e propósitos do legislador em si.

A Constituição trata dos efeitos da decisão de controle de constitucionalidade principal da seguinte forma:

Art. 102. § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

²⁷⁵ A partir do texto originário, a Constituição Federal de 1988 já trouxe como novidade a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental e, logo após à promulgação, em 1993, a Constituição brasileira também passou a contar com a ação declaratória de constitucionalidade.

Assim, sobre o impacto que tem no mundo jurídico, eis que há dois efeitos a se repercutir: a eficácia contra todos (ou *erga omnes*) e o efeito de caráter vinculante. Muito embora, os dois digam respeito a questão da não mais aplicação da lei no ordenamento jurídico, há diferenças sutis entre eles, valendo salientar no entanto, que a doutrina não explora muito essa diferença.

Com relação à eficácia *erga omnes*, esta tem um efeito um pouco mais abrangente, significando que, uma vez a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, a lei deixará de ser aplicada em todo o território nacional. Todas as pessoas estarão ligadas ao fato de que, muito embora o dispositivo declarado inconstitucional exista e esteja vigente, não poderá mais ser utilizado. Sobre o efeito *erga omnes*, assim fala Gilmar Ferreira Mendes:

Significa dizer que, declarada a inconstitucionalidade de uma norma, na Ação Declaratória de Constitucionalidade, deve-se reconhecer, *ipso jure*, a sua imediata eliminação do ordenamento jurídico [...] Aceita a ideia de nulidade da lei inconstitucional, sua eventual aplicação após a declaração de inconstitucionalidade equivaleria à aplicação de cláusula juridicamente inexistente.²⁷⁶

No entanto, a eficácia *erga omnes* não se equivale à revogação e limita-se a parte dispositiva da decisão, não impedindo que nova lei com conteúdo idêntico ao julgado pelo Supremo Tribunal Federal e declarado inconstitucional, possa ser editada pelo poder legislativo. Além disso este efeito revela-se estritamente ligado à qualidade de imutabilidade da decisão, atribuída por ocasião da coisa julgada.

Entretanto, a atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões definitivas de inconstitucionalidade teve como premissa a coisa julgada que lhes qualifica. Muito embora a eficácia direta da decisão não se confunda com a coisa julgada, a primeira necessita da segunda para permitir a indiscutibilidade e a estabilidade da decisão transitada em julgado.²⁷⁷

Desta forma, a doutrina trata a eficácia *erga omnes*, como sinônimo de coisa julgada, o que levaria à conclusão de que o dispositivo, em tese, não pudesse mais ser rediscutido, pela imutabilidade da decisão. E, em sendo assim, já que a discussão em sede de ação direta de inconstitucionalidade e/ou ação declaratória de

²⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO, comentários à Lei n.º 9.868/99, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 678.

²⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Erga Omnes e Eficácia Vinculante**. Disponível em <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/118-coisa-julgada-erga-omnes-e-eficacia-vinculante>> Acesso em 25 de set. 2015.

inconstitucionalidade, dar-se-á de forma objetiva, não se atrelando a pessoas, mas sim, às normas, então, a norma não deverá mais ser aplicada.

Curioso, é que ao fazer um levantamento sobre a diferença entre esses dois efeitos, é possível encontrar na doutrina de forma recorrente o tratamento dos dois efeitos, eficácia contra todos e efeito vinculante, como se os mesmos quisessem dizer a mesma coisa:

Independentemente de se considerar a eficácia *erga omnes* como simples coisa julgada com eficácia geral ou de se entender que se cuida de instituto especial que afasta a incidência da coisa julgada nesses processos especiais, é certo que se cuida de um instituto processual específico do controle abstrato de normas e, portanto, que, declarada a constitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal Federal, ficam também os órgãos do Poder Judiciário obrigados a seguir a orientação fixada pelo próprio guardião da Constituição.²⁷⁸

Não por acaso, tais efeitos surgiram primeiro atrelados à ação declaratória de constitucionalidade, ação esta que teve e tem por missão principal a uniformização dentro do próprio Poder Judiciário, do entendimento sobre a matéria constitucional. Tal motivação foi o principal fundamento alegado nas justificações à proposta de emenda à Constituição n.º 130 de 1992, cuja redação é atribuída ao Deputado Federal Roberto Campos, proposta essa que acabou servindo de base para aprovação da emenda constitucional n.º 03/1993, que introduziu a supramencionada ação, bem como os efeitos *erga omnes* e vinculante atrelados a ela.

Naquele momento, a intenção e preocupação com a questão da uniformidade no tratamento da matéria constitucional eram já tão grandes que na proposta original previa-se a exclusão do ainda existente art. 52, X²⁷⁹ da Constituição Federal, conforme se vê no cabeçalho da proposta de emenda: “Suprime o inciso X do art. 52 e dá nova redação aos arts. 102 e 103 da Constituição Federal.”

O mencionado art. 52, X da Constituição Federal, dispositivo ainda hoje aplicado para garantir a suspensão de lei considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em controle incidental, foi intensamente atacado nas justificações

²⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 331.

²⁷⁹ O dispositivo trata da competência do Senado Federal de suspender no todo ou em parte, lei considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O dispositivo acabou não sendo suprimido da Constituição Federal, continua vigente e serve para que se aplique a eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle incidental, visto que no exercício de tal competência, o efeito da decisão do tribunal e de qualquer órgão do Poder Judiciário, tem efeito *inter*

da referida proposta de emenda constitucional. A ideia era seu fim e a atribuição de eficácia *erga omnes* a toda e qualquer decisão do Egrégio Tribunal, não importando o tipo de controle que o mesmo faria, sendo isso apontado como solução para evitar a divergência sobre matéria constitucional e a multiplicação de processos.

Vale destacar que, o dispositivo constitucional citado, refere-se exclusivamente à aplicação da lei, dando ao Senado Federal o poder de suspender a execução de lei. Aqui, tem-se um indício de que, muito além de tentar obrigar que os demais órgãos do Estado observem a decisão do tribunal, função específica do efeito vinculante, a eficácia contra todos, liga-se diretamente a força normativa do dispositivo questionado frente ao Supremo e declarado inconstitucional por ele.

Ainda fazendo referência à proposta de emenda à Constituição n.º 130/1992, o deputado federal Roberto Campos, responsável pela elaboração da proposta de emenda, assim tratou da continuidade no Brasil da aplicação da regra de suspensão da lei, apenas por decisão do Senado Federal:

Mas, se à época em que foi introduzido no nosso ordenamento constitucional esse instituto já não se revelava criação das mais avançadas, é certo que se tornou manifestamente obsoleto sob o império da Constituição de 1988. Se se admite que a declaração de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato tem eficácia *erga omnes* como, razoavelmente, justificar que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso concreto deva somente ter eficácia entre as partes. Se se admite possa o Supremo Tribunal Federal suspender liminarmente a eficácia de qualquer ato normativo, inclusive de uma emenda constitucional no processo de controle abstrato de normas, por que condicionar a eficácia geral de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle incidental a um ato do Senado Federal. Sem dúvida, pode-se afirmar que, se a suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado teve sua razão de ser no passado, a sua manutenção no modelo de controle de constitucionalidade da Carta de 1988 assenta-se em fundamentos de índole meramente histórica.

E sobre a preocupação com a necessidade de produzir segurança jurídica em relação à Constituição, com a necessidade de uniformização de entendimento:

Um dos aspectos que mais têm preocupado o país, pelo prisma da nova ordem constitucional, é a valorização dos juizados de 1ª instância -- louvável conquista da cidadania -- sem a contrapartida de um instrumento processual de uniformização célere, omissão incompreensível do constituinte na conformação do controle difuso e concentrado de constitucionalidade. A força outorgada aos juízes de 1ª instância, sem um instrumental adequado de ação para os Tribunais Superiores, subverte a hierarquia necessária -- e mais do que isto -- a tranquilidade para a preservação da ordem jurídica, pois qualquer questão constitucional da maior relevância pode ser decidida de forma satisfativa, desde que o Tribunal imediatamente superior não suspenda a eficácia de decisões que garantam benefícios ou direitos, quando, na tramitação procedimental, as questões forem-lhe submetidas,

não é desavisado dizer que hoje um juiz de 1ª instância, mormente na Justiça Federal, em determinadas circunstâncias, é mais forte que um Ministro do S.T.J. ou S.T.F., que só pode julgar os grandes temas em ações diretas de inconstitucionalidade, ou nos processos em grau de recurso.

Assim, tanto a eficácia *erga omnes*, quanto o efeito vinculante se unem por uma missão principal, qual seja, garantir a unidade da Constituição. A diferença mais apontada pela literatura existente sobre o assunto diz respeito à amplitude da parte que protegem a decisão, pois enquanto a eficácia *erga omnes* se limita a não possibilidade de discussão novamente sobre os mesmos dispositivos, identificando tal efeito com coisa julgada e atrelando todos os demais órgãos à parte dispositiva da decisão. No efeito vinculante, não só os demais órgãos do Poder Judiciário não poderão repetir a discussão sobre a mesma matéria, como também estarão vinculados aos fundamentos que levaram o Supremo Tribunal Federal a tomar aquela decisão.

Nesse ponto o efeito vinculante se aproximaria do instituto *stare decisis*, próprio do sistema americano de origem *common law*. Isso porque, nesses sistemas a fonte de criação primária do direito é, como no caso americano, o precedente judicial. Contudo, para que um precedente judicial seja aplicado, é preciso que o caso que esteja prestes a vê-se resolvido pelo precedente, tenha fatos semelhantes aos fatos que deram ensejo à sua criação.

É de se verificar uma pequena diferença existente entre o efeito vinculante e o *stare decisis* como é aplicado nos Estados Unidos, pois neste país ele atinge apenas as decisões dos demais órgãos da própria estrutura judiciária. Já no Brasil ele teria um efeito mais abrangente, vinculando também os órgãos de natureza administrativa, ou seja, a administração pública em geral e até mesmo da própria estrutura do Poder Legislativo. Porém, ambos têm a mesma finalidade, qual seja, a intenção última de produzir segurança jurídica, evitando decisões estatais de conteúdos distintos. Como explica Maria Oderlânia Torquato Leite

A materialização da teoria do *stare decisis* se dá na intimidade da estrutura hierárquica do Poder Judiciário, servindo para conferir harmonia na jurisprudência do subordinar juízes e tribunais às razões de decidir das decisões das cortes superiores. É instrumento de garantia da uniformidade

da interpretação do Direito no âmbito do Poder Judiciário e, para muitos, consequentemente de garantia de segurança jurídica.²⁸⁰

Aplicando integralmente o modelo *stare decisis*, estaria definida a diferença entre a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, pois esse vincularia também fundamentos fáticos da decisão. Contudo, o próprio Supremo Tribunal Federal, muito embora não de forma unânime, tem negado a possibilidade de aplicação da chamada teoria dos motivos determinantes, conforme se pode observar na seguinte ementa:

Em recente julgamento, o Plenário do STF rejeitou a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade (Rcl 2.475-AgR, julgamento em 2-8-2007). [Rcl 2.990 AgR, rel. min. **Sepúlveda Pertence**, j. 16-8-2007, P, *DJ* de 14-9-2007.] = Rcl 7.956 AgR, rel. min. **Dias Toffoli**, j. 19-9-2013, P, *DJE* de 12-11-2013 **Vide RE 203.498 AgR**, rel. min. **Gilmar Mendes**, j. 8-4-2003, 2ª T, *DJ* de 22-8-2003.

Entendendo desta forma, o Supremo Tribunal Federal acaba por igualá-los, pelo menos do ponto de vista de como a maior parte da doutrina tem trabalho o conceito e amplitude desses dois efeitos gerados por sua decisão. E pelo fato de que ambos se destinam à vinculação da parte dispositiva da ação, sendo a única diferença então, o fato de que a eficácia *erga omnes* ao ser tratada como sinônimo de coisa julgada impediria uma nova discussão sobre a matéria, o que não parece ser condizente com a realidade.

Nesse sentido é o posicionamento de Rennan Faria Krüger Thamay que em trabalho de pós-doutoramento, defende a não existência de coisa julgada em controle principal de inconstitucionalidade, pois, não obstante a maior parte da doutrina entenda dessa forma, ele observa que a decisão não se torna imutável já que, o Supremo Tribunal Federal pode sim, analisar novamente o mesmo objeto. Assim ele diz:

Essa qualidade de imutabilidade que se dá, com maior tranquilidade, no processo subjetivo, não se dá no processo objetivo, ainda mais no controle de constitucionalidade abstrato que abre ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de decidir determinada questão em momento específico da realidade social, dando, também, àquela Corte, a possibilidade de decidir questão que envolva a mesma anteriormente decidida, pois o efeito vinculante não está a alcançar o Supremo. Efetivamente, a realidade social

²⁸⁰ Leite, Maria Oderlânia Torquato. **O efeito vinculante no constitucionalismo brasileiro**. 2004, p. 5723.

e suas mutações constantes fazem com que o Supremo possa novamente ser questionado sobre determinada questão já solucionada anteriormente, já que aquilo que foi tempos atrás constitucional pode não mais ser em dias hodiernos, obrigando a Corte, desde que provocada para tanto, a decidir e, sendo o caso, mudar a sua forma de julgar e o resultado do julgado. Por isso pode-se dizer, por exemplo, que norma declarada constitucional, em tempos pretéritos, poderá ser declarada inconstitucional em dias atuais, assim como pode o descumprimento de preceito fundamental, antes não reconhecido ou até reconhecido, ser novamente questionado em dias atuais e receber nova e diversa decisão.²⁸¹

Seu estudo atenta para o seguinte detalhe que já foi mencionado anteriormente, quando o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade, sua decisão não tem o poder de retirar o sistema jurídico a norma, sua decisão apenas lhe torna inaplicável. Isso quer dizer que, tecnicamente, ela ainda permanecerá vigente, já que sua decisão não se equivale a uma revogação. Por isso, ele diz: “pois em sendo a norma declarada inconstitucional e não retirada do ordenamento jurídico poderá, nesse tempo, ser declarada, caso haja provocação ao Tribunal”.²⁸²

E mais, para sustentar seu posicionamento, ele faz questão de diferenciar a coisa julgada do trânsito em julgado, que comumente são tratados também como sinônimos. Para ele, o fato de não existir coisa julgada nas decisões de controle abstrato, não exclui a existência de trânsito em julgado, pois enquanto àquela quer dizer a imutabilidade da decisão, este se refere à preclusão e essa sim, ocorre em processo de controle abstrato.²⁸³

Tentando, a partir do que foi apurado, estabelecer uma diferença mais substancial entre os dois efeitos, pode-se dizer até que óbvio, é a seguinte: a eficácia *erga omnes* liga-se abrangência da decisão que se aplicará a todos, enquanto que o efeito vinculante, por determinação constitucional, tem destinatários certos, ou seja, todos os órgãos do Poder Judiciário e a administração pública.

No entanto, para este trabalho vai interessar qual dos dois efeitos impõe a leitura sobre o que é constitucional ou não, idêntica ao do Supremo Tribunal Federal, qual dos efeitos dá a este tribunal a qualidade de intérprete último sobre a matéria constitucional. Essa característica pertence, a partir de uma ótica sobre o objeto do

²⁸¹ THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A estabilidade das decisões no controle de constitucionalidade abstrato**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 137.

²⁸² Idem, Ibidem, p. 137.

²⁸³ Idem, Ibidem, p. 139 e 157ss.

presente estudo, ao efeito vinculante e não à *eficácia erga omnes*, pois esse último efeito está muito mais ligado à continuidade ou não da aplicação da norma em específico, julgada pela Suprema Corte brasileira, do que à vinculação ao entendimento da corte.

Há uma diferença sutil entre os dois efeitos que é pouco (ou nunca) explorada: há algo relevante em se considerar o fato de um ser nominado de 'eficácia' *erga omnes* e o outro 'efeito' vinculante. A *eficácia erga omnes*, pode-se dizer, liga-se às condições fáticas da lei, ou seja, tendo sido a lei declarada inconstitucional, o tribunal assim o faz porque entende que tal lei ofende dispositivo da Constituição. O que quer dizer que tal lei é inconstitucional, porque ofende algum dos valores máximos da sociedade brasileira e a não correspondência axiológica da lei com a Constituição, faz com que a mesma não seja mais aplicada por toda e qualquer pessoa dentro do território brasileiro.

Já o efeito vinculante e até mesmo a forma como ele foi e está disposto no texto Constitucional, pois há menção expressa dos destinatários de tal efeito, obriga os demais órgãos do Poder Judiciário e das administrações públicas de qualquer dos entes, a seguirem a orientação do Supremo Tribunal Federal. Ao fazer isso, a Constituição não apenas vinculou o futuro, mas também o presente, pois seja em processos judiciais ou administrativos, ou até mesmo a prática de qualquer ato administrativo, deverá se levar em consideração a interpretação dada à lei pelo controle principal de constitucionalidade.

O efeito vinculante limitará os juízes e demais tribunais de julgar ou interpretar conforme seu livre convencimento, como por exemplo, caso estejam julgando um incidente de inconstitucionalidade, ou seja, fazendo controle difuso, não terão mais a liberdade de analisar a constitucionalidade ou não, visto que o Supremo Tribunal Federal já terá decidido. Como também limitará o administrador público, visto que, ele já não terá a possibilidade de, por exemplo, cobrar um tributo, caso a lei que o tenha instituído seja declarada inconstitucional.

Por isso, enquanto a *eficácia erga omnes* tem um efeito mais abrangente, pois impedirá a aplicação da lei declarada inconstitucional a todos, não apenas dirigindo-se aos órgãos do Estado, o efeito vinculante preocupa-se e está diretamente ligado à vinculação dos órgãos estatais à interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal

sobre o dispositivo questionado. É este efeito que proíbe de forma mais direta que as decisões futuras dos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública brasileira, possam ter por base a utilização de dispositivo que declarado inconstitucional.

Na justificativa da já mencionada proposta de Emenda à Constituição n.º 130 de 1992, restou claro que a intenção do legislador ao inserir o efeito vinculante, estava centrada na obediência que quase todos os órgãos estatais deveriam ter em relação à decisão do Supremo Tribunal Federal.

A declaração de nulidade de uma lei não obsta à reedição, ou seja, a repetição do seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia erga omnes) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador observar estritamente estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição.

Se houve em algum momento, intenção na proposta ou de qualquer outro legislador constituinte derivado, em fazer com que o efeito vinculante, proibisse o legislador de legislar novamente sobre o mesmo assunto e com o mesmo conteúdo declarado inconstitucional pelo Supremo, essa intenção não foi acatada. E mais, não à toa o constituinte reformador fez-se claro quais seriam os órgãos vinculados pela decisão. Ao dizer “demais órgãos do Poder Judiciário”, excluiu, por exemplo, o próprio Supremo Tribunal Federal, dando-lhe liberdade para mudar de interpretação mais adiante.

Ainda a partir da redação do art. 102, §2º, percebe-se a não utilização da expressão Poder Executivo, mas sim, expressa menção à administração pública, excluindo do efeito vinculante a função legislativa primária do Poder Executivo; e, o que mais interessa a este trabalho, o próprio legislador em sua função precípua de legislar. Desta feita, assim como é dado ao próprio tribunal a possibilidade de futuramente rever suas decisões, mudando entendimentos, também é dado ao Poder Legislativo o poder de discordar da decisão do Supremo, editando norma de conteúdo idêntico ao pronunciado como inconstitucional.

Sobre tal possibilidade não há qualquer dúvida, tendo isso sido reconhecido em julgados feito pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo:

Pretendida submissão do Poder Legislativo ao efeito vinculante que resulta do julgamento, pelo STF, dos processos de fiscalização abstrata de

constitucionalidade. Inadmissibilidade. Consequente possibilidade de o legislador editar lei de conteúdo idêntico ao de outro diploma legislativo declarado inconstitucional, em sede de controle abstrato, pela Suprema Corte. (Rcl 13.019-MC, rel. min. **Celso de Mello**, decisão monocrática, julgamento em 8-5-2012, *DJE* de 15-5-2012.) **Vide:** Rcl 14.156-AgR, rel. min. **Celso de Mello**, julgamento em 19-2-2014, Plenário, *DJE* de 13-5-2014.

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei estadual. (...). Edição de lei posterior, de outro Estado, com idêntico conteúdo normativo. Ofensa à autoridade da decisão do STF. Não-caracterização. Função legislativa que não é alcançada pela eficácia 'erga omnes', nem pelo efeito vinculante da decisão cautelar na ação direta. (RTJ 193/858, Rel. Min. CEZAR PELUSO)

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal também deixou claro que nenhum dos participantes do processo legislativo está vinculado por suas decisões, incluindo o Presidente da República, chefe do Poder Executivo que, ao emitir o ato de sanção e/ou veto, não está adstrito a decidir conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Motivo pelo qual, como já destacado, o legislador constituinte derivado ao mencionar quais os órgãos estariam vinculados não diz todos os órgãos do Poder Executivo, mas, sim, a administração pública.

Pretendida submissão do processo legislativo ao efeito vinculante que resulta do julgamento, pelo STF, das causas de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Inadmissibilidade. Consequente possibilidade de o chefe do Poder Executivo, por meio de sanção (ato impregnado de qualificação constitucional e integrante do próprio processo de formação das leis), converter, em lei, projeto cujo conteúdo estaria em conflito com decisão confirmatória da constitucionalidade de certo diploma legislativo, proferida, em sede de controle abstrato, pela Suprema Corte. (Rcl 14.156-AgR, rel. min. **Celso de Mello**, julgamento em 19-2-2014, Plenário, *DJE* de 13-5-2014.) **Vide:** Rcl 13.019-MC, rel. min. **Celso de Mello**, decisão monocrática, julgamento em 8-5-2012, *DJE* de 15-5-2012.

Isso porque, entende o STF que o ato de sancionar e/ou vetar um projeto de lei, não se reduz a simples ato administrativo, esse que por seu turno, está sim, vinculado.

Com efeito, tenho que a sanção – enquanto momento essencial na fase constitutiva do processo de formação da lei – constitui ato de direito público, irreduzível à condição de mero ato administrativo, que se subsume, inteiramente, à estrutura do processo legislativo, ainda mais se se considerar que a lei resulta da coalescência de vontades homogêneas manifestadas, de maneira autônoma, pelo Poder Legislativo (ao aprovar o projeto de lei) e pelo Chefe do Poder Executivo (ao sancionar a proposição legislativa), integrando, sob tal perspectiva, tais expressões volitivas, uma estrutura procedimental complexa. Daí a qualificação que se tem dado à sanção como ato de perfil político-jurídico, de extração essencialmente

constitucional, que se situa na gênese da própria lei, não podendo, por isso mesmo, ser degradada à condição secundária de mero ato administrativo, como sustenta a parte ora reclamante. (**Rcl 14.156-AgR**, rel. min. **Celso de Mello**, julgamento em 19-2-2014, Plenário, *DJE* de 13-5-2014.)

A preocupação do constituinte reformador que inseriu o efeito vinculante, bem como do intérprete autêntico da Constituição brasileira, quem seja, o Supremo Tribunal Federal, parece ter sido tutelar e proteger a produção legislativa primária de tal efeito subordinante. Ficando de certa forma, um pouco claro, que a intenção é que o processo legislativo definido pela Constituição Federal de 1988 tenha como chefe e titular os representantes da soberania popular direta, devendo subordinar-se apenas a ela e não ao entendimento que um tribunal tenha sobre o conteúdo de sua produção legislativa.

Sendo assim, não resta maiores problemas para que o legislador, inclusive o estadual, possa criar diploma normativo, trazendo de volta à aplicabilidade norma cujo conteúdo já foi declarado inconstitucional. E mais, caso isso venha acontecer, como já fora o caso, o Supremo Tribunal já se posicionou no sentido de que, este novo dispositivo, muito embora repita conteúdo que já tenha sofrido análise pelo tribunal, caso alguém queira questioná-lo novamente, deverá usar as ações de controle abstrato de constitucionalidade e não a reclamação, pois esta se presta apenas para garantir a autoridade das decisões do tribunal, aos órgãos que estejam vinculados pelos efeitos de sua decisão, o que não é o caso do legislativo.

Assim resume Gilmar Mendes:

Também o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a declaração de inconstitucionalidade não impede o legislador de promulgar lei de conteúdo idêntico ao do texto anteriormente censurado. Tanto é assim, que, nessas hipóteses, tem o Tribunal processado e julgado nova ação direta, entendendo legítima a propositura de uma nova ação direta de inconstitucionalidade.²⁸⁴

Em sendo assim, o Supremo Tribunal tem admitido a conversão de reclamações constitucionais em Ação Direta de Inconstitucionalidade, quando observa que o objeto questionado é um ato legiferante que traz novamente ao

²⁸⁴ MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. Saraiva, 2001, p. 335.

ordenamento jurídico, norma já declarada inconstitucional anteriormente pelo tribunal. A título de exemplo:

Ação direta de inconstitucionalidade. Medida liminar. - A presente ação direta diz respeito a lei do Estado do Rio Grande do Sul – a de nº 9.844, de 24 de março de 1993 – cujo conteúdo abrange parcialmente o do artigo 5º da Lei 9.265, de 13.06.91, do mesmo Estado, do qual a eficácia ficou suspensa em virtude do deferimento do pedido de liminar na ADIn nº 546. - Em casos como este, cabível é outra ação direta de inconstitucionalidade, e não reclamação. Diferença entre eficácia 'erga omnes' e efeito vinculante. (RTJ 151/416-417, Rel. Min. MOREIRA ALVES)

Consiste lógico o entendimento do Supremo neste caso, tendo em vista que, caso o Congresso Nacional ou uma Assembleia Legislativa brasileira venha a aprovar ato normativo de conteúdo idêntico ou semelhante ao já analisado e declarado inconstitucional pelo tribunal, não pode esse ato do legislador ser atacado por meio de reclamação constitucional. Pois o que se terá não será nem um ato administrativo e/ou decisão judicial que contraria entendimento da Egrégia Corte, que esteja submetido à vinculação e autoridade de suas decisões. O que existirá, no caso, será um lei ou ato normativo federal ou estadual, estes, mencionados como objetos de ação de fiscalização de controle abstrato, mencionados no art. 102, I, *alínea a*, da Constituição Federal.

E neste caso, como já demonstrado e citado acima, o Supremo Tribunal Federal tem admitido novo controle sobre este mesmo ato. Sob o prisma eminentemente técnico, não maiores problemas na realização de um novo controle jurisdicional de constitucionalidade do ato, pois trata-se formalmente de objeto inserido dentro do âmbito do controle. No entanto, aqui não se está diante de uma simples lei ou ato normativo federal ou estadual, neste caso, estar-se-á diante de uma postura de discordância do legislador com o controle feito pelo Supremo Tribunal Federal.

Quando não se previu o legislador ou a função legislativa primária como dentro do âmbito dos atingidos pelos efeitos da vinculação das decisões, não quis se apenas dar ao legislador a opção de no futuro e sobre outro contexto fático, avaliar a conveniência do retorno daquela norma ao sistema jurídico. Porquanto, deu-se a ele a possibilidade de, ao executar sua missão, fazê-la de maneira a demonstrar ao

Supremo Tribunal Federal que o Poder Legislativo, representação maior de um povo dentro de uma república democrática, discorda da decisão tomada pelo tribunal.

É bem verdade que, no âmago do princípio da separação de poderes está o sistema americano do *checks and balances*, o que dentre outros fundamentos, justifica a existência do controle jurisdicional de constitucionalidade. No entanto, é preciso que seja lembrado que a partir daquela distinção feita pela doutrina entre funções típicas e funções atípicas, não obstante sua preocupação central seja evitar a exclusividade no exercício de uma função, o que levaria a arbitrariedade, há a atribuição de função precípua e institucional a cada um dos três poderes.

Desta forma, ainda que nem um dos poderes seja detentor da exclusividade no exercício de uma função, a bem da verdade, nunca deve-se esquecer que é tributado uma função a cada um deles em caráter especial. De tal maneira, quando o diálogo entre os poderes existir, deve-se sopesar a harmonia, diálogo e controle entre eles, de uma maneira que isso não signifique o controle final de um Poder sobre a atividade principal do outro. Pensar de outra forma geraria um contrassenso que desvirtuaria a própria finalidade do princípio tendo em vista que, seria absurdo pensar que, ao tentar combater a arbitrariedade, haveria uma preocupação de que não houvesse exclusividade no exercício de função, mas se admitira a definitividade de um juízo de controle de um Poder sobre a atividade mais peculiar do outro? Não parece ser o melhor raciocínio.

Como o arbítrio do Poder estaria sendo evitado se um poder, muito embora não pudesse exercer a função principal do outro, pudesse e tivesse sobre ele a última palavra de forma incontestável? Pelo contrário, estar-se-ia indo de encontro a motivação central da separação de poderes que é a limitação de poder. Por isso, é preciso que seja questionado o controle de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal nesta hipótese, tendo em vista não se tratar de um simples controle sobre lei ou ato normativo, mas e sobretudo, porque tal ato é uma forma de o legislador demonstrar sua discordância com o tribunal e, em última análise, permanecer o principal responsável pela criação primária do direito no país.

Não se quer dizer aqui que, sob aquelas justificativas, o Supremo Tribunal Federal não poderia fazer então, o controle de constitucionalidade, mas o que se quer é chamar atenção para o significado que tem essa situação, a reflexão teórica

que existe por traz, o perigo que a mesma representa e, sobretudo, propor uma reflexão crítica sobre quais fatores legitimariam uma nova reprovação da atividade do legislador por aquele tribunal.

5.2 É o Supremo Tribunal Federal o último a poder errar no Brasil?

Neste item, pretende-se levantar a questão problemática da pesquisa, que já foi sintetizada no título do acima. Uma vez traçados os conceitos essenciais e a justificativa teórica, a problemática surge a partir da grande problemática da legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade, que muito embora já conte com diversos trabalhos e pesquisas, ainda persiste dentro do direito constitucional.

Isso porque envolve questão de Poder e a preocupação com seus limites e, mais, já que o Poder Político do Estado encontra-se desenvolvido através da separação de poderes, que surgiu como um dos fatores determinantes à limitação do Poder, o equilíbrio entre os mesmos é a plena garantia da existência do limite. Desta forma, qualquer movimento dos Poderes que signifique excesso de concentração de Poder, deve ser observado com cautela e até mesmo combatido ou por algum motivo maior, legitimado.

Em 27 de novembro de 1985, o Congresso Nacional brasileiro aprovou um dos atos mais importantes da história recente do Brasil, a emenda constitucional n.º 26. Esta reforma constitucional à Constituição de 1967, Constituição que legalizou a ditadura militar no Brasil, foi o ato que abriu a redemocratização mais importante pela qual passou o país. Através da emenda constitucional referida, foi convocada a assembleia nacional constituinte que traria como fruto a Constituição cidadã.

Importante destacar um detalhe trazido pela emenda, em seu art. 2º ela dizia: “O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.” Em 01 de fevereiro de 1987, o Presidente da mais alta corte do país, o ministro José Carlos Barbosa Moreira Alves discursou e instalou a assembleia nacional constituinte. Bastante significativo notar que, para dar início ao ato político mais importante da história

recente do Brasil, os representantes do povo naquele momento tenham escolhido a maior autoridade judiciária do país.

Em seu discurso, o Presidente do Supremo Tribunal Federal sintetizou, de certa forma não tão explícito, a necessidade de se confiar mais no Judiciário, como instância que poderia colaborar com a estabilidade do texto constitucional que viria a ser aprovado pela reunião que acabara de instalar:

Não há mais lugar para que se pretenda a imutabilidade absoluta da Constituição, que é mera dedução lógica da teoria do contrato social. A incoercível mutabilidade das condições sociais, políticas, econômicas e culturais dos povos não se compadece com o imobilismo indefinido do texto constitucional. A aspiração que persiste é a da Constituição estável, não sendo poucos os que sustentam que o valor dele se afere de sua capacidade de permitir mais facilmente que se efetuem mudanças na estrutura social sem modificação no mecanismo do processo político. Esse, aliás, o segredo da longevidade da Constituição americana, prestes a completar duzentos anos, graças à desenvoltura das construções jurisprudenciais que a concisão de seu texto permite.²⁸⁵

Ao dizer isso, José Carlos Barbosa Moreira Alves, enfatizou o que acabou sendo admitido pela própria Constituição ao prever os mecanismos e pelo Tribunal que presidia que ao utiliza-los, se entenderia como legítimo guardião do texto constitucional, trazendo em boa partes das vezes, seu próprio sentido, ao interpretá-lo e adequá-lo à realidades sociais em que se inserisse. Assim, garantindo a tão desejada estabilidade ao qual fez menção o Ministro em seu discurso de abertura dos trabalhos da assembleia nacional constituinte.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o papel de ser o seu guardião do seu texto. É bem verdade que ele não é o único, tendo em vista que o sistema de controle de constitucionalidade dá aos mais diversos órgãos do Poder Judiciário, como também ao próprio Poder Legislativo e Executivo, meios para coibir atos que contrariem à Constituição.

No entanto, ao dotar as decisões do Supremo Tribunal Federal de eficácia *erga omnes* e, mais, de efeito vinculante, o legislador constituinte acabou por atribuir ao tribunal o papel de preponderância na tarefa de uniformizar a validade das leis e do próprio direito no país. Assim, a estabilidade e unidade dos sistemas ficam garantidas, uma vez que, tem-se um órgão responsável de forma principal, pela

²⁸⁵ ALVES, José Carlos Barbosa Moreira. Assembleia Nacional Constituinte: instalação. **Revista de Informação Legislativa**. Ano. 24, n.93, jan./mar. 1987, p. 12-13.

supremacia da Constituição, porém, ao realizar seu papel, a Suprema Corte acaba por emitir juízo sobre a própria lei, ou seja, sobre o trabalho do legislador, de outro Poder.

Não obstante o Supremo Tribunal Federal tenha a competência para realizar o controle de constitucionalidade desde a primeira Constituição republicana, a de 1981, durante a maior parte de sua existência a Corte só pôde fazer isso de forma incidental, ou seja, sua análise se restringia à aplicação da lei a casos concretos. Mas já na origem, a função atribuída a Suprema Corte, ainda que desta forma, já causava impactos e questionamentos na vida política do Estado.

Em 1924, num discurso proferido no Senado Federal, ao questionar possíveis ofensas às leis orçamentárias, Rui Barbosa levantou a possibilidade de uma conspiração contra a mais alta Corte do país, e ao fazer isso, ele acabou trazendo a baila a qual órgão competia errar por ultimo na república brasileira. Tratando do fato que o governo nunca esteve confortável com o poder de controle atribuído ao Judiciário, Rui Barbosa destacava o caráter político de sua atuação, funcionando como um medidor negativo aos excessos praticados pelos Poderes legislativo e executivo.

Disse ele: “Quis o espírito judiciário dos nossos irmãos da América do Norte que num terceiro poder existisse uma barreira contra os excessos políticos, contra a onipotência das maiorias parlamentares, contra a tendência absorvente do Poder Executivo.” Rui Barbosa denunciou um possível desrespeito às decisões da justiça federal, especialmente às do Supremo Tribunal Federal, no entanto ele observou sobre as decisões da Egrégia Corte que “[...] certas ou erradas, são pela nossa lei constitucional definitivas e irrecorríveis.” E acabou atribuindo ao Poder Judiciário a função de moldar os demais poderes: “A Justiça, como a nossa Constituição a criou no art. 59, é quem traça definitivamente os dois poderes políticos as suas órbitas respectivas.”²⁸⁶

Acabou questionando os atos do governo que temiam em discordar da competência constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal em dizer a última palavra sobre o que seria válido ou não no ordenamento jurídico, através do controle de constitucionalidade. Ele se preocupou com a questão da segurança jurídica, já

²⁸⁶ BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa**: discursos parlamentares. Volume XLI, Tomo III. Ministério da Educação e Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa : Rio de Janeiro, 1914, p. 257.

que, se o entendimento fosse que o Egrégio tribunal pudesse controlar os atos dos outros dois poderes e, por sua vez, os Poderes legislativo e executivo pudessem discordar das decisões do tribunal, haveria um controle recíproco sem fim, prejudicando a estabilidade das relações e, por fim, a própria segurança jurídica.

Ora, como pelo art. 59 da Constituição o Supremo Tribunal Federal é o competente para conhecer da inconstitucionalidade dos atos desses dois poderes, uma vez que esses dois poderes declarem que a sentença do tribunal é inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal dirá a esses que seu ato não tem validade porque contravém a Constituição Republicana. Os outros dois poderes, por sua vez, na posse desse direito que se arrogaram, retrucarão ao Supremo Tribunal Federal que seu ato impensado e não tem validade, e assim continuará a questiúncula por *secula seculorum amen.*²⁸⁷.

Para Rui Barbosa, se assim fosse compreendido, a discussão sobre uma matéria que gerasse divergência entre a decisão do Supremo e qualquer dos outros dois poderes, ficaria infinita. Por isso, acabou concluindo que deveria se optar por uma escolha, por dar a algum dos poderes o direito de ser a última palavra em matéria constitucional, mesmo que não o faça da forma mais acertada, foi como ele disse: “Em tôdas as organizações políticas ou judiciais há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar.”²⁸⁸

Para Rui Barbosa a escolha teria sido feita pela própria Constituição, que deu ao Supremo Tribunal Federal poder de decidir sobre a validade constitucional das leis, sem qualquer possibilidade de recurso.

Ele é o poder regulador, não conhecendo do assunto por medida geral, por deliberação ampla, resolvendo apenas dos casos submetidos a seu julgamento, mediante ação regular; mas quando aí decide, julgando em última instância, não há, sob qualquer pretextos dêste mundo, recurso para qualquer poder constituído. É o que a Constituição diz, é o que se pratica nos Estados Unidos, é o que resulta da essência dêste sistema. Nem pode ser de outro modo.²⁸⁹

Reação forte a esse poder de errar por último reconhecido ao Supremo Tribunal Federal, pelas Constituições de 1981 e 1934, foi o regime trazido pela Constituição de 1937. Nela, ficava reconhecido ao Presidente da República o poder de invalidar as decisões da Corte Egrégia, caso o mesmo entendesse que, não obstante a lei tenha sido considerada inconstitucional pelo Supremo, por atender aos

²⁸⁷ BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa**: discursos parlamentares. Volume XLI, Tomo III. Ministério da Educação e Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa : Rio de Janeiro, 1914, p. 257-258.

²⁸⁸ Idem, Ibidem, p. 259.

²⁸⁹ Idem, Ibidem,, p. 258.

interesse públicos, ele deveria permanecer sendo aplicada, devendo ter aprovação do parlamento brasileiro.

Numa síntese sobre o retrocesso trazido ao controle de constitucionalidade pela Constituição outorgada por Getúlio Vargas:

O caráter autoritário e centralizador da Carta de 10 de novembro de 1937, outorgada por Getúlio Vargas em momento extremo da política nacional, foi avesso ao controle da constitucionalidade das leis, mesmo porque durante a sua vigência não se elegeram os integrantes do Parlamento, ficando autorizado o Chefe do Executivo a dispor sobre todas as matérias, inclusive emendas constitucionais, através de decretos-leis.²⁹⁰

Assim dizia a Constituição de 1937:

Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Sobre o mencionado dispositivo da Constituição polaca, disse Bruno Zilberman Vainer:

Tal dispositivo revelava verdadeiro absurdo, atacando frontalmente a tripartição dos Poderes e acarretando um grande retrocesso para o controle de constitucionalidade. Ademais, dirige-se na contramão do desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil, que passou, a partir da Constituição de 1891 a ser realizado pelo Poder Judiciário, podendo ser agora submetido à apreciação dos Poderes Executivo e Legislativo.²⁹¹

No entanto, vale salientar que como o Congresso Nacional estava dissolvido, a decisão final sobre a aplicação ou não da decisão do Supremo Tribunal era, na prática, do ditador Getúlio Vargas.

²⁹⁰ SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. **Academia brasileira de direito processual civil**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Nagib%20Slaibi%20Filho%20\(5\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Nagib%20Slaibi%20Filho%20(5)%20-formatado.pdf)> 2015, Acesso em 21 out. 2014, p. 15.

²⁹¹ VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das Constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista de Direito Constitucional Brasileiro**. n. 16, p. 161-191, jul/dez, 2010, p. 177.

A previsão, que era inédita no nosso constitucionalismo, não passou de uma nova concentração de poderes no Executivo, para suspender os efeitos das decisões jurisdicionais, especificamente na área da Jurisdição Constitucional. Aliás, neste particular, salta aos olhos que a última palavra sobre o que era constitucional ou não, não era nem mesmo do legislativo, pois estava dissolvido por determinação da nova Constituição.²⁹²

Em 1968, um ex ministro do Supremo Tribunal Federal, escreveu uma obra em que destacava a importância do tribunal e, em virtude disso, a necessidade de que a sociedade cada vez mais conhecesse este órgão do Estado. Sobre o impacto político na estrutura dos Poderes, Aliomar Baleeiro, assim destacou:

Cúpula de todos êles, o Supremo carrega por precípua missão a de fazer prevalecer a filosofia política da Constituição Federal sobre todos os desvios em que o Congresso e o presidente da República, Estados, Municípios e particulares se tresmalhem, quer por lei sancionadas ou promulgadas, quer pela execução delas ou pelos atos naquela área indefinida do discricionarismo facultado, dentro de certos limites, a ambos aqueles Podêres.²⁹³

Nesse sentido, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 69.486, o então Ministro Aliomar Baleeiro retomou o debate trazido no início do século por Rui Barbosa, ao defender que sendo o Supremo Tribunal Federal aquele a quem compete a análise sobre a validade das leis, seria ele o último órgão do Estado com o poder de errar essa análise. Assim disse ele: “O Supremo Tribunal Federal pode dizer a última palavra sobre a Constituição. Ele é infalível, porque é definitivo, desde que não há mais recurso. Quando o Supremo diz, e mesmo quando ele erra, está certo.”

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 houve um substancial aumento do controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, com a introdução de novas ações de controle principal, do efeito vinculante das decisões e mais, da súmula vinculante. Tais instrumentos, aliados a todos os fatores elencados nos capítulos 2 e 3 desta pesquisa, tiveram como consequência imediata, uma postura mais ativa do Tribunal, não mais aceitando e se comportando como mero legislador negativo.

²⁹² VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro : Renovar, 2008, p. 124-125.

²⁹³ BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal**: esse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 103.

No entanto, ao ser o órgão a quem a Constituição deu a prerrogativa de poder errar por último, preocupante é sua atuação sem quaisquer limites, ou pelo menos, algo que garanta tais limites. Novamente veio à baila esse debate e essa preocupação, quando da apresentação da proposta de emenda constitucional n.º 33 de 2011. A referida proposta de reforma constitucional intencionava, dentre outras coisas, dar ao Congresso Nacional brasileiro a prerrogativa de autorizar ou não o efeito vinculante das súmulas vinculantes, bem como das decisões em ação direta de inconstitucionalidade julgadas procedentes.

A proposta de emenda à Constituição foi arquivada em 31 de janeiro de 2015, mas caso tivesse sido aprovada, retiraria do Supremo Tribunal Federal o poder de aprovar súmula com efeito vinculante. Para que este efeito pudesse ocorrer, caberia ao tribunal propor o mesmo ao Congresso Nacional que caso não analisasse a possibilidade de aplicação do efeito vinculante em até noventa dias, implicaria na aprovação tácita da mesma. Assim constaria o art. 103-A e §§4º e 5º

Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes.

§5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no §4º implicará sua aprovação tácita.

Com relação ao efeito vinculante das decisões em ação direta de inconstitucionalidade, esse não ocorreria de imediato, para tanto, seria necessário a aprovação do Congresso Nacional que caso discordasse da decisão do Supremo, submeteria a mesma a aprovação popular. Adotaria procedimento parecido como da súmula vinculante, ou seja, caso o Congresso Nacional não analisasse a decisão do tribunal em até noventa dias, prevaleceria a decisão do mesmo, com o devido efeito

vinculante. Vale salientar que o mesmo ocorreria para a aplicação da eficácia *erga omnes*.²⁹⁴

Assim passaria constar a redação dos parágrafos do art. 102 da Constituição Federal:

Art. 102. ...

...

§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

A partir da justificação da Proposta de Emenda à Constituição, cuja autoria é atribuída ao Deputado Federal Nazareno Fonteles, é possível perceber a preocupação com o poder atribuído ao Supremo Tribunal Federal com o controle de constitucionalidade, conforme se vê em alguns trechos:

O protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente dos órgãos de cúpula, é fato notório nos dias atuais. A manifestação desse protagonismo tem ocorrido sob duas vertentes que, embora semelhantes, possuem contornos distintos: a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial.

Atenção especial com o ativismo judicial e o poder de criação normativa através da atividade interpretativa:

Além da judicialização, temos a vertente do ativismo judicial. O ativismo denota um comportamento, um modo proativo de interpretar a Constituição por parte dos membros do Poder Judiciário. Adotando essa postura, os magistrados, para o deslinde da controvérsia, vão além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador.

²⁹⁴ Vale salientar que além de submeter à análise do Congresso Nacional a possibilidade ou não do efeito vinculante da súmula vinculante, a proposição ainda trazia a alteração no quórum de aprovação da mesma, qualificando-o ainda mais, ao invés da necessidade de dois terços dos votos, seria necessário o voto de quatro quintos, ou seja, nove votos a favor, quase a totalidade da composição do tribunal.

Atenção especial ao trecho em que a justificação da Proposta de Emenda à Constituição faz menção direta a necessidade de autocentenação do Poder Judiciário em relação a sua postura mais ativista e o quanto isso incomoda o Poder Legislativo.

Há ainda os casos da redução de vagas de vereadores, da súmula das algemas, e tantos outros. É tarefa simples enumerar os casos de explícito ativismo judicial. Difícil é mencionar exemplos de autocontenção de nossa Corte Suprema. Por óbvio, devemos reconhecer as deficiências do Poder Legislativo, que tem passado por várias crises de credibilidade. Contudo, esse aspecto não deve justificar tais medidas, como se houvesse um vácuo político a ser ocupado pelo Supremo Tribunal Federal. O fortalecimento do Poder Legislativo deve ser debatido no âmbito da reforma político-eleitoral, mas não apenas nesse espaço. Há uma série de medidas de preservação e valorização da competência legislativa do Congresso Nacional que devem ser apreciadas, independentemente da aprovação de novas regras eleitorais.

E aí, como fundamento problemático da proposta, o Deputado Federal levanta a questão da legitimidade democrática, a partir do déficit eleitoral do qual sofrem os ministros do tribunal:

As decisões proferidas nesses casos carecerão de legitimidade democrática porque não passaram pelo exame do Congresso Nacional. Estamos, de fato, diante de um risco para legitimidade democrática em nosso país. Há muito o STF deixou de ser um legislador negativo, e passou a ser um legislador positivo. E diga-se, sem legitimidade eleitoral.

Para o redator da proposta, essa postura mais ativista do Supremo, seria uma ameaça a soberania popular, bem como à dignidade da legislação, promovendo um verdadeiro desequilíbrio na tripartição dos poderes:

Precisamos, pois, resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário. Restabelecer o equilíbrio entre os Poderes é, pois, o objetivo central da presente proposição.

Sobre o impacto gerado na separação de poderes pelo controle de constitucionalidade, Hans Kelsen, apontava como uma das características principais do Tribunal Constitucional, sua independência, como maior fator legitimador do exercício do controle de constitucionalidade por tal órgão. Ele atentou para o desequilíbrio causado caso essa competência fosse atribuída a qualquer dos poderes, especialmente àqueles que participam da política do Estado.

Para Hans Kelsen:

[...] há uma diferença gigantesca entre, de um lado, conceder a um órgão apenas esse poder que deriva da função de controle constitucional e, de outro, tornar ainda mais fortes os dois principais detentores do poder, confiando-lhes ademais o controle da Constituição.”²⁹⁵

Para ele, havia um antagonismo político, próprio dos Poderes Legislativo e Executivo que os tornavam ainda menos capazes e legítimos de ter papel perante o controle de constitucionalidade. Por isso para Hans Kelsen, tão importante era a independência do Tribunal Constitucional, vez que “não participa do exercício do poder, e não se coloca antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao governo.”

Clara era a intenção da proposta supramencionada, em acabar por atribuir ao Poder Legislativo o poder final sobre o controle de constitucionalidade, desvirtuando assim, a escolha feita pelo legislador constituinte originário. No entanto, não há como ignorar o descontentamento e preocupação externados nela, com relação ao fato de ser o Supremo Tribunal Federal a última autoridade em matéria constitucional. Por isso, mais uma vez, faz-se menção a justificação da proposta de Emenda à Constituição n.º 33/2011, onde clara fica o desconforto e insatisfação:

É bastante comum ouvirmos a afirmação de que à Suprema Corte cabe a última palavra sobre a Constituição, ou ainda, a Constituição é o que o Supremo diz que ela é. Na verdade, deve caber ao povo dizer o que é a Constituição. Precisamos, pois, resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário. Restabelecer o equilíbrio entre os Poderes é, pois, o objetivo central da presente proposição.

Importante lembrar que, mesmo sendo exercício de poder constituinte, a reforma constitucional afigura-se exercício de poder constituinte derivado que é limitado e subordinado ao originário. Esse, que ao se expressar, tem como preocupação inicial a limitação do poder, fonte e origem do constitucionalismo. Ao prever o Supremo Tribunal Federal como principal guardião da Constituição, com poderes para controlar os atos dos outros poderes, o legislador constituinte originário, estava pensando claramente em limites e qualquer tentativa de desvirtuação dessa escolha, pode ser encarada como uma tentativa de modificar os

²⁹⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 276.

limites que poder constituinte originário entendeu serem os mais pertinentes e adequados para a configuração de Estado que ele criou.

Além disso, no cerne da proposta, esteve a liberdade do Poder Legislativo discordar das decisões do Supremo Tribunal Federal, liberdade que hoje aquele Poder já tem, podendo fazê-lo através do exercício de sua própria função sem que seja necessário então, o legislador ordinário modificar as escolhas feitas pelo legislador constituinte originário. Isso porque, caso o Congresso Nacional não esteja de acordo com a decisão do Supremo, basta que ele, por iniciativa de qualquer deputado federal ou Senador – em boa parte das vezes – apresente novo projeto de lei, cujo conteúdo seja contrário a decisão de controle de constitucionalidade.

E isso é possível porque, como já fora dito anteriormente, o efeito vinculante próprio das decisões de controle de constitucionalidade principal feito pelo Supremo Tribunal Federal, não atingem a função legislativa do Estado. Desta forma, querendo discordar, o Congresso Nacional tem plena liberdade de fazê-lo, bastando para tanto, ela atuar exercendo sua principal função. Com isso, a decisão da Egrégia Corte, pode ser encarada não como um ponto final, não como a última palavra sobre o direito no país, mas sim, como uma forma de colocar o Poder Legislativo para repensar seu trabalho, discutir novamente sua produção.

Com a sistemática apresentada pela proposta de emenda à constituição n.º 33/2011, o legislador seria muito mais levado a pensar na decisão em si e no poder do Supremo, do que refletir sobre sua própria atividade. Da forma como está posto hoje em dia o sistema, a maneira que hoje o Poder Legislativo tem para discordar é mais legítima, porque obedece o esquema originário e, ao exigir que para discordar, o Congresso Nacional tenha que aprovar nova lei, haverá todo um processo de rediscussão da matéria, que torna o dissenso ainda mais convincente e legítimo.

Eis que então surge uma questão de fácil resposta sob o ponto de vista dogmático: ao legislar deliberadamente em oposição a uma decisão do Supremo Tribunal Federal, o produto do dissenso legislativo, ou seja, a lei, poderá ser objeto do novo controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal? A resposta se torna relativamente fácil porque, em termos técnicos e a partir da competência designada ao Supremo no art. 102, I, a, pode o tribunal fazer controle de qualquer lei ou ato normativo federal ou estadual.

Contudo, na hipótese narrada acima, não se está a falar de qualquer lei ou ato normativo aprovado pelo Congresso Nacional, mas sim, uma lei que traz no seu bojo o dissenso do Congresso Nacional e, mais, a reanálise daquele que por função precípua deve ser o criador do direito no país, retornando ao sistema jurídico, aquilo que teria sido invalidado pelo Supremo Tribunal Federal.

E eis que então surge a problemática central deste trabalho: para além da justificativa meramente técnica e formal que, uma vez que está previsto como competência do Supremo Tribunal o controle de leis, conforme dispositivo constitucional supracitado, dentro da teoria do direito constitucional e, principalmente, da função principal deste ramo do direito, o que legitimaria o órgão de cúpula do Poder Judiciário, mais uma vez invalidar a produção do Poder Legislativo e acabar controlando não apenas o conteúdo da lei, mas e inclusive, a discordância do legislador?

6 SEPARAÇÃO DE PODERES E O FATOR QUE LEGITIMA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLAR A DISCORDÂNCIA DO LEGISLADOR: DO CONTROLE AO DIÁLOGO EM PROL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O principal argumento contrário à atuação mais ativa da jurisdição constitucional e dos órgãos de natureza jurisdicional que a realizem, é a ofensa ao princípio da separação de poderes, por entender-se que há intervenção indevida de tais órgãos nas atividades dos poderes tidos como mais responsáveis pelo desenvolvimento da política do país. Tal ocorrência deve ser obsevada, tendo em vista a própria natureza limitativa do Estado Constitucional.

Contudo, diante de um contexto de tantas modificações ocorridas com a sociedade que, por ser matéria-prima do direito, acabam impactando sobremaneira a formação e eficácia e efetividade do ordenamento jurídico, a função limitadora da Constituição pede novos significados. A partir de um texto do Bruce Ackeman, onde a ideia de limitação de poderes do próprio legislativo e, principalmente, de sua visão exegética do princípio da separação de poderes, neste capítulo pretende-se abordar o fim de concretizar, garantir e efetivar direitos fundamentais, como sendo a mola propulsora da própria razão de ser do Estado.

Além disso, pretende-se construir uma ideia de que essa razão fim do Estado, não seja construída a partir de uma relação meramente e formalmente de poder. A última palavra, ser o possuidor da mesma dentro de uma sociedade de hoje, não pode ser a razão da existência dos órgãos do Estado, partindo disso, ao final será tratado da alternativa viável para a construção da melhor decisão possível, qual seja, o diálogo institucional e com a própria sociedade.

5.1 Separação de poderes e a teoria do *Constrained parliamentarianism* de Bruce Ackeman

Em texto publicado no ano de 2000, Bruce Ackeman propõe uma nova forma de olhar o princípio da separação de poderes. Em seu texto, ele parte da premissa óbvia de que a legislação, ou melhor, o poder de criar o direito, não está apenas nas

mãos do Poder Legislativo, mas também de autoridades judiciárias e administrativas. Ele, inclusive, destaca a influência que os cientistas políticos tem tido na discussão acerca deste princípio, no entanto, ele critica a visão de tais estudiosos que se limitam apenas aos paradigmas britânico e estaduniense.

For starters, the political scientists have largely focused on a single issue: should constitution-writers follow England in concentrating lawmaking power in a single parliamentary institution, or should they follow the United States and France in separating lawmaking authority among democratically elected rivals? This *is* an important question, but it is not the only one. The separation of powers involves not only presidents and parliaments, but also the constitutional status of courts and administrative agencies.²⁹⁶

Há em seu texto, uma forte crítica à importação do modelo americano de separação de poderes de forma desenfreada, por isso, ele acaba propondo uma visão finalística ao princípio, em que a mesma deve ser determinada pelas circunstâncias e características próprias de cada modelo constitucional. Para ele, o Estado Constitucional de origem liberal tem como um de seus pilares a separação de poderes, porém não é um modelo unitário, mas sim, um modelo que deverá ser desenhado, determinado e interpretado, a partir da finalidade ao qual se presta aquele princípio. Desta forma, ele propõe que a separação de poderes exista para atender finalidades específicas, não apenas a ideia em si mesma, sendo isso, condição para que se possa ter uma legitimidade política.

Without clear normative orientation, talk of the separation of powers degenerates into facile constitutional engineering. The very idea of institutional “efficiency” is completely empty unless it is linked to more substantive ends.¹³ On the other hand, this is not a philosophical essay on the foundations of political legitimacy. My primary concern is to illuminate the complex ways in which institutional arrangements serve as concrete expressions of ultimate ideals, not to philosophize about the ideals themselves.²⁹⁷²⁹⁸

²⁹⁶ ACKEMAN, Bruce. New separation of powers. **Harvard Law Review**. Vol. 110, n. 3, jan. 2000, disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>>, p. 638-639.

²⁹⁷ Idem, *Ibidem*, p. 639.

²⁹⁸ Tradução livre: “Sem uma orientação normativa clara, falar sobre separação de poderes degenera a engenharia constitucional. A própria ideia de “eficiência” institucional está completamente vazia, a menos que esteja ligada a fins mais substantivos. Por outro lado, não se trata de um ensaio filosófico sobre os fundamentos da legitimidade política. Minha principal preocupação é esclarecer as complexas formas pelas quais os arranjos institucionais servem como expressões concretas de ideais finais, e não para filosofar sobre os ideais em si.”

Para ele a separação de poderes existe para atender a três finalidades básicas, todas elas aptas a responder a seguinte questão: “Separating power on behalf of what?”²⁹⁹ Tais finalidades seriam as seguintes: o ideal da democracia; a especialidade das funções; e a proteção e valorização dos direitos fundamentais. Para tanto, deixa claro que sua proposta recusará os modelos clássicos de Westminster e Washington, por acreditar que esses não sejam os únicos paradigmas aceitáveis e, inclusive, faz a seguinte observação: o modelo britânico claramente concentra o poder de legislar na Câmara dos Comuns. E então, ele levanta a seguinte questão: “Given the British success in avoiding the inexorable slide into tyranny predicted by Madison and Montesquieu, perhaps we should give up on the very idea of separation of powers?”³⁰⁰

Partindo daí, apresenta uma proposta de nova separação de poderes baseada no que ele chama de *constrained parliamentarianism*, um sistema em que há uma preocupação com a limitação de poderes do próprio parlamento. Não é propriamente uma criação sua, mas “is a rising force in the world, and there is much to be learned from its practical operation over the past half-century.” Ou seja, uma forma que vem sendo trabalhada após a Segunda Guerra Mundial e cita como exemplos países como o Japão e a Alemanha.

Ao tratar da finalidade que importa a este trabalho, como pode a separação de poderes proteger e tutelar os direitos fundamentais, ele diz que esse é um dos maiores desafios a ser explorado pelos políticos democraticamente eleitos. Mas antes de entrar a fundo nessa questão, Bruce Ackeman deixa claro em seu texto que, não obstante a clara vertente de especialização das funções, ao longo do tempo a divisão estanque de tais funções tem sido remodelada e destaca o cuidado necessário com a politização na qual estão também inseridas as funções jurisdicional e administrativa (executiva).

E aí, para ele, o importante não é apenas analisar como está se realizando essa intersecção de funções entre os três poderes, mas que o desafio é perceber em que condições as reivindicações de proteção constitucional às suas funções estão inseridos os poderes. Assim: “The challenge was to define the conditions

²⁹⁹ Tradução livre: “separação de poderes em nome de que?”

³⁰⁰ ACKEMAN, Bruce. New separation of powers. **Harvard Law Review**. Vol. 110, n. 3, jan. 2000, disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>>, p. 640.

under which the claims of functional specialization by judges and bureaucrats deserved constitutional protection against these predictable efforts to erode the rule of law.”³⁰¹³⁰²

Tratando de responder o desafio acerca de como a separação de poderes pode proteger os direitos fundamentais, a partir de critérios limitadores aos políticos democraticamente eleitos, ele diz que utilizará de duas lógicas distintas, muito embora bem familiares. Uma delas tem um campo mais específico e atuaria diretamente ligado à tutela do sufrágio universal. A outra seria mais aberta, ampla e indeterminada, propiciando o chamado ativismo judicial.

Numa primeira vertente, Bruce Ackeman vai na esteira de John Hart Ely (a quem cita diretamente), mas também pode-se ligar às concepções de Cass Sustein, a ideia do *constrained parliamentarianism* deveria funcionar para tutelar os direitos políticos. Isso porque, partindo da hipótese de que políticos eleitos podem se aproveitar de estar numa posição majoritária momentânea e, com isso, aprovar leis que de alguma forma os privilegiem e limitem a atuação e a liberdade dos eleitores mais insatisfeitos.

Para isso, conta e traz a ideia de *representational reinforment*, defendida por John Hart Ely, este por sua vez, trata da legitimidade das chamadas cortes constitucionais, ou órgãos com atribuição de ser o guardião da Constituição, e defende que a legitimidade democrática de tais órgãos está no seu papel garantidor da idoneidade das eleições. No entanto, Bruce Ackeman acaba tendo uma visão um pouco ampliada disso, questionando se tal função deveria necessariamente pertencer a um tribunal constitucional ou se deveria haver um órgão independente e especial para isso?

Thanks most no-tably to the work of John Ely, the need for a check against this sort of abuse is broadly acknowledged in constitutional circles. But it is a fair question whether we should entrust this function, which Ely calls representational reinforcement, solely to a constitutional court, or whether

³⁰¹ ACKEMAN, Bruce. New separation of powers. **Harvard Law Review**. Vol. 110, n. 3, jan. 2000, disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>>, p. 712.

³⁰² Tradução livre: “O desafio era definir as condições em que as reivindicações de especialização funcional por juízes e burocratas mereciam proteção constitucional contra esses esforços previsíveis de minar o Estado de Direito.”

some aspects of this mission deserve the attention of a special branch of government.³⁰³³⁰⁴

Como isso, Bruce Ackeman defende a criação do chamado *democracy branch*, na verdade, o fortalecimento desse ramo/órgão responsável por redesenhar distritos eleitorais, interpretar leis de financiamento de campanha e ser responsável pela contagem dos votos, que não seria propriamente um tribunal. No entanto, ele reconhece que em sistemas políticos estáveis, essa ideia não é muito bem vista, por acreditarem que seus métodos já funcionam em tal finalidade.

Para Bruce Ackeman, a dificuldade de que os países admitam um órgão independente e a postos de tutelar a arbitragem das eleições, caracteriza uma visão falha e, até certo ponto, retrógrada da clássica separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos. Como exemplo disso, ele cita a Comissão Eleitoral Federal, criada pelo Congresso americano à época do caso Watergate. Muito embora, ela tenha sido criada para ser um órgão independente para fiscalizar e conduzir as eleições, ele diz que é uma agência “whose administrative decisions are vilified by politicians, ridiculed by lawyers and overturned by courts”³⁰⁵

E para deixar ainda mais clara a sua fragilidade, o autor menciona que até hoje, aquela comissão não conseguiu convencer a Suprema Corte a aceitar uma petição sua sem que haja a permissão do Procurador Geral. Além disso, ele também levanta a questão de que a manutenção do sistema como está é favorável aos seus próprios interesses, pois “Who knows when a friend might be needed to place a protective shield around a dishonest vote count or an illegal campaign contribution?”³⁰⁶³⁰⁷

³⁰³ ACKEMAN, Bruce. New separation of powers. **Harvard Law Review**. Vol. 110, n. 3, jan. 2000, disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>>, p. 712-713.

³⁰⁴ Tradução livre: “Graças ao trabalho de John Ely, a necessidade de uma verificação contra esse tipo de abuso é amplamente reconhecida nos círculos constitucionais. Mas é uma questão justa se devemos confiar esta função, que Ely chama de reforço representacional, unicamente a um tribunal constitucional, ou se alguns aspectos desta missão merecem a atenção de um ramo especial do governo.

³⁰⁵ ACKEMAN, Bruce. New separation of powers. **Harvard Law Review**. Vol. 110, n. 3, jan. 2000, disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>>, p. 714.

³⁰⁶ Idem, Ibidem, p.713.

³⁰⁷ Tradução livre: “Quem sabe quando um amigo pode necessitar de uma proteção em torno de uma contagem de votos desonesta ou uma contribuição campanha ilegal?”

Como exemplo de um bom funcionamento disso, Bruce Ackeman traz o modelo indiano. Há a previsão constitucional expressa de uma comissão eleitoral, que se presta a salvaguardar a independência partidária das mais diversas pressões. O Chefe da comissão é indicado pelo Presidente e seus comissários têm mandatos de seis anos, bem como salários e privilégios próprios dos membros de uma suprema corte. Para ele, a comissão indiana é um exemplo a ser observado, pois muito embora a Índia tenha uma forte reputação de corrupção, a comissão tem sido um órgão bastante importante na manutenção da lisura e do bom funcionamento do processo eleitoral.

Não interessa ao objeto desta tese, maiores detalhes acerca da efetividade ou não de tais comissões. Apenas cabe aqui destacar o bojo da ideia defendida por Bruce Ackeman que servirá como um dos pilares da defesa da tese em desenvolvimento. Como pôde ser observado, pela primeira argumentação em favor dos direitos fundamentais, aqui especificamente os direitos políticos, fica claro ao autor a possibilidade de defesa de tais direitos a partir de um critério de limitação e controle, inclusive ao Poder Legislativo.

Para ele, o parlamento e suas maiorias transitórias, podem – e na maior parte das vezes, o fazem – legislar ao seu dispor, para atender interesses meramente eleitoreiros e partidários. No entanto, a preocupação com a limitação de poderes do parlamento, não poderia estar adstrita a defesa do processo eleitoral e, por consequência, à proteção dos direitos políticos. Por isso, Bruce Ackeman traz outra proposta de como a separação de poderes deve ser interpretada para a tutela de direitos fundamentais.

Isso porque, na visão do autor, tutelar tais direitos não esgota a demanda liberal em relação aos direitos individuais. Pelo contrário, para ele, o princípio da separação de poderes não pode ser utilizado como argumento capaz de limitar a ampla utilização dos direitos fundamentais, mesmo que isso se dê em favor de interesses majoritários.

As we all know, the assurance of free and fair elections hardly exhausts the liberal demand for individual rights. Although this single objective is far more difficult to achieve in practice than is generally supposed, it is hardly the crowning aspiration of the liberal's rationale for the separation of powers. On this view, democratically elected politicians should never be allowed to abridge a wide range of fundamental rights even if their repressive program

is endorsed repeatedly, and after sober deliberation, by the reigning majority.³⁰⁸³⁰⁹

Não há novidade nesse debate, para todos aqueles que são estudiosos da teoria constitucional, a tensão trazida pelo debate acerca da legitimidade democrática de órgãos responsáveis por limitar a atuação dos políticos democraticamente eleitos já é corriqueira na esfera direito constitucional. A tutela e efetividade dos direitos fundamentais, sempre acabam sendo fatores ponderados nessa discussão, mas o autor pontua a seguinte questão: é possível ter uma visão de separação de poderes capaz de persuadir a aceitar que a Constituição restrinja o exercício do autogoverno democrático sob o argumento de tutela dos direitos fundamentais? Na sua opinião, “it all depends on how one defines the fundamental.”

Aí então, ele apresenta duas visões: a do *Laissez-Faire Liberalism* e a do *Activist Liberalism*, o primeiro, uma percepção mais conservadora dos direitos, basicamente os resumindo às liberdades públicas. Já o segundo, preocupado com a questão da justiça distributiva, acredita que há a necessidade de tutela e proteção não apenas dos direitos propriamente individuais, mas, também, dos direitos positivos.

Aos liberais da corrente do *laissez-faire*, a preocupação central estaria num governo hiperativo que ameaçasse a liberdade, por isso, estariam satisfeitos com o *status quo*, de maneira que, a eles até interessa a atual lógica da separação funcional de poderes. Mas ele adverte que, ao aceitarem de bom grado que cortes constitucionais possam atuar na linha de frente na tutela dos direitos fundamentais, a hiperpolitização dos tribunais, pode acabar gerando o efeito que tais liberais mais temem que é o excesso de poder do Estado.

Já os adeptos do *activist liberalism*, preocupados com a justiça distributiva, pensam um pouco além daqueles, já que não se satisfazem com a manutenção do

³⁰⁸ ACKEMAN, Bruce. New separation of powers. *Harvard Law Review*. Vol. 110, n. 3, jan. 2000, disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>>, p. 718

³⁰⁹ Tradução livre: “Como todos sabemos, a garantia de eleições livres e justas dificilmente esgota a exigência liberal de direitos individuais. Embora este único objetivo seja muito mais difícil de conseguir na prática do que se supõe, não é a aspiração suprema da lógica do liberalismo para a separação de poderes. De acordo com este ponto de vista, os políticos eleitos democraticamente nunca devem ser autorizados a abrandar uma ampla gama de direitos fundamentais, mesmo que seu programa repressivo seja aprovado repetidamente e, depois de uma deliberação séria, pela maioria reinante.”

status quo e, por isso, consideram um novo uso da separação de poderes, além daquela velha concepção americana. Eles não se preocupam apenas com a tirania advinda do governo, mas também, de como os cidadãos podem ser facilmente privados de sua liberdade, pela ignorância, pobreza e preconceito.

Isso porque, para eles há um ciclo vicioso em que a injustiça gera fraqueza política e uma sociedade com essas características, tem dificuldade de se mobilizar em ações políticas eficazes. Os políticos estão mais interessados em ganhar eleições e, para isso, tentarão sempre aumentar suas possibilidades de eleições e reeleição e contarão com a ajuda dos mais ricos e instruídos.

Para essa corrente, não é suficiente a adoção do *constrained parliamentarianism*, baseado na velha separação de poderes, por não ser capaz de tutelar e promover a justiça distributiva, por isso, propõem um novo uso à separação de poderes, admitindo que outros órgãos atuem favor dos direitos positivos. Para os *activist liberalism*, a velha separação trinitária entre os poderes, transformou a tutela de tais direitos em “an exercise in futility”. Isso porque, raramente os pobres e sem instrução estarão em uma posição capaz de expressar suas necessidades com efetividade e os legisladores e administradores democraticamente eleitos, frequentemente ficam surdos ao apelo constitucional por justiça distributiva. E mesmo que os tribunais estejam dispostos a reparar esse déficit, pouco poder eles têm sobre as questões orçamentárias.

Because the poor and uneducated will rarely be in a position to express their political interests with great effect, a democratically elected legislature and executive will often turn deaf ears to the constitutional call for distributive justice — leaving the enforcement of any textual mandate for “positive rights” to the tender mercies of the judiciary. Even if a constitutional court were disposed to take such textual guarantees seriously, the judges would lack the remedial capacity to order the big budgetary appropriations necessary to transform “positive rights” into social realities. At the end of the day, constitutional “guarantees” of social welfare would not be worth the paper on which they were written.³¹⁰³¹¹

³¹⁰ ACKEMAN, Bruce. New separation of powers. *Harvard Law Review*. Vol. 110, n. 3, jan. 2000, disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>>, p. 721.

³¹¹ Tradução livre: “Porque os pobres e sem instrução raramente estarão em posição de expressar seus interesses políticos com grande efeito, um legislador e um executivo eleitos democraticamente muitas vezes ficam surdos para o chamado constitucional para a justiça distributiva - deixando o cumprimento de qualquer mandato textual a mercê do judiciário. Mesmo que um tribunal constitucional estivesse disposto a tomar seriamente tais garantias textuais, os juizes não teriam a capacidade corretiva de ordenar as grandes dotações orçamentárias necessárias para transformar os “direitos positivos” em realidades sociais. No final do dia, as “garantias” institucionais de bem-estar social não valeriam o papel em que foram escritas.”

Bruce Ackeman, porém adverte que além das implicações orçamentárias, a falta de controle para efetivar a tutela e proteção dos direitos positivos, pode prejudicar todo o discurso dos juízes e prejudicar até mesmo a proteção das liberdades negativas ou direitos individuais de primeira geração. É como o autor coloca: “Under this scenario, the proud activist effort to constitutionalize positive liberty may actually prove counterproductive, legitimating a whole-scale abandonment of the project of liberal rights protection.”³¹²³¹³

Seria até um pouco mais cômodo então, o contentamento com o discurso do *laissez-faire liberalism*, mantendo a formatação da tripartição de poderes, com a consequente aceitação do controle jurisdicional de constitucionalidade, no entanto, esse deveria ficar adstrito à tutela e proteção dos direitos negativos. Todavia, para Bruce Ackeman é mais vantajoso desafiar esse sistema e pensar em possíveis soluções, no caso aqui, uma solução que possa garantir a efetividade dos direitos positivos.

Eis que então o autor propõe a criação de um “*distributive justice branch*”, órgão e estrutura responsável por especificamente efetivar os dispositivos constitucionais que representam um verdadeiro dever prestacional do Estado. Para tanto, ele diz que a Constituição que preveja esse tipo de função específica do Estado, deve contar com uma destinação específica do produto interno bruto, para que ele não tenha maiores problemas no manejo de questões orçamentárias. Para evitar possíveis desvios de recursos, a Constituição deve ser o mais clara possível em relação a sua missão e o público alvo a ser beneficiado.

Estando ciente das dificuldades e problemas que poderiam ser gerados pela criação de tal órgão, Bruce Ackeman é otimista: “A distributive justice branch that can *credibly* deliver on its constitutional commitment to social justice will vastly

³¹² A afirmação autor parece ser bastante condizente com o que se vê na maior parte das discussões sobre a legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade, isso porque, é possível notar que essa discussão se arrefece ainda mais quando se está diante do fenômeno da judicialização da política, que basicamente atua diante da efetivação e exigência de cumprimento do dever do Estado em relação aos direitos sociais.

³¹³ Tradução livre: “Sob este cenário, o orgulhoso esforço ativista de constitucionalizar a liberdade positiva pode realmente se mostrar contraproducente, legitimando um abandono em larga escala do projeto de proteção dos direitos liberais.”

enhance the overall legitimacy of the system.”³¹⁴³¹⁵ O mais importante, principal mensagem deixada por ele em seu texto, é a necessidade de repensar o princípio, ele próprio propõe alternativas, mas sua mensagem central é a necessidade de não conformação com aquele modelo original e estanque pensado por Montesquieu e Madison.

No entanto, ele adverte para a necessidade de que as mudanças em relação à concepção original sejam feitas de forma paulatina e aos poucos, para que não gere tanto impacto e aversão. Assim ele diz: “At this early stage, it seems wiser to operate at retail rather than wholesale, allowing a new un-derstanding of the whole to emerge from the sum of the parts that survive collective scrutiny.”³¹⁶

Seu estudo preocupa-se com o questionamento sobre diversos dogmas relacionados ao princípio, algumas vezes reforçando e certas vezes questionando certos aspectos do princípio. Sua proposta de “*constrained parliamentarianism*”, em síntese conta com um núcleo central formado pelo parlamento democraticamente eleito que seria responsável pela escolha do governo. Este poder central do parlamento, no entanto, seria equilibrado e fiscalizado por uma série de órgãos especializados em diversas funções, tais como as comissões eleitorais independentes, responsáveis pela verificação e garantia das eleições, bem como o órgão responsável por promover a efetivação dos chamados direitos positivos e também por cortes constitucionais independentes.³¹⁷

A principal mensagem que pode ser retirada do texto do professor americano é a de que é preciso ter uma visão relativista do princípio da separação de poderes, devendo tal princípio ser interpretado e aplicado segundo as condições culturais, sociais, econômicas e etc de cada sociedade. Assim, ele diz: “In all cases, constitutional engineering must be combined with cultural sensitivity and economic realism.” E sendo bastante contundente sobre a não importação pura do modelo

³¹⁴ ACKEMAN, Bruce. New separation of powers. **Harvard Law Review**. Vol. 110, n. 3, jan. 2000, disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>>, p. 722.

³¹⁵ Tradução livre: “Um ramo de justiça distributiva que possa cumprir de forma credível o seu compromisso constitucional com a justiça social aumentará enormemente a legitimidade geral do sistema.”

³¹⁶ Tradução livre: “Nesta fase inicial, parece mais sensato operar no varejo do que no atacado, permitindo que uma nova compreensão do todo surja da soma das partes que sobrevivem ao escrutínio coletivo.”

³¹⁷ ACKEMAN, Bruce. New separation of powers. **Harvard Law Review**. Vol. 110, n. 3, jan. 2000, disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>>, p. 723

americano de separação de poderes que, não obstante funcione para os americanos, Bruce Ackeman acredita não ser correto a sua cópia irrestrita sem que atenda aos fatores anteriormente citados, então ele enfatiza:

For now, it is more important to recognize that America really is exceptional in its relatively benign experience with its familiar forms of separation. Despite our present military and cultural hegemony, we should be very reluctant to hold the American system up as an ideal for aspiring democracies throughout the world.³¹⁸³¹⁹

A utilização desse texto do Bruce Ackeman não teve por finalidade o apoio de suas conclusões, mas, sobretudo, a possibilidade de refletir sobre suas problemáticas, bem como algumas conclusões mediatas. O principal ponto levantado pelo texto que interessa a essa tese, resume-se numa pergunta feita pelo autor na página 639: “Separating power on behalf of what?”; seguida da clara mensagem que o texto passa de que o princípio da separação de poderes deve atender a fins conforme as necessidades relativas a cada cultura e povo.

Vale salientar que o professor americano, adepto da corrente dualista, entende por legítimos os órgãos do controle de constitucionalidade, como é o caso por exemplo, da Suprema Corte americana. Pelo texto aqui sintetizado, pode-se perceber que ele propõe uma engenharia constitucional um pouco mais complexa, formada por um sistema composto por mais órgãos além das cortes constitucionais, ou no caso americano, a Suprema Corte.

No entanto, nos textos “New separation of powers” e “Nós o povo Americano”, uma premissa bastante defendida, principalmente por aqueles que questionam a legitimidade democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade, é questionada por Bruce Ackeman: a de que o governo representa a vontade do povo, uma vez que é exercido por representantes eleitos pelo povo. Isso porque, para ele “devemos, em vez disso, encarar a realidade de Publius: durante a política normal, o

³¹⁸ ACKEMAN, Bruce. New separation of powers. **Harvard Law Review**. Vol. 110, n. 3, jan. 2000, disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>>, p. 725.

³¹⁹ Tradução livre: “Por enquanto, é mais importante reconhecer que a América é realmente excepcional em sua experiência relativamente benigna com suas formas familiares de separação. Apesar de nossa atual hegemonia militar e cultural, devemos ser muito relutantes em manter o sistema americano como um ideal para as democracias que aspiram em todo o mundo.”

povo simplesmente não existe; ele somente pode ser representados por seus “mandatários”.³²⁰

Na visão dele, na política normal, não há participação efetiva do povo nas questões de governo e, mais, como descrito no texto acima, ele ainda levanta questionamento sobre as intenções dos políticos democraticamente eleitos, dizendo que em boa parte das vezes, defendem interesses próprios e são corporativistas. Tanto é assim, que Bruce Ackerman levanta a necessidade de criação ou atribuição de independência a órgãos específicos para cuidar das eleições, como o exemplo das comissões eleitorais, por justamente acreditar que boa parte das vezes os políticos eleitos democraticamente, não agem em favor dos direitos de participação política, pelo contrário, algumas vezes agem contra eles.

Além disso, para Bruce Ackerman, mesmo tendo sido eleitos democraticamente, os membros do governo não contam com real legitimidade popular para desvirtuar as decisões tomadas pelo povo e refletidas no texto constitucional. Em sua opinião:

O Presidente e o Congresso normalmente não dispõem de apoio efetivo do povo norte-americano para atacar os princípios estabelecidos pelo sucesso conquistado no passado no âmbito da política constitucional. Se a Corte estiver certo em achar que esses políticos e estadistas foram além do seu mandato, ele estará ampliando a democracia, e não a frustrando, ao revelar nossos representantes como meros “porta-vozes” do povo, cuja palavra não deve ser confundida com o julgamento coletivo do povo em si mesmo.³²¹

Em sua concepção democracia dualista, a política constitucional é formada por decisões presentes, baseada em escolhas feitas pelo passado e sua preocupação está em ponderar o desejo das gerações atuais, com as escolhas feitas pelas gerações passadas, quando da promulgação da Constituição. Para Bruce Ackerman, a geração presente também tem direito de vê-se representada nos valores constitucionais, no entanto, isso não pode ser fruto de escolhas momentâneas, já que, as decisões e escolhas passadas, foram tomadas num momento em que de fato a decisão não é apenas de governo, mas de Estado, ou seja, do próprio povo.

Por isso,

³²⁰ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, p. 367-368.

³²¹ Idem, *Ibidem*, p. 366.

[...] a Constituição dualista impede que políticos eleitos abusem da sua autoridade. Eles não podem alegar que uma vitória eleitoral regular seja capaz de lhes conceder o poder de aprovar uma lei que vise a subverter as garantias alcançadas pelo povo em julgamentos anteriores.³²²

Bruce Ackerman defende o poder das gerações atuais poderem rever os valores contidos dentro da Constituição, de maneira que possam os mesmos se sentir parte do sistema constitucional. Para tanto, ele atribui papel de certa relevância ao método colocado à disposição dos aplicadores do direito, esses que por ser vez, serão grandes responsáveis pela atribuição de sentidos às palavras contidas na Constituição, tal método, qual seja, é a interpretação.

Numa síntese sobre o centro de sua teoria:

A boa notícia sobre o Presidente e o Congresso é que eles representam a vontade democraticamente expressa da geração atual; a má notícia é que a cidadania atual caracteriza-se por ser distraída com relação à vida pública e não está disposta a dar às questões fundamentais o julgamento e atenção necessários. A boa notícia sobre a Suprema Corte é que ela interpreta os princípios constitucionais sustentados pelo povo estadunidense nos momentos em que sua atenção e energia política não estão centralizadas nessas questões; a má notícia é que os cidadãos norte-americanos que fizeram esses julgamentos constitucionais são de outras gerações e não estão mais entre nós.³²³

Convergindo, em certo ponto, com a ideia de Bruce Ackerman, Ivo Dantas traz em seu livro 'Constituição e Processo' uma ideia interessante que ele chama de 'ideologia constitucional'. E ainda, Pablo Verdú, em seu livro 'sentimento constitucional', destaca a necessidade de compartilhamento de ideias e valores, como fator garantir da integração entre sociedade e Estado, ou porque não dizer, a Constituição. Pablo Verdú, no entanto, destaca em sua obra que esse sentimento por vezes pode ser demasiadamente espontâneo e emotivo, motivo pelo qual, as vezes, ele constituirá um perigo a ordem jurídica.

Daí porque, implícito no sentimento constitucional, Pablo Verdú traz a ideia de sentimento jurídico, de maneira que, toda essa emoção e espontaneidade, devem estar em acordo com a ordem vigente, de tal forma que sua compressão e todo o sentimento social compartilhado devem convergir para um determinado fim. Isso

³²² ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, p. 7.

³²³ Idem, *Ibidem*, p. 368

porque, sentir está ligado a ideia de “implicar em algo” e esse algo, pode ser entendido como o fim para o qual a ordem constitucional se direciona.

[...] o sentimento jurídico supõe a implicação com o ordenamento jurídico e com a idéia da justiça que o inspira e ilumina. Sentir juridicamente é implicar com o Direito vigente, com o todo ou com parte dele, dando-lhe apoio. Às vezes, a não-implicação indica que se prefere um Direito distinto, o Direito anterior ou outro melhor e/ou mais justo. Desse modo, o sentimento jurídico aparece como afeto mais ou menos intenso pelo justo e eqüitativo na convivência. Quando tal afeto versa sobre a ordem fundamental daquela convivência, temos o sentimento constitucional.³²⁴

Por isso, ao tratar da Constituição e de suas normas, aqueles que estejam responsáveis por sua interpretação e/ou proteção, devem estar atentos para o fato de que “o direito está condicionado e relacionado com a história do tempo em que ele é legislado.”³²⁵ e para Ivo Dantas, o direito constitucional é o que mais sente isso. Para ele, toda norma constitucional pressupõe uma ideologia constitucional, esta que decorre de uma evolução histórica da própria sociedade. A partir disso, o conteúdo material da Constituição vai depender da ideologia político-social que está presente naquela sociedade.

Interessante destacar que, o conceito material de Constituição para Ivo Dantas, diverge daquele conceito clássico que entende que Constituição é o conjunto de normas estruturais do Estado. No seu conceito, o conteúdo das constituições é determinado pela ideologia constitucional, que reflete o conjunto de fatores sociais, políticos, econômicos e etc, de cada sociedade. Definindo ideologia constitucional, ele diz: “conjunto de ideias que formam um programa, uma estratégia relacionada com a ordem política e social, visando defendê-la ou modificá-la.”³²⁶

Nesse sentido, atento a última parte do conceito supramencionado, a ideologia constitucional deve ser responsável e condicionará os intérpretes e protetores da Constituição a defendê-la e/ou modificá-la. Fazendo um paralelo com a principal preocupação da teoria de Bruce Ackerman, é justamente esse o equilíbrio que o sistema constitucional vigente deve sempre buscar: manter as decisões passadas, seja as mantendo como na sua origem pensou a geração que a escolheu, seja atualizando-a, ou até mesmo modificando-a para que ela, a Constituição, represente

³²⁴ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política.** Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 53.

³²⁵ DANTAS, Ivo. **Constituição e Processo.** 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 45.

³²⁶ Idem, *Ibidem*, p. 47.

os valores da geração sobre a qual se faz sua égide, sem que isso represente um verdadeiro retrocesso nas conquistas basilares da própria democracia.

E como tal, o princípio da separação de poderes não pode ser colocado fora dessa equação, de maneira que, assim como defendeu Bruce Ackeman, esse princípio deve ser sentido e interpretado a partir de uma finalidade. Esta finalidade, por sua vez, deve implicar em algo que signifique o arrefecimento do sistema constitucional, unindo os sentimentos daqueles que criaram as normas constitucionais, com os anseios dos presentes. Nunca olvidando, contudo, que toda a Constituição, sua aplicação e sua interpretação deve ser conduzida por um evolução histórica natural da sociedade na qual se insere, de maneira que, há uma lógica constitucional a ser seguida, lógica essa que deve estar sinérgica com a ideologia constitucional de seu povo.

6.2 A Constituição cidadã e a legitimidade do Supremo Tribunal Federal pela densificação de uma jurisdição constitucional substantiva baseada em direitos fundamentais

Como demonstrado no capítulo primeiro deste trabalho, o constitucionalismo teve como principal lema a preocupação com o Poder limitado e, para tanto, o fez por meio da previsão de separação de poderes e de direitos fundamentais. O conteúdo básico de uma Constituição de um país que adote a democracia constitucional é justamente esse. E não parece ser absurdo afirmar que, ao longo dos anos, especialmente depois do reposicionamento da Constituição no pós Segunda Guerra mundial, o conteúdo social, qual seja, os direitos fundamentais, tem sido o principal eixo de desenvolvimento do direito constitucional.

Aliás, sintomática é a própria evolução constitucional no Brasil, pois observe-se que em todas as Constituições brasileiras houve a previsão dos direitos fundamentais, estando ausente de previsão o princípio da separação de poderes na Constituição Polaca de 1937. Interesse notar mais ainda, que mesmo com a ausência de previsão de tal princípio na Carta de 1937 e com a extrema concentração de poderes ao qual detinha o ditador Getúlio Vargas, a Polaca sempre é apontada e referenciada quando se trata da evolução de direitos fundamentais no

Brasil, pois foi a Constituição brasileira que mais tratou dos direitos sociais até então.

Não se quer aqui louvar a ausência de tão importante princípio para o direito constitucional, de forma alguma, mas apenas apontar a preponderância que foi ganhando ao longo dos tempos, o catálogo de direitos fundamentais. Tal preponderância culminou com a assunção, pela Constituição Federal de 1988, de toda a filosofia pós Segunda Grande Guerra, onde parece ter restado claro que o fim do Estado seria, sobretudo, a garantia e efetivação de direitos fundamentais. Não por acaso, a Constituição brasileira foi carinhosamente chamada de Constituição Cidadã.

E assim o foi batizada pelo presidente da assembleia nacional constituinte, justamente porque seu foco central foi o cidadão. Não à toa, consta hoje como um dos princípios fundamentais, o princípio da cidadania, não à toa também, os direitos fundamentais, tratados nos demais textos constitucionais sempre ao final, no texto de 1988 estão eles situados logo no início, assim que a Constituição de 1988 estabelece os princípios fundamentais³²⁷. Além de também corroborar para essa afirmação, a expressa menção ao princípio fundamento da dignidade da pessoa humana, substrato e fundamento de todo e qualquer direito fundamental.

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.³²⁸

No emblemático discurso proferido pelo presidente da assembleia nacional constituinte, em 05 de outubro de 1988, quando da promulgação da República, o Deputado Ulysses Guimarães deixou claro o espírito da nova Constituição, seu significado de mudança e a condição de efetivação dos direitos fundamentais, para que ela de fato representasse o paradigma que ela representara naquele momento.

³²⁷ Sobre essa mudança na formatação tipográfica do texto da nova Constituição, destacou Ulysses Guimarães em seu discurso de promulgação: “Tipograficamente é hierarquizada a precedência e a preeminência do homem, colocando-o no umbral da Constituição e catalogando-lhe o número não superado, só no art. 5o, de 77 incisos e 104 dispositivos”.

³²⁸ BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> Acesso em 23 ago. 2015.

Assim o disse, sobre o texto que em vários trechos refere como o “estatuto do homem”:

A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa.³²⁹

Representação da completa ruptura com o sistema anterior, de regime autoritário, cujas ofensas a direitos fundamentais foram tamanhas, a Constituição cidadã, foi fruto de um momento em que a sociedade brasileira como um todo, sentia a necessidade de mudança e, principalmente, da volta ao respeito dos direitos mais básicos. Por isso, a Constituição vigente também foi chamada de cidadã, por ter contado com participação popular, como também destacou em seu discurso:

Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiros, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar.³³⁰

Sobre o peso democrático da nova Constituição e de como seu processo de elaboração foi o mais popular até hoje na história do direito constitucional brasileiro, assim disse André Vicente Pires Rosa:

Sin ninguna Duda esta Constitución, nacida El 5 de octubre de 1988, há sido la más democrática de todas em la historia de Brasil. Por eso uma de SUS principales características fue El acceso que todos lós sectores de la sociedad tuvieron a lós constituyentes. La participación popular, com sugerencias y em lãs discusiones, fue muy efectiva.³³¹

³²⁹ GUIMARÃES, Ulysses. Discurso de promulgação da Constituição Federal de 1988. **Anais da Assembleia Nacional Constituinte**. 05 de outubro de 1988. p. 14380-14382. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf/>> Acesso em: 24 nov. 2016. p. 1.

³³⁰ GUIMARÃES, Ulysses. Discurso de promulgação da Constituição Federal de 1988. **Anais da Assembleia Nacional Constituinte**. 05 de outubro de 1988. p. 14380-14382. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf/>> Acesso em: 24 nov. 2016. p.3.

³³¹ ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas y su control constitucional**. Prefácio de José Joaquim Gomes Canotilho. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 286.

Como testemunho da ampla participação popular, assim disse o deputado constituinte, Luis Inácio Lula da Silva: “eu que tive lá dentro, foi uma coisa maluca a participação da sociedade, a pressão da sociedade, a exigência da sociedade, sabe. A pressão dentro do plenário.”³³² E mais, para reforçar a ideia dessa participação e de uma participação, até certo ponto organizada e capaz de influenciar direto no processo de elaboração do novo texto constitucional, assim disse Cristóvão Buarque, na época, reitor da Universidade de Brasília.

Foi uma Constituição onde os constituintes ouviram a opinião pública. Eu demorei um pouco a dizer, porque eu ia dizer ouviram o povo, não foi o povo, o povo não entra aqui – referindo-se ao Congresso Nacional – ouviram a opinião pública. Qual a diferença? O povo é o conjunto de todos, a opinião pública é uma parte do povo, são aqueles que fazem a opinião que tem a opinião, são os sindicatos, são as organizações empresariais, são os jornais. Esses participavam das audiências, mas o povo descalço, o povo excluído, esse não participava, algumas representavam à eles, mas eram poucos. Na verdade, a Constituição ficou muito a favor dos grupos corporativos organizados.³³³

E para reforçar ainda mais, assim disse Paulo Paim

O movimento social cumpriu um papel fundamental na assembleia nacional constituinte. Foi a maior mobilização que eu vi, nesses meus vinte e três anos de parlamento. A pressão popular foi muito grande e isso se refletia nas comissões, na redação dada, nas propostas aprovadas, inclusive no plenário da assembleia nacional constituinte.³³⁴

Em tese publicada no ano de 2012 pela editora da Câmara dos Deputados, Leonardo Augusto Andrade Barbosa destacou o caráter inovador e fragmentário na elaboração do texto da atual Constituição brasileira. Inovador, pois ela quebrara o paradigma extremamente técnico usado pelas demais Constituições. Segundo ele, a Constituição não pode ser apontada como um texto elaborado apenas por notáveis, detentores de profundo e técnico conhecimento jurídico, como fora o caso das Constituições anteriores.

Mais do que assegurar aos bacharéis uma posição proeminente e supostamente inocente e desinteressada na política, a operação dessa engenharia – ou arquitetura, como preferia Reale – constitucional a um punhado de iniciados, os “redatores de Constituição”, nas palavras de Sartori. A experiência de 1987-1988 rompeu com esse paradigma de

³³² CRUZ, Cleonildo. Constituinte 1987-1988. Documentário. Montagem de Herivolton Santos.

³³³ Idem, Ibidem.

³³⁴ Idem, Ibidem.

processo constituinte, restrito às instituições e pautado pelos técnicos do governo.³³⁵

A elaboração da Constituição ficou a cargo de deputados e senadores, muitos deles sem qualquer conhecimento técnico, influenciados por uma forte e intensa participação popular³³⁶ e cujo trabalho se desenvolveu de forma bastante descentralizada. O caráter fragmentário deu-se pela ausência de um só grupo ideológico comandando os trabalhos de elaboração da Constituição, e mais, sem a presença de um anteprojeto, foi começar praticamente do zero.

Esse processo materializou uma recusa à Constituição de “notáveis”, à ideia de um texto “técnico”, a serviço de um programa já definido, portador de um saber confiável sobre o que é “bom para nós”. Esse saber deveria, agora, ser construído e, para isso, constituir as próprias condições de sua constituição.³³⁷

E ainda completa, para caracterizar esse processo de ruptura pelo qual o povo brasileiro passou, seu caráter paradigmático, fragmentário e democrático, pode-se assim dizer, e de como ele - o povo - foi figura importantíssima nesse processo e na elaboração da Constituição, Leonardo Augusto Andrade Barbosa arremata:

O pronunciamento de povo soberano não seria encarnado pelo unísono da voz autoritária, chancelada pelo verniz bacharelesco, mas por uma autêntica polifonia, cujo sentido somente pode ser apreendido em movimento, em seu próprio fazer-se. Esta é a nota de ineditismo que atribui à Constituição de 1988 um caráter verdadeiramente revolucionário.³³⁸

E depois de fazer uma descrição dos principais embates que circundaram o processo constituinte de 1987-1988, Leonardo Augusto Andrade Barbosa mais uma vez reforça a ideia de construção de uma nova identidade para o novo Estado brasileiro. Um Estado que, segundo ele, não servia a uma agenda específica político, ou a uma consciência hegemônica específica, mas que sobretudo, dentro

³³⁵ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012, p. 146.

³³⁶ Objetivamente: 122 emendas populares, muitas delas que contavam com mais de um milhão de assinaturas, conforme discurso de promulgação de Ulysses Guimarães.

³³⁷ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012, p. 147.

³³⁸ Idem, *Ibidem*, p. 147.

da diversidade, as vezes até inconciliável, legitima-se por representar a multiplicidade de necessidades democráticas daquele momento.

Pode-se falar, nesse sentido, em um processo constituinte com alto grau de *reflexividade*, ou seja, com acentuada vocação para problematizar a si próprio. Todas as demais assembleias constituintes da história brasileira tinham diante de si a missão de traduzir juridicamente um movimento político que estabelecera, *a priori*, sua agenda: a fundação de um país independente, a adoção da forma republicana de governo, a consagração de um estado centralizador em detrimento do governo oligárquico da Primeira República, a retomada do constitucionalismo liberal, em consonância com o desenlace da Segunda Guerra Mundial e, enfim, a institucionalização da ditadura militar.³³⁹

A Constituição cidadã, surgiu em meio a um apelo democrático que teve nos direitos fundamentais o seu principal alicerce. E mais, como observa Cáo Tácito, ao fazer uma comparação entre o sistema da Constituição de 1967/69 e a atual: “Em verdade, os direitos e liberdades são praticamente os mesmos, com desdobramentos e particularismos que visam a coibir o abuso de direito.”³⁴⁰ Havendo um aumento no rol das garantias que, doutrinariamente são consideradas os instrumentos de proteção e efetividade dos direitos fundamentais, o que demonstra uma clara intenção de não apenas reconhecer os direitos, mas e sobretudo, de protegê-los e garanti-los.

Houve uma clara extensão dos debates acerca da previsão de novos direitos, “Os debates em torna da garantia de direito das mulheres e da criança e do adolescente ganham força, bem como movimentos em torno da preservação do meio ambiente e contra as várias formas de discriminação.”³⁴¹ Isso porque, a nova Constituição quis colocar no centro das atenções o cidadão, motivo pelo qual, inclusive, também consagrou mais a efetiva participação popular na República, consagrando os instrumentos do plebiscito, referendo e iniciativa popular de leis, não mais apenas como mecanismos de processo legislativo, como também como direitos fundamentais.

³³⁹ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012, p. 239.

³⁴⁰ TÁCITO, Caio. **Coleção Constituições brasileiras: Volume VII - 1988**. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2012, p. 22.

³⁴¹ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012, p. 241.

E concluindo acerca do espírito sobre o qual surgiu a Constituição de 1988 que, a despeito de ter sido objeto da tentativa de monopólio por essa ou outra concepção política, teve em seu bojo, a construção de um texto que tentou aproximar a sociedade brasileira da política. Nascendo assim, uma Constituição que aqui ou acolá, possa ter reparos, mas que naquele momento, representou – quem sabe até de forma exagerada – os anseios da sociedade.

O processo constituinte de 1987-1988 conta uma história na qual é possível divisar com clareza esse momento de reflexão. Uma reflexão que não foi empreendida apenas pelos constituintes, mas que foi levada a efeito, genuinamente, pela sociedade brasileira. Restringir a reflexão sobre a legitimidade da Constituinte de 1987 à circunstância de sua convocação por emenda constitucional³⁴² é um reducionismo grosseiro. *Primeiro*, porque desconsidera o longo processo de amadurecimento trilhado pela reivindicação de uma nova Constituição ao longo de toda a década de 1970 e metade da década de 1980. A convocação não foi um gesto magnânimo e condescendente do presidente da República, mas a resultante de uma série de reivindicações que, ao longo de mais de quinze anos, foram se interpenetrando e convergindo sobre o poder instituído. *Segundo*, porque ignora que, com todos os seus problemas, a convocação proporcionou uma valiosa oportunidade de articulação entre Congresso e sociedade civil.³⁴³

Então, movidos por essa intensa participação popular que, bem ou mal, aproximou mais a povo brasileiro da política, uma Constituição com foco central nos direitos fundamentais foi produzida. Não parece absurdo imaginar que essa

³⁴² Vale aqui lembrar que a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 fora convocada por meio da Emenda Constitucional n.º 26 de 1985, motivo pelo qual se questiona brevemente sua constitucionalidade. No entanto, a única teoria capaz de justificar tal questionamento é a do alemão Otto Bachof, em sua obra “Normas Constitucionais inconstitucionais?”, no entanto, tal teoria nunca fora acatada por qualquer sistema até hoje existente. Além disso, cabe aqui lembrar a própria teoria do Poder Constituinte que ao elencar suas características, consagra o Poder Constituinte Originário como incondicionado, o que quer dizer que não há maneira predisposta para ele se manifestar, ele se manifestará da maneira mais adequada para a sociedade no qual ele emerge. Assim como diz “Da característica de incondicionalidade do poder constituinte deduz-se que não se exige, para a legitimidade formal da nova Constituição, que o poder constituinte siga um procedimento padrão predeterminado.” BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 121-122. O processo constituinte de 1987-1988, no que diz respeito à sua forma de convocação, acabou sendo igual aos demais processos, pelo menos no que diz respeito a maneira pela qual se manifestou, muito embora o fruto tenha sido uma Constituição, cujo conteúdo destoou sobremaneira dos demais, inclusive pela intensa participação popular e pela sua fragmentariedade, como já destacado no texto da tese. Sobre essa semelhança, Nelson Jobim, deputado constituinte, em documentário feito por um cineasta pernambucano, sobre a assembleia. Ao tratar de como se deu a elaboração da Emenda Constitucional n.º 26/1985, assim disse: “O Brasil, você não encontra rupturas. O Brasil é um país de transição, quando um regime se super, de dentro do próprio regime vão surgindo as fórmulas de superação do regime. Foi o que aconteceu.” CRUZ, Cleonildo. Constituinte 1987-1988. Documentário. Montagem de Herivolton Santos.

³⁴³ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012, p. 246.

aproximação foi a causa ou a consequência de uma Constituição tão cidadã, apenas parece ser incontestável a aproximação e interesse da sociedade brasileira, naquele momento, pelo conteúdo da Constituição. Acontece que, com uma Constituição tão analítica e programática, necessário seria a constante intervenção das ações do Poder Legislativo e do Poder Executivo para concretizá-la, movidos sempre pelo manto da discricionariedade no momento de suas escolhas.

Tais escolhas, por óbvio, deveriam levar em conta as necessidades do povo brasileiro, o problema é: quais necessidades são essas? Será que são realmente as necessidades do povo que são levadas em consideração? Ou na verdade, há interesses partidários e até mesmo de governabilidade que pesam mais na hora de suas decisões? Todos esses questionamentos são evitados de uma sensação de crise de representatividade pela qual parece passar hoje o Brasil. Aquela aproximação entre sociedade e poderes políticos, característica do processo constituinte, foi ao longo do tempo se desfazendo.

Como já mencionado na descrição do artigo do Bruce Ackeman no item anterior deste capítulo, a verdade é que, muitas das vezes os parlamentares agem contrariamente aos interesses do povo, justamente para salvaguardar interesses eleitoreiros próprios. Isso pode ser apontado como algo genérico e que por si só, não levaria à conclusão de uma crise de representatividade. Pensando especificamente no Brasil, algumas questões podem ser apontadas como indícios ou quem sabe, até provas da existência fática de uma verdadeira crise de representação política.

Pode-se apontar como fatores para a existência concreta dessa crise, os seguintes: a existência de inúmeros trabalhos acadêmicos que tratam sobre o tema; as constantes manifestações difusas que se desenvolveram a partir de Julho de 2011, com a famosa manifestação sobre o aumento de dez centavos nas passagens de ônibus; e o fator mais contundente e, talvez, o mais perigoso, o crescente número de eleitores que não comparecem às urnas para votar e, também, o crescente número de brasileiros que optam pelos votos brancos ou nulos.

Em texto publicado no ano de 2001, o Professor Roberto Amaral tentou já ali alertar para necessidade de fortalecimento dos mecanismos de participação popular, em face a constante falta de representatividade determinada pelo tipo de

organização que a política brasileira cotidiana tem. Já na introdução de seu texto, ele alerta que a vinculação da representação à democracia, não é algo determinante ou até mesmo, condicionante para a existência da mesma.

Se a democracia, uma variedade de mecanismos políticos e processos de decisão em que predomina a expressão da soberania popular, é um bem inquestionável – e certamente estamos em face da mais importante conquista política do Ocidente no último quartel do século XX, referimo-nos à recuperação e revalorização dos valores democráticos clássicos –, não é certo que a democracia representativa deva estar com ela identificada, ou muito menos que a encerre, porque não se trata, esta, de governo do povo, mas de processo de exercício do governo ou de elaboração de leis, de que o povo não participa, senão indiretamente.³⁴⁴

Como já mencionado quando da descrição sobre o desenvolvimento e criação do Estado americano, a ideia de uma democracia representativa, foi a alternativa viável para o exercício de um governo em que, de alguma forma, o povo pudesse ser responsável pelas decisões. Contudo, na impossibilidade de que todos do povo possam deliberar cotidianamente, a alternativa apresentada e defendida pelo partido federalista foi a ideia da representação.

Desta forma, desde a origem, a ideia de democracia representativa fora criada com uma função mais operacional, de maneira a possibilitar as decisões em nome do povo. Sua finalidade também era e é, a legitimação de tais decisões, não obstante o povo esteja limitado à escolha de seus representantes, sem muitos poderes para determinar, condicionar e muito menos de interferir em tais decisões. Acontece que, até mesmo o poder de decisão central do povo, qual seja, a escolha de seus representantes já é problematizada por Roberto Amaral, já que, segundo ele, não é tomada a partir de parâmetros subjetivos, mas sim, a partir de influências do poder econômico, pelo abuso do poder político e pela manipulação de processo eleitoral, levada à cabo pelos veículos de comunicação de massa.

A sociedade de massas, fenômeno da última metade do século findo, ao impor, por necessidade de sua lógica, o império da mediação, revelou, à luz do sol, a crise da democracia representativa. Esse vício deriva da intercorrência do poder econômico, desde sempre, do poder legal manipulador do sistema (processos de votação, construção dos distritos eleitorais, tipos de assembléias, regulamentação dos partidos, cláusulas de desempenho, controle de presença de partidos e candidatos no rádio e na televisão, formas e extensão do sufrágio, representação majoritária e proporcional, financiamento das campanhas etc.) e, de último, do poder

³⁴⁴ AMARAL, Roberto. Apontamentos para a reforma política: a democracia representativa esta morta; viva a democracia participativa. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 38, n. 151, jul/set, 2001, p. 29.

político dos meios de comunicação de massas, monopolizados ou oligopolizados, apartando o representante da vontade do representado, anulando o poder da vontade autônoma do cidadão, seja a vontade individual ou particular, seja a vontade decisória do representante, seja a vontade geral, a *volonté générale rousseauneana*, de índole contratualista não-liberal, implicando a prioridade do público ou comum sobre o privado ou individual, do geral sobre o particular, assim distinta da 'vontade de todos'.³⁴⁵

Em artigo publicado no ano de 2005, sobre como considerar mais a variante da interpretação na discussão acerca da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, Gustavo Just alerta para dois aspectos falhos da democracia representativa que devem ser ponderados em debates como esse. Primeiro deles que a participação popular da formação da vontade da lei, por si só, não esgota o ideal democrático. Enfatiza que essa foi uma tentativa própria do Estado providência, na tentativa de atender às necessidades de dignidade da pessoa humana, mas que não logrou em tantos êxitos assim.

Nessa perspectiva, a formação do Estado-providência (e da "democracia-redistributiva") teria correspondido à necessidade de expansão de uma legitimidade democrática que se reveleva deficitária ao se constatar que a introdução e a consolidação de mecanismos político-institucionais da democracia representativa (incluindo o sufrágio universal) não impediam nem a permanência nem o agravamento das desigualdades concretas.³⁴⁶

Isso se torna ainda mais sensível, quando percebe-se que na política cotidiana, não há efetiva participação popular na elaboração das leis, especialmente no Brasil, onde a representação, uma vez obtida pelo voto, encerra a ligação direta entre o povo e seus representados. Estes, que uma vez estando de posse de seus mandatos, pouco fazem para tomar suas decisões com base ou com o auxílio real do povo. Outro aspecto destacado por Gustavo Just acerca da representação, seria o mito de que os representantes são legítimos, porque representam a vontade geral. Esse aspecto ele inclusive considera o mais importante a ser considerado, a crítica estaria na própria distinção que há entre representantes e representados, na irrevogabilidade dos mandatos e na adoção do princípio majoritário. Com isso, ele diz que se pode até justificar institucionalmente a aparição do procedimento

³⁴⁵ AMARAL, Roberto. Apontamentos para a reforma política: a democracia representativa esta morta; viva a democracia participativa. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 38, n. 151, jul/set, 2001, p. 30.

³⁴⁶ JUST, Gustavo. A teoria da interpretação como variável do "paradoxo da jurisdição constitucional". **Revista de Informação Legislativa**. Ano 42, n. 165, jan/mar. 2005, p. 28.

representativo, mas não é capaz de ocultar a incoerência e o caráter ilusório da dita “vontade geral”.

A crítica da lógica representativa vem geralmente acompanhada pela denúncia dos fenômenos surgidos ao longo de sua histórica de implementação institucional e que agravam a sua inconsistência: o desinteresse dos eleitores, motivado seja por acomodação e por refluxo do ativismo político (no âmbito por exemplo do Estado-providência), seja por desinformação acerca das questões políticas; a distância entre os eleitores e os especialistas (muitas vezes tecnicamente complexas) submetidas ao parlamento; os diferentes níveis de manipulação da opinião, e desenvolvimento do *marketing* político etc.³⁴⁷

A democracia, seu exercício, parece ser sempre confundida apenas como um procedimento através do qual a sociedade contemporânea possibilita a construção de uma ordem social, baseada na vontade de todos. Mas como diz Arnaldo Miglino “Por isso o procedimento é um dos elementos que caracterizam a democracia, talvez o mais importante, mas certamente não é o único.”³⁴⁸ Para ele, além de um procedimento, a democracia é um regime através do qual se deve preservar, garantir e respeitar certos valores, valores esses que sejam representativos da vontade geral. Essa deve ser a finalidade última da democracia, porque para muito além de um procedimento, é um ideal político, um regime social que deve existir para a realização da vontade de todos e não de grupos ou setores específicos da sociedade.

Mas retomando à pergunta feita por Bruce Ackeman, disposta do item anterior “Separação de poderes para quê?” E, reforçando ainda mais, transmutando essa pergunta para uma outra que questione o regime político em geral: democracia para que? Estado para que? Arnaldo Miglino, concluindo porque a democracia não pode ser vista apenas como procedimento e adicionando à sua preocupação de diminuição do parâmetro democrático, pode-se também que a democracia não pode ser reduzida a vota, nem muito menos à ideia de representatividade, deve haver algo maior que a fundamente e, também, a determine. Esse algo maior deve ser a própria razão de ser do Estado, aquilo que o legitime, direcione e sempre o limite, aquilo que está na própria origem do modelo constitucional de Estado, qual seja, os direitos fundamentais.

³⁴⁷ JUST, Gustavo. A teoria da interpretação como variável do “paradoxo da jurisdição constitucional”. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 42, n. 165, jan/mar. 2005, p. 29.

³⁴⁸ MIGLINO, Arnaldo. **Democracia não é apenas um procedimento**. Tradução de Erica Hartmann. Curitiba: Juruá editora, 2006, p. 20.

A democracia não é apenas um procedimento. Antes de tudo, o mesmo princípio dialético procedimental é já um valor que pressupõe a operatividade de outros princípios: liberdade de opinião e de expressão; liberdade de obtenção de informação imparcial e correta; publicidade dos fatos que se referem à esfera pública. Já que em um momento essencial da democracia é a escolha dos governantes, como poderia, de maneira eficaz, o povo fazer uma escolha do genro sem gozar da liberdade intelectual e sem poder dispor das informações sobre a realidade? Além disso, todos os direitos subjetivos públicos são o meio através do qual a democracia tutela o desenvolvimento da pessoa humana. Isso se dá, como é particularmente evidente no caso dos direitos sociais, mediante a solidariedade que existe em nível coletivo. Trata-se de garantir valores que estão para além do procedimento e mesmo assim o condicionam as decisões.³⁴⁹

A observação de Arnaldo Miglino parece ir ao encontro das principais modificações que ocorreram no direito, essencialmente no pós Segunda Guerra Mundial, uma visão mais substantiva e material de democracia que poderá ser aplicada conforme o nível de concretização e respeito aos direitos básicos do cidadão e, de forma mediata, à própria ideia de dignidade da pessoa humana. Hoje, um tanto quanto óbvio esse pensamento, a verdade é que, como já demonstrado ao longo de todo o trabalho, nem sempre foi assim.

Os direitos fundamentais sempre estiveram presentes na ideia de limitação de poderes, típica do modelo constitucional, ao lado da separação de poderes, constituindo os pilares desse modelo de organização política. Porém, a partir da finalidade de limitação, esses pilares acabaram tendo sua função circunscrita à um perfil eminentemente político. Isso pode ser observado tanto na descrição do constitucionalismo americano, como na descrição do constitucionalismo francês. Naquele, destinado a limitar a liberdade do próprio povo e das diversas partes (as treze colônias) inseridas dentro de um mesmo território, que se pretendia uno; e nesse, quando escolheram limitar a autoridade já existente, através do exercício de poder mais desconcentrado.

Desta forma e como pôde ser observado no capítulo primeiro deste trabalho, em que se tratou do surgimento do Estado americano e, a partir de 1803, a criação do *judicial review* e todas as implicações políticas do caso, a jurisdição constitucional não nasceu atrelada à ideia de garantia e principalmente de direitos. A jurisdição constitucional nasceu nos Estados Unidos, com a finalidade precípua de garantir a

³⁴⁹ MIGLINO, Arnaldo. **Democracia não é apenas um procedimento**. Tradução de Erica Hartmann. Curitiba: Juruá editora, 2006, p. 20.

organização política, a Suprema Corte não teve outro papel que não o de garantir o regime federalista. Surgindo num contexto muito atrelado às preocupações sociais com o excesso de poder da autoridade, a Constituição e os instrumentos que a ela servissem, incluindo o controle de constitucionalidade, tinham um foco central em questões eminentemente políticas e, por conta disso, talvez encarassem tudo por esse prisma.

Um fator sintomático disso está na ausência dos direitos fundamentais quando da promulgação da Constituição americana, vindo apenas a fazer parte do texto da Constituição a partir das dez primeiras emendas em 1791. E mais,

Recorde-se que as dez primeiras emendas àquela Constituição foram consideradas como não-vinculantes para os Estados-membros pela Corte Suprema. Ademais, o segundo caso no qual a Corte Suprema estadunidense utilizou-se do controle de constitucionalidade das lei, após o caso *Marbury vs. Madison*, foi em 1857, no infame caso *Dred Scott* no qual a decisão majoritária assegurou o regime de escravidão, o que prova a timidez de um discurso legitimados dos direitos fundamentais.³⁵⁰

No capítulo dois desta pesquisa, especialmente ao tratar da corrente neoconstitucionalista, foi trabalhada a questão de como até a Segunda Guerra Mundial, a Constituição permaneceu sendo visto como mero instrumento de poder. As concepções do final do século XIX e início do século XX, especialmente as de Ferdinando Lassalle e de Carl Schmitt, são a maior representação disso. A tentativa de uma concepção mais jurídica da mesma, trazida à baila por Hans Kelsen, também não modificou o tratamento a ser dispensado aos direitos fundamentais, no sentido de dar-lhes um viés mais substancialista. Isso porque Hans Kelsen, apenas atribuiu um valor procedimental ao conteúdo das Constituições, com o intuito de garantir a validade do sistema como um todo.

A experiência constitucionalista talvez tenha necessitado sofrer um grande impacto, para que pudesse mudar a concepção acerca da finalidade de seu conteúdo e o conteúdo em si. Esse grande impacto teria sido os horrores ocorridos durante a Segunda Grande Guerra e a flagrante violação aos direitos fundamentais, motivo pelo qual o tratamento e função dos mesmos mudaram após aquele evento. Sobre de como tais direitos ganham uma força e a necessidade de sua efetiva

³⁵⁰ TAVARES, André Ramos. Por uma justiça constitucional substantiva. In: LEITE, G.S.; e LEITE, G.S. (Coord.) **Constituição e efetividade constitucional**. Salvador: Juspodvm, 2008, p. 15.

proteção torna-se um marco pós Segunda Guerra, eis o que diz Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, ao sintetizar o trabalho do Tribunal Constitucional alemão:

Apesar do alto grau de respeitabilidade alcançado pelo tribunal em pauta nos seus mais de 50 anos de existência, nos quais ele se dedicou sobremaneira à concretização dos direitos fundamentais, tornando tal tarefa a sua primordial, principalmente em face da traumática experiência histórica que antecedeu à sua fundação em setembro de 1951, existem vozes críticas na bibliografia especializada que falam em “tomada de trono” da ciência do direito do Estado pelo Tribunal Constitucional Federal.³⁵¹

Veja-se que ao destacar a principal função a que tem se dedicado o tribunal alemão, ele se mostra, até certo ponto, estranho – ou porque não dizer, incomodado – com o argumento contrário, de que poderia haver uma espécie de usurpação de competências institucionais por parte do tribunal. Há um intenso questionamento sobre as bases que legitimam o exercício da jurisdição constitucional, mesmo que ela possa de alguma forma, ser efetiva. Sobre a razão de tal lógica, estaria na própria configuração do sistema que, de certa forma, nunca pode ser deixada de lado, mesmo que por conta de bons pretextos. Veja o que diz Gustavo Just, tentando explicar a lógica desse questionamento.

Ocorre que, no caso do controle de constitucionalidade, a tensão com o princípio democrático se põe de um modo imediato e abstrato, independentemente da forma e dos resultados concretos no exercício dessa prerrogativa, o que significa que é a própria lógica da organização constitucional que se encontra assim em questão.³⁵²

Como descrito no item 3.2. desta tese, uma das principais consequências do pós Segunda Guerra, foi o fortalecimento dos mecanismos para a realização da jurisdição constitucional, com destaque aqui, para a adoção quase que em massa, de sistema de controle de constitucionalidade aos moldes do criado por Hans Kelsen. De tal forma que, com o fortalecimento dos direitos fundamentais, as Constituições do pós guerra, acreditaram que um dos principais mecanismos de realização desse mister, seria através da jurisdição constitucional.

Esse link entre o fortalecimento da Constituição e do controle de constitucionalidade, fora apontado no capítulo três como sendo um dos fatores

³⁵¹ DIMOULIS, Dimitri; e MARTINS Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 234.

³⁵² JUST, Gustavo. A teoria da interpretação como variável do “paradoxo da jurisdição constitucional”. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 42, n. 165, jan/mar. 2005, p. 26.

históricos da legitimação do instituto. Aqui, porém, a ênfase é mais tópica, tendo em vista que é possível se verificar uma legitimidade garantida através dos direitos fundamentais. Como sintetiza André Ramos de Tavares: “Não se pode olvidar que das decisões judiciais de cunho constitucional depende a efetiva existência de um Estado Democrático de Direito, com todos os seus consectários, dos quais se destaca o respeito aos direitos e garantias fundamentais do ser humano.”³⁵³

Certo é que, no pós 1945 a função inicial e política dos direitos fundamentais já estava bem estabelecida, não há mais problemas em termos de reconhecimento de tais direitos e seu caráter limitador, porém, o desafio do direito constitucional passou a ser outro.

Não mais se cogita de negar garantias ou direitos constitucionalizados como o principal vetor de risco, mas sim o esvaziamento de seu conteúdo operante, do alcance ao núcleo essencial de direitos fundamentais, e outros fenômenos cujo contraste com o texto constitucional se revelam bem mais sofisticados.³⁵⁴

Acabou que a tarefa de atribuir mais sentido e efetividade aos direitos fundamentais foi confiada a juízes e tribunais pois, principalmente eles, teriam como prática cotidiana o exercício de instrumento que ganhou maior relevo e liberdade, também no pós Segunda Guerra, a interpretação.

De outro lado, essas mesmas transformações postas aos formatos de constitucionalismo resultantes do debate político-institucional do final do século passado abrem uma oportunidade a uma jurisdição menos cartesiana e polarizada, que encontra na interpretação seu principal instrumento de identificação do sentido constitucional.³⁵⁵

Essa correlação pareceu inevitável, já que, a solução encontrada para a crise do positivismo jurídico e a falta de capacidade do direito visto apenas como condutas prescritas pelo Estado, foi a previsão de normas de caráter mais aberto e indeterminado e o fortalecimento dos princípios. Não é apenas o direito constitucional que acaba gerando uma postura mais ativista, mas sim, o direito como um todo, pois a partir desse contexto, a interpretação passou a ser um dos principais

³⁵³ TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 67-68.

³⁵⁴ BERMAN, J.G.; MOURA, F.; SILVA, C.A.; TAVARES, R.S.; VALLE, V.R.L.; e VIEIRA, J. R. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 19.

³⁵⁵ Idem, *Ibidem*, p. 19-20.

instrumentos de criação do direito, Não se podendo olvidar que é sim, no controle de constitucionalidade em que a interpretação poderá gerar mais impacto.

Por outro lado, o controle de constitucionalidade é geralmente reconhecido como o mais importante e mais ativo entre os mecanismos de intervenção da autoridade judicial, e particularmente da corte constitucional, na vida política; é, além disso, o momento em que ocorre o exercício mais importante se não o mais frequente, da interpretação constitucional.³⁵⁶

Na visão de Gustavo Just, apesar da interpretação ser uma das variáveis mais importantes na discussão acerca da legitimidade democrática dos órgãos de controle jurisdicional de constitucionalidade, ela é, até certo ponto, negligenciada na discussão. Do mero “boca da lei”, a um sistema que aliado a reformulação no conceito de norma, conta com novas teoria de interpretação que, no sem âmagô, trazem a ideia de que o sentido das normas escritas deve ser atribuído pelo intérprete, os juízes e tribunais acabaram ganhando a atribuição de não apenas reconhecer, mas sobretudo, conhecer dos valores aplicáveis aos casos que julgam. Mas o perigo está na seguinte indagação: “se essa conjugação de fatores, jurisdição constitucional mais o signo de supremacia do Judiciário, possa efetivamente pôr-se a serviço dos valores substantivos constitucionais voltados à tutela da centralidade da pessoa.”³⁵⁷

Partindo de uma Assembleia Constituinte tão difusa, fragmentária e porque não dizer, participativa, baseada na ideia de cidadania e na centralidade dos direitos fundamentais, a pergunta do Bruce Ackeman, “separação de poderes para que?” parece ser, não apenas no Brasil, o imperativo finalístico do Estado. Não há como ignorar o fator simbólico, já reiteradas vezes mencionado neste trabalho, de que o fortalecimento dos mecanismos e instituições aptas a realizar o controle jurisdicional de constitucionalidade, deu-se exatamente contemporâneo ao momento em que se pretendeu fortalecer o conteúdo mais social das constituições, em detrimento do conteúdo político.

Uma simples descrição genérica de alguns conteúdos da Constituição Federal de 1988 corrobora para essa conclusão, basta considerar o aumento considerável

³⁵⁶ JUST, Gustavo. A teoria da interpretação como variável do “paradoxo da jurisdição constitucional”. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 42, n. 165, jan/mar. 2005, p. 26.

³⁵⁷ BERMAN, J.G.; MOURA, F.; SILVA, C.A.; TAVARES, R.S.; VALLE, V.R.L.; e VIEIRA, J. R. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 21.

em termos de direitos fundamentais, seu reposicionamento dentro do texto e, ao lado disso, o crescente tratamento dado ao controle de constitucionalidade no Brasil a partir de 1988. O próprio texto originário já trouxe um sistema mais amplo, com a introdução da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e, mais, o aumento significativo no rol de legitimados para a propositura da maioria das ações de controle principal exercido pelo Supremo Tribunal Federal, prerrogativa que antes era conferida apenas ao Procurador geral da república que contava apenas com representação de inconstitucionalidade até 1988.

Ainda para atestar fortalecimento do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal, houve a introdução da ação declaratória de constitucionalidade, pela Emenda Constitucional n.º 03/1993 e mais a frente, a Emenda Constitucional n.º 45/2004 com a introdução da poderosa súmula de efeito vinculante. Essa pequena demora para que se incorporasse essa combinação, que ocorrera na Europa logo após a Segunda Guerra, não foi característica apenas do Brasil. Como adverte Boaventura de Souza Santos: “Na maior parte do século XX, nos países latino-americanos, o judiciário não figurou como tema importante da agenda política, cabendo ao juiz a figura inanimada de aplicador da letra da lei emprestada do modelo europeu.”³⁵⁸

Desta forma, “A redemocratização e o novo marco constitucional deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos.”³⁵⁹ Com todo esse espírito, aliados a uma Constituição que, para além de aumentar largamente o rol de direitos, trouxe vários instrumentos postos à disposição de sua efetivação, como não podia ser diferente, a expectativa pela implementação é sempre muito grande.

No caso do Brasil, mesmo descontando a debilidade crônica dos mecanismos de implementação, aquela exaltante construção jurídico-institucional tende a aumentar as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e as garantias consignadas na Constituição, de tal forma que a execução deficiente e inexistente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de procura dos tribunais.³⁶⁰

³⁵⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 21.

³⁵⁹ Idem, *Ibidem*, p. 25.

³⁶⁰ Idem, *Ibidem*, p. 25.

Boaventura de Souza Santos ao tratar dos fenômenos do ativismo judicial e, principalmente da questão relativa à judicializada da política, menciona o deslocamento da legitimidade do Estado, dos Poderes Legislativo e Executivo, para o Poder Judiciário, pois passou a ser considerado na expectativa da sociedade na efetivação dos direitos fundamentais. Porém ele mesmo observa: “Quando analisamos a experiência comparada, verificamos que, em grande medida, o sistema judiciário não corresponde à expectativa e, rapidamente, de solução passam a problema.”³⁶¹

E aí, eis que ele sugere os alertas que acabam sintetizando os principais problemas gerados ou discutidos em tema de ativismo judicial.

[...] o confronto político do judiciário com os outros poderes do Estado, dá-se quando, diante da apatia ou da incapacidade dos poderes políticos em resolver os conflitos ou em atender às demandas dos grupos sociais, o recurso aos tribunais leva o judiciário a interferir na política e nas condições de sua efetivação.³⁶²

E ainda, outra consequência gerada pela inserção mais ativa ainda, dos órgãos jurisdicionais na vida política, acaba fazendo com que eles também sofram com os vícios da mesma. Boaventura de Souza Santos, ao apontar o combate à corrupção, como também um fator da apontada postura mais ativista, acaba sintetizando o problema da politização do Judiciário da seguinte forma, com enfoque mais para os países subdesenvolvidos: “Quanto mais nos afastamos do centro do sistema mundial para a sua periferia, o enfoque não é a luta do judiciário contra a corrupção, mas antes a luta contra a corrupção do judiciário.”³⁶³ E com isso, as observações feitas acerca da crise de representatividade não podem mais ficar circunscritas aos Poderes Legislativo e Executivo.

Somando-se esses fatores, principalmente numa reação a postura mais criativa e a ingerência política levada a cabo pelo controle de constitucionalidade, o indicativo doutrinário é pela adoção de postura mais autocontida por parte dos órgãos que exercem a atribuição de guardião da Constituição. Porém, como observa André Ramos de Tavares:

³⁶¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 30.

³⁶² Idem, *Ibidem*, p. 29.

³⁶³ Idem, *Ibidem*, p. 27.

Adotada de maneira ampla, a *self restraint* desemboca na deslegitimação da Justiça Constitucional em extensas áreas nas quais sua atuação tem sido decisiva e legítima, especialmente em países como o Brasil. E essa desqualificação não pode e nem deve ser considerada como uma mera opção teórica; em muitos ordenamentos, especialmente quando a Constituição, como a brasileira, oferece sinais de adoção de uma atuação material da Justiça Constitucional como implementadora da Constituição, a referida exclusão da Justiça Constitucional seria inadmissível.³⁶⁴

Ele defende que a dificuldade de implementação do conteúdo em si da Constituição, gerada por uma “pseudo-abertura dos direitos fundamentais”, não pode ser justificativa suficiente para uma diminuição da atuação da Justiça Constitucional. A razão de tal afirmação, deve se ligar a própria mudança que a teoria do direito - com impactos mais contundentes no direito constitucional - sofre no pós Segunda Guerra. Não se pode ignorar que a postura mais ativista da jurisdição constitucional não ocorre apenas para atingir o ideal de concretização dos direitos fundamentais, mas também, como causa de um ordenamento jurídico que passa a contar com uma nova concepção de norma, baseado em princípios e com uma filosofia interpretativa que sugere que as normas jurídicas são criadas a partir de um processo interpretativo.

Contudo, isso não pode ser a justificativa para os excessos “Mas deve admitir-se que a defesa de uma atuação intransigente, global e exclusiva da Justiça Constitucional no âmbito dos direitos fundamentais é democraticamente repulsiva.”³⁶⁵ Isso porque, a função precípua para que surgiu e para que ser a Constituição nunca pode ser esquecida, qual seja, a limitação de poderes, de tal forma que, qualquer movimento no sentido de concentrar demais a realização dos fins do Estado, por mais legítimo que possa ser, deve ser combatido.

Talvez, o maior problema esteja no fato de que quando se trata do tema da legitimação democrática do controle de constitucionalidade, as perspectivas são sempre excludentes, como se não houvesse uma possibilidade de conciliação. Como observa André Ramos de Tavares: “Usualmente as teorias apresentam opções conflitantes, que não confiam na possibilidade de combinações ou da

³⁶⁴ TAVARES, André Ramos. Por uma justiça constitucional substantiva. In: LEITE, G.S.; e LEITE, G.S. (Coord.) **Constituição e efetividade constitucional**. Salvador: Juspodvm, 2008, p. 16.

³⁶⁵ Idem, *Ibidem*, 2008, p. 17.

concorrência funcional na concretização da Constituição”.³⁶⁶ A ideia sempre é defender ou justificar que esse ou aquele Poder do Estado, seja o responsável por dizer a última palavra em matéria de Constituição.

6.3 Da última palavra à construção de uma decisão a partir do diálogo

Desta feita, a alternativa mais viável de combinar tal mister com a teoria da Constituição, especialmente com a separação de poderes e sua missão política de limitação, seja a aposta no diálogo institucional ou até mesmo, o diálogo com o próprio povo. Sobre o diálogo institucional, interessante a obra “Diálogos institucionais e ativismo”, a qual pretende se fazer uma breve descrição a partir desta momento. Os autores da obra começam descrevendo a questão relacionada a ampliação da jurisdição constitucional, com a conseqüente finalidade de assegurar a efetividade de direitos fundamentais, apontando como o principal problema revelada a questão do ativismo judicial.

A grande problemática levantada pela obra é justamente a já mencionada um pouco mais acima e pode ser resumida no seguinte trecho:

A questão é saber se nesse contexto de intenso debate, é ainda sustentável a ideia-força de que deferir ao judiciário a “última palavra” se constitui em atributo indispensável de uma ordem constitucional comprometida com a justafundamentalidade de direitos inerentes à dignidade da pessoa; ou se existem arranjos institucionais alternativos, onde esse mesmo desiderato se possa alcançar sem riscos atinentes ao *gouvernement des juges*.³⁶⁷

Destaque-se que a teoria dos diálogos acabou aparecendo como uma opção viável entre a necessidade de concretização de valores de dignidade da pessoa humana e a supremacia parlamentar, em países onde esse dogma fora sempre o condutor das ações de Estado. Então eles mencionam como a origem desta corrente, países como o Canadá, Inglaterra e Nova Zelândia que tradicionalmente

³⁶⁶ TAVARES, André Ramos. Por uma justiça constitucional substantiva. In: LEITE, G.S.; e LEITE, G.S. (Coord.) **Constituição e efetividade constitucional**. Salvador: Juspodvm, 2008, p. 14.

³⁶⁷ BERMAN, J.G.; MOURA, F.; SILVA, C.A.; TAVARES, R.S.; VALLE, V.R.L.; e VIEIRA, J. R. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 22.

demoraram a creditar ao *judicial review* papel fundamental na tutela da Constituição, justamente por se fundarem na ideia de supremacia do legislativo.³⁶⁸

A maior questão em torno da disputa acerca da última palavra, nem sempre esteve na origem do controle de constitucionalidade, pois, na origem, o *judicial review* fora apenas uma autorização para que os juizes do Poder Judiciário americano pudessem exercer sua própria interpretação constitucional. Assim, as decisões de controle de constitucionalidade só ganharam esse patamar de última, a partir do momento em que foram confrontadas com a discordância posterior do legislador e do Poder Executivo.

A origem do que se poderia chamar de supremacia do Poder Judiciário, veio na chamada “Era Warren”, em referência a atuação da Suprema Corte americana, presidida pelo *Chief Justice* Earl Warren. Numa síntese do que significou e da pauta política dirigida por ele, enquanto Presidente daquela instituição, eis o que diz Flávia Santiago Lima:

A famosa composição da Corte encabeçada pelo *Chief Justice* Earl Warren (1953-1969) assumiu um papel protagônico na defesa das liberdades civis (liberdade de expressão e religião), na garantia dos acusados em processo criminal e, principalmente, na proteção do princípio do tratamento igualitário contra as normas de segregação racial. O reconhecimento das desigualdades sociais e raciais gerou a validação das políticas antidiscriminação, permitindo a seus defensores afirmar que o tribunal conduziria a nação a uma “nova democracia de direitos norte-americana.”³⁶⁹

Inclusive, aponta Flávia Santiago Lima que fora a partir desse momento, que surge as principais obras destinadas a tratar especificamente da legitimação da Suprema Corte americana, com destaque para Herbert Wechsler, Alexander Bickel e John Hart Ely.³⁷⁰ Para os autores de “Diálogos institucionais e ativismo”, essa discussão acerca da legitimação democrática, teve até mais peso no direito americano, já que na Europa a opção por sistema de tribunal uno na realização do

³⁶⁸ Mais uma vez a ligação existente entre controle de constitucionalidade e direitos fundamentais persiste, já que tal instituto vem a aparecer em países de tal tradição, em virtude da adoção ou fortalecimento de tais direitos a partir de 1980. BERMAN, J.G.; e TAVARES, R. S. Teorias dialógicas e os sistemas de Constituições não escritas: o caso israelense. *In Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. São Paulo. Novembro de 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2259.pdf> Acesso em 04 de dezembro de 2016, p. 2163.

³⁶⁹ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 63.

³⁷⁰ Idem, *Ibidem*, p. 63.

controle, trouxe a justificativa de que o mesmo desempenharia um papel mais neutro na dinâmica constitucional. Além de que, na origem, a preocupação central dos europeus foi de caráter técnico-processual, com o desiderato de uniformização de entendimento sobre a matéria constitucional, numa crítica ao modelo difuso típico dos Estados Unidos.³⁷¹

Porém, no pós Segunda Guerra com a consolidação do modelo kelseneano:

[...] a questão relacionada à defesa da constituição passa a envolver não mais essa dimensão aplicativa imediata, mas um plano mais sofisticado de atuação, que compreende identificar a norma contida no texto constitucional – muitas vezes não revestido de densidade indispensável a uma aplicação imediata, substantiva. Guarda da constituição, portanto, como objetivo da jurisdição constitucional; passa a envolver um intenso trabalho de delimitação e atualização do sentido do texto – o que por sua vez, acentua a questão democrática.³⁷²³⁷³

Tratando de Brasil, os autores destacam a evolução do controle com destaque a adoção da representação de inconstitucionalidade a partir de 1965. E dando destaque ao que representou o avanço do controle a partir de 1988, estabelecem a ligação do mesmo com o sentimento democrático que povoou a constituinte de 1987-1988, tendo em vista a ruptura que ele representou com o Estado de exceção anterior.

Na ocasião, a principal preocupação era, proteger o texto constitucional que, ao marcar a superação de um período de exceção política e institucional, haveria de ser revestido de um sobrevalorização, sem a qual, a acalentada recuperação da normalidade democrática não se verificaria. Na origem, portanto, a supremacia do Judiciário apresentava-se como garantia de abertura política, ao confiar-se ao STF, em particular, a honrosa tarefa de, em nome da guarda da constituição, proteger a democracia.³⁷⁴

A partir daí a corte superior do país tem-se posicionado no sentido de incorporar essa tarefa que, a princípio, o legislador constituinte pareceu lhe confiar, para se permitir ser ativista, inclusive se antecipando a possível controle sobre a

³⁷¹ BERMAN, J.G.; MOURA, F.; SILVA, C.A.; TAVARES, R.S.; VALLE, V.R.L.; e VIEIRA, J. R. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 24-25.

³⁷² Idem, *Ibidem*, 2011, p. 26.

³⁷³ Os autores ainda destacam que na Europa um novo elemento complicador da tensão democrática entre jurisdição e legislativa, dá-se pelo parâmetro proposto que não se reduz a Constituição nacional, mas, também, a aplicação do direito comunitário que eles apontam, inclusive como uma dos principais problema a ser enfrentado no século XXI. BERMAN, J.G.; MOURA, F.; SILVA, C.A.; TAVARES, R.S.; VALLE, V.R.L.; e VIEIRA, J. R. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 26-27.

³⁷⁴ BERMAN, J.G.; MOURA, F.; SILVA, C.A.; TAVARES, R.S.; VALLE, V.R.L.; e VIEIRA, J. R. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 29.

discordância do legislador às suas decisões. Como exemplo, mencionam a discussão em torno da decisão do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar revogado o Decreto Lei n.º 972 de 1969, acabou por invalidar a exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista. Tal decisão que se deu por meio do Recurso Extraordinário (RE) 511961, gerou reação quase imediata do Poder legislativo que iniciou o processo de votação de um projeto de lei de conteúdo contrário à decisão. Veja-se que neste caso, nem sequer trata-se de uma decisão dotada de efeito vinculante. Tal comportamento de legislador gerou posicionamento imediato do Presidente do tribunal à época que disse que tal lei, uma vez aprovada pelo Legislativo, seria novamente considerada inconstitucional pelo Supremo.³⁷⁵

Nesse cenário, os autores revelam que a crise da representatividade por qual passam os poderes de natureza essencialmente política, acaba por corroborar o argumento de legitimidade do Supremo Tribunal Federal como detentor da última palavra. No entanto, a tônica não pode ser essa, surgindo para o constitucionalismo, como alternativa para manutenção do sentimento constitucional a colaboração entre os poderes.

Disto decorre reconhecer que nenhum dos sujeitos constitucionais de poder revela-se, por si só, apto a solucionar os grandes dissensos quanto a direitos: impõe-se construir alternativas que permitam a contribuição de outras esferas – seja de poder político organizado, da sociedade, ou de fontes externas ao Estado nacional.³⁷⁶

É preciso que se compreenda que, evitar constituir qualquer órgão do Estado de detentor da última palavra não deve se dar apenas por uma questão de limitação de poderes, devendo também se levar em consideração insuficiência e limitações existentes em qualquer tipo de atividade. Assim sendo, a proposta de diálogo entre os poderes não deve ser vista apenas pela ótica de propor limites a uma atuação mais exagerada dos órgãos jurisdicionais, como também como uma proposta de complementação e colaboração para a construção de um direito ainda melhor.

A reflexão sobre as denominadas teorias do diálogo institucional ou constitucional remete para uma questão central, a relação entre política e direito. Esta articulação revela-se com toda força no processo interativo dos atores envolvidos quanto ao procedimento referido às decisões judiciais.

³⁷⁵ BERMAN, J.G.; MOURA, F.; SILVA, C.A.; TAVARES, R.S.; VALLE, V.R.L.; e VIEIRA, J. R. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 29-30.

³⁷⁶ Idem, Ibidem, p. 32.

Esse traço de completude é decorrente do próprio universo dialógico, que se opõe a um modelo de *strong judicial review*.³⁷⁷

As teorias dialógicas do direito pretendem oferecer uma alternativa baseada no diálogo que deve existir entre dois ou mais poderes do Estado. A ideia é superar maniqueísmos do tipo, supremacia judicial ou do parlamento, autocontenção ou ativismo,

Por sua natureza essencialmente política e por abranger os respectivos setores participantes, as teorias dialógicas colocam-se, naturalmente, opostas aos princípios da supremacia do Judiciário e ou de uma leitura tendente a conferir maior peso ao papel do Poder Legislativo na configuração política, quer em razão do esgotamento da oposição contramajoritária, exposta por Alexander Bickel, quer pela insuficiência de atendimento à proposta de abertura da interpretação à comunidade de intérpretes.³⁷⁸

Sinérgicas com a própria filosofia da função da Constituição e a ideia de equilíbrio entre os poderes, elas acabam representando um “signo de igualdade, respeito mútuo e reciprocidade. Denota uma relação horizontal e não hierárquica.”³⁷⁹ Em “Diálogos institucionais e ativismos”, são apontados os dois grandes vetores que norteiam a finalidade abordagem das teorias dialógicas:

a) restabelecer o reequilíbrio entre poderes, na busca de uma legitimidade democrática; b) articular a defesa de um *weak judicial review* como contraponto aos riscos de um ativismo judicial; e c) assegurar a concretização de direitos fundamentais, notadamente em favor dos seguimentos minoritários.³⁸⁰

As teorias dialógicas podem ser divididas em dois grandes grupos: quanto ao método judicial e as teorias estruturais do diálogo. Se referindo a primeira classe, os autores de “Diálogos institucionais e ativismo”, sintetizam da seguinte forma:

³⁷⁷ CARVALHO, F.M.; RÉ, M. C.; e VIEIRA, J. R. As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, outubro/2009. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf> Acesso em 04 de dezembro de 2016, p. 85.

³⁷⁸ Idem, *Ibidem*, p. 86.

³⁷⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em ciência política) – Faculdade de filosofia, letras e ciência humanas, departamento de ciência política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 97.

³⁸⁰ BERMAN, J.G.; MOURA, F.; SILVA, C.A.; TAVARES, R.S.; VALLE, V.R.L.; e VIEIRA, J. R. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 91-92.

O elemento central das teorias que têm no método judicial a sede da provocação ao diálogo é o uso consciente, pelo Poder Judiciário de técnicas que permitem ao julgador estimular e encorajar um mais amplo debate quanto ao sentido constitucional, com e entre os poderes políticos.³⁸¹

Nesta categoria eles catalogaram duas teorias: as teorias de aconselhamento judicial; e as teorias centradas no processo. Em ambas, o órgão responsável por fazer o controle, ao fazê-lo, usará de técnicas de decisão que estimulem de alguma forma, seja mais substantiva ou procedimental, aos demais poderes públicos a agirem desta ou daquela forma. Através dessas teorias, o diálogo subsiste em maior ou menos grau, porque através de uma decisão, o tribunal acaba ofertando margem de discussão e debates posteriores aos outros poderes.

Na primeira classe, que pode ser apontada de cunho mais substancialista, os órgãos de controle de constitucionalidade podem se valer de interpretações e técnicas mais proativas no sentido de além de analisar o conteúdo em discussão, estabelecem de forma sugestivas, ações futuras para outras esferas de Poder.³⁸² E também, estariam aqui as decisões que, não obstante não pronunciem a inconstitucionalidade, apontam a fragilidade da norma inserida no sistema. Assemelham-se a essas teorias a figura do apelo ao legislador e a inconstitucionalidade em trânsito.³⁸³

Enquanto isso, as teorias centradas mais no processo, são aquelas que afunilam o debate à questões de construção da norma em si, pode-se dizer que eles tem como foco central o processo ou procedimento utilizados pelo Poder pública. No sentido de alertar os legisladores para a atenção devida “à adequada deliberação em decisões políticas que podem afetar valores constitucionais substantivos.” E mais,

O cerne do diálogo, nas referidas teorias, reside no fato de que a pronúncia de inconstitucionalidade permitirá ao Legislativo lançar um segundo olhar sobre um tema que, na compreensão da Corte Constitucional, tenha sido tratado de forma apressada, ou superficial, sempre em risco à legitimidade da decisão.

³⁸¹ BERMAN, J.G.; MOURA, F.; SILVA, C.A.; TAVARES, R.S.; VALLE, V.R.L.; e VIEIRA, J. R. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 92.

³⁸² A título de exemplo, o prazo de 10 anos sugeridos como o prazo a ser observado para o término das políticas de cotas.

³⁸³ BERMAN, J.G.; MOURA, F.; SILVA, C.A.; TAVARES, R.S.; VALLE, V.R.L.; e VIEIRA, J. R. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 92-93.

A partir dessas teorias, a decisão de inconstitucionalidade teria como objetivo central, fazer o Legislativo pensar efetivamente na norma produzida e na solução dada, apontada como insuficiente. E neste caso, sem maiores problemas para uma nova análise por parte do tribunal ou órgãos de controle de constitucionalidade. Essas teorias são consideradas mais autocontidas, pois pois “preconiza que o julgador limite sua intervenção, de forma a deixar mais espaço ao parlamento para desenvolver a função que, na repartição constitucional de poder, lhe é própria.”^{384 385}

A crítica feita a essas teorias reside no fato de que ainda caberia aos órgãos jurisdicionais, de certa forma, a última palavra, tendo em vista “uma autoridade maior reconhecida à compreensão judicial do sentido constitucional.”³⁸⁶ Assiste razão a crítica feita, pois a questão da última palavra não está apenas presente em relação a última decisão, mas principalmente, na questão relacionada a quem tem o monopólio do último entendimento, sobre a matéria constitucional. Desta forma, a partir dessas teorias, o entendimento de tal matéria ainda fica circunscrita à jurisdição constitucional, que não impõe, mas de certa forma, baliza a reflexão do legislador.

Vale salientar ainda, como alertado pelos autores:

Em linhas gerais, a crítica apontada às teorias relacionadas ao método judicial, diz respeito à sua aposta na existência de uma vontade de colaboração e intercâmbio entre as estruturas formais de poder, de modo que o Judiciário efetivamente se veja sensibilizado a desenvolver uma pedagogia constitucional.³⁸⁷

Assim sendo, essa proposta de diálogo só servirá e funcionará se houver uma vontade real de colaboração entre os poderes, sem que haja uma verdadeira disputa de poder. Um ponto que pode ser contributivo para isso no Brasil, está no fato de não adoção da teoria dos motivos determinantes, de tal maneira, que ao discurso de orientação apresentado pelo órgão responsável pelo controle de constitucionalidade,

³⁸⁴ BERMAN, J.G.; MOURA, F.; SILVA, C.A.; TAVARES, R.S.; VALLE, V.R.L.; e VIEIRA, J. R. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 93.

³⁸⁵ Os autores apontam como maior expoente dessa linha de atuação da jurisdição constitucional Cass Sunstein, que tem uma teoria minimalista de atuação da jurisdição constitucional, limitando a atuação do controle de constitucionalidade à arbitragem de processos decisórios.

³⁸⁶ BERMAN, J.G.; MOURA, F.; SILVA, C.A.; TAVARES, R.S.; VALLE, V.R.L.; e VIEIRA, J. R. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 94.

³⁸⁷ Idem, *Ibidem*, p. 94.

não aparece como uma imposição. Ao lado das teorias dialógicas que levam em conta o método judicial, têm-se as teorias dialógicas estruturais que

[...] tem em conta menos o método de construção da decisão judicial, e mais as formas pelas quais se podem cunhar as relações entre estruturas, por intermédio de mecanismos institucionais ou políticos que permitam oferecer resposta a um decisão que gere desacordo.³⁸⁸

Dentro desse grupo, estão inseridas as de construção coordenada; as teorias de princípios jurídicos; as teorias de equilíbrio; e as de parceria. Na primeira classe, a proposta é de que a interpretação constitucional seja atributo dos “braços de poder”. Nesse caso numa hipótese de desacordo entre as várias esferas de poder, há “a prerrogativa de provocar a Corte, seja pela reedição do ato censurado seja pela oferta dos recursos correspondentes.”³⁸⁹

No segundo grupo, as teorias de princípios jurídicos, reconhecem o poder do judiciário em fazer a interpretação de princípios, na medida em que houvesse o erro, poderia haver o controle pelos poderes políticos, surgindo então, o diálogo. Eles entendem que partindo desse tipo de proposta, não há de fato um diálogo, mas sim, uma imposição do Poder Judiciário que poderá ter a anuência ou não dos demais poderes. A solução, no entanto, é a possibilidade de controle pelos demais poderes públicos da decisão e citam, por analogia, a cláusula não obstante, constante na seção 33 da Carta de direitos e liberdades do Canadá, sistema praticamente único no mundo, que prevê o chamado ‘controle fraco de constitucionalidade’. A partir dessa cláusula, seja o Parlamento ou as assembleias provinciais, podem editar ato anulando a decisão de inconstitucionalidade, mas apenas sobre matérias específicas, relacionadas a direitos fundamentais específicos.³⁹⁰

Poderia se comparar a tentativa frustrada de aprovação da proposta de emenda à Constituição n.º 33/2011, trabalhada pelo capítulo anterior, porém, como já mencionado lá também, o controle das decisões de controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal já está autorizada pelo esquema constitucional atual. Tendo em vista a ausência de vinculação do mesmo às

³⁸⁸ BERMAN, J.G.; MOURA, F.; SILVA, C.A.; TAVARES, R.S.; VALLE, V.R.L.; e VIEIRA, J. R. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 95.

³⁸⁹ Idem, Ibidem, p. 95.

³⁹⁰ A discordância do legislador só pode se referir aos direitos dispostos na seção 2 (direitos relacionados à liberdade de expressão, culto, crença, reunião e associação), nas seções 7 a 14 (referem-se às garantias relacionadas a aplicação da lei penal); e a seção 15 (relativa à igualdade).

decisões daquele tribunal, seu poder de controlar as decisões do órgão controlador, já existe. No entanto, talvez no plano teórico e mesmo que não tenha havido uma construção destinada a esta finalidade, a forma como esse diálogo está estabelecido pela Constituição de 1988 pode ser vista como mais simpática, pois se acaso o legislador brasileiro resolva editar norma contrária a decisão de inconstitucionalidade, formalmente, não se fala em controle da decisão, mas em simples discordância.

Outra categoria dentro das teorias estruturais do diálogo é a do equilíbrio, nesta categoria não se reconhece o Judiciário como instância capaz de lidar com questões de direitos. Assim “devem apenas atuar como uma das instâncias de discussão, de maneira a permitir que a sociedade alcance a concepção que entenda a melhor possível.”³⁹¹ Um dos seus defensores seria Friedman que entende que acaso o Judiciário venha a estabelecer um entendimento diferente do predominante na sociedade, será pressionado pela aprovação de leis em sentido contrário.

Neste tipo de posição, o diálogo talvez fosse garantido porque o Poder Judiciário acabaria servindo como uma espécie de moderador, na busca por novas alternativas e reflexão. Além de que, esse tipo de teoria dá à participação popular um valor importante para que se estabeleça um verdadeiro diálogo constitucional.

Tal incentivo à participação popular pode ocorrer, por exemplo, por meio de declaração escritas de direitos. Tais dispositivos teriam a importância de criar uma cultura de direitos humanos, na qual todos os membros da sociedade são convidados para participar da elaboração de seu conteúdo. Com isso, surgiria um diálogo a longo prazo, cujo interlocutor compreende a sociedade.³⁹²

Por fim, a teoria da parceria, que ofereceria uma solução ao possível déficit apresentado pela anterior, já que na anterior, ao dar enfoque na participação popular no diálogo, acaba não dando relevância ao diálogo institucional em si. A teoria da parceria pretende conferir um lugar específico no diálogo aos Poderes Judiciário e demais poderes políticos, a partir de suas próprias atribuições. Parte da ideia de que as contribuições de ambos os tipos de poderes, para o significado da Constituição são estruturalmente diferentes, mas que podem trabalhar de forma complementar. Assim,

³⁹¹ BERMAN, J.G.; MOURA, F.; SILVA, C.A.; TAVARES, R.S.; VALLE, V.R.L.; e VIEIRA, J. R. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 97.

³⁹² Idem, *Ibidem*, p. 98.

A combinação das duas perspectivas – a legislativa, acostumada a estabelecer políticas coletivas, e a judicial, destinada a interpretar o significado das disposições de direitos – seria o caminho para que o diálogo possa servir para fortalecer os direitos fundamentais.³⁹³

Assim como concluem os autores de “Diálogos institucionais e ativismo”, talvez a alternativa mais efetiva esteja na combinação destas duas últimas teorias: a do equilíbrio e a da parceria. Contudo o que mais importa e interessa, é que o diálogo só poderá ser possível se houver vontade para tal entre as estruturas do Estado que delineiam dia a dia o seu sentido. Ao fim, o que parece é que, constitucionalmente, o campo já está aberto, o esquema básico já está formado.

Uma Constituição que prevê harmonia entre os poderes, que dá ao Poder Legislativo o poder de dar sentido, complementar, dar aplicabilidade e até mesmo, atualizar a Lei Maior. Com um Judiciário capaz de analisar mais objetivamente e topicamente o sentido de cada dispositivo, sem que lhe dê poder de vincular o próprio legislador primário, pode-se dizer então de um sistema que, esquematicamente, oferece métodos ao diálogo.

Mas retomando a proposta trazida pela corrente dialógica do equilíbrio, importante é que esse debate também inclua o cidadão, porque foi nesse espírito que nasceu a Constituição de 1988. Os instrumentos? Já existem também, porém, eles precisam ser mais efetivamente utilizados. Institutos como audiências públicas (seja no âmbito do Congresso Nacional, seja na possibilidade que hoje existe no procedimento de julgamento das ações de controle principal feito pelo Supremo Tribunal Federal) e o *amicus curiae* precisam ser encarados não apenas como meros ritos processuais ou, no caso do controle de constitucionalidade, como mera adaptação formal da ideia trazida por Peter Häberle.

³⁹³ BERMAN, J.G.; MOURA, F.; SILVA, C.A.; TAVARES, R.S.; VALLE, V.R.L.; e VIEIRA, J. R. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 99.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade é sem dúvidas um dos principais valores do ser humano, no entanto, a vida em sociedade exige que ele abra mão de parcela dela para que possa, inclusive, ser ainda mais livre. Na razão disto está o direito e a própria ideia de autoridade, presença constante desde as mais remotas formas sociais. Pode-se dizer que a história da humanidade evolui em busca da melhor forma de autoridade que possa existir e desde que o homem se sentiu capaz de conhecer o mundo, não mais permite que a autoridade se utilize apenas do argumento da força, ainda que a mesma possa estar legalizada.

Assim, o declínio do modelo absolutista deu-se, principalmente, porque o homem não se satisfazia mais com o simples argumento legal como justificativa dos atos de Poder. Quando o homem se sente capaz de ser partícipe da formação da ordem social, a autoridade não poderia mais agir apenas impondo leis para garantir a coexistência social, deveria existir um vínculo ainda mais forte e que justificasse os atos do Estado. Esse vínculo foi formado pela obediência hierárquica, gerada por uma ordem que se tornou legítima por contar com seus próprios integrantes a concebendo e a realizando, quando então a autoridade é representada por uma abstração que, na verdade, é conduzida pela ideia de soberania popular, edificada por uma lei superior, a Constituição.

A própria vivência do homem e todas as suas experiências em criar uma forma social, levou a humanidade a uma preocupação central ao final do século XVIII: qualquer que fosse a forma de autoridade, ela deveria sempre ser limitada e responder sempre em nome de quem ela fala, assim surgiu o Estado Constitucional. Na origem, ainda contando com uma sociedade assustada pelas barbáries que o mesmo Estado havia produzido, muito embora numa formulação diferente quando ainda era personificado no modelo absolutista, o Estado Constitucional, só se legitimava se respeitasse a relação de limites que o próprio povo o havia fixado.

Os principais limites ali criados foram a separação de poderes e a previsão de direitos fundamentais e o Estado só se legitimaria se respeitasse o equilíbrio entre os poderes e o exercício de tais direitos. Para tutelar sua principal preocupação, bem como garantir a superioridade da Constituição sobre as demais leis, foi criado o

controle de constitucionalidade. Não por coincidência, seja porque tal instituto pressupõe o julgamento de um conflito – muito embora seja de normas – seja porque, o país que o criou, os Estados Unidos, confiou aos órgãos judiciários especial papel na consecução e afirmação do modelo de Estado que havia criado, esse instituto foi confiado à ordem do Poder Judiciário.

Acontece que, uma das mais significativas mudanças que se empreendeu com o surgimento do Estado Contemporâneo, foi justamente a ideia de que o homem só aceitaria limites a sua liberdade, se ele próprio fosse responsável por determiná-los. Na impossibilidade de que todos os homens participassem da criação das mais diversas leis necessárias a sua convivência social, foi criada a ideia do sistema representativo. Ou seja, o homem se submeteria a uma ordem, porque a cria por meio de seus representantes eleitos.

Mas então, como admitir juízes não eleitos pelo povo, possam invalidar essas leis, fruto da criação dos representantes do povo? A razão maior está no fato de que quando os órgãos jurisdicionais atuam, o fazem para defender aquela que é a maior representação axiológica da vontade popular, ou seja, a Constituição. A proteção da Constituição é uma necessidade vital, mas falar em nome dela ou lhe atribuir sentido e supremacia é uma tarefa muito poderosa e admitir que apenas um órgão seja detentor da última palavra em relação a matéria constitucional pode representar um perigo.

A única possível vantagem em se falar em última palavra, ou melhor, de que algum órgão do Estado seja o detentor de tal prerrogativa, é a segurança jurídica. Porém, dotar e legitimar qualquer órgão como tal, mesmo que sejam àqueles que formalmente detêm a maior legitimidade popular em virtude do voto, seria desvirtuar sobremaneira a própria intenção da Constituição e, principalmente, da separação de poderes. Já que, ao interpretar desta forma, mesmo havendo a previsão de tal princípio e o esquema formado para que haja um equilíbrio entre eles, ao fim e ao cabo, um deles seria a maior autoridade e, portanto, detentor de um poder tão superior aos demais que poderia se comparar ao próprio poder que o déspota tinha na fase do absolutismo.

Como foi demonstrado, a questão da legitimidade política e democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade está desde a origem do instituto. Seja

pela inserção na organização política do *judicial review*, passando pelo debate teórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, a mudança estrutural e conceitual pela qual passa o direito e especificamente o direito constitucional nos pós Segunda Guerra mundial, acabou por protagonizar a jurisdição constitucional como principal responsável pela proteção dos valores constitucionais.

O que se convencionou chamar de ativismo judicial é uma realidade, fruto dessas mudanças e sua principal consequência é a não possibilidade de se pensar mais a separação de poderes de uma maneira estanque, apenas diferenciando tais poderes a partir da ideia de função típica e atípica. Isso porque, é uma realidade, os poderes não mais exercem as funções dos outros de maneira atípica, em suas funções típicas também o fazem, destaque-se a criação normativa por meio de decisões judiciais, como consequência lógica da própria alteração por qual passou a ciência da interpretação.

No entanto, imperioso é que nunca se esqueça da razão central e principal finalidade que legitima o Estado Constitucional, a limitação ao poder. O que não se admite, nem se legitima são as arbitrariedades, a que se deve combater sempre, mesmo que eventualmente se legitime por circunstâncias casuais. Pensar em fim da separação de poderes é impensável, mas repensá-lo e dar-lhe um novo sentido parece ser mais que necessário. E talvez a saída seja a proposta trazida por Bruce Ackeman, evitar cópias de modelos sem sentido e/ou que não se adaptem à realidade brasileira, isso deve ser considerado.

E mais, pensar o princípio de uma maneira finalística, assim como também prega o professor americano: Separação em nome de que? Há hoje uma razão muito concreta que pode e deve legitimar o Estado, não se justifica o poder, simplesmente por sê-lo, deve haver uma razão maior do que isso, principalmente, porque todos agem em nome de uma só coisa, o povo. No final de tudo, não é o Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário que está falando, mas sim, o Estado, esse que por sua vez existe para organizar e permitir a coexistência social e como tal, garantir as principais necessidades de todos os partícipes da mesma e isso, sem dúvidas, é melhor representado pelos direitos fundamentais.

O argumento meramente formal de separação de poderes contra a atuação da jurisdição constitucional, sem que se tenha um embasamento empírico do perigo,

pode ser frágil. Mas também, não pode um único órgão se valer dos direitos fundamentais para legitimar uma atuação que acabe por atribuir-lhe uma posição de preponderância sobre os demais poderes. Há problema nas duas situações, porque a separação de poderes não pode impedir a concretização dos direitos fundamentais, nem eles podem ser o argumento para a existência de uma autoridade acima de todos, pois a única autoridade acima de tudo e de todos é a Constituição do povo.

A atividade colaborativa entre os três poderes se mostra como a única justificativa possível para legitimar o modelo constitucionalista de Estado. Interessante observar que a própria Constituição Federal de 1988, mesmo que sem intenção específica, ofereça a palavra que fundamente essa atitude, pois ao tratar do princípio da separação de poderes fala que eles devem ser independentes, mas harmônicos entre si. A palavra harmonia fora introduzida para dar mais o sentido de aplicação do sistema de freios e contrapesos, ou seja, o controle recíproco entre eles.

Tal sistema, muito embora tenha sido criado para determinar e garantir o equilíbrio entre eles acabou representando na prática, uma disputa de poder que acabou gerando a preocupação de controlar o controlador. Ainda partindo da ideia de equilíbrio, a abordagem não pode ser mais a de quem tem mais poder, ou de quem tem o poder por último, mas sim, que todos ajam em conjunto, inclusive com a colaboração do povo, para que ao fim, a decisão sobre a matéria constitucional seja legítima, porque foi construída por todos aqueles que representem a vontade do povo, falando em nome dele e resguardando aquilo que ele tem de mais precioso, a Constituição.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. New separation of powers. **Harvard Law Review**. Vol. 110, n. 3, jan. 2000, disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>>. Acesso em 20 set. 2015.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico brasileiro Acquaviva**. 9. ed. São Paulo: Jurídica brasileira, 2004.

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALVAREZ, Anselmo Prieto; NOVAES FILHO, Wladimir. **A Constituição dos Estados Unidos anotada**. São Paulo: Ltr, 2008.

ALVES, José Carlos Barbosa Moreira. Assembleia Nacional Constituinte: instalação. **Revista de Informação Legislativa**. Ano. 24, n.93, jan/mar, 1987.

AMARAL, Roberto. Apontamentos para a reforma política: a democracia representativa esta morta; viva a democracia participativa. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 38, n. 151, jul/set, 2001.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista de direito da UNIFACS**. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>> Acesso em 23 out. 2013.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal**: esse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira**: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa**: discursos parlamentares. Volume XLI, Tomo III. Ministério da Educação e Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa : Rio de Janeiro, 1914.

_____. **Atos inconstitucionais**. 2.ed. Campinas: Russell Editores, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C3%87O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> Acesso em: 20 set. 2010.

_____. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> Acesso em 23 ago. 2015.

BEIRED, José Luis Bendicho. Tocqueville, Sarmiento e Alberdi: três visões sobre a democracia nas Américas. **História**. São Paulo, v. 22, n. 2, p. 59-78, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/his/v22n2/a04v22n2.pdf>> Acesso em: 27 jan. 2011.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

_____. **Dilemas do Estado Federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BERMAN, J.G.; e TAVARES, R. S. Teorias dialógicas e os sistemas de Constituições não escritas: o caso israelense. **In Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. São Paulo. Novembro de 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2259.pdf> Acesso em 04 de dezembro de 2016, p. 2161 - 2188.

_____; MOURA, F.; SILVA, C.A.; TAVARES, R.S.; VALLE, V.R.L.; e VIEIRA, J. R. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: The Bobbs-Merrill company, 1962.

BIX, Brian. H.L.A. Hart and the 'open texture' of language. In: **Law, language and legal determinacy**. Oxford: Clarendon Press, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 13ª ed. São Paulo : Malheiros, 2006.

_____. **Teoria do Estado**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 281-284.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução de Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. Prólogo de Tércio Sampaio Ferrz Jr. 4.ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina.

CARVALHO, F.M.; RÉ, M. C.; e VIEIRA, J. R. As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, outubro/2009. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf> Acesso em 04 de dezembro de 2016, p. 81-92.

CASERTA, Marco. La “forma” democrazia. In: **Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt**. Roma: Aracne, 2005. Disponível em: <<http://www.aracneeditrice.it/pdf/0184.pdf>> Acesso em: 27 out. 2011.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **La question prioritaire de constitutionnalité**. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfDestaque_pt_br/anexo/plaquette_qpc1.pdf> Acesso em 20 ago. 2016.

CRUZ, Cleonildo. Constituinte 1987-1988. Documentário. Montagem de Herivolton Santos.

CRUZ, Gerardo Eto. John Marshall y La sentencia Marbury Vs. Madison. In: MAC-GREGOR, E.F (Coordenador). **Derecho Procesal Constitucional**. Colegio de

secretario de La Suprema Corte de Justicia de La Nación, A.C. Prólogo de Héctor Fix-Zamudio. 4.ed. Tomo I. México, 2003, p. 39.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O Controle de Constitucionalidade na França e as alterações advindas da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008.** Disponível em: <http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/O_Controle_de_Constitucionalidade_na_Franca_e_as_Alteracoes_advindas_da_Reforma_Constitucional_de_23_de_julho_de_2008.pdf> Acesso em 27 out. 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI.** São Paulo : Saraiva, 2010.

DANTAS, Ivo. **Constituição e Processo.** 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Teoria do Estado contemporâneo.** 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIMOULIS, Dimitri. Uma visão crítica do neoconstitucionalismo. In: LEITE, G.S.; LEITE, G.S. (Coord.) **Constituição e efetividade constitucional.** Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

_____; e MARTINS Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Antonio Carlos Almeida Diniz. **Teoria da Legitimidade do direito e do estado: uma abordagem moderna e pós-moderna –** São Paulo: Landy Editora, 2006.

DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas.** Tradução de Antônio Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DUARTE, Écio Oto Ramos; PAZZOLO, Suzzana. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição.** 2.ed. São Paulo: Landy, 2010.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais.** Tradução de Dunia marinha Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Anais do **IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Tradução de André Karam Trindade. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em 20 de out. 2016.

FERREIRA, Siddharta Legale. **Estado social e democrático de direito**: história, direitos fundamentais e separação de poderes. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Concurso-CSPB-monografiasiddharta.pdf> Acesso em 20/09/2016.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, RJ, n. 238, p. 37-41, out./dez. de 2004.

GALINDO, Bruno. Princípio da legalidade oblíqua e súmula vinculante: a atuação legislativa da jurisdição constitucional nos 20 anos da Constituição de 1988. In: ADEODATO, J.M.; BRANDÃO, C.; CAVALCANTI, F.(Cord.) **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso de promulgação da Constituição Federal de 1988. **Anais da Assembleia Nacional Constituinte**. 05 de outubro de 1988. p. 14380-14382. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>> Acesso em: 24 nov. 2016.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

HART, Herber L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

_____. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. In: **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução de Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Prólogo y traducción de Fernando de Los Rios. México : FCE, 2000.

JUST, Gustavo. A teoria da interpretação como variável do “paradoxo da jurisdição constitucional”. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 42, n. 165, jan/mar. 2005, p. 25-32.

_____. Princípio da legalidade administrativa: o problema da interpretação e os ideais do direito público. In: ADEODATO, J.M.; BRANDÃO, C.; CAVALCANTI, F.(Cord.) **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Tradução de Luciana Villas-Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gamas. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2007.

LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The Declining Influence of the United States Constitution. **New York University Law Review**, Vol. 87, 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1923556> Acesso em 22 out. 2011.

Leite, Maria Oderlânia Torquato. **O efeito vinculante no constitucionalismo brasileiro**. 2004.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF.** Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Renata Dayanne Peixoto. **A relação entre democracia e constituição: uma análise a partir da evolução do controle de constitucionalidade e fatores que o legitimaram.** 2012. 185f. Tese (Doutorado em direito). Faculdade de direito do Recife – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** Tradução de Julio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Tradução de Maria Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MAIA, Alexandre da. Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na história do direito pela legalidade e pelo conceito de direito subjetivo. In: ADEODATO, J.M.; BRANDÃO, C.; CAVALCANTI, F.(Cord.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Erga Omnes e Eficácia Vinculante.** Disponível em <http://www.processoscoletivos.net/doutrina/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/118-coisa-julgada-erga-omnes-e-eficacia-vinculante> - Acesso em 25 de setembro de 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo : Atlas, 2008.

MARRAFON, Marco Aurélio. ROBL FILHO, Ilton Norberto. Las fuentes jurídicas y el estado democrático y social: la crisis y notas para su superación. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional.** Universidad Nacional Autónoma de México. N. 33, jul/dicie. 2015. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/33/ard/ard5.pdf>> Acesso em: 05 jan. 2016.

MCKEAN, David e SLOAN, Cliff. **The great decision: Jefferson, Adams, Marshall and the battle for the Supreme Court.** Philadelphia: Perseus Books, 2010. Disponível em: <<http://books.google.com/books?id=MgvEISfWJHYC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>> Acesso em: 5 ago. 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em ciência política) – Faculdade de filosofia, letras e ciência humanas, departamento de ciência política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2004

_____. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO**, comentários à Lei n.º 9.868/99, São Paulo: Saraiva, 2012.

MIGLINO, Arnaldo. **Democracia não é apenas um procedimento**. Tradução de Erica Hartmann. Curitiba: Juruá editora, 2006.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Tradução de Manoel Innocêncio L. Santos Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

MONTESQUIEU, Charles-Louis. **Do espírito das leis**. Tradução, introdução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2004.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O triunfo tardio de Sieyès. **Revista CEJ**. Brasília, ano XIV, n. 50, p. 6-10, julho/setembro de 2010. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/1299/1357>> Acesso em 27 out. 2011.

PADOVER, Saul K. **A Constituição viva dos Estados Unidos**. Clássicos da democracia. Tradução de A. Della Nina. São Paulo: IBRASA, 1964.

PASSOS, Daniel Silva. A busca da legitimidade democrática pelo modelo judicial britânico. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 60, p. 71 a 94, jan./jun. 2012.

POPPER, Karl Raimund. **O racionalismo crítico**. 2 ed. Brasília: Editora UNB, 1994.

_____. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. In: ADEODATO, J.M.; BRANDÃO, C.; CAVALCANTI, F.(Cord.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas y su control constitucional**. Prefácio de José Joaquim Gomes Canotilho. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada**: pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Eliesete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **O Guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. Oxford: Oxford University, 1995.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?**. Organização e introdução analítica de Aurélio Wander Bastos. Epílogo de José Ribas Vieira. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. **Academia brasileira de direito processual civil**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Nagib%20Slaibi%20Filho%20\(5\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Nagib%20Slaibi%20Filho%20(5)%20-formatado.pdf)> Acesso em 21 out. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, interpretação e argumentação**: porque me afastei no neoconstitucionalismo. In: LEITE, George Salomão Leite; Sarlet, Ingo Wolfgang (Coord.). **Constituição, política e cidadania: em homenagem a Michel Temer**. Porto Alegre: Giw, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Professor britânico fala sobre a nova estrutura do Judiciário no Reino Unido durante palestra no STF. **Notícias do STF**. Sexta-feira, 16 de abril de 2010. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124496>>
Acesso em 05 nov. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Controle de constitucionalidade na França - Questão Prioritária de Constitucionalidade. Destaques do STF. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaques_pt_br&idConteudo=160929 > Acesso em 15 out. 2016

TÁCITO, Caio. **Coleção Constituições brasileiras**: Volume VII - 1988. 3.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

_____. Por uma justiça constitucional substantiva. *In*: LEITE, G.S.; e LEITE, G.S. (Coord.) **Constituição e efetividade constitucional**. Salvador: Juspodvm, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. rev. atual. São Paulo : Saraiva, 2013.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1991.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. **A estabilidade das decisões no controle de constitucionalidade abstrato**. São Paulo: Almedina, 2016.

The Constitution of the United States of América with the Declaration of Independence. New York: Fall River Press, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**: livro 2, sentimentos e opiniões. Tradução de Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Democracia na América**: livro 1, leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das Constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista de Direito Constitucional Brasileiro**. n. 16, p. 161-191, jul/dez, 2010, p. 177.

VALE, André Rufino. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista brasileira de direito constitucional**. São Paulo, SP, n. 09, p. 67-77, jan./jun. 2007.

VARGAS, Denise. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIGO, Rodolfo Luis. **Constitucionalização e neoconstitucionalismo**: alguns riscos e alguma prevenções. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v3n1/Vigo.pdf>> Acesso em: 24 out. 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. 2.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2002.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro : Renovar, 2008.

WALD, Arnold. A correção monetária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 136, p. 46-61, abr/jun 1979.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, vol. I e II.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y Constitución**. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Mínima Trotta, 2008.