

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FERNANDO FABIANI CAPANO

**O PODER JUDICIÁRIO E O MOVIMENTO DO
CONSTITUCIONALISMO. REFLEXÕES SOBRE O
ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DA
DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES**

SÃO PAULO

2011

C236p

Capano, Fernando Fabiani

O poder judiciário e o movimento do constitucionalismo. Reflexões sobre o ativismo judicial no contexto da doutrina da separação de poderes. / Fernando Fabiani Capano. - São Paulo, 2011.

170 f. ; 30 cm

Dissertação (Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie - São Paulo, 2011.

Orientadora: Monica Herman Salem Caggiano

Bibliografia : p. 153-170

1. Jurisdicionalização do Direito. 2. Politização da Justiça. 3. Estado Constitucional de Direito. 4. Constitucionalismo. 5. Justiça Constitucional. I. Título.

FERNANDO FABIANI CAPANO

**O PODER JUDICIÁRIO E O MOVIMENTO DO
CONSTITUCIONALISMO. REFLEXÕES SOBRE O
ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DA
DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Monica Herman Salem Caggiano

SÃO PAULO

2011

FERNANDO FABIANI CAPANO

**O PODER JUDICIÁRIO E O MOVIMENTO DO
CONSTITUCIONALISMO. REFLEXÕES SOBRE O
ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DA DOCTRINA
DA SEPARAÇÃO DE PODERES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico, da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovado em

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Monica Herman Salem Caggiano
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Cláudio Salvador Lembo
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof.^a Dr.^a Eunice Aparecida de Jesus Prudente
Universidade de São Paulo

Dedico este trabalho à minha família, que, a exemplo das demais dedicatórias que fiz, permanece sendo minha referência essencial. Pai, gênio do bem viver – quisera eu ter metade de seu entusiasmo e carisma. Mãe, sábia mulher guerreira e fonte ilimitada de amor – a quem devo o gosto pela cultura. Vó, também guerreira, daquelas que não mais se fazem – exemplo de cultivo das boas virtudes. Irmão, companheiro de aventuras, grande parceiro e professor. Esposa, eterna entusiasta do meu caminho. Zequinha, bichinho que veio para o seio familiar e conquistou a todos, demonstrando os desígnios do Ser Superior em todo o universo. Amo e me orgulho muito de todos vocês...

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos especiais à Professora Doutora Monica Herman Salem Caggiano, que, além de me sugerir, em meus primeiros dias de mestrado, o tema com que trabalhei nesta dissertação, também me acolheu, com grande paciência, extrema delicadeza e superior inteligência, no ambiente docente da Universidade que tanto amo.

Também meus agradecimentos ao Professor Doutor Cláudio Lembo, que, além de me honrar com sua presença em minha banca, agraciou-me, na oportunidade da banca de qualificação, com seus conselhos, dignos da sabedoria que só os grandes homens possuem.

Os mesmos agradecimentos são feitos à Professora Doutora Eunice Aparecida de Jesus Prudente, posto que me iluminou com sua imensa experiência no trato das questões sociais.

Agradeço a todos os professores do programa da Pós-Graduação *strictu sensu* da Universidade Mackenzie. Esses profissionais, além de me honrarem com o custeio, através de concessão de bolsa, de parte de meus estudos, também me forneceram as essenciais bases mestras do conhecimento e experiência docente que adquiri nestes últimos dois anos.

Agradeço, ainda, aos meus companheiros-sócios: Leonardo, Álvaro, Ricardo, Luis e Gislene, fiéis parceiros nesta árdua e diária operação do Direito – espero estar sempre com vocês.

Também agradeço à Vivian que, embora não mais esteja no mesmo *front* de batalha por questões outras, ainda ostenta importância ímpar em minha vida.

Não poderia ainda deixar de agradecer aos amigos, grandes parceiros do palco da vida. Sem eles, quer seja na esfera profissional, quer seja na esfera pessoal, nada disso seria possível.

Finalmente, mais uma vez agradeço à centenária academia mackenzista, que continua, à semelhança do ocorrido nos bancos da graduação, proporcionando-me intensa e maravilhosa vida acadêmica.

RESUMO

O presente trabalho pretende aferir, no contexto do movimento do constitucionalismo, qual foi e qual é o papel do Poder Judicial na consolidação histórica dos direitos fundamentais do ser humano. Pretende, ainda, investigar grande parte da mais importante produção doutrinária acerca da separação de poderes, dando lastro à discussão sobre nascimento, crescimento e consolidação do papel da Justiça Constitucional como força garantidora dos valores esculpidos nas Constituições dos países com prática democrática. Nessa linha de raciocínio, esta dissertação adota como ponto de partida o fenômeno da jurisdicionalização da política ou a politização do direito, entendido aqui como fenômeno social apto a demonstrar o novo papel assumido pelo Poder Judiciário nos dias atuais. Em seguida, o trabalho reconstrói a linha histórica da formação do ente estatal, passa pelo Estado Liberal e pelos direitos fundamentais de liberdade, caminha pelo Estado Social e pela consolidação dos direitos de prestação e termina na formação do Estado Constitucional de Direito e no surgimento dos direitos supraindividuais, envolvendo a esfera da solidariedade e fraternidade dos povos como destinatária de tais direitos. No terceiro capítulo, a preocupação se dá com a doutrina da separação de poderes, passando por sua concepção e posterior evolução, na tentativa de situar o trabalho da função jurisdicional como contraponto dos demais poderes instituídos. Durante o quarto capítulo, demonstra-se conceitualmente o movimento do constitucionalismo e o surgimento e a operacionalização histórica, ante a centralidade que a Constituição adquiriu modernamente, das Justiças Constitucionais em diversos países. Outrossim, o terceiro capítulo traz a problematização do neoconstitucionalismo como nova teoria do Direito, a demonstrar ainda os métodos de interpretação da Lei Maior que pretendem dar cabo da missão de tornar efetiva, pela aplicação direta de valores, dos princípios havidos nas Constituições modernas, bem como o problema do chamado ativismo judicial que, por vezes, ultrapassa a tênue linha demarcatória havida entre a legitimidade da função judicante própria e a usurpação das decisões políticas concebidas em processo legítimo em outras esferas democráticas. Finalmente, à guisa de conclusão, percebe-se a necessidade do equilíbrio entre as diversas funções estatais, salutar para a manutenção coesa do sistema democrático.

Palavras-chave: Jurisdicionalização do Direito. Politização da Justiça. Estado Constitucional de Direito. Constitucionalismo. Justiça Constitucional. Ativismo Judicial. Neoconstitucionalismo. Separação de Poderes.

ABSTRACT

The present work intends to study, in the context of the constitutionalism, which was and which is the paper of the Judicial Power in the historical consolidation of the basic rights of the human being. It still intends to investigate great part of the most important doctrinal production concerning the doctrine of the separation of powers, giving ballast to the quarrel concerning the birth, growth and consolidation of the paper of Constitutional Justice as warranting force of the values sculptured in the Constitutions of the countries with democratic experience. In this line of reasoning, this work adopts as starting point the phenomenon of the legalization of the politics or the politicalization of the law, understood here as a social phenomenon, which demonstrate the new role assumed by the Judiciary Power in the current days. In the next chapter, this work reconstructs the historical line of the formation of the State, starting with the Liberal State and the rights of freedom, going through the Social State and the consolidation of the social rights, finishing with the formation of the Constitutional State and the sprouting supply-individual right, also involving the sphere of solidarity and fraternity rights. In the third chapter, the concern is the doctrine of the separation of powers, passing for its conception and evolution, in the attempt to point out the work of the jurisdictional function as counterpoint of the other instituted powers. During the fourth chapter, this work demonstrates the movement of the constitutionalism, considering the center role that the Constitution acquired modernly, and the conception of Justice Constitutional in diverse countries. The third chapter also brings the problem of the neoconstitutionalism as new Law theory, demonstrating the methods of interpretation of the Constitutional Law, intending to give handle of the mission that constitutional principles have, in the modern Constitutions, by becoming effective, using the direct application of values, as well as the problem of the judicial activism that, in many times, exceeds the tenuous line between the legitimacy of the proper judicial function and the usurpation of the political decisions conceived in legitimate process in other democratic spheres. Finally, study perceives the necessity of the balance between the diverse state functions, to maintenance a healthy democratic system.

Key Words: Judicialization of the Law. Politicalization of Justice. Constitutional State. Constitutionalism. Constitutional Justice. Judicial Ativism. Neoconstitutionalism. Separation of Powers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO DIREITO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO NA INTERSECÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO	20
2 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES AO LONGO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO	31
2.1 Reflexões introdutórias acerca do conceito de Estado.....	31
2.2 Do Estado Liberal – A primeira dimensão dos direitos fundamentais.....	35
2.3 Do Estado Social – A segunda dimensão dos direitos fundamentais.....	38
2.4 Do Estado Constitucional de Direito – A consolidação da terceira dimensão dos direitos fundamentais.....	43
3 A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES – HISTORICIDADE, EVOLUÇÃO E ATUAL INTERPRETAÇÃO	54
3.1 Historicidade da doutrina.....	54
3.2 A posição de Locke.....	57
3.3 O pensamento de Montesquieu.....	59
3.4 A doutrina clássica da separação de poderes e suas reverberações.....	62
3.5 Reflexões atuais acerca da doutrina da separação de poderes.....	73
4 CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO: O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL NA CONFORMAÇÃO DAS TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	88
4.1 Considerações históricas acerca do Constitucionalismo.....	88
4.2 Reflexões acerca das normas constitucionais e a Justiça Constitucional como força garantidora da Constituição.....	100
4.3 O neoconstitucionalismo como problemática teórico-filosófica e a questão da interpretação da Constituição.....	116
4.4 O ativismo judicial: O Poder Judiciário criador do Direito.....	137
CONCLUSÃO	149
BIBLIOGRAFIA	153

INTRODUÇÃO

Em diversas sociedades contemporâneas, em especial naquelas que experimentam uma aguda e prolongada experiência de imersão constitucional, a relação entre os Poderes constituídos tem sido deveras conturbada.

Se, de um lado, em alguns setores governamentais, é nítida a falta de capacidade de implementação de valores constitucionais tendentes a garantir a dignidade humana, de outro lado emerge um ativismo, por vezes desorganizado, que promete e pretende chamar para si a responsabilidade de resolver profundos problemas sociais que afligem grandes parcelas da população das sociedades pós-modernas.

É cristalino, desse modo, ao que parece, que a conjugação de ferramentas da Ciência Política e do Direito são imprescindíveis para que possamos, em abordagem interdisciplinar, analisar o tema da atual atividade jurisdicional e seus limites, no âmbito de sociedades inseridas no que podemos chamar de movimento neoconstitucional.

Portanto, considerando a correlação entre fenômenos sociais estudados pelas duas ciências supramencionadas, temos assistido, a partir da Segunda Guerra Mundial, um nítido avanço, no mundo ocidental, da Justiça Constitucional sobre o espaço outrora historicamente reservado à Política produzida e efetivada no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, lastreados e legitimados para tanto pelo voto popular.

A teoria clássica da separação de poderes que enxergava no Poder Legislativo, no século XIX, a ‘caixa de ressonância da sociedade’, enquanto o Poder Judiciário era apenas e tão somente, na concepção do século XVIII, a ‘boca da lei’, não mais encontra guarida em nossa realidade. É o que chamamos de judicialização do sistema político.

Acerca desse fenômeno, esclarece Luis Roberto Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o

Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.¹

Aliado à questão da judicialização, não podemos deixar de mencionar, visando a aprofundar a apresentação do tema, o movimento neoconstitucionalista a que nos referimos, que, apenas a título introdutório, reconheceu modernamente que as Constituições deixaram de ser meras reproduzoras de sistemas políticos, sendo certo que possuem, a exemplo da própria Constituição pátria, verdadeiros objetivos a serem perseguidos pela sociedade, trazendo consigo princípios com força normativa, com aplicabilidade exigível judicialmente.

Sobre o neoconstitucionalismo, Alexandre Garrido assim assevera:

O vocábulo neoconstitucionalismo tem sido utilizado [...] para destacar as relevantes transformações metodológicas, teóricas e ideológicas ocorridas no âmbito do Direito Constitucional no período histórico posterior ao término da segunda guerra mundial. Essas transformações não tiveram lugar apenas na dimensão histórico-positiva de inúmeros ordenamentos jurídicos nacionais, repercutindo, também, sobre o estilo e os pressupostos metodológicos e filosóficos assumidos pela doutrina jurídica em suas reflexões sobre os direitos fundamentais, a democracia e a legitimação do texto constitucional.²

De algumas das premissas do neoconstitucionalismo³, pode decorrer o chamado

¹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil*, nº 3. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 30 out. 2009.

² DA SILVA, Alexandre Garrido. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula et al. (coord.) *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro : Forense, 2009. p. 93.

³ Apenas a título de ilustração da profundidade do tema nos dias atuais, vale mencionar o trabalho de Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho intitulado *Políticas Públicas e Controle de Juridicidade*. Neste, a pesquisadora é clara no sentido de asseverar a enorme influência contemporânea do chamado 'neoconstitucionalismo' na formulação, aplicação e posterior controle das políticas públicas no âmbito estatal: "Com efeito, o tema das políticas públicas é marcadamente influenciado pelas premissas do neoconstitucionalismo, tais como: a) a supremacia e a força normativa da Constituição; b) a garantia

ativismo judicial. Tal conceito guarda congruência com o aspecto da judicialização da política ou politização do direito (tais expressões são aqui consideradas sinônimas) que antes expusemos. No entanto, vai um pouco mais além. Para ilustrar tal questão, socorremo-nos novamente de Luis Roberto Barroso:

A idéia de ativismo judicial⁴ está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁵

Diante desse cenário, é importante ainda considerar que novos desafios são criados aos componentes do Poder Judiciário, já que a reconhecida normatividade dos princípios constitucionais possibilita grande raio de interpretação ao aplicador do Direito.⁶

constitucional; c) as características de normatividade, superioridade e centralidade da Constituição; d) a incorporação de valores e opções políticas ligados aos direitos fundamentais; e) a expansão dos conflitos constitucionais.” COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. *Políticas públicas e controle de juridicidade*. Porto Alegre: Fabris, 2010. p. 58.

⁴ Embora alguns autores utilizem o termo ‘ativismo judiciário’, para fins de uniformização utilizaremos, neste trabalho, a expressão ‘ativismo judicial’, a exemplo de Luis Roberto Barroso e Elival da Silva Ramos, posto que são, inclusive, expressões sinônimas.

⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 4.

⁶ Sobre o amplo espaço conferido ao intérprete operador do Direito na modernidade, confira-se Ana Paula de Barcellos: “*Diante da freqüente ausência de parâmetros legais específicos aos quais a ação administrativa esteja vinculada, o Judiciário tem passado a empregar critérios que não se limitam à verificação de formalidades ou de características externas dos atos administrativos, muitos deles, no caso brasileiro, inscritos formalmente na Carta de 1988. Com efeito, nas últimas décadas, e cada vez mais com mais intensidade, o Judiciário passou a ingressar no exame do que tradicionalmente se identifica como ‘mérito administrativo’ para aferir sua compatibilidade com determinados princípios constitucionais, como os da razoabilidade, da eficiência, da moralidade e da economicidade. Em linha semelhante, a atuação do Poder Legislativo – dos três níveis federativos no caso brasileiro – igualmente tem sido submetida a uma verificação de constitucionalidade mais ampla, já que a Constituição disciplina temas os mais diversos. Em tudo isso, nota-se, está-se tratando de interpretação jurídica.*” BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2º ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 44.

Tais princípios carregam, via de regra, conceitos semânticos bastante abertos e de cunho moral elevado, abrindo, por consequência, espaço, inclusive para discussões filosóficas no cotidiano forense.

Acerca da dificuldade em se lidar com essa realidade, em especial na presença de “*hard cases*”⁷, é importante mencionar a regra de interpretação calcada na aplicação hermenêutica do ‘princípio da proporcionalidade’, fruto de ferramenta neoconstitucional como forma de, em substituição (ou ao menos evolução) do consagrado método da subsunção, pretender acomodar os desafios da aplicação do Direito ante a centralidade principiológica da Constituição.

Paulo Arminio Tavares Buechele, em sua obra *O Princípio da Proporcionalidade e a interpretação da Constituição* traz a lição de Gilmar Mendes acerca da matéria:

A aplicação do Princípio da Proporcionalidade na solução de um caso concreto se dá pela verificação, na espécie, da presença de três elementos essenciais: a adequação dos meios utilizados pelo legislador na consecução dos fins pretendidos; a necessidade da utilização daqueles meios (e de nenhum outro, menos gravoso, em seu lugar); e a efetiva razoabilidade da medida (proporcionalidade em sentido estrito), aferida por meio de uma rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.⁸

É necessário pontuar que a judicialização da política e o ativismo judicial, em um contexto em que são levados à análise última do Poder Judiciário todos os grandes problemas da sociedade, podem representar perigo para a normalidade democrática. Isso porquanto, embora magistrados desempenhem um poder político capaz de invalidar atos

⁷ Em seu artigo “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”, Luis Roberto Barroso assim qualifica as palavras ‘hard cases’: “[...], a expressão identifica situações para as quais não há uma formulação simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego de discricionariedade.” BARROSO, Luis Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Temas de Direito Constitucional – tomo II – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 39.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo: IOB, nº 23, 1ª quinzena de dezembro de 1994, verbete nº 1/8175, p. 475-469 *apud* BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 58.

dos outros dois poderes, estes não são agentes públicos eleitos diretamente por seus concidadãos.

É preciso, portanto, estudar e avaliar o que a doutrina chama de dificuldade contramajoritária que o Poder Judiciário carrega consigo ao desempenhar suas funções.⁹

Destarte, necessário faz-se perceber não só o ponto de equilíbrio entre decisões plenamente fundamentadas na Constituição, dentro de um processo racional, ainda que, por exemplo, estas amplifiquem direitos com base na já comentada força normativa dos princípios constitucionais, como também as decisões resultantes de mera imposição de vontade do julgador e, portanto, ilegítimas pelo próprio processo democrático.

Ademais, a análise do que se pode chamar de “politização” do Poder Judiciário, em especial quando tratamos da Suprema Corte Constitucional, é de fundamental importância. Finalmente, devemos enfrentar ainda, dentro do tema escolhido, a capacidade institucional do Poder Judiciário para, no contexto de sua aparente hipertrofia, solucionar, da maneira mais sensata possível, as demandas que lhe são trazidas.

Nessa linha de raciocínio, pretendemos analisar se os magistrados estão preparados para, no referido jogo de substituição de vontades, decidir acerca de temas que, por

⁹ Vários doutrinadores já escreveram acerca da “dificuldade contramajoritária”. Entre eles, Alexander Bickel, que é citado neste artigo de autoria de Barry Friedman. Vejamos: “*Modern constitutional theorists have struggled to reconcile the practice of judicial review with democratic governance. That dilemma generally is referred to as the "countermajoritarian difficulty" a term coined by Alexander Bickel in 'The Least Dangerous Branch'. At least since the early 1960s, when Bickel wrote, and actually much earlier than that, academics have tried to justify what they see as a practice in which unaccountable judges interfere with the will of the people and their representatives.*” Em tradução livre, temos: “Os teóricos constitucionais modernos esforçaram-se para reconciliar a prática do controle judicial com a administração democrática. Esse dilema é conhecido geralmente como a "dificuldade contramajoritária", um termo cunhado por Alexander Bickel na obra ‘*The least dangerous branch*’. Pelo menos desde o princípio dos anos 60, quando Bickel escreveu, e realmente muito mais cedo do que isso, os acadêmicos tentaram explicar o que é visto como uma prática em que os juízes interferem na vontade dos povos e de seus representantes”. FRIEDMAN, Barry. *The history of the countermajoritarian difficulty, part four: law’s politics*. University of Pennsylvania Law Review, apr. 2000, vol. 148, issue 4. Disponível em: <http://web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=6&hid=8&sid=cd7fb393-b0a5-4450-8bf6-cf51ac560ca7%40sessionmgr10&bdata=JnNpdGU9ZWZwhvc3QtbGl2ZQ%3d%3d#db=aph&AN=3120879>. Acesso em: 2 nov. 2009.

exemplo, exigem capacitação técnica que ultrapassa em muito o conhecimento médio de qualquer pessoa.

Acerca da capacidade, qualificada na doutrina como “institucional”, Luis Roberto Barroso menciona:

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.¹⁰

Finalmente, enfrentando o problema interno de funcionamento do Poder Judiciário, é ainda preciso entender que certas decisões prolatadas por magistrados podem ter grandes efeitos em diversos segmentos da sociedade, ainda que dirigidas para processos individuais.

Outrossim, é preciso considerar que o ativismo judicial, inserido na ideia de que o Poder Judiciário pode atuar como criador do Direito e, por algumas vezes, extrapolar seus limites de atuação e sindicabilidade, pode causar grandes impactos na prestação de serviços públicos e prejuízo à organização da Administração Pública, razão direta de sentenças prolatadas com certo cunho emocional.

Exemplo claro da problemática aqui colocada em solo pátrio se dá na área da saúde, mais especificamente no tocante ao fornecimento de medicamentos pelo Estado.¹¹

¹⁰ BARROSO, *op. cit.*, p. 4.

¹¹ Ana Paula de Barcellos expõe, com bastante sensatez, a questão do fornecimento de médicos pelo Estado: “[...] na prestação do mínimo existencial na área de saúde, é compreensivelmente difícil para o Juiz deixar de ceder à tentação de dar uma solução jurídica localizada e individual a um problema cujo espaço de discussão é essencialmente político.” E, continuando, assevera: “O magistrado imagina, muitas vezes, que negar o pedido de um autor, sob o fundamento de que não se trata de uma prestação de saúde básica, não fará qualquer diferença prática, pois duvida que os recursos em questão serão aplicados pelo Poder Público

Assistimos, ao lado de decisões de mérito inegável, uma avalanche de sentenças e acórdãos clara e sensivelmente desprovidos de racionalidade, causando inclusive desequilíbrio entre aqueles que podem ir à Justiça e aqueles abandonados à própria sorte.

Destarte, diante do cenário aqui exposto (correlação entre ‘Direito e Política’, ‘Estado Democrático Constitucional’, ‘Neoconstitucionalismo’, ‘Judicialização da política ou politização do Direito’, ‘conteúdo normativo dos Princípios Constitucionais’ e ‘Ativismo Judicial’) é que pretendemos desenvolver esta dissertação, demonstrando origem, evolução, limites, problemas e soluções da atividade jurisdicional contemporânea no Estado Constitucional de Direito.

Vale salientar que o trabalho aqui realizado e as linhas que escreveremos adiante são fruto de pesquisa bibliográfica essencialmente doutrinária, perquirindo-se como diversos autores se manifestam acerca das temáticas aqui abordadas. No entanto, é preciso reconhecer que certos autores causaram impressão mais forte, razão pela qual, desde já nos escusando ao leitor pela repetição, serão citados um maior número de vezes.

No âmbito teórico, esta dissertação pretende demonstrar como o tema tem repercutido na doutrina pátria e internacional¹², sendo certo que esperamos que o assunto

no setor. Nesse contexto, supõe, é melhor garantir a saúde ao menos deste indivíduo real, já que ele – o magistrado – não tem controle sob o restante. Ainda que isso possa ser eventualmente verdadeiro, o certo é que, ao determinar o fornecimento de outras prestações de saúde além do mínimo existencial, sem fundamentar-se em uma decisão de política pública, o Judiciário também não está contribuindo para a generalização da saúde básica.” BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 55.

¹² É sabido que uma das origens dos temas aqui discutidos ocorre com o surgimento do chamado ‘judicial review’ no âmbito da escola constitucional norte-americana. Acerca desse tema, em rápida pesquisa, reproduzimos parte de um artigo garimpado na base Ebsco-Data Premier chamado “*The judiciary: the origins of judicial review*”, de autoria de Warren E. Burger. “*It is often assumed that the doctrine of “judicial review” was the invention of Chief Justice John Marshall in the most famous of all his opinions. It is true that Chief Justice Marshall first applied this keystone doctrine of our constitutional law in the Marbury case. But Marshall did not originate, and never claimed to have originated, a novel doctrine: he was well aware of the general acceptance of the idea that constitutional adjudication was inherent in the very nature of the separation of powers under our written Constitution*”. Em tradução livre, temos: “Frequentemente, supõe-se que a doutrina de “revisão judicial” foi invenção do juiz John Marshall, na mais famosa decisão por ele proferida. É verdade que o juiz Marshall foi o primeiro a aplicar a doutrina da revisão judicial, pedra angular de nossa lei constitucional, no caso de Marbury. Mas Marshall não inventou, e nunca reivindicou ter inventado, tal doutrina singular. Ele estava bem ciente da aceitação geral da ideia de que a adjudicação

eleito contribua para o entendimento e aperfeiçoamento da atividade jurisdicional no contexto da sociedade brasileira e das demais sociedades com certo nível de complexidade.

Em termos práticos, acreditamos que a pesquisa desenvolvida poderá servir como base para que se possa, de forma efetiva, estudar a atual natureza do exercício de julgar, em especial quando, no âmbito do Poder Judiciário, deparamo-nos com casos que trazem em seu bojo conflitos de princípios, regras e valores constitucionais que fogem da aplicação pura e simples da letra fria da lei. Espera-se, assim, contribuir para o aumento da eficácia na aplicação das ferramentas disponibilizadas pela Ciência do Direito.

Esta dissertação, portanto, pretende buscar verificar as seguintes hipóteses:

(i) De que maneira podemos entender os fenômenos sociais da “Judicialização da política” e o “Ativismo Judicial”, levando-se em consideração que vivemos em um Estado Constitucional de Direito? Como ocorreu a evolução histórica do ente estatal ao longo dos séculos e qual a relação da consolidação dos direitos fundamentais do homem com o advento das várias formas do Estado?

(ii) Em que contexto evoluiu o Poder Judiciário e suas respectivas atribuições ao longo da história, partindo-se do marco inicial da doutrina da separação de poderes concebida no século XVIII?

(iii) Quais as implicações teóricas da força normativa dos princípios constitucionais e o exercício da técnica da ponderação durante o julgamento de um ‘caso difícil’¹³? Quais as premissas trazidas ao Direito com o advento do movimento neoconstitucionalista? É

constitucional dos casos em análise era inerente à separação *de* poderes prevista em nossa Constituição escrita”. BURGER, Warren E. *The judiciary: the origins of judicial review*. National Forum, 01621831, fall 96, vol. 76, issue 4. Disponível em: <http://web.ebscohost.com/ehost/detail?vid=10&hid=8&sid=ccb4b595-adff-49c2-bf09-040db37c2a67%40sessionmgr14&bdata=JnNpdGU9ZWhvc3QtG12ZQ%3d%3d#db=aph&AN=9701051149#db=aph&AN=9701051149>. Acesso em: 1º. nov. 2009.

¹³

A expressão ‘caso difícil’ já foi objeto de consideração na nota 7 deste trabalho.

possível afirmar a superação do positivismo estrito, agregando direito e moral na operação do Direito contemporâneo?

(iv) Seria possível estabelecer um diálogo entre os Poderes, levando em consideração a necessidade de atuação da Justiça Constitucional ao lado de um Poder Legislativo mais fortalecido e prestigiado?

Enfim, eis os desafios propostos no bojo desta dissertação. Certo é que, ao final das linhas que traçaremos, esperamos, com sinceridade, que a pesquisa realizada traga para o leitor, além de um panorama geral dos problemas teorizados, reflexões aptas à consolidação de algumas conclusões que, se não sepultam a dúvida científica, ao menos criam a vontade real de maior e mais profunda verticalização de cada um dos assuntos tratados, cujo lastro se dará, esperamos, nas posições doutrinárias que iremos reproduzir.

1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO DIREITO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO NA INTERSECÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

Abrimos este capítulo, que pretende desenhar, pela via do constitucionalismo, um paralelo entre a Política e o Direito, com a lição de Cristina M. M. Queiroz, que, tratando acerca da política e do direito, afirma:

Todo o jurídico aspira ao político e todo o político pressupõe e reclama de alguma forma o jurídico. Ambos confluem num mesmo e único objeto de observação: o Estado, um sujeito simultaneamente político e normativo. Um parentesco que se nos apresenta, afinal, nas suas linhas gerais, como um dos grandes legados do passado: remonta, historicamente, às obras clássicas da mundividência política da época moderna, designadamente a Jean Bodin, Thomas Hobbes, Jonh Locke e Montesquieu. Não admira, portanto, que no dealbar da época contemporânea o político nos surja como estritamente identificado com o estadual.¹⁴

O papel do Estado, cujo conceito, como vimos, é ponto central na reflexão de vários filósofos ao longo de nossa história, é deveras importante para contextualizar a discussão que aqui queremos trazer.

Desse modo, pela importância que o ente estatal possui em seu pensamento, não podemos deixar de mencionar Hegel, que, na importante lição de Alysso Leandro Mascaro, assim nos ensina:

O parágrafo 258 dos Princípios da filosofia do Direito revela a peculiar teoria jurídico-política de Hegel. O Estado, pensado como elemento superior da dialética da história, é uma entidade autorreferente, na medida em que se alicerça na sua mecânica jurídica pública, nos seus costumes e nas suas relações políticas concretas – é juridicamente distinto dos indivíduos que lhe são subordinados, ou seja, é soberano. Mas é também, ao mesmo tempo, o espaço de consolidação da cidadania dos indivíduos, que encontram no Estado, submetendo-se a ele, sua razão de ser coletiva. Ao subordinar os indivíduos, integra-os e os dota de subjetividade, verdade e moralidade. A teoria política de Hegel costuma chocar pela sua importância concedida ao Estado. De fato, sua posição é bastante

¹⁴ QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 12.

contrastante com a tradição moderna, individualista, que vê no Estado um elemento subordinado aos interesses individuais. Ao considerar o Estado a razão em si e para si, no entanto, Hegel não propõe uma filosofia política de tipo absolutista. Sua compreensão não é reacionária, no sentido de negar a individualidade do sujeito de Direito em troca de um Estado pleno. Pelo contrário, Hegel procede a uma dialética entre Estado e indivíduo. É justamente o Estado que garante o sujeito como cidadão, com seus direitos. E, ao mesmo tempo, sendo o Estado a razão, o indivíduo não se apresenta como o ápice da hierarquia dos interesses políticos.¹⁵

Embora com concepção ligeiramente distinta da que vimos acima, a ideia aristotélica da importância da vida em sociedade como valor intrínseco do ser humano e, por consequência, como meio de consecução da justiça através da prática da política, já aparecia na famosa obra *A política*:

Assim, o homem é um animal cívico, mais social do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos. [...] O Estado, ou a sociedade política, é até mesmo o primeiro objetivo a que se propôs a natureza. O todo existe necessariamente antes da parte. As sociedades domésticas e os indivíduos não são senão parte integrante da Cidade, todos subordinados ao corpo inteiro, todas distintas por seus poderes e funções, e todas inúteis quando desarticuladas, semelhantes às mãos e aos pés que, uma vez separadas do corpo, só conservam o nome e a aparência, sem a realidade, como uma mão de pedra. O mesmo ocorre com os membros de uma Cidade: nenhum pode bastar-se por si mesmo. Aquele que não precisa de outros homens, ou de que não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus, ou um bruto. Assim, a inclinação natural leva os homens a este gênero de sociedade.¹⁶

A nós nos parece, com lastro nessa reflexão e caminhando um pouco mais além, acertado o pensamento trazido por Celso Fernandes Campilongo, de clara matriz luhmaniana:

Com a modernidade – e pode-se tomar o advento do Estado Moderno como um marco histórico importante deste processo – apresentaram-se as exigências de estabilização de sistemas com funções demarcadas. A atribuição de papéis distintos e específicos ao sistema jurídico, político e econômico, paradoxalmente, cria as condições para que se pense não só na autonomia dos sistemas, mas também nos seus entrelaçamentos. Com o

¹⁵ MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 253-4.

¹⁶ ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 45.

sistema jurídico dá-se o mesmo. [...] as grandes categorias do constitucionalismo moderno constroem as bases estruturais para a autonomia funcional do direito: divisão de poderes, princípio da legalidade, igualdade perante a lei, Estado de Direito, personalidade jurídica, garantia das minorias, etc, são exemplos dessas ações. Mas as Constituições, se de um lado fornecem as ferramentas para o fechamento operativo do Direito, de outro lado são o mecanismo de abertura cognitiva do Direito para a Política. No Estado de Direito, o sistema jurídico fornece respostas legais aos problemas da política. Isso não significa ignorância ou insensibilidade para a Política. Ocorre que os problemas da Política são traduzidos, deslocados e selecionados pelo sistema jurídico com critérios particulares e internos a esse sistema. Enquanto a Política opera num quadro de complexidade elevada e indeterminada, o Direito atua num contexto de complexidade já reduzida e determinada por limites estruturais mais rigorosos. Só quando o Direito procura limitar a Política e a Política determinar o Direito a ‘politização da justiça’ e a ‘judicialização da política’ tornam-se problemas relevantes.¹⁷

Vale também mencionar, através do prisma do Estado contemporâneo, a visão da teoria dos sistemas acerca da intersecção do direito com a política, conforme sintetizou Marcelo Neves:

Em termos sistêmico-teoréticos, é possível, portanto, caracterizar o Estado de Direito como espaço de entrecruzamento horizontal de dois meios de comunicação simbolicamente generalizados: o poder e o direito. As respectivas conexões entre seleção e motivação, as diversas maneiras que cada um dos sistemas transmite e vincula os seus desempenhos seletivos interseccionam-se, fortificando a complexidade e, portanto, a pressão seletiva em ambos. [...] Ao contrário do modelo hierárquico unilateral ‘poder→direito’ e ‘soberano→súdito’, que encerra imobilidade e inflexibilidade, o esquema circular ‘poder↔direito’ e ‘Estado↔cidadania’ importa ampliação de possibilidades através de controles e limitações mútuas, ou seja, aumento de complexidade mediante redução de complexidade. A circularidade resulta em prestações recíprocas entre os dois sistemas: assim como o direito normatiza procedimentos eleitorais e parlamentares, regula organizações partidárias e estabelece competências e responsabilidades jurídicas dos agentes políticos, a política decide legislativamente sobre a entrada de novas normativas no sistema jurídico. Mas a circularidade típica do Estado de Direito significa sobretudo uma acentuada interpenetração entre os sistemas jurídico e político: o direito põe a sua própria complexidade à disposição da autoconstrução dos sistemas político e vice-versa. Porém, como complexidade de um é desordem para o outro, isso implica uma necessidade recíproca de seleção ou de estruturação da complexidade penetrante. Daí resulta uma constante ordenação jurídica de desordem política e ordenação política de desordem

¹⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 24–5.

jurídica.¹⁸

Nessa mesma linha de raciocínio, clarividente a lição de Friedrich Müller, autor da obra *Juristische Methodick*, mencionada por José Maria de Andrade, que correlaciona as duas ciências do seguinte modo:

O direito é uma forma particular da política, daí que a metodologia jurídica é a metodologia das condições e formas de trabalho de um setor específico da ação e da organização política. A política está pressuposta no direito. Todo o direito funciona como imposição, concreção, controle, discussão e revisão da política. O direito é, no todo, uma especial forma de política. E, em seus pressupostos, condições, funções e conteúdos, ele é determinado politicamente [Muller, 1976, pág. 50 – idem].¹⁹

Dieter Grimm contribui para a discussão em tela traçando uma linha histórica entre o fenômeno da ‘politização do Direito’, ocorrido, segundo sua percepção, no século XVIII, e o fenômeno da ‘juridicização da política’, cujo nascedouro se deu em momento posterior:

Mesmo quando, no século XVIII, alguns Estados empreenderam codificações de todo o direito, ainda tratava-se amplamente de um esclarecimento e sistematização das normas tradicionais. Porém, com o surgimento do Estado e da positivação do direito, a relação de direito e política se modificara substancialmente. O direito tornara-se factível e podia ser instituído como instrumento para fins políticos. Com isso inverteu-se a antiga relação de hierarquia. Agora a política se situava acima do direito e lhe conferia conteúdo e validade.²⁰

Continuando a análise, o autor centra, agora, suas afirmações na ‘juridicização da política’. Afirma ele:

Somente quando a ampla reivindicação de direito do Estado monárquico absolutista teve que ceder lugar às concepções de ordem da burguesia, voltou a haver restrições à disposição política sobre o direito. [...] A

¹⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 91-2.

¹⁹ MÜLLER. *Juristische Methodick*. Berlim : FNB, 1976, p. 50 *apud* ANDRADE, José Maria Arruda de. *Hermenêutica Constitucional e a teoria estruturante do Direito*. RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 42, jul/set. 2008.

²⁰ GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 8.

pretendida limitação da disposição política sobre o direito só podia ser novamente alcançada por intermédio do direito. Esse direito devia ser superior ao direito estabelecido, mas não podia ser válido como suprapositivo. A solução para o problema foi oferecida pela Constituição. Diferentemente do direito natural, a Constituição era direito positivo. Mas, quando da introdução da Constituição, o direito positivo tornou-se reflexivo ao ser dividido em dois diferentes complexos de normas, dos quais um regulamentava as condições de surgimento e validade do outro. A normatização estava, assim, por sua vez, normatizada. A política manteve sua competência de prescrever o direito sobre a sociedade, mas não gozava mais da liberdade dos monarcas absolutistas e era, ela própria, destinatária das condições legais.²¹

Em complemento aos marcos filosóficos e temporais que permeiam a intersecção entre a Política e o Direito, levando em conta o ferramental constitucional das sociedades contemporâneas, importante é a lição de Luis Roberto Barroso:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto mais amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e interpretação. 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. A interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria da justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Filosofia.²²

Portanto, considerando a já mencionada correlação dos fenômenos sociais estudados pela Política e pelo Direito, é de se considerar que, a partir da Segunda Guerra Mundial, ocorreu um nítido avanço no mundo ocidental da Justiça Constitucional.

²¹ GRIMM, , *op. cit.*, p. 9.

²² BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; HUALDE, Alejandro Pérez et al. (coords.). *Neoconstitucionalismo*: Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 805.

Assim, percebeu-se, ao longo do tempo, ligeira e contínua invasão do espaço que era historicamente reservado à Política produzida e efetivada no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, lastreados e legitimados para tanto pelo voto popular. Forjou-se desse processo, portanto, o que alguns doutrinadores chamaram de ‘Estado Constitucional de Direito’.

Sobre o surgimento do chamado ‘Estado Constitucional de Direito’, em que a Constituição possui efetiva força normativa e que trataremos em capítulo posterior deste trabalho, Luigi Ferrajoli explica:

A segunda mudança chegou à sua realização, neste último meio século, com a subordinação da própria lei, garantida por uma específica jurisdição de legitimidade, a uma lei superior: a constituição, hierarquicamente supra-ordenada à legislação ordinária. Disso resultam três alterações do modelo do Estado legislativo de Direito sobre os mesmos planos nos quais esse tinha modificado o direito jurisprudencial pré-moderno: a) no plano da natureza do direito, cuja positividade se estende da lei às normas que regulam os conteúdos da lei e implica por isso uma separação entre validade e vigor e uma nova relação entre forma e substância das decisões; b) no plano da interpretação e da aplicação da lei, onde tal separação implica uma mudança do papel do juiz, bem como das formas e das condições da sua sujeição à lei; c) no plano, enfim, da ciência jurídica, que resulta assim investido de um papel não mais simplesmente descritivo, mas crítico e projetual em relação ao seu próprio objeto.²³

Em famosa obra, o jurista alemão Konrad Hesse realça a força normativa das Constituições e do próprio papel do Direito Constitucional como elemento integrador desse processo:

O Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*), que indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o

²³ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). ‘Estado de Direito entre o passado e o futuro’. FERRAJOLI. In: *Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 12.

surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado.²⁴

Como abordamos em tópico introdutório desta dissertação, é de se considerar, em aliança ao exposto, que a teoria clássica da separação de poderes sofre, como apontam alguns estudiosos, de certa senilidade.

A teoria da separação dos poderes e sua respectiva evolução serão estudadas em capítulo próprio desta dissertação. No entanto, a assertiva que mencionamos acerca da nova concepção do Poder Judiciário na contemporaneidade nos leva, de maneira irremediável, à meditação acerca do fenômeno chamado judicialização do sistema político, que aqui estamos tratando.

Mais uma vez, trazemos a opinião de Celso Fernandes Campilongo, que bem comenta a questão do Estado de Direito e sua relação com o constitucionalismo:

O constitucionalismo moderno permite um exame das relações entre a decisão judicial e sistema político não apenas sob a ótica da divisão de poderes, mas também a partir de uma discussão sobre o Estado de Direito. Estado de Direito não significa exclusivamente observância dos princípios da legalidade e da publicidade dos atos administrativos, legislativos e judiciais. Significa, igualmente – e, para os efeitos aqui buscados, esse é o aspecto fundamental – controle jurisdicional da atuação do Legislativo e do Executivo. Evidentemente, esse controle só pode ser compreendido como uma projeção aplicativa dos princípios da legalidade e publicidade. Mas é exatamente nesse ponto, ou seja, no controle jurisdicional dos demais Poderes, que reside o caráter eventualmente político da decisão judicial. Aqui, também os problemas teóricos de enquadramento do Judiciário no sistema político e jurídico são enormes: transformações importantes na forma e no conteúdo da legalidade promoveram modificações profundas no conceito do Estado de Direito e, por via de consequência, nos papéis atribuídos ao Judiciário.²⁵

Em breve comentário, Marco Antonio Meneghetti, em sua dissertação de Mestrado,

²⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editor Sérgio Antonio Fabris, 1991. p 27.

²⁵ CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 42.

cujo título foi *Judicialização da política no Brasil e moderação do poder*, apresentada em março de 2008 no Instituto de Ciência Política da UNB, tece a seguinte reflexão:

O fenômeno da judicialização da política é evidência de que o pêndulo político estaria no final do século XX apontando para o Judiciário, que estaria se ocupando não apenas da tarefa de aplicar o direito produzido pelo Legislativo, mas igualmente produzindo esse direito.²⁶

Finalmente, os comentários de Manoel Gonçalves Ferreira Filho são extremamente esclarecedores no que diz respeito aos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário no cenário em que a mistura do Direito com a Política é constante:

Mas a justicialização da política tem como contrapartida inexorável a politização da justiça. Nisto – sublinha-se – a Constituição tem insofismável responsabilidade. [...] Tal politização decorre da Carta. Contribuem para instaurá-la vários fatores. [...] nesse sentido militam, por exemplo, a ênfase no controle concentrado de constitucionalidade, o próprio texto, detalhista e mal redigido, a previsão de princípios genéricos, mas impositivos, a abertura da ação popular, para o inquérito civil e a ação civil pública, a própria autonomia do Ministério Público etc. Acrescenta-se a isto o fato de que os conflitos políticos – como os que ocorrem no andamento dos trabalhos parlamentares – podem tornar-se questões judiciais. Não permite a Constituição o *judicial restraint* da Suprema Corte americana, que lhe permite evitar as questões preponderantemente políticas. Resulta isto de uma interpretação ampla do que seja ‘lesão de direito individual’, que, por força de norma constitucional, não pode ser subtraída à apreciação do Judiciário. Assim, freqüentemente se vêem mandados de segurança contra atos *interna corporis* do Congresso etc., com a consequência de ter o juiz de mediar litígios essencialmente políticos, sem a possibilidade de recorrer aos meios essencialmente políticos: a negociação, a composição de interesses, a conciliação etc. [...].²⁷

E, continuando seu magistério, Manuel Gonçalves Ferreira Filho assevera:

No quadro apontado, o Judiciário, se se considerar sua esfera de intervenção, estaria mais forte. Disto, porém, não lhe resultou aumento de prestígio, ao contrário. Em primeiro lugar, porque sua carga muito cresceu

²⁶ MENEGHETTI, Marco Antonio. *Judicialização da política no Brasil e moderação do poder*. Dissertação. Mestrado em Ciência Política – UNB, 2008. p. 21.

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 214.

e com ela um retardamento na prestação judicial. Daí o descontentamento dos que recorrem a ela, ou dela esperam providências, como a punição exemplar dos ‘corruptos’. Em segundo lugar, seu poder de interferência na órbita político-administrativa o tornou co-responsável dos insucessos ou frustrações que para a opinião pública decorrem da má-atuação do Poder. Mais, veio ele a ser visto como um colaborador do Governo. Ou, quando decide contra as medidas deste, é por ele apontado como responsável – a serviço da oposição – por decisões contrárias ao interesse popular. Em ambos os casos assume uma feição de órgão político, no pior sentido do termo.²⁸

É certo, destarte, que a questão da judicialização da política (e por que não mencionar da própria vida?) está intimamente ligada ao que se convencionou chamar de movimento neoconstitucionalista, tema que trataremos com mais profundidade em capítulo posterior deste trabalho.

Em certa medida, o aparato constitucional atual pode dar lastro a um conflito entre o Poder Judiciário e os demais órgãos estatais. Esse tema também será nosso objeto de estudo e bem se reflete nas palavras de Boaventura de Souza Santos:

O novo protagonismo judiciário partilha com o anterior uma característica fundamental: traduz-se num confronto com a classe política e com outros órgãos de poder soberano, normalmente com o poder executivo. E é, por isso, que, tal como anteriormente, se fala agora da judicialização dos conflitos políticos. Sendo certo que na matriz do Estado moderno o judiciário é um poder político, titular de soberania, a verdade é que ela só se assume publicamente como poder político na medida em que interfere com outros poderes políticos. Ou seja, a política judiciária, que é uma característica matricial do Estado moderno, só se afirma como política do judiciário quando se confronta, no seu terreno, com outras fontes do poder político. Daí que a judicialização dos conflitos políticos não pode deixar de traduzir-se na politização dos conflitos judiciários.²⁹

Aliás, acerca do importante e fundamental papel do Poder Judiciário, em especial das cortes a quem cabe decidir, em última análise, pela aplicabilidade positiva ou negativa dos valores constitucionais, no cenário que expusemos acima, vale mencionar a lição de Oscar Vilhena Vieira:

²⁸ FERREIRA FILHO. *op. cit.* p. 43.

²⁹ SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Afrontamento, 1996. p. 20.

Os tribunais constitucionais têm a sua função determinada, em primeiro lugar, pelo arranjo constitucional estabelecido entre a democracia e constitucionalismo. Quanto mais democrático for um sistema político, no sentido de um regime onde as decisões são tomadas com base na regra da maioria, menor serão as atribuições de um tribunal constitucional, restando a estes tão somente a função de garantir que as regras democráticas, principalmente a igualdade dos cidadãos na tomada de decisões públicas, não sejam violadas. Em contrapartida, a função dos tribunais constitucionais será tanto maior, quanto mais constitucionais forem os sistemas políticos, o que significa dizer, quanto maior for o número de assuntos colocados acima dos procedimentos de decisão majoritários, por intermédio da sua constitucionalização. [...] Como vimos, a justificação de regimes mais constitucionais que democráticos, onde tribunais não eleitos bloqueiam a vontade expressa pela maioria dos corpos políticos, não é tarefa simples, mas possível. [...] Além das funções tradicionalmente jurisdicionais, no mundo pós-liberal os tribunais têm passado a ocupar cada vez mais uma posição no sistema governativo da nação, ao serem responsabilizados, subsidiariamente, a concretizar aquelas demandas constitucionais desprezadas pelos parlamentos e governos, no que se conceitua como omissão constitucional.³⁰

Desse modo, vê-se, ressaltamos, que o tema que nos dará lastro para discutir os limites da atividade jurisdicional se insere em área interdisciplinar do conhecimento humano, na qual se podem conjugar ferramentas da Ciência Política e do Direito. Em tal sentido, mencionamos lição de Elival da Silva Ramos:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento, principalmente, da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.³¹

É com o conceito oferecido acima que estudaremos, no bojo desta dissertação, a atividade jurisdicional e seus limites no contexto do, doutrinariamente, tão discutido

³⁰ VIERA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 40.

³¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 116-7.

‘neoconstitucionalismo’, com vistas a melhor entender como tais abstrações se inter-relacionam e se inserem em nossa realidade democrático-constitucional.

Fechamos este capítulo, que primeiro trouxe as cores do que tratamos ao longo do trabalho, refletindo acerca das palavras de Eugênio Raúl Zaffaroni, que, em sua obra *Poder Judiciário – crise, acertos e desacertos*, assim pondera:

A tarefa de interpretar a lei para aplicá-la ao caso concreto é árdua, equívoca e discutível. Se assim não o fosse, seriam inúteis as bibliotecas jurídicas. Não há dúvida de que, diante de certos problemas, a lei não é interpretada da mesma maneira por um conservador e um liberal, um socialista ou um democrata-cristão, mas isso não obedece a que qualquer comitê partidário lhe distribua ordens e menos ainda a corrupção. Fora de qualquer patologia institucional, isso obedece a uma certa coerência necessária e saudável entre a concepção de mundo de cada um e a sua concepção do direito (que é algo que ‘está no mundo’).³²

³² ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário – crises, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 92.

2 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES AO LONGO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO

2.1 Reflexões introdutórias acerca do conceito de Estado

A historicidade do organismo social chamado Estado é de fundamental importância para que possamos contextualizar a discussão travada no âmbito deste trabalho. Isso ocorre devido à limitação do poder, através do desenvolvimento da ideia moderna de governo das leis e não dos homens, haver nascido exatamente da necessidade natural que possuem os homens de, imersos em suas múltiplas relações sociais desde a mais tenra idade, postarem-se diante do poder.

Utilizando esta linha de raciocínio, Robert Dahl nos fala que ‘um sistema político consiste de qualquer padrão permanente de relações humanas que implique, de maneira significativa, em poder, governo ou autoridade’³³.

Quando falamos em poder e em sua conseqüente relação com o ente estatal, necessário se faz entender qual a sua natureza em sociedades complexas e como tal mecanismo, visto primordialmente como relação havida entre homens, é essencial para averiguarmos a fonte de legitimação da atividade estatal.

Roberto Aguiar, dissertando acerca do tema, explica-nos:

Nas sociedades complexas, uma das características mais marcantes do poder é a sua despersonalização (mesmo quando acontecem os chamados ‘cultos de personalidade’). Essa despersonalização se traduz pelo surgimento do aparelho burocrático e pela utilização de conceitos abstratos operativos que servem para reforçar a autoridade e demonstrar a força. Dizíamos, anteriormente, que um dos fatores que compõem a autoridade é o distanciamento simbólico. Assim, o poder vai engendrando conceitos como Estado, vontade da lei e lança mão das *miranda* do poder que se constituem em símbolos, bandeiras, hinos, monumentos, palácios, praças, que reforçam a grandiosidade do ato de dirigir. Mas o poder necessita também das *credenda*, das idéias-força, das crenças, dos objetivos que unam os componentes do poder, dominem os que estão sob

³³

DAHL, Robert. *A Moderna Análise Política*. Trad. (?). Rio de Janeiro: Lidador, 1966, p. 21.

sua égide, mas que forneçam um consenso verdadeiro ou falso que sustentará o poder.³⁴

Das várias teorizações acerca do surgimento do Estado, merece destaque a clássica definição contratualista trazida pelo filósofo Rousseau:

[...] os homens chegando àquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza sobrepujam, pela sua resistência, as forças de que cada indivíduo dispõe para manter-se nesse estado. Então, esse estado primitivo já não pode subsistir, e o gênero humano, se não mudasse de modo de vida, pereceria. Ora, como os homens não podem engendrar novas forças, mas somente unir e orientar as já existentes, não têm eles outro meio de conservar-se senão formando, por agregação, um conjunto de forças, que possa sobrepujar a resistência, impelindo-as para um só móvel, levando-as a operar em concerto.³⁵

Vale reproduzir lição de Celso Ribeiro Bastos acerca do poder como fenômeno ensejador da organização estatal:

O Estado – entendido portanto como uma forma específica da sociedade política – é o resultado de uma longa evolução na maneira de organização do poder. Ele surge com as transformações por que passa a sociedade política por volta do século XVI. Nesta altura, uma série de fatores que vinham amadurecendo ao longo dos últimos séculos do período medieval, torna possível – e mesmo necessária – a concentração do poder numa única pessoa. É esta característica a principal nota formadora do Estado moderno. O poder torna-se mais abrangente. Atividades que outrora comportavam um exercício difuso pela sociedade são concentradas na mão do poder monárquico, que assim passa a ser aquele que resolve em última instância os problemas atinentes aos rumos e aos fins a serem impressos no próprio Estado.³⁶

O Estado, em concepção já apurada por alguns séculos de história e como organismo político supra-individual distinto de seus membros, consolida-se com a transmutação do poder das mãos individuais de reis e príncipes para as mãos dessa entidade impessoal, cuja autoridade, lastreada em uma população radicada num território delimitado, funda-se em uma única ordem jurídica, não subordinada a qualquer outra. Deriva-se daí o

³⁴ AGUIAR, Roberto A.R. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-Omega, 1990. p. 54.

³⁵ ROSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Trad. Lourdes Souza Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 69.

³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 109.

conceito de soberania estatal.

Zippelius, acerca da dimensão jurídica do Estado, assim nos ensina:

A comunidade estatal é uma totalidade de indivíduos cujas condutas são coordenadas de maneira específica: a comunidade, no fundo constitui-se como estrutura de condutas orientadas por determinado sentido, e a comunidade estatal, em especial, constitui-se como estrutura de acção juridicamente organizada. Desta concepção de Estado, aproxima-se um dos significados originários do vocábulo 'status' que designa um estado, uma determinada 'constituição' de convivência.³⁷

Em seu magistério, o autor continua:

A conduta dos sujeitos de direito, associados num Estado, é, portanto, coordenada pelo facto de ela se orientar por normas, que têm uma forte probabilidade de serem executadas mediante um procedimento coercitivo juridicamente organizado. Esta probabilidade é garantida, num Estado solidamente organizado, através de uma estrutura, assente na divisão do trabalho, de instituições estatais (tribunais, procuradorias gerais, serviços administrativos, etc), que se controlam também reciprocamente quanto ao seu funcionamento ordenado.³⁸

Segundo Agesta³⁹, o conceito de Estado é de cristalina significação ético-histórica, já que, como fruto de um processo civilizatório, estabelece um regime jurídico para o bem público. Destarte, continua Agesta, o Estado não é qualquer organização de poder, senão aquela que, através do Direito, visa à realização do bem comum.

Nessa mesma linha, segue Del Vecchio:

[...] não se pode ter uma plena e verdadeira noção do Estado se não tiver distinguido criticamente o direito ideal do positivo, e esta distinção, não é possível sem um fundamento, igualmente crítico, dos valores éticos em geral.⁴⁰

³⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 61.

³⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. *op. cit.* p. 61

³⁹ AGESTA, Luis Sánchez. *Princípios de teoria política*. Madrid: Nacional, 1966. p. 83.

⁴⁰ DEL VECCHIO, Giorgio. *Direito, estado e filosofia*. Rio de Janeiro: Politécnica, 1952. p. 46.

No dizer do Professor Manuel Gonçalves Ferreira Filho⁴¹, merece destaque a análise da posição medieval inglesa que, através do estabelecimento do *rule of law*, antecedeu a ideia de Estado de Direito que aqui adotamos como ponto de partida.

Assim é que no século XVII, antes da era das revoluções, já havia princípio definidor extraído da *common law* versando acerca da invalidade dos atos legiferantes, mesmo que tais normas fosse produto do Parlamento, que fossem de encontro à lei consuetudinária. Continuando, afirma Manoel Gonçalves:

Assim, no limiar da revolução de Cromwell, estava definido o ‘rule of law’ [...]: primeiro, a ausência de poder arbitrário por parte do Governo; segundo, a igualdade perante a lei; terceiro, as regras da Constituição são a consequência e não a fonte dos direitos individuais [...].⁴²

Importante também nos socorrermos do filósofo Carl Schmitt, que, no início de sua famosa obra *Legalidade e legitimidade*, nos fornece visão ímpar acerca do que ele chamou de Estado Legiferante:

Como Estado legiferante, designa-se, nesse aspecto, um determinado tipo de Estado que tem por característica ver a suprema e decisiva expressão da vontade comum residir em normatizações que aspiram a ser Direito e, por essa razão, exigem necessariamente determinadas qualidades, às quais se podem subordinar, por conseguinte, todas as outras funções, questões e áreas públicas específicas. Na realidade, desde o século XIX, o termo ‘Estado de Direito’ passou a ser entendido nos países do continente europeu apenas como referência a um Estado legiferante, mais precisamente ao Estado legiferante parlamentar. A posição, destacada e central do Parlamento partia do princípio de que ele, em sua qualidade de ‘corporação legiferante’, compusesse as supramencionadas normatizações com toda a dignidade do *législateur*.⁴³

É da ideia de autoridade do Estado como poder político legítimo que também surge a necessidade da criação de meios e formas que se traduzam em limites claros tendentes a assegurar a liberdade individual daqueles que convivem no espaço estatal.

⁴¹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

⁴² *Idem*.

⁴³ SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Trad. De Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 2.

Nessa linha, vale mencionar a lição de Marcello Caetano:

[...] Pode haver uma colectividade fixada num território e não ser um Estado: o Estado só nasce desde que essa colectividade exerça Poder político. Assim, a existência da colectividade e do território são, nos nossos dias, condições para que surja um poder político. Ora, o que é Poder político? A resposta não é fácil. Todavia podemos tentar responder que é a faculdade exercida por um povo de autoridade própria (não recebida de outro poder), instituir órgãos que exerçam o senhorio de um território e nele criem e imponham normas jurídicas, dispendo dos necessários meios de coacção.⁴⁴

A partir de agora, nossa preocupação é traçar um breve panorama acerca da evolução, já na era moderna, da relação Estado-indivíduo.

2.2 Do Estado Liberal – a primeira dimensão dos direitos fundamentais

Foi da oposição histórica, após a formação dos Estados Nacionais, entre a liberdade do cidadão e o poder que emanava do Estado Monárquico Absoluto que nasceu a primeira ideia de Estado Liberal. Da tentativa, vitoriosa depois da revolução perpetrada pela burguesia revolucionária francesa em 1789, de estreitar o poder da Coroa e os privilégios da nobreza feudal, plasmou-se o princípio da liberdade como valor e garantia fundamental para a existência condigna do ser humano.

No dizer de Paulo Bonavides⁴⁵, nessa fase de estruturação e consolidação do Estado Liberal, ele se tornou armadura de defesa e proteção da liberdade. Na linha de raciocínio kantiana, chega-se a uma regra definitiva que consagrou, na defesa da liberdade e do direito, o papel fundamental do Estado.

Assim, de acordo com o magistério de Manuel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁶, no final

⁴⁴ CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 130.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 41.

⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 84.

do século XVIII, quando foram os direitos fundamentais primeiro declarados, estes eram essencialmente expressões de liberdade em face do poder estatal.

É daqui que também começa a surgir a ideia da necessidade, dentro destes primeiros momentos de constitucionalização de direitos, do estabelecimento de certa rigidez constitucional, de modo a tornar, na ideia trazida por Di Ruffia⁴⁷, mais difícil a abolição de certas garantias fundamentais pelos detentores do poder, ainda que organizados em maioria assemblear.

Vale sublinhar, outrossim, importante assertiva de Jesús Primitivo Rodríguez González⁴⁸, para quem os direitos fundamentais constituem o núcleo central da moralidade legalizada na norma fundamental. Isto implica que não se deverão aceitar como jurídicas, normas sistêmicas ou sub-sistêmicas opostos ou contraditórias aos valores expressos pelos direitos fundamentais.

Importante mencionar que, na esteira da consolidação dos direitos fundamentais, quer sejam eles os da liberdade, quer sejam eles pertencentes à evolução temporal dos direitos humanos nas diversas formas assumidas pelo ente estatal, de que nos ocuparemos mais tarde nestes escritos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁹ nos traz a ideia de ‘documentos símbolos’. Cada um desses documentos históricos representaria cada uma das fases estatais em que os direitos fundamentais surgiram e se consolidaram.

Assim, inserido no Estado Liberal, o ‘documento símbolo’ seria a ‘Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão’, proclamada logo no início da agitação trazida pela Revolução Francesa de 1789. Continuando a nos escorar na lição de Manoel Gonçalves, vale ressaltar o que segue:

⁴⁷ DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Diritto Costituzionale – Istituzioni di Diritto Pubblico*. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1986, p. 232.

⁴⁸ GONZÁLEZ, Jesús Primitivo Rodríguez. *La ciudadanía europea como presupuesto de la carta de derechos fundamentales*. In: Culturalismo Jurídico - São Paulo 450 anos - Seminário Brasil Espanha. Coord. Cláudio Lembo; Orgs. Pilar Jiménez, Monica Herman Salem Caggiano et al. Barueri: Manole, p. 53.

⁴⁹ *Idem*.

[...] o documento referência da primeira ‘geração’ é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789. Proclamada no impulso inicial da Revolução Francesa, não foi ela a primeira das Declarações, mas nenhuma a ela se compara em vários pontos capitais. Um, o de ter servido de modelo e símbolo do reconhecimento dos direitos do Homem. Outro, por exprimir claramente a idéia de direitos fundamentais e sua significação política e jurídica. Ademais, nenhuma outra a ela se compara no seu universalismo: enuncia direitos do ser humano como tal, direitos derivados da natureza humana – direitos naturais. Enfim, nenhuma teve e tem a influência da Declaração francesa. Esta, sem dúvida, a razão principal para encarecer-lhe a significação. Embora enuncie direitos do Homem, portanto universais e abstratos, cumpre lembrar ter sido ela motivada pelos abusos do absolutismo monárquico.⁵⁰

Após a proclamação e posterior consolidação dos chamados direitos da liberdade, a burguesia, outrora revolucionária e alijada das decisões estatais, passa a ser classe dominante no bojo das relações sociais. Certo é que, a partir do momento em que toma o controle do poder político, seus ideais filosóficos perdem o vigor reformador e se transformam em ideologia formal, sem qualquer aplicabilidade objetiva.

Sobre esse delicado período da história estatal, mais uma vez nos apoiamos nas lições de Paulo Bonavides:

A escola do direito natural da burguesia racionaliza o problema delicadíssimo do poder, simplificando a sociedade, como se fora possível ignorar as forças elementares e obscuras que atuam na infra-estrutura do grupalismo humano. Fez, pretensiosamente, da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes. Daí o desespero e a violência das objeções que mais tarde suscitou, notadamente no século XIX, quando os seus esquemas de Estado Jurídico puro se evidenciaram inócuos, e de logicismo exageradamente abstrato, em face das realidades sociais imprevistas e amargas, que rompiam os contornos de seu lineamento tradicional.⁵¹

As liberdades conquistadas nesse período da história, embora por demais importantes para derrubar os privilégios históricos oriundos do sistema feudal, não lograram verdadeiro êxito em diminuir as imensas diferenças sociais que atingiam em cheio os trabalhadores, maior estrato social, porém menos favorecido, das sociedades que

⁵⁰ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, 84.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 43.

começavam a se industrializar. Estes, ainda que reconhecidos formalmente como humanos, no sentido que a Declaração quis consolidar, ainda experimentavam uma vida recheada de miséria profunda.

Na mesma direção, seguem, uma vez mais, as lições de Paulo Bonavides:

Aquela liberdade conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio. Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade de contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar. Em face das doutrinas que na prática levavam, como levaram, em nosso século, ao inteiro esmagamento da liberdade formal, com a atroz supressão da personalidade, viram-se a Sociologia e a Filosofia do liberalismo burguês compelidas a uma correção conceitual imediata da liberdade, um compromisso ideológico, um meio-termo doutrinário, que é este que vai sendo paulatinamente enxertado no corpo das Constituições democráticas. Nestas, ao cabo de cada uma das catástrofes que ensangüentaram o mundo no presente século, testemunhamos o esforço de fazer surdir a liberdade humana resguardada em direitos e garantias.⁵²

Bonavides, ainda que contextualizado ao longo das passagens da obra que citamos, *Do Estado liberal ao Estado social*, apresenta, com bastante nitidez, as razões pelas quais o modelo de Estado liberal burguês, no alvorecer da segunda metade do século passado, acabou sucumbindo e abrindo espaço para o aparecimento e a consolidação do Estado social. Este carregou consigo o florescimento da segunda dimensão de direitos humanos fundamentais.

2.3 Do Estado social – a segunda dimensão dos direitos fundamentais

Foi da necessidade de se materializarem os direitos da liberdade, de modo a torná-los não só universalmente aceitos, mas também compreendidos e aplicados no seio da coletividade, que um movimento reformador começou a tomar forma no final do século XIX e início do século XX.

⁵² BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 59.

Nesse sentido, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵³, em lugar da revolução socialista, que optava, no esteio do pensamento marxista, pela abolição da propriedade privada⁵⁴ como solução principal para a ampla eliminação das desigualdades entre as classes, surgiu a corrente reformista, que pregava a construção e adoção de um sistema que objetivasse criar um meio de proteção ao trabalhador, cuja fonte primeira seria o Estado provedor.

Ainda segundo Manuel Gonçalves⁵⁵, essa orientação, de origem no pensamento de Augusto Comte, foi reforçada com o surgimento do chamado ‘cristianismo social’, com lastro primeiro na encíclica *Rerum Novarum*⁵⁶, de autoria do Papa Leão XIII, em 1891.

O cenário do Estado social é assim sintetizado por Paulo Bonavides:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado Constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o

⁵³ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 86.

⁵⁴ Ao falarmos da abolição da propriedade privada, merece menção a famosa passagem de Rousseau, segundo o qual: “*O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer isto é meu e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo. Quantos crimes, assassínios, misérias e horrores não pouparia ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado aos seus semelhantes: ‘Defendei-vos de ouvir este impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém’*”. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 87.

⁵⁵ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 86.

⁵⁶ A encíclica *Rerum Novarum*, versando acerca das condições dos operários, é clara na crítica ao pensamento socialista: “[...] *A solução socialista. Os Socialistas, para curar este mal, instigam nos pobres o ódio invejoso contra os que possuem, e pretendem que toda a propriedade de bens particulares deve ser suprimida, que os bens dum indivíduo qualquer devem ser comuns a todos, e que a sua administração deve voltar para - os Municípios ou para o Estado. Mediante esta transladação das propriedades e esta igual repartição das riquezas e das comodidades que elas proporcionam entre os cidadãos, lisonjeiam-se de aplicar um remédio eficaz aos males presentes. Mas semelhante teoria, longe de ser capaz de pôr termo ao conflito, prejudicaria o operário se fosse posta em prática. Pelo contrário, é sumamente injusta, por violar os direitos legítimos dos proprietários, viciar as funções do Estado e tender para a subversão completa do edifício social.*” Disponível em:

http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html. Acesso em: 19 maio 2011.

salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, prove as necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social.⁵⁷

Vale também acrescer a percepção de clara redação sintética de Oswaldo Luiz Palu:

Em linhas gerais, ‘Estado Social’ significa a tentativa de adaptação do Estado tradicional (dito liberal-burguês) às novas condições – e demandas – da sociedade industrial e pós-industrial. Como se sabe, o Estado Liberal era uma organização racional, orientada para certos objetivos e valores e dotada de estrutura vertical e hierárquica. Tal racionalização se expressava em leis abstratas e gerais, divisão de poderes para a garantia da liberdade e uma organização burocrática da Administração. Pretendia garantir a liberdade, a segurança, a propriedade etc. Se a sociedade era racional, não era necessário muito mais que um ‘tomar conta’ a distancia por parte do Estado. O ‘Estado Social’, ao contrário, parte da idéia de que a sociedade não pode ser deixada a seus mecanismos de auto-regulação, o que levaria à irracionalidade e à injustiça; a ação do Estado, ação positiva, torna-se então imprescindível para a correção dos desvios existentes no meio social. O Estado deveria estruturar a ordem social.⁵⁸

Registra-se a impressão de José de Albuquerque Rocha:

[...] o perfil do Estado Social reside no fato de ser um Estado intervencionista em duplo sentido: por um lado, intervém na ordem econômica, seja dirigindo, planejando o desenvolvimento econômico, seja fazendo inversões nos ramos da economia considerados estratégicos; por um lado, intervém no social, onde dispensa prestações de bens e serviços e realiza outras atividades visando à elevação do nível de vida das populações reputadas mais carentes.⁵⁹

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 186.

⁵⁸ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 59.

⁵⁹ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 129.

Como documento-símbolo desse período em que floresce o ‘Estado-Providência’, Manoel Gonçalves⁶⁰ elege a Constituição Alemã, de 1919, frisando também os importantes precedentes da Constituição da Segunda República Francesa, de 1848; da Constituição Mexicana, de 1917; a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da Rússia, de 1918, e o Tratado de Versalhes, de 1919.

Isto porquanto, além das obrigações decorrentes do Tratado de Versalhes mencionado, assinado pela Alemanha na ocasião do fim da Primeira Grande Guerra, cuja redação já contemplava diversas obrigações de cunho social, os elaboradores da Carta Alemã (mais conhecida como Constituição de Weimar) em sua maioria socialistas-reformistas e adeptos do cristianismo social, também se preocuparam em positivar inúmeras prescrições concernentes à ordem econômica e social.

Comentando a Constituição de Weimar, Carlos Alberto Cury explica:

A Constituição de Weimar formulou alguns dispositivos em relação à ordem econômica e social em texto por si só esclarecedor. Se ela reconhece a propriedade como tal, por um lado, por outro diz no artigo 153 que ‘a propriedade impõe obrigações. Seu uso deve estar a serviço do mais alto interesse comum.’ Quanto à propriedade da terra, o artigo 155 diz que o *Reich* (este nome foi mantido!) será responsável pela inspeção do aproveitamento do solo, visando à coibição de abusos e à garantia de que cada alemão tenha uma habitação saudável e que as famílias tenham um pedaço de terra suficiente para a exploração econômica de acordo com suas necessidades. O texto constitucional weimariano abre, inclusive, a possibilidade de expropriação a bem do interesse comum e sob certas condições tornando a *propriedade coletiva* (artigo 156). Muito célebre é o artigo 157 que protege o trabalho contra a possessividade capitalista: ‘O trabalho e as energias dele provindas gozam de especial proteção do *Reich*. O *Reich* criará um Direito Unificado do Trabalho’. A Constituição assegura liberdade de sindicalização e condições para o exercício dos direitos políticos como o voto universal. Há outros artigos, como os de números 161 e 162 que propõem, respectivamente, uma previdência social pública e a observância de direitos sociais mínimos, aí compreendida uma legislação internacional do trabalho. Este sentido interventor do Estado no "individualismo possessivo", próprio do capitalismo liberal, está posto no preâmbulo da Constituição e reaparece no artigo 151: ‘A organização da vida econômica deve responder aos princípios da justiça com o objetivo de garantir a todos uma existência humanamente digna. É dentro de tais fronteiras que se assegura a liberdade do indivíduo [...]’. Ao garantir a

⁶⁰ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 88.

propriedade, o artigo 153, no entanto, não a torna intocável, antes diz que sua existência implica obrigações relativas ao interesse comum.⁶¹

É possível perceber, portanto, na redação dos artigos mencionados por Alberto Cury, a evidente preocupação dos legisladores constituintes alemães de 1919, em um País que saiu vencido da Primeira Guerra Mundial⁶², de superar o antigo formalismo liberal dos séculos XVIII e XIX.

A importância histórica do documento alemão é tão considerável doutrinariamente que sua influência se estendeu por diversos outros países na oportunidade dos seus respectivos movimentos de constitucionalização.

É a inspiração que se pode nitidamente perceber na Constituição da maioria dos países da Europa Central e também na Constituição Brasileira de 1934, que, reproduzindo quase que integralmente o expresso no artigo 157 do Documento de Weimar, declara que a ordem econômica deve se lastrear de acordo com os princípios da justiça, propiciando a todos existência digna. Aliás, a ideia⁶³, entre nós, permanece até hoje na redação do artigo

⁶¹ CURY, Carlos Roberto Jamil. *A constituição de Weimar: um capítulo para a educação*. Educ. Soc., Campinas, v. 19, n. 63, Aug. 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73301998000200006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 maio 2011.

⁶² Para melhor entendimento acerca da Primeira Guerra Mundial, suas razões e impactos, sugerimos, entre outras obras de grande relevância, a leitura do artigo de Marco Antonio Stancik, cuja indicação bibliográfica segue: STANCIK, Marco Antonio. Entre flores e canhões na Grande Guerra (1914-1918): o final da Belle Époque e o começo do breve século XX, em um álbum de retratos fotográficos. *Rev. Bras. Hist.*, São Paulo, v. 29, n. 58, Dec. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882009000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 maio 2011.

⁶³ Eis a redação do artigo 170 da Constituição pátria: “[...] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 10 jun. 2011.

170 de nossa atual Carta.

Merece menção o pensamento de Marcello Caetano⁶⁴ acerca das inúmeras atividades que estão a cargo do Estado desde a época do período entre guerras no século XX, passando pelo período da Guerra Fria⁶⁵, até chegarmos aos dias atuais. Segundo ele, o Estado converteu-se, em todos os países em que o ente estatal se encontra institucionalizado nas bases do pensamento ocidental, em uma gigantesca empresa. E continua:

O Estado dos nossos dias, mesmo aquele que mantém alguns dos princípios essenciais do liberalismo, que é portanto social e não socialista, caracteriza-se ao contrário pela concepção material da justiça que tem – interessa mais a igualdade de situações econômicas e sociais – ou pelo menos de oportunidades para conquistá-las, do que a simples igualdade de direitos e deveres – e pela hipertrofia do bem estar.⁶⁶

2.4 Do Estado Constitucional de Direito⁶⁷ - a consolidação da terceira dimensão dos direitos fundamentais

No dizer de Canotilho⁶⁸, qualquer que seja o conceito e a respectiva justificação científica acerca do ente estatal, fato é que o Estado, modernamente, deve ser concebido como Estado Constitucional. E, tratando do Estado Constitucional de direito democrático, o autor ensina:

O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades identificadas

⁶⁴ CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 147.

⁶⁵ A literatura acerca desse período histórico é por demais vasta. Recomendamos, em especial, a obra de ARBEX, A.J. Jr. *Guerra fria: terror de estado, política e cultura*. São Paulo: Moderna, 1997.

⁶⁶ CAETANO, *op. cit.*, p. 148.

⁶⁷ Embora com denominações distintas na doutrina, entre elas “Estado Democrático de Direito”, “Estado Democrático Constitucional”, aqui adotamos a expressão “Estado Constitucional de Direito”, posto que são todas expressões de conteúdo teórico similar. Assim, já a utilizamos no primeiro capítulo desta dissertação, com lastro em Luigi Ferrajoli na obra: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *Estado de Direito entre o passado e o futuro*. FERRAJOLI, Luigi. In: *Estado de Direito: história, teoria, crítica*, trad. Carlo Alberto Dastoli, São Paulo: Martins, Fontes, 2006, p. 12.

⁶⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 2006. p. 92.

pelo constitucionalismo moderno: Um Estado de direito e Estado democrático. Estas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão de Estado de direito. Esta dissociação corresponde, por vezes, à realidade das coisas: existem formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos. O Estado constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito.⁶⁹

Na mesma linha de raciocínio, complementa Alexandre de Moraes, trazendo o exemplo de Estado democrático constitucional para nossa realidade:

O Estado Democrático de Direito, caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, é proclamado, por exemplo, no caput do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou, igualmente, em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático ao afirmar que ‘todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição’, para mais adiante, em seu art. 14, proclamar que ‘a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II - referendo; III – iniciativa popular’.⁷⁰

Vale trazer também lição de José Afonso da Silva acerca da capacidade de balanceamento do poder que possui a concepção estatal em sua moderna forma:

O equilíbrio entre o poder e a cidadania só se realiza efetivamente num Estado Democrático de Direito em que se amplie, por todas as formas possíveis, a participação do povo no poder. Onde essa participação é ampla, o Estado se integra na sociedade civil, de sorte que os conflitos poder/povo são resolvidos dialeticamente.⁷¹

É de se ressaltar que, na esteira do que explica Jorge Miranda⁷², a máxima expansão

⁶⁹ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 93.

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 6.

⁷¹ SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 20.

⁷² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo I Preliminares – O Estado e os*

estatal na fase em que se consolida o Estado Constitucional de Direito, também dá lastro ao desenvolvimento de uma comunidade internacional bastante estruturada, assinalando, por assim dizer, uma nova fase do ‘direito das gentes’⁷³. Ressaltando a importância desse movimento para a consolidação de uma terceira dimensão dos direitos humanos fundamentais, o autor afirma:

Ligada à organização da comunidade internacional – porque sem ela não ganha efectividade – nasce a protecção internacional dos direitos do homem, ou seja, a promoção, por meios jurídico-internacionais, da garantia dos direitos fundamentais relativamente ao próprio Estado de que cada um é cidadão. Tem por causas a tendência para a humanização do Direito Internacional e o alargamento da noção de sujeito de Direito Internacional, mas, sobretudo, o repúdio da opressão feita por regimes políticos de vários sinais ideológicos e a consciência universal da dignidade da pessoa humana que vai se formando.⁷⁴

Na mesma linha do pensamento de Alexandre de Moraes e Jorge Miranda, Oswaldo Palu, acrescentando o componente da participação do cidadão no bojo dos negócios estatais e consolidando o exercício democrático, esclarece:

Muitas das conseqüências negativas produzidas pelo positivismo jurídico (que via na lei a razão máxima do Estado) levaram à introdução de novo elemento e à transformação na acepção do Estado Democrático de Direito. É claro que o princípio democrático havia sido acolhido nas concepções anteriores, porém, agora, procura-se fixar a participação popular nas decisões governamentais e o efetivo controle da Administração. Buscou-se substituir a idéia do Estado Legal – formalista – por uma idéia de Estado agregado aos ideais da Justiça. O Estado, sem deixar de ser Estado de Direito, protetor das liberdades individuais, e sem deixar de ser o Estado Social, protetor do bem comum, passou a ser ainda Estado Democrático. Daí a expressão Estado de Direito Social e Democrático. Pretende submeter o Estado ao Direito e não à lei apenas em sentido formal. Hoje, portanto, fala-se em Estado Democrático de Direito que compreende o aspecto da participação do cidadão (Estado Democrático) e o da justiça (Estado de Direito).⁷⁵

Acerca da consolidação da terceira dimensão dos direitos humanos fundamentais,

sistemas constitucionais. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997. p. 92.

⁷³ No dizer de Resek, direito das gentes é expressão sinônima de “Direito Internacional Público”. REZEK, J.F. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 1995.

⁷⁴ MIRANDA, *op. cit.*, p. 93.

⁷⁵ PALU, *op. cit.*, p. 73.

cujo conceito supra-individual deve ser conjugado com o ferramental fornecido pelo Estado Constitucional de Direito, novamente nos apoiamos em Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷⁶.

Segundo sua lição, após a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948⁷⁷, que exprime, naquele momento histórico, uma síntese dos direitos individuais e fundamentais, enxergou-se, em especial no âmbito dos organismos internacionais, a necessidade de se tutelarem os chamados direitos de solidariedade.

Manoel Gonçalves vê duas faces da terceira dimensão dos direitos humanos fundamentais. A primeira corresponderia aos direitos que, embora fundamentais para a existência condigna do ser humano, são dirigidos às comunidades de modo coletivo:

A expansão dos direitos fundamentais não encontrou termo com a Declaração Universal. Poucos anos após sua edição, uma nova conscientização – que parece ainda não plenamente consolidada – veio à luz. Fato a ser notado, desenvolveu-se especialmente nos foros internacionais. Tem ela duas faces. Uma, já aceita de modo geral, corresponde a uma reação contra males que se manifestam no âmbito interno dos Estados (embora possam ter repercussões fora deles). Traduz interesses coletivos, de repercussão na condição de vida das comunidades e, portanto, de seus integrantes, porém não individualizáveis. É o caso do direito ao meio ambiente sadio (este constante na Declaração de Estocolmo de 1972), mas já consagrado em muitas Constituições, como a brasileira (art. 225), do direito à comunicação social igualmente (art. 220), do direito, ou melhor, dos direitos do consumidor (também art. 5º, XXXII).⁷⁸

Já a segunda envolveria o inconformismo com as grandes diferenças havidas no desenvolvimento humano nas várias comunidades internacionais. Tal ideia deriva, segundo Manuel Gonçalves⁷⁹, da necessidade da construção da fraternidade entre os povos. Assim, o direito à paz, ao patrimônio comum da Humanidade e à autodeterminação dos povos, por exemplo, embora tivesse como destinatários finais os povos, faria parte da terceira

⁷⁶ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 89.

⁷⁷ Acerca desse importante documento, sugerimos a leitura da obra do Prof. Fábio Konder Comparato, cuja indicação segue: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁷⁸ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 89.

⁷⁹ *Idem*.

dimensão, em sua segunda faceta, dos direitos humanos fundamentais.

É preciso esclarecer, oportuno o momento, que alguns autores entendem, em contraponto a Manoel Gonçalves, ser possível diferenciar a primeira face da terceira dimensão dos direitos fundamentais (direitos supraindividuais ou difusos – terceira geração dos direitos fundamentais propriamente dita) da segunda face da terceira dimensão dos direitos humanos fundamentais (direitos de solidariedade e fraternidade – quarta geração dos direitos fundamentais), conforme expusemos.

Com tal posição, Cláudio Lembo, adotando a classificação dicotômica diferenciadora ao tratar da referida fase de consolidação histórica⁸⁰, trata dos direitos humanos fundamentais de terceira geração, quais sejam, os direitos coletivos e difusos:

São direitos coletivos os comuns a uma categoria de pessoas (sindicatos, organizações não governamentais – ONG) e direitos difusos os comuns a toda a espécie humana (a água, o ar, a luz solar, os bens culturais, o patrimônio histórico, entre outros).⁸¹

E, continuando sua exposição, Cláudio Lembo disserta acerca dos direitos humanos fundamentais que envolvem a solidariedade e a fraternidade em âmbito mundial, chamados, em sua classificação, de direitos humanos fundamentais de quarta geração:

Dizem respeito, muito especialmente, à ordem internacional, em que todos os povos devem se apoiar, reciprocamente, mediante ações de solidariedade e fraternidade. A solidariedade, por ser uma exigência humana, apresenta-se como obrigação, no cenário interno, de toda a humanidade.⁸²

Importante salientar, na esteira da exposição acerca dos direitos humanos comunitários, que seu alicerce se encaixa no reconhecimento (em ordenamentos constitucionais contemporâneos, em especial), após a consolidação da terceira geração que mencionamos, da dignidade da pessoa humana como valor não sindicalizável. Ingo

⁸⁰ Nesse mesmo sentido, entre outros autores, confira-se PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição*. São Paulo: Ed. Ltr, 2008.

⁸¹ LEMBO, Cláudio. *A pessoa – seus direitos*. Barueri: Manole, 2007. p. 17.

⁸² *Idem*.

Wolfgang Sarlet explica:

[...] pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo.⁸³

Voltando à arquitetura estatal do Estado Constitucional de Direito, e com vistas a demonstrar a complexidade estrutural que aqui desenhamos, vale reproduzir a lição de Konrad Hesse que, ao abordar as tarefas que estão a cargo daqueles que manejam as ferramentas governamentais, aponta:

No Estado democrático intervencionista, de prestação de serviços e de previsão do presente, as tarefas são essencialmente distintas. Não se trata tanto de limitar um poder estatal absoluto, que viesse historicamente dado, mas de construir um poder previamente limitado, democraticamente legítimo, e de manter sua virtualidade e sua eficiência no processo político regulado. Trata-se, ademais, de garantir eficazmente, sob as condições atuais, a liberdade e uma vida digna. Para isso, junto a normas de organização, necessita-se também na Democracia dos direitos fundamentais como direitos de defesa frente às intervenções estatais. Contudo, já não basta o princípio de exclusão: o que os direitos fundamentais devem garantir depende não só de inexistência de tais intervenções, mas, numa dimensão considerável, da ação estatal, de que, mediante programação, intervenção e previsão estatais se dotem os cidadãos das condições materiais para uma vida livre e digna. Junto a isso, a tarefa de previsão é interpretável não só como a atual procura existencial e a previsão social; compreende também a responsabilidade para o futuro dos homens, o que obriga a ter em conta as possíveis conseqüências das decisões e processos atuais, como sucede, por exemplo, com a dívida do Estado, o armazenamento de resíduos radiativos ou a biogenética, e de preservar as gerações futuras dos ônus, perigos ou riscos que tudo isso leva consigo.⁸⁴

Com essas preocupações acerca do papel do Estado e sua respectiva relação com o cidadão, cujo liame deve ser democraticamente saudável, Konrad Hesse, colocando a força

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 64.

⁸⁴ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Sel. e trad. de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16.

da Constituição no papel de protagonista de tal cenário, completa:

Frente à moderna atividade configuradora do Estado, conserva a Constituição sua função limitadora, pois determina claramente que conteúdos não podem ter essas medidas. A esse respeito, carrega a constituição, como até agora, em si mesma os pressupostos de sua eficácia; nessa função, pode justificar pretensões dos cidadãos em forma de ação judiciais impeditivas. Do ponto de vista positivo, a Constituição não pode, em troca, conduzir e tornar efetiva diretamente a atividade configuradora: unicamente pode oferecer diretrizes em forma de objetivos. Em tal medida permanece a Constituição limitada a positivizar um programa público de configuração, que necessita ser executado posteriormente, e que, por isso, depende de que seja assumido em particular pelo legislador, e levado à prática segundo a situação e as possibilidades do momento. Sempre que, além disso, se trate de realizar objetivos sociais, isso vem assistido por uma certa imperatividade do postulado do Estado social, que pode prescindir melhor que o Estado de Direito das garantias constitucionais de sua imposição, porque nenhum governo pode hoje em dia renunciar a uma política de previsão e compensação social.⁸⁵

Voltamos a Canotilho que, abrindo caminho para estudarmos, em tópico posterior desta dissertação, o movimento constitucionalista e suas diversas variantes, revela:

O Estado Constitucional é ‘mais’ do que o Estado de Direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State Power*). Se quisermos que um Estado Constitucional se assente em fundamentos metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. O Estado ‘impolítico’ do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da soberania popular segundo o qual ‘todo o poder vem do povo’ assegura e garante o direito igual à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de direito’ e o ‘Estado democrático’ possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de Direito Democrático. Alguns autores avançam mesmo a idéia de democracia como valor (e não apenas como processo), irreversivelmente estruturante de uma ordem constitucional democrática.⁸⁶

⁸⁵ *Ibid.*, p. 18.

⁸⁶ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 100.

Vale mencionar a lição de Miguel Dantas Calmon⁸⁷ que, em sua obra *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*, afirma que o Estado Democrático de Direito, com algumas variações em sua enunciação e conteúdo material, teve como marco essencial a Lei Fundamental de Bonn, mais especificamente seu artigo 20⁸⁸. Certo é que, com base nesse documento, tem-se o calço jurídico necessário para o advento do neoconstitucionalismo (a que já nos referimos em tópico anterior deste trabalho e voltaremos a tratar em capítulo posterior) e, por consequência, a propalada força normativa dos princípios constitucionais, a expansão e consolidação do controle de constitucionalidade como forma de afirmar a preponderância do exercício do mecanismo de controle dos demais poderes pelo Poder Judiciário e, especialmente, a busca pela efetividade dos direitos fundamentais, em suas variadas dimensões, como forma de garantia da dignidade individual.

Novamente nos socorremos de Oswaldo Palu para fortalecer o conceito de Estado aqui tratado:

A cláusula do Estado de Direito Democrático, e seus valores, deve ser entendida como um programa a ser realizado, diuturnamente, mas de consecução integral diferida do tempo. O Estado Social de Direito não pressupõe uma sociedade perfeita e acabada, é um instrumento para o porvir.⁸⁹

A partir dos posicionamentos aqui expostos, que pretendem ser uma síntese da atual formatação do Estado, é de se perguntar se esse modelo encontra, após o primeiro decênio do século XXI, desafios ainda a superar, ou se, no mais, a própria ideia de Estado Constitucional de Direito, após a falência confessa do modelo alternativo russo, ocorrida nos estertores do século passado, também deva começar a ser questionada, com vistas a encararmos o constante processo de evolução pelo qual a humanidade deve sempre passar.

Jorge Miranda auxilia-nos em tal questionamento:

⁸⁷ DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 220.

⁸⁸ Na Lei Fundamental de Bonn, a Alemanha (na oportunidade, dita 'Ocidental') é anunciada, no artigo 20, como Estado Federal Democrático e Social.

⁸⁹ PALU, *op. cit.*, p. 81.

A democracia representativa e pluralista, a democracia politicamente liberal (e com economia de mercado mais ou menos condicionada ou controlada pelos poderes públicos) impôs-se como princípio de legitimidade contra a falta de racionalidade dos demais regimes. Não significa isto, porém, que se tenha chegado ao ‘fim da história’, até porque a história comporta avanços e recuos, saltos e sobressaltos, e porque se mostram bem evidentes as imperfeições e os sinais de perturbação e perplexidade de muitas das actuais democracias, tais como a quebra do sentido de participação cívica e o afastamento em relação aos governantes, a sujeição do contraditório parlamentar ao imediatismo da comunicação audiovisual, as tendências oligárquicas e os défices de democracia no interior dos partidos, ou os excessos de corporativismo. Dir-se-ia que a ‘democracia sem inimigo’ não tem mais problemas externos, mas que se abriu a caixa de Pandora dos seus problemas internos.⁹⁰

Importante contribuição, do ponto de vista da análise sociológica estrita, fornecem-nos Sônia Draibe e Wilnês Henrique, em seu artigo “Welfare State, crise e gestão da crise: um balanço da literatura internacional”, quando, demonstrando o posicionamento de diversos teóricos da Ciência Social, falam-nos acerca da crise vivida nas últimas décadas pelo modelo estatal construído na segunda metade do século XX:

Para alguns analistas, os problemas enfrentados atualmente pelo Estado Benefactor dizem respeito muito mais a pressões por sua mudança que propriamente a uma crise ou esgotamento de uma dada forma de intervenção social do Estado. Aparentemente, no próprio momento de consolidação de um complexo aparelho e programas estatais de benefícios sociais, estariam havendo pressões no sentido de minimizar tanto os graus de padronização e massificação das formas de atendimento, quanto o peso excessivo da estrutura estatal burocratizada, e centralizada, responsável pela definição e distribuição de bens e serviços. Tendência vista, aliás, pelos autores como positiva, pois estaria a prenunciar a passagem de um *Estado* do Bem-Estar para uma *Sociedade* do Bem-Estar, enfatizando pelo menos dois aspectos: a ampliação das margens de opção dos beneficiários — e, portanto, a proposição de conjuntos alternativos em cada programa — e a maior participação de organizações comunitárias e locais na gestão dos programas — ou seja, uma maior democratização.⁹¹

A lição de Marcelo Neves sobre o Estado de Bem-Estar também merece ser

⁹⁰ MIRANDA, *op. cit.*, p. 99.

⁹¹ DRAIBE, Sônia; HENRIQUE, Wilnês. *Welfare State, crise e gestão da crise: um balanço da literatura internacional*. Disponível em http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_06/rbcs06_04.htm. Acesso em: 21 maio 2011.

reproduzida, pois, inserida em uma concepção baseada na filosofia de Luhmann, apresenta a faceta inclusiva dessa forma de organização estatal:

A concepção corrente do Estado de bem-estar diz respeito à sua função compensatória, distributiva, para acentuar que um mínimo de realidade dos direitos fundamentais clássicos (liberal-democráticos) depende da institucionalização dos 'direitos fundamentais sociais'. Propondo um modelo interpretativo mais abrangente, Luhmann conceitua, invocando expressamente Marshall, o Estado de bem-estar com base no princípio sociológico da inclusão. O conceito de inclusão refere-se à inserção de toda a população nas prestações de cada um dos sistemas funcionais da sociedade. Ele diz respeito, de um lado, ao acesso, de outro, à dependência da conduta individual a tais prestações. À medida que a inclusão é realizada, desaparecem os grupos que não participam da vida social, ou participam apenas marginalmente. A *contrario sensu*, pode-se designar como exclusão a manutenção persistente da marginalidade. Na sociedade contemporânea, isso significa que amplos setores da população dependem das prestações dos diversos sistemas funcionais, mas não tem acesso a elas (subintegração). Definindo-se o Estado de bem-estar como inclusão política realizada e, porque Estado de direito, como inclusão jurídica realizada, observa-se que os direitos fundamentais sociais por ele instituídos constitucionalmente são imprescindíveis à institucionalização real dos direitos fundamentais referentes à liberdade civil e à participação política.⁹²

O modelo de Estado Constitucional, como vimos na evolução histórica demonstrada, parece ter representado o ápice de modelo estatal tendente a operacionalizar, da melhor maneira possível, ao menos no aspecto formal, os valores consagradores da dignidade da pessoa humana no seio das sociedades em que está instalado.

Vale, neste sentido, prestar atenção às palavras de Verdu e Cueva⁹³, para quem nossa concepção de Estado, com cunho social, está em crise, afetando suas estruturas política, sócio-econômica e jurídica. A crise, deste modo, está instalada, para estes autores, porquanto é incapaz de responder (out-put), de maneira satisfatória, aos requerimentos (input) da sociedade.

No entanto, a crescente complexidade de nossas relações sociais está a demonstrar

⁹² NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 76-77.

⁹³ VERDU, Pablo Lucas; CUEVA, Pablo Lucas Murillo de la. *Manual de Derecho Político – v. I – Introducción y Teoría Del Estado*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 117.

que provavelmente esse modelo também deverá ser superado ou, de maneira menos ambiciosa, aperfeiçoado, abrindo espaço para novas e diferentes formas de interação entre os atores sociais.

Este é o quadro que se desenha, desafiando não apenas, mas especialmente, os cientistas e operadores do Direito Constitucional.

3 A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DE PODERES – HISTORICIDADE, EVOLUÇÃO E ATUAL INTERPRETAÇÃO

3.1 Historicidade da teoria

A separação dos poderes instituídos como forma de limitação do poder é problemática que, antes do marco teórico principal de Montesquieu, interessou e mereceu reflexão de diversos pensadores ao longo da história.

No dizer de José Luiz de Anhaia Mello⁹⁴, a teoria da separação de poderes não pode ser confundida com a mera separação das funções estatais. Esta mira, em primeiro lugar e de maneira especial, a eficiência das funções desempenhadas pelo Estado. Pode, por consequência, existir, como de fato existiu, até mesmo em um Estado totalitário. A teoria da separação de poderes, desde seu nascedouro até os dias atuais, serve de anteparo ao Poder, visando à garantia da liberdade individual.

Nessa mesma linha, segue Nelson Saldanha, que, em sua obra *O estado moderno e a separação de poderes*, explica:

Compete, deste modo, distinguir com clareza entre a diferenciação de tarefas governamentais, existente em qualquer tipo de Estado ou forma de governo, e a chamada separação de poderes tal como vem existindo na teoria e na prática do Ocidente moderno e contemporâneo. Em qualquer Estado, incluindo os despotismos do Oriente antigo, verifica-se a existência de um processo de divisão de atribuições a partir do monarca (no caso dos absolutismos régios) com os ‘magistrados’ de determinada espécie, que ditam normas ou dirimem querelas, ou assessoram decisões; [...]. No Ocidente moderno, o clamor liberal contra o governo onipresente e o clamor democrático contra o absolutismo dominante levaram a exigências muito definidas no sentido de uma reorganização do esquema do poder governamental: seria preciso distribuir, entre titulares distintos, as tarefas governamentais. Por outro lado, conceberam-se tais tarefas como basicamente iguais em nível [...], todas provindo da soberania nacional e representando-a. E ainda, com a tendência a repelir a idéia do poder pessoal, tendência pairante no século XVIII em geral e muito perceptível em Rosseau, aqueles titulares não poderiam ser pessoas físicas

⁹⁴ ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 11.

[...]. A impessoalidade, exigida para o governo, se coadunou com a simetria e a interlimitação, atribuídas a seus ramos.⁹⁵

Remontando a Aristóteles, um dos principais filósofos da antiguidade, é possível perceber, ainda que de maneira embrionária, a preocupação com a divisão de poderes. Nesse sentido, vejamos trecho da obra *Política*, a seguir reproduzida:

[...] Sólon e alguns outros legisladores deram ao povo o poder de eleger os magistrados e de exigir-lhes prestação de contas ao final do mandato; mas nenhum direito lhes deram, individualmente, de ocupar esses cargos. Isso está de acordo com o nosso princípio de que o corpo de cidadãos, atuando em conjunto, tem o necessário entendimento, mesmo quando cada qual, individualmente, não está qualificado para tomar decisões. Deste modo, é cooperando com os melhores cidadãos que o povo pode oferecer bons serviços às cidades, do mesmo modo como uma combinação de alimentos não refinados e refinados proporciona uma dieta, no todo, mais nutritiva e mais substancial.⁹⁶

É de se ressaltar, no entanto, que a influência de Aristóteles para dar lastro à teoria da separação dos Poderes é fruto, segundo alguns doutrinadores, de excesso de zelo. Vejamos a posição de Manuel Gonçalves Ferreira Filho:

Não se encontra, todavia, na obra de Montesquieu nem na de Locke ou de quaisquer outros propugnadores da moderna divisão funcional do Poder, qualquer referência ao ensinamento do Estagirita. Pode-se negar, portanto, sua influência na formação da doutrina e atribuir ao zelo dos eruditos a invocação do liame entre suas idéias e a separação dos poderes.⁹⁷

Assim pensa também Loewenstein⁹⁸, para quem nada permite deduzir que a distinção de cargos com atribuições estatais na *polis*, sugerida por Aristóteles, fosse embrião da teoria surgida nos primeiros anos do Constitucionalismo Liberal.

Segundo Agesta⁹⁹, Aristóteles, antes de preocupar-se com a autolimitação do Poder, parece referir-se, em sua obra, à especialização funcional de três órgãos em que o Poder

⁹⁵ SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação dos Poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 86.

⁹⁶ ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 231-2.

⁹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 248

⁹⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 19[?]. p. 57.

⁹⁹ AGESTA, *op. cit.*, p. 381.

residia, quais sejam a Assembleia, os Magistrados e o Corpo Judicial.

Ainda nos apoiando nas lições de José Luiz de Anhaia Mello, o tema da separação de poderes também continuou a ser objeto de preocupação de diversos outros pensadores ao longo da Idade Média:

Na Idade Média, e estamos a considerar o mesmo tema, avultam as figuras de Santo Tomás de Aquino que, inspirando-se, também, na Política de Aristóteles, teve o grande mérito de insistir na limitação da autoridade real, e Marsílio de Pádua, que na sua obra *Defensor Pacis* separou, com nitidez, legislação e execução. Em 1653, surge na história o ‘instrument of government’ de Cromwell, como resultado das aspirações do Protetor de dar ao Estado algo de fundamental, de durável. Entre os dispositivos do ‘instrument of government’, em número de 42, se verifica a delimitação dos poderes do Protetor, do Conselho de Estado e do Parlamento. Estávamos nos primórdios da separação de poderes e a matéria alimentava não só a doutrina como também os documentos de ordem pública.¹⁰⁰

Segundo Jorge Miranda, a ideia da separação de poderes como forma de limitação do Poder é mesmo anterior à consolidação doutrinária havida nos séculos XVII e XVIII. De acordo com o autor:

As magistraturas clássicas da Grécia e de Roma traduziam limitação do poder, na medida em que o poder, em vez de ser atribuído, concentrado num homem só ou numa só magistratura era repartido por diversos órgãos, por diferentes magistraturas, de regra colegiais, e, assim, se verificava repartição de poderes. Por seu turno, o Estado estamental assentava num dualismo de princípios: o princípio, de origem medieval, da aceitação do papel político das corporações, das ordens, das classes, dos senhorios locais; e o princípio de unidade ou de decisão central através do Rei.¹⁰¹

Jorge Miranda, no entanto, reconhece a vitória da teoria da separação de poderes em relação ao pensamento histórico anterior à sua teorização clássica:

Nem por isso são menos nítidas as diferenças entre estas duas manifestações de divisão de poder e a moderna concepção de separação

¹⁰⁰ ANHAIA MELLO, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰¹ MIRANDA, *op. cit.*, p. 375.

de poderes: 1) Tanto às magistraturas romanas como à organização estamental falta uma idéia de especialização orgânico-funcional ou de distribuição de diversas faculdades, objectivamente consideradas, por mais de um centro subjectivo de poder; 2) Tanto a uma como a outra falta a conexão com a idéia de direitos fundamentais, porque os antigos não conheceram a liberdade política e o Estado medieval não cuidou senão de assegurar diante do Rei imunidades, privilégios, prerrogativas em concreto de estamentos, e não direitos individuais dos homens enquanto tais.¹⁰²

Embora a separação de poderes e, outrossim, as divisões funcionais de tarefas governamentais mereceram atenção de destacados filósofos ao longo da história, foi com Locke que o tema começou a ser modernamente teorizado, como veremos a seguir.

3.2 A posição de Locke

Se os homens abrem mão de seu estado de perfeita liberdade havido na natureza, partindo-se da base do pensamento filosófico de Locke, estes o fazem em prol da salvaguarda mútua de suas vidas, liberdades e bens.

Destarte, os homens necessitam viver em sociedade, dita política, que os assegurará uma lei que traga a medida do justo e do injusto, além de um juiz imparcial que tenha autoridade para resolver os litígios oriundos da aplicação dessa lei. Por último, visando acabar com as deficiências da natureza, a sociedade política dos homens ensejará um poder capaz de sustentar a sentença prolatada e, conseqüentemente, a execução da mesma.

Assim, na tradução do pensamento filosófico de Locke trazida por Manuel Gonçalves, vemos que:

[...] lei, juiz, poder levam às funções que a doutrina da separação dos poderes tornou clássica. Então, assim, na obra de Locke as três funções: a de legislar, a de julgar e a de executar.¹⁰³

¹⁰² MIRANDA, *op. cit.*, p. 375.

¹⁰³ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 249.

É de se salientar que, de acordo com a exposição de Anhaia Mello¹⁰⁴, os conceitos trazidos por Locke tiveram, além da preocupação com a ordem doutrinária, o cristalino objetivo de contrariar a teoria patriarcal da monarquia, esculpida, por exemplo, pelas ideias de Hobbes contidas no *Leviatã*.

Segundo nos ensina Horacio Sanguinetti¹⁰⁵, Locke concebia quatro poderes, quais sejam: legislativo, executivo, federativo e o poder de prerrogativa. Nesta senda, o exercício judicial não era considerado verdadeiro poder político. Acerca do poder federativo, este era exercido em conjunto com o poder executivo. Por último, o poder de prerrogativa consistia em realizar, de mão própria, o bem estatal nos casos da inexistência de leis ou ainda havendo a impossibilidade do Executivo.

Sobre a importância da obra de Locke, Marcello Caetano assim nos ensina:

Trata-se de um livro célebre na história da filosofia política e das idéias políticas, quer porque Locke pôs ao serviço da sua tese tudo o que o pensamento político dos séculos XVI e XVII congeminara sobre a origem contratual da sociedade política e o poder da colectividade de governar-se por si própria, ordenando esse conjunto de conceitos num sistema claramente estruturado; quer porque tal sistema teve enormíssima influência no posterior desenvolvimento das instituições britânicas, nas constituições norte-americanas e no movimento liberal europeu do princípio do século XIX, bem nas obras de Montesquieu e de Rosseau, sendo mesmo quase nula a originalidade deste.¹⁰⁶

A obra de Locke é certamente meritória, pois revigorou a ideia da divisão do Poder na ocasião em que ainda se debatia, no âmbito doutrinário, a natureza do poder monárquico ilimitado versus o poder originário do povo.

No entanto, sua receita é bastante diferente daquela adotada no movimento constitucional do século XVIII. Assim, divergindo um pouco de Marcello Caetano no que diz respeito à originalidade de Montesquieu, levando em conta o trabalho teórico anterior de Locke; e de Horácio Sanguinetti quanto à divisão de poderes proposta, Manuel

¹⁰⁴ ANHAIA MELLO, *op. cit.*, p. 17.

¹⁰⁵ SANGUINETTI, Horacio. *Curso de Derecho Político*. Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 127.

¹⁰⁶ CAETANO, *op. cit.*, p. 190-1.

Gonçalves ensina:

[...] a divisão que o mestre inglês propõe afasta-se da separação dos poderes tal qual esta veio a ser conhecida. Com efeito, ele propõe um Poder Legislativo, um Poder Executivo e um Poder Federativo, não um Legislativo, um Executivo e um Judiciário. O primeiro edita as leis (que não se ser fixas e não poderão ser arbitrárias), mas para as quais é preciso o consentimento da sociedade. Integram-se também nesse Poder os juízes que não de fazer justiça nos litígios. Nisto transparece a visão inglesa de que o juiz declara o Direito, tanto quanto o legislador. [...]. O segundo vela pela execução das leis. O último cuida da paz e da guerra, de formar ligas e alianças, de levar a cabo as negociações com as comunidades estrangeiras. Estes dois poderes, todavia, não devem ser separados. Ambos, um e outro, requerem o concurso da força pública. [...]. Ora, disto fica bem claro que fórmula de divisão do Poder, que recomenda Locke, não leva em conta rigorosamente as funções que exerce o Estado. Sim, porque a de julgar fica incluída no Legislativo, a de executar é bipartida entre o Executivo e o Federativo.¹⁰⁷

Enfim, como vimos, é de se considerar a obra de Locke como essencial para que possamos entender, no dizer de Manuel Gonçalves¹⁰⁸, os antecedentes próximos que levaram ao surgimento da teoria clássica da tripartição de poderes como a concebemos no Estado Moderno. No entanto, segundo nos ensina Jorge Miranda:

O autor fundamental é, pois, Montesquieu, cuja obra estaria presente nas Revoluções americana e francesa, marcaria todo o constitucionalismo liberal e seus argumentos continuariam a ser, ainda hoje, sob muitos aspectos, extremamente elucidativos.¹⁰⁹

3.3 O pensamento de Monstequieu

Iniciamos o presente tópico com o célebre pensamento de Monstequieu que, em apenas poucas linhas e com bastante lucidez, resume o propósito essencial da teoria da separação de poderes:

A liberdade política só se encontra nos Governos moderados. Mas ela não existe sempre nos Estados moderados. Ela só existe neles quando não se abusa do poder. Mas é uma experiência eterna que todo o homem que tem

¹⁰⁷ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 250.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 248.

¹⁰⁹ MIRANDA, *op. cit.*, p. 377.

poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.¹¹⁰

Explicitando as palavras mencionadas, Marcello Caetano¹¹¹ explica que, quando Montesquieu se referiu a ‘governos moderados em que não se abuse do poder’, ele nos forneceu a ideia, ainda que não expressamente, de um sistema de governo em que os indivíduos não são forçados a praticar atos contrários à lei ou, ainda, impedidos de fazer aquilo que a lei prescreve.

É, porém, muito difícil evitar tais abusos, continua Marcello Caetano¹¹² no seu exercício de interpretação. Desse modo, para que um poder seja limitado, é preciso equacionar uma maneira de criar e manejar outro poder que seja capaz de limitar o primeiro e assim reciprocamente.

Ainda com Marcello Caetano:

Procurando um modelo de Estado onde se encontre esse sistema de limitação do poder pelo poder, Montesquieu passa a descrever a Constituição da Inglaterra seguindo muito de perto Locke: e assim se chega ao célebre capítulo 6º do livro XI do *Esprit des lois*.¹¹³

Segundo nos ensina Manoel Gonçalves¹¹⁴, das três funções que atribui o Estado, a doutrina de Montesquieu confere ao primeiro dos poderes a função de estabelecer as regras e os direitos gerais e impessoais a que todos, inclusive e especialmente o rei, devem obediência.

Destarte, se estamos diante de regras com conteúdo geral e amplo, cujos destinatários são todos os integrantes de uma comunidade, tratados aqui de maneira

¹¹⁰ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 165.

¹¹¹ CAETANO, *op. cit.*, p. 192-3.

¹¹² CAETANO, *op. cit.* p. 193

¹¹³ *Idem*, p. 194.

¹¹⁴ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 155.

impessoal, tais regramentos são ‘leis’, daí o nome do Poder dito “Legislativo”. Continua Manoel Gonçalves:

Todavia, nem todas as regras gerais e impessoais que o Estado positiva são editadas por esse poder. De fato, outras há como as constantes dos chamados regulamentos administrativos, que são obra do Poder Executivo. Daí resulta que, pela matéria, não se pode distinguir o ato legislativo dos demais. Por isso, é fatal o recurso a um conceito formal de Poder Legislativo. Este conceito, porém, é tautológico, pois consiste em afirmar que o Poder Legislativo não passa do poder de editar regras jurídicas, segundo um processo fixado na Constituição para a elaboração de leis. Donde decorre que toda a regra adotada por meio desse processo é uma lei, embora não seja, às vezes, nem impessoal e nem geral.¹¹⁵

Prosseguindo nessa linha de raciocínio, Manoel Gonçalves aponta a impressão de Montesquieu acerca do Poder Executivo:

[...]‘gládio a serviço de lei’, o fiscal de sua execução e ser executor em certos campos. Seu papel é, pois, nitidamente subordinado. A orientação, o rumo é o Legislativo, é a lei quem traça. Finalmente, cabe ao Executivo zelar para que as resoluções do legislador sejam acatadas e cumpridas se preciso pela coação. Este papel secundário do Executivo, que era naquele tempo o rei, tinha claro sentido político, qual seja o de exaltar a representação popular. Coincidia também com as idéias do ‘laissez-faire’, na medida em que excluía do campo econômico e social o único dos poderes em condições de nele intervir.¹¹⁶

O Poder Judiciário, a rigor, sequer era considerado um poder estatal com funções precípua. Montesquieu, conforme mostrado em tópico introdutório, legou-nos a ideia de um Judiciário quase nulo. Ocupar-nos-emos deste em tópicos distintos deste trabalho, já que seu estudo é interesse central da presente dissertação.

Anhaia Mello¹¹⁷, arrematando suas considerações acerca do pensamento de Montesquieu, impressiona-se, levando em consideração a época em que a obra *O espírito das leis* foi escrita, com a segurança e validade teórica com que determinados ferramentais jurídico-sociológicos foram descritos. Em sua opinião, muitos dos conceitos tratados ainda

¹¹⁵ FERREIRA FILHO, *op. cit.* p. 155

¹¹⁶ *Idem*, p. 218.

¹¹⁷ ANHAIA MELLO, *op. cit.*, p. 17.

carecem de entendimento completo ou são totalmente desconhecidos para alguns na prática das sociedades atuais.

3.4 A doutrina clássica da separação de poderes e suas reverberações

Como termo introdutório, necessário se faz perquirir as principais lições tiradas da obra de Montesquieu.

Apoiando-se nas lições de Manoel Gonçalves¹¹⁸, acreditamos que, além das assertivas que nos trazem a tripartição das funções, ou melhor dizendo, das faculdades estatais, é preciso afirmar que outra lição deveras importante extraída da obra em comento diz respeito ao valor político da separação de poderes.

Ainda no trilhar de Manoel Gonçalves¹¹⁹, a ideia da repartição das atividades públicas é princípio garantidor da liberdade. Evita-se, desse modo, que o exercício dos poderes estatais aglutinados em um mesmo ente seja causador de opressão ou tirania pelo detentor do Poder.

Importante contribuição, caminhando um pouco nessa seara, fornece-nos Zippelius para que possamos entender o mecanismo clássico de divisão de poderes e seus desdobramentos, em especial no que diz respeito, indo além da tripartição das funções, à independência e harmonia dos poderes durante o exercício de suas funções, princípios posteriormente adotados e aperfeiçoados pelo movimento constitucionalista:

Na clássica doutrina da divisão dos poderes, o princípio político da limitação dos poderes é traduzido num esquema de distribuição de competências. O Poder do Estado é um poder político juridicamente estruturado. Assim, a distribuição do poder do Estado evidencia-se no essencial na distribuição das competências, ou seja, das competências para a adoção de regulações gerais e de decisões concretas juridicamente vinculativas. A doutrina da divisão dos poderes distingue os mais importantes âmbitos funcionais do Estado e as conseqüências com eles relacionadas, exigindo a criação de órgãos próprios para cada um destes

¹¹⁸ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 252.

¹¹⁹ *Ibid.*

âmbitos funcionais. Cada um destes órgãos deve limitar-se, por princípio, à função que lhe é atribuída. Evidentemente, uma tal distribuição das funções estatais entre diferentes órgãos do mesmo Estado não coloca os diversos poderes numa relação de independência absoluta entre eles, mas sim numa relação de coordenação juridicamente regulada. Deste modo fica também salvaguardada a unidade jurídica do Poder do Estado.¹²⁰

Segundo Anhaia Mello¹²¹, a obra de Montesquieu fornece os delineamentos do que hoje, entre nós, se tornou lugar comum, posto que, no mundo ocidental especialmente, a separação e ao mesmo tempo a colaboração harmônica entre os poderes é regra consagrada.

Vale ressaltar o contexto histórico em que nasceu a doutrina trazida por Fernando Paulo da Silva Suordem:

[...] a eclosão da Revolução de 1789 coloca os detentores do poder político perante um problema crucial: como organizar o Estado? [...] No que se refere ao princípio da separação de poderes, que esta Revolução consagra como princípio estruturante da ordem jurídico-política, vai ter ainda uma outra implicação: a de acentuar a pluralidade de sentidos do princípio da separação de poderes. Para lá de uma separação pessoal dos poderes, para lá do sentido político desta separação (titularidade do poder por mais de um ente político), para lá da separação funcional dos poderes (na esteira de um John Locke), uma leitura apressada de Montesquieu facilitou outro entendimento, que acabaria por prevalecer. No fraseado revolucionário do fim do século XVIII e princípios do seguinte, os poderes do Estado são cada vez mais compreendidos como categorias necessárias, isto é, cada vez se acredita no valor absoluto e dogmático de um esquema tripartido das atividades do Estado. É nessa base que o século XIX há de construir três organizações diferenciadas, três sistemas de serviços, cada um com lógica interna própria.¹²²

Todavia, continua Anhaia Mello, da teoria não refluí perfeitamente, por exemplo, a conceituação das funções exercidas pelo Poder Judicial. É o que podemos depreender do trecho a seguir reproduzido:

Sente-se o pouco ou inexpressivo valor dado ao Poder Judiciário, que não era preconizado nem com caráter de permanência. O importante era a

¹²⁰ ZIPPELIUS, *op. cit.*, p. 410.

¹²¹ ANHAIA MELLO, *op. cit.*, p. 18

¹²² SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O Princípio da Separação de Poderes e os Novos Movimentos Sociais*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 34-5.

feitura da lei, *legis atio*, e a sua execução, *legis executio*, ou seja, a diferença existente entre a criação e aplicação do Direito. O Judiciário era tido como parte do Executivo, numa posição secundária, a cuidar dos incidentes do desenvolvimento da lei no tempo e espaço.¹²³

É de se ressaltar, inclusive, segundo aponta Manoel Gonçalves, que a doutrina da separação de poderes, embora com fantástica contribuição sistemática, necessitou ser adaptada em dois pontos principais quando de sua aplicação formal no bojo das Constituições nascidas após os escritos de Montesquieu. O primeiro ponto diz respeito à supremacia do Poder Legislativo sobre os demais, fruto de concepção nascida da doutrina liberal:

[...] trata-se da supremacia do Legislativo. Este é poder representativo. Ora, os movimentos liberais o valorizam, em detrimento do Executivo, visto como monárquico, e o Judiciário, encarado como aristocrático. Isto leva a uma hierarquização dos Poderes, ficando no ápice o Legislativo. Montesquieu jamais apontou para tal supremacia, ou para uma hierarquia entre os Poderes, como se deduz da sua doutrina do equilíbrio entre os Poderes.¹²⁴

Como segundo ponto de adaptação da doutrina, aponta Manoel Gonçalves para a conformação jurídica da teoria da separação de poderes, já que foi a contribuição dos juristas que resultou na conjunção da separação de poderes com o Estado de Direito. Assim, reproduzindo as palavras de Manuel Gonçalves:

Vários são os corolários que a doutrina clássica extraiu da versão jurídica da separação dos poderes. [...] Um é a indelegabilidade das atribuições que competem a cada um dos Poderes, o que foi sintetizado na fórmula latina – *delegata potestas delegari non potest*. [...]. Outro é a reserva de lei, que se exprime no princípio de legalidade. [...]. Desse princípio decorre – terceiro – a supremacia da lei, com a consequência da invalidade de todos os atos administrativos – caso típico, a subordinação do regulamento – ou judiciais que a contradisserem. Aqui está a fonte da supremacia do Legislativo sobre os demais Poderes, o que não está presente na formulação de Montesquieu.¹²⁵

Assim, é de se verificar como a doutrina foi recebida, aplicada e aperfeiçoada nos

¹²³ ANHAIA MELLO, *op. cit.*, p. 18.

¹²⁴ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 255.

¹²⁵ *Ibid.*

países que a adotaram ao longo da história do constitucionalismo, cujo tópico será especificamente abordado em capítulo posterior deste trabalho.

Nesse sentido, Marcelo Caetano, falando acerca da recepção da teoria da tripartição de poderes entre os americanos, quando do nascedouro do movimento constitucionalista naquele país, ensina:

[...] não pode negar-se que os norte-americanos, na fase da independência em que tão auxiliados foram pela França, tiveram presente a interpretação que desse sistema fazia um dos maiores escritores políticos da época, tanto que em 1811 era publicado nos Estados Unidos, por iniciativa de Jefferson, a quem fora oferecido um livro do Conde De Tracy de ‘Comentários ao Espírito das Leis de Montesquieu’. [...]. Na Constituição de Filadélfia encontra-se efetivamente a fórmula de especialização dos órgãos e de recíproca limitação dos seus poderes preconizada por Montesquieu. [...] Tudo se reduz, porém, a fórmulas práticas de equilíbrio dos órgãos supremos do Estado com o objetivo concreto de impedir a concentração e o exercício despótico do poder.¹²⁶

Continuando sua análise, Marcello Caetano¹²⁷ assevera que o célebre sistema de freios e contrapesos – *checks and balances* – idealizado pelos norte-americanos na oportunidade em que, aplicando as lições da teoria da tripartição de poderes, celebrizaram sua Constituição, funcionava como peça de equilíbrio entre os poderes estatais. Assim, ao fracionarem as funções públicas para órgãos especializados, os autores da Lei Fundamental americana estabeleceram uma espécie de ‘colaboração forçada’ entre eles no exercício de suas atribuições, a fim de limitar a autoridade e garantir, na prática, as liberdades individuais.

Acerca da teoria dos freios e contra-pesos, vale mencionar a advertência de M.C. Ville, traduzida por Oswaldo Palu:

[...] o constitucionalismo norte-americano, que serviu de inspiração para a nossa primeira constituição republicana, e, por conseguinte, para as demais, desde a Guerra Civil, tem oscilado entre as doutrinas da separação de poderes de um lado e dos freios e contrapesos (‘checks and balances’), de outro. Veja-se bem, são duas doutrinas diversas, ainda que tendam ao

¹²⁶ CAETANO, *op. cit.*, p. 195.

¹²⁷ *Ibid.*

mesmo objetivo, controlar o poder político. A doutrina dos freios e contrapesos como aquela inspirada no sistema de governo da Inglaterra do século XVIII e a separação de poderes nas obras dos iluministas, especialmente Montesquieu.¹²⁸

Importante ressaltar, outrossim, que além da prevalência do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo, conclusão clara que se tira da doutrina desenhada por Montesquieu, é de se considerar que, embora em função tripartida, o Poder Judiciário era para o autor de *O espírito das leis* quase um ‘não poder’.

Tal dilema só começou a ser resolvido com o desenvolvimento da doutrina norte-americana, ocasião em que a função judicial foi para o centro do palco das funções estatais, segundo nos informa Anhaia Mello:

O Judiciário, que em Montesquieu não teve muito destaque, reagiu depois. É conhecida a polêmica a respeito de existirem apenas dois momentos no desenvolvimento do poder – o da feitura da lei e o de sua execução. Distinguiu-se, ao tempo, a função de julgar, sem, contudo, dar-se-lhe a dignidade de poder do Estado. Foi, sobretudo, na doutrina americana formada em torno das discussões havidas a respeito da Federação, que se deu ao Judiciário a sua autônoma posição. [...] Foi nos EE. UU. que o Judiciário começou realmente a assumir seu lugar ao sol entre os poderes do Estado e, mais tarde, uma posição de realce entre os mesmos.¹²⁹

Acerca da evolução norte-americana no que diz respeito ao papel que deveria ser desempenhado pelo Poder Judiciário, acrescenta ainda Anhaia Mello:

De fato, na doutrina americana da época da Constituição se notam as primeiras manifestações no sentido de dar ao Judiciário a sua real missão, qual seja de, julgando em geral, proteger, acima de tudo, a própria norma fundamental. Pois, do contrário, os representantes seriam maiores que os constituintes, os servos estariam acima de seus senhores e os cidadãos, em virtude de suas prerrogativas, poderiam agir, onde não estavam autorizados ou mesmo proibidos. Nesse sentido, os juízes deveriam regular suas decisões pelas leis fundamentais, ao invés das não fundamentais.¹³⁰

¹²⁸ VILLE, M.C. apud PALU, *op. cit.*, p. 100-1.

¹²⁹ ANHAIA MELLO, *op. cit.*, p. 30-1.

¹³⁰ *Ibid.*

Jorge Miranda¹³¹, tratando da evolução da doutrina, também assevera profunda dicotomia entre o posicionamento de Montesquieu e Rosseau.

Segundo Miranda, na obra *Do contrato social*, Rosseau admite uma distinção de funções estatais, quais sejam, a legislativa e a executiva. No entanto, considera que a função legislativa é a única com verdadeiro requisito de soberania, sendo certo que a função executiva, ainda que distinta, é apenas secundária e derivada da função legislativa, sem, nessa linha de raciocínio, possuir qualquer poder limitador da função residente no Poder Legislativo.

Continuando, Jorge Miranda¹³² traz também a concepção de Sieyès em sua clássica obra *Que é o Terceiro Estado*, classificando-a como síntese do pensamento de Montesquieu e Rosseau. De acordo com Miranda, Sieyès aponta a existência de um Poder primário e originário dentro do Estado. Destarte, esse Poder, derivado da Constituição, antecede os demais poderes constituídos, que, por consequência, estão condicionados a ele.

É de se ressaltar, entretanto, que, segundo Miranda, embora dissertando acerca das atribuições funcionais dos órgãos de governo, o posicionamento de Sieyès é, antes de mais nada, terreno próprio da teoria da Constituição. Sendo assim, apenas pela via reflexa, podemos chegar à doutrina da separação de poderes. Vale, portanto, reconhecer a faceta que reflete a teoria da constituição presente na obra de Sieyès, através de um de seus excertos:

Em toda a nação livre – e toda a nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças, que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria nação. Se precisamos de Constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem direito de fazê-la.¹³³

Algumas outras correntes também discutiram a teoria da separação de poderes. É o

¹³¹ ROSSEAU apud MIRANDA, *op. cit.*, p. 381.

¹³² SIEYÈS apud MIRANDA, *op. cit.*, p. 381.

¹³³ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa – que é o Terceiro Estado?* Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. p. 91.

que nos explica Jorge Miranda, primeiro sobre Benjamin Constant:

Já no século XIX situa-se a doutrina de Benjamim Constant, para quem, afora os poderes legislativo, executivo e judicial, deveria haver um quarto poder que ele apelidou de poder neutro (e que as constituições brasileira de 1824 e portuguesa de 1926 chamariam de poder moderador). [...] Na realidade, porém, esse poder – neutro, moderador, real (porque atribuído ao Rei, também detentor do poder executivo) – era um meio de o monarca recuperar parte do poder que perdera com o constitucionalismo. [...].¹³⁴

Jorge Miranda nos traz agora o pensamento de Saint-Simon:

Outra análise feita na mesma época é a de Saint-Simon. No seu ensaio ‘De la réorganisation de la société européenne’, publicado logo a seguir ao Congresso de Viena, advoga uma monarquia constitucional em que deveria haver três poderes: um poder de interesse geral, um poder de interesses particulares e um poder regulador. O primeiro seria o poder do rei. O poder de interesses particulares seria o da Câmara dos Comuns ou equivalente. O poder regulador seria o da Câmara dos Lordes ou equivalente.¹³⁵

Em oportuno momento, Jorge Miranda também menciona o pensamento do publicista português Silvestre Pinheiro-Ferreira:

Não menos importante é a divisão, agora em cinco poderes, proposta por Silvestre Pinheiro-Ferreira. [...]. São eles o poder legislativo, o poder executivo, o poder judicial, o poder conservador e o poder eleitoral. O grande interesse desta visão das coisas encontra-se no poder eleitoral, que consiste em eleger e em nomear para o emprego tanto civis como políticos e em designar os cidadãos que pelos seus serviços se tenham tornado dignos de recompensas nacionais. Quanto ao poder conservador não é simplesmente paráfrase do poder moderador de Benjamin Constant, pois que lhe cabe não apenas manter a independência e harmonia dos outros quatro poderes mas também fazer observar os direitos de cada cidadão.¹³⁶

Além das interpretações doutrinárias de Benjamim Constant, idealizador do poder moderador consagrado em nossa Constituição de 1824; Saint-Simon e seu poder de interesses particulares e; Silvestre Pinheiro-Ferreira com seu poder eleitoral; Jorge Miranda também menciona as preocupações teóricas acerca da matéria de Hegel, Ahrens e,

¹³⁴ CONSTANT, Benjamin apud MIRANDA, *op. cit.*, p. 381-2.

¹³⁵ SAINT-SIMON apud MIRANDA, *op. cit.*, p. 381-2.

¹³⁶ PINHEIRO-FERREIRA, Silvestre apud MIRANDA, *op. cit.*, p. 381-2.

modernamente, situados já no século XX, Hauriou e Loewenstein.

Desse modo, na interpretação tirada da obra de Miranda, para Hegel¹³⁷ haveria, também de maneira tricotômica, um poder legislativo, um poder de governo e um poder do príncipe, reunindo-se, nesse último, a unidade indivisível do Estado.

Para Ahrens¹³⁸, segundo Jorge Miranda, necessário se faria contrapor, por primeiro, ‘administração’ à ‘constituição’. É, portanto, a partir daí, que podemos tirar um poder governamental, um poder legislativo e um poder executivo.

No que concerne a Hauriou¹³⁹, na tradução de Jorge Miranda, seria necessário considerar um poder de sufrágio, envolvendo atribuição eleitoral exclusiva, além de um poder deliberante assemblear e, finalmente, um poder de execução típico. Neste sentido Hauriou¹⁴⁰ defende, inclusive, a outorga ao Poder Executivo de certa estabilidade temporal, consubstanciada em uma margem de confiança por parte da sociedade, para a execução racional de um programa governamental, tomando apenas o cuidado para que esta outorga não degenere para uma espécie de poder excessivo de apenas alguns. Tudo com vistas, entre outras medidas, a debelar eventuais desequilíbrios institucionais que podem levar a crise estatal.

Importante é também a visão de Carré de Malberg, quando distingue não apenas as funções atribuídas aos Poderes de per si, mas também às suas gradações, segundo tradução de Oswaldo Palu:

Ensina R. Carré de Malberg que a separação, atualmente considerada, não significa que o corpo legislativo não poderá fazer atos particulares, e mesmo atos em matéria em que se avance ao que se chama tradicionalmente de ‘administração’, ou que a autoridade administrativa não poderá editar regras gerais, e mesmo regras de direito análogas àquelas decretadas pelo legislador, ou que a autoridade judiciária emita

¹³⁷ HEGEL apud MIRANDA, *op. cit.*, p. 384.

¹³⁸ AHRENS apud MIRANDA, *op. cit.*, p. 384.

¹³⁹ HAURIOU apud MIRANDA, *op. cit.*, p. 385.

¹⁴⁰ HAURIOU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Trad. Alberto Corazón. Barcelona: Ariel, 1971, p. 685.

decisões que não possam jamais ter o mesmo conteúdo daquelas do órgão legislativo ou de um administrador. A separação de poderes não é uma separação de funções e as três espécies de atos, legislativos, executivos e judiciais, podem ter conteúdo idêntico; entretanto, a mesma decisão adquire um valor bem diferente segundo a autoridade que a toma e, ademais, as condições dentre as quais a decisão pode ser tomada variam segundo a autoridade que as toma: isso significa, hoje, a separação de poderes. Então, deve-se atribuir distintamente às três espécies de órgãos ou autoridades estatais poderes de graus diversos.¹⁴¹

A idéia defendida por Carré de Malberg¹⁴² sustenta-se na premissa de que as leis (ou as atribuições destinadas ao Poder Legislativo) não podem prover sozinhas todas as necessidades do Estado. Isto porquanto, na maior parte dos casos, as leis apenas se ocupam de formular regras gerais e de cunho bastante abstrato, sendo certo que não podem se ocupar das inúmeras medidas circunstanciais que surgem a todo o momento. Nesta linha de raciocínio, não faria sentido, por exemplo, reduzir a administração (ou as atribuições do Poder Executivo) a um mero cumpridor passivo da vontade legislativa; mais que isso, no conceito aqui explicitado, o Poder Executivo também possui capacidade legiferante, embora de natureza, conteúdo e grau diverso do Poder Legislativo.

Georges Burdeau¹⁴³ reconhece que a técnica da separação de poderes como um princípio de cunho constitucional destinado a evitar o poder governamental ilimitado, garantindo, por outro lado, a liberdade individual. No entanto, faz uma leitura diferente da tradicional teoria da separação de poderes. Oswaldo Palu também menciona a lição de Georges Burdeau:

Para Georges Burdeau, duas são as funções fundamentais: a governamental e a administrativa, sendo aquela incondicionada, criadora e autônoma. Por seu turno, a função governamental divide-se em legislativa e governamental, e a função administrativa, em administrativa propriamente dita, jurisdicional e regulamentar. A nota mais importante dessa divisão é a colocação da lei na função governamental.¹⁴⁴

¹⁴¹ MALBERG, R. Carré apud PALU, *op. cit.*, p. 89.

¹⁴² MALBERG, R. Carré de. *Teoría General Del Estado*. Trad. José Lion Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 430-431.

¹⁴³ BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 1988, p. 127.

¹⁴⁴ BURDEAU, George apud PALU, *op. cit.*, p. 92.

É de se notar, das assertivas baseadas no pensamento de Burdeau, que a preocupação com a garantia da supremacia do Poder Legislativo é nota essencial dessa linha teórica.

Finalmente, na crítica de Loewenstein, as funções estatais seriam divididas, como ponto de partida, com a distinção entre ‘decisão política fundamental’¹⁴⁵, ‘execução dessa decisão’ e ‘controle da execução dessa decisão’. É na análise da decisão política fundamental, ponto fulcral da teoria em discussão, que se situa a contribuição original desse raciocínio para a doutrina da separação de poderes.

Por decisão política fundamental, segundo se depreende da obra de Loewenstein¹⁴⁶, pode-se entender, por exemplo, no campo interno, qual a escolha que faz um Estado acerca do trato da questão econômica – câmbio livre ou a prática do protecionismo; qual atitude terá um Estado frente às questões de natureza religiosa; qual será a direção das políticas públicas voltadas para a educação; qual será a política do Estado no que diz respeito às relações laborais e à distribuição de riquezas naturais, dentre outros. Já no plano externo, qual será o comportamento estatal frente às Associações Internacionais, qual será a política Estatal escolhida no que diz respeito à ajuda aos países em desenvolvimento, ao colonialismo e ao imperialismo praticado por outros países.

Sobre o modelo proposto por Loewenstein, Manoel Gonçalves explica:

Na verdade, Karl Loewenstein, depois de analisar a separação dos poderes, que considera ultrapassada, formula uma nova tripartição das funções. Esta, segundo ele, se ajusta à dinâmica do Estado contemporâneo. [...]. a primeira consiste em escolher as políticas que devem ser adotadas. A segunda, em implementá-las; a última, em chamar à responsabilidade os que escolhem as políticas (na perspectiva do ‘responsible government’) e os que executam. Esta visão dinâmica pode inspirar uma revisão de conceitos sobre a divisão, dita funcional, do poder. O Governo deve desempenhar a ‘policy determination’, orientado, na democracia, pela decisão popular. A Câmara, ou as câmaras, o controle dessa política, tanto na sua formulação quanto na sua execução (‘policy control’). E, como aspecto da formulação é a lei, controlando-a no seu

¹⁴⁵ LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 64.

¹⁴⁶ *Ibid.*

conteúdo. O Judiciário fica com o controle no aspecto jurídico, ou seja, com a fiscalização do cumprimento desse direito e a concretização deste relativamente ao indivíduo e seus direitos fundamentais.¹⁴⁷

A tradução de Loewenstein feita por Oswaldo Palu é clarividente em sintetizar a crítica da doutrina clássica desse pensador:

A separação de poderes, como imaginou Montesquieu, foi levada à obsolescência, eis que a estrutura do poder estatal experimentou uma transformação revolucionária; o Executivo, representado pela Administração passou a ocupar uma posição predominante em comparação com o Legislativo. O Parlamento, por ser lento e inapto, passou a apenas reagir e a estabelecer diretrizes gerais e os princípios de uma decisão política, deixando sua execução e seu complemento para as disposições do Executivo e das autoridades administrativas. O controle parlamentar sobre esta máquina gigantesca é, na maioria das vezes, puramente formal. Com isto se passou aos tribunais uma tarefa de enormes e inauditas proporções: proteger o cidadão contra uma legislação sem controle, com base em poderes delegados e, conseqüentemente, contra uma gigantesca administração. Sobre não ser pouco, isso ainda não é tudo. Além da faculdade normativa que hoje tem o Executivo, a Administração assumiu o direito de ditar, em seus respectivos âmbitos de competências, atos ‘quase judiciais’. Muitos órgãos administrativos exercem concomitantemente, pelos mesmos funcionários, funções normativas, administrativas e judiciais. As ‘Independent Regulatory Comissions’ da vida administrativa norte-americana são o exemplo mais assinalado, e que, no Brasil, concretiza-se em parte, modernamente, com as ‘agências reguladoras’ (ANP, ANEEL, ANATEL, ANP, ANA, etc). Loewenstein, para demonstrar o espanto ante a profunda alteração na relação entre as funções estatais, diz que ‘esta prática não faria tão-só levantar Montesquieu de sua tumba, senão traz também um sério conflito com o monopólio judicial dos tribunais.’¹⁴⁸

E, em mais um excerto fundamental do pensamento de Loewenstein quando este se manifesta especificamente acerca do Poder Judicial, Oswaldo Palu nos diz:

Quanto ao controle judicial das leis, o autor afirma que este é um controle fundamentalmente político e quando se impõe perante os outros defensores do poder é uma decisão política. Quando os tribunais proclamam e exercem o direito de controle deixam de ser meros órgãos encarregados de executar a decisão política e se convertem em detentor de poder semelhante – quando não superior – aos outros detentores do poder.

¹⁴⁷ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 266.

¹⁴⁸ PALU, *op. cit.*, p. 97-8.

Karl Loewenstein, após dizer que o controle ‘interórgãos’ dos tribunais ao controlarem as leis é uma atividade de decisão política e aparece, para ele, ‘como uma anomalia’, afirma que em relação à genial decisão de J. Marshall como meio de controle político, qualquer que tenha sido o dano político que se tenha havido, ocasionalmente, com o controle judicial das leis – e, em certos momentos, consideráveis – foi amplamente compensado pela sua eficaz proteção à liberdade do cidadão em face do perigo sempre existente das intromissões do Congresso, afirmando ser ‘impensável eliminar o controle judicial da vida constitucional americana e se isto pudesse ser levado a cabo, seria tão-só eliminando a cláusula do *supreme-law-of-the-land* do art. 6º, com o qual se destruiria a própria Constituição’. O controle judicial do poder, se apresenta riscos – e apresenta de fato – é um mal menor que tem demonstrado mais virtudes que os eventuais defeitos.¹⁴⁹

Adiante, dedicaremos um tópico exclusivo acerca do pensamento moderno sobre a teoria da separação de poderes, sendo certo que pretendemos acrescer, outrossim, também a contribuição de outros pensadores modernos acerca da teoria aqui em comento.

3.5 Reflexões atuais acerca da Doutrina da Separação de Poderes

Iniciamos este tópico com as considerações preliminares acerca da moldura que a doutrina da separação de poderes forneceu aos regimes políticos ao longo da história moderna. Assim, apoiando-nos em Manoel Gonçalves¹⁵⁰, é preciso considerar que o artigo 16 da Declaração de 1789¹⁵¹ dogmatizou a teoria, negando a categoria de Constituição, em seu verdadeiro sentido, à lei fundamental de um País que não previsse, além de um sistema de proteção aos direitos humanos fundamentais, a separação de poderes como forma de limitação de atuação estatal.

Embora doutrinariamente ideal no momento de seu nascedouro histórico, a teoria da separação de poderes nem sempre funcionou quando colocada em prática, razão pela qual trataremos aqui das propostas para seu aperfeiçoamento, bem como das críticas feitas, em especial aquelas que apontam para sua senilidade, visando à superação do modelo proposto.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Quando dissertamos acerca do Estado Social, no capítulo 2 deste trabalho, tratamos especificamente da Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

¹⁵¹ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 256-7.

Como ponto de partida, vejamos a impressão de Nelson Azevedo Jobim:

O que vemos hoje é que as instituições continuam separadas, ou seja, o compartilhamento do poder já não se passa mais. Na verdade, o que temos são instituições separadas que não mais compartilham o poder, mais disputam o poder. O Executivo, muitas vezes, quer ser Legislativo, tem instrumentos para isso e abusa de determinados instrumentos para suplantar e se impor tanto em relação ao Judiciário como em relação ao Legislativo. O Legislativo por sua vez, também, em determinadas circunstâncias, pretende que políticas de governo se produzam no seio do Legislativo e passa a agir como se Executivo fosse, como também pretende, às vezes, se interpor em relação às ações exclusivas do Poder Judiciário. E o Judiciário, também em determinadas circunstâncias, em determinados momentos, além de ser Judiciário, também tem condutas e ações que pretendem ser condutas executivas e legislativas. Isso, hoje, é nítido: a disputa de poder. [...] Precisamos ver isto com clareza para começar a trabalhar no sentido de produzir instituições que possam compartilhar o poder e não disputá-lo. Isso importa em renúncias a pretensões individuais.¹⁵²

Também vale reproduzir as assertivas de Cláudio Lembo acerca das funções do Poder Legislativo e do Poder Executivo nos dias atuais, condensadas no livro *O Jogo da Coragem*, que reúne uma série de artigos e entrevistas publicadas na década 70. As palavras a seguir reproduzidas são tiradas de uma entrevista ao Jornal do Brasil, em 11 de agosto de 1977, recolhidas na obra em comento:

O Congresso hoje, em todo o mundo ocidental, perdeu aquelas características que Montesquieu queria lhe dar de criador de leis. Hoje, ele é, acima de tudo, um órgão fiscalizador imediato. Parece-me ser essa a função primordial de toda a área política [...] hoje temos um Executivo mais dinâmico, que em função da complexidade do mundo contemporâneo, assumiu outras funções. Já disse que o Poder Legislativo tornou-se menos legislativo e mais fiscalizador. Talvez aí resida o engano de muitos políticos que ainda não perceberam essas mutações surgidas no Ocidente e imaginam simplesmente o Poder Legislativo com sua clássica função. Para mim, os parlamentares deveriam se utilizar ainda mais da tribuna para a fiscalização dos atos do Executivo e aí estariam realizando uma tarefa extremamente importante para a sociedade, inclusive de apoio para o Governo, mesmo quando fazem críticas.¹⁵³

¹⁵² JOBIM, Nelson Azevedo. *As tendências do Direito e do Poder Judiciário no Brasil e no Mundo*. Brasília: CJF, 1997, p. 11.

¹⁵³ LEMBO, Cláudio. *O Jogo da Coragem – testemunho de um liberal*. São Paulo: Cultura,

A esse propósito, vale mencionar a posição de Oswaldo Luiz Palu que, defendendo a inexecutabilidade do modelo de Montesquieu, ressalta o importante papel desempenhado pela prática constitucional norte-americana¹⁵⁴ para a consolidação do exercício do controle da atividade legislativa pelo Poder Judicial:

A solução de Montesquieu para eventuais confrontos entre poderes, atentados à liberdade praticada por um deles, assim como a de Locke, antes referida, é também, inexecutável. Em tais pensadores nota-se uma lacuna no que concerne ao controle do poder, que a tripartição, por si só, não garante, de maneira irrefragável. A Revolução Francesa seguiu os parâmetros de tais filósofos, nada inovando, ao contrário, radicalizando a teoria da separação de poderes (havia, é verdade, a péssima fama dos órgãos judiciários franceses). Foram, portanto, os Estados Unidos da América, baseados em sua própria experiência histórica, que chegaram definitivamente ao ‘judicial review of legislation’, sendo o Poder Judiciário inserido no papel de ‘controlador’ do Poder Legislativo, na guarda e defesa da Constituição. Os precedentes, todos, legam ao caso *Marbury v. Madison* esta primazia, a dar preeminência ao poder que controla o mais elevado dos poderes, então, fato que nem Locke, nem Montesquieu, talvez, tenham imaginado, presos à idéia que a lei era sempre justa, mas os federalistas Madison, Jay e Hamilton, mais pragmáticos, bem assim o gênio político de Marshall, deduziram.¹⁵⁵

E, aprofundando sua análise da contribuição norte-americana, o autor explica:

Claramente deveriam a Constituição e o Estado proteger o cidadão diante do abuso democrático. Os norte-americanos aperfeiçoam a teoria de Montesquieu, na prática, pela jurisprudência, justamente quando colocam o Judiciário como elo maior para frear o Legislativo. A doutrina norte-americana, clara no federalista de lavra de Alexander Hamilton, diz que o Poder Judiciário é a garantia do controle do poder, sendo que deve obstar atos inconstitucionais do Poder Legislativo. Para ele, a independência rigorosa dos tribunais de Justiça era particularmente essencial em uma Constituição que limita a autoridade legislativa, proibindo-lhe, por exemplo, fazer passar ‘bills of attainder’ (decretos de proscrição), leis retroativas ou coisas semelhantes. Restrições desta ordem não podem ser mantidas na prática senão por meio dos tribunais de Justiça, cujo dever é declarar nulos todos os atos manifestamente contrários aos termos da Constituição.¹⁵⁶

1979, p. 103-104.

¹⁵⁴ A história da prática constitucional norte-americana merecerá menção direta, baseada na obra *O Federalista* de MADISON, JAY e HAMILTON, em capítulo posterior deste trabalho.

¹⁵⁵ PALU, *op. cit.*, p. 50.

¹⁵⁶ *Idem*, p. 55-6.

De qualquer modo, é de se apontar, de maneira preliminar como dissemos, que Manoel Gonçalves traduz a doutrina da separação de poderes como forma de classificação dos sistemas políticos adotados em cada país:

A valorização da separação dos poderes teve como uma de suas conseqüências servir de critério para a classificação dos sistemas de governo. Assim, distinguem-se três modelos. Um é o sistema de separação propriamente dita, ‘pura’ – a monarquia limitada e o presidencialismo. Outro, o sistema de separação parcial (ou de colaboração de poderes), em que os três poderes são distintamente separados, mas existe uma interligação entre o Legislativo e o Executivo. Assim, não são eles reciprocamente independentes – o parlamentarismo. E, por último, o sistema de ‘confusão de poderes’. Este, na verdade, não segue o modelo da separação. Prevê três poderes distintos, mas o Legislativo é o poder a quem, juridicamente, cabem as decisões fundamentais, às quais é dado ao Executivo aplicar. Trata-se do chamado sistema de governo de assembleia.¹⁵⁷

É exatamente quando aplicada nos diversos sistemas políticos mencionados por Manuel Gonçalves que a doutrina revelou necessidades de adaptação, visando fazer frente às necessidades e vicissitudes surgidas no seio do Estado Constitucional de Direito, em especial nos últimos decênios do século XX e na atualidade. É com esse espírito que Zippelius escreve:

Nas democracias ocidentais, a divisão de poderes é considerada princípio fundamental, mas não é concretizada rigorosamente de acordo com seu modelo de tipo ideal. Em geral, só é estritamente observada a independência dos juízes face a intromissões do executivo. De resto, e visto numa perspectiva histórica, o esquema de divisão da divisão dos poderes, nunca excluía, desde os seus inícios, invasões em âmbitos situados fora dos limites fundamentais de competência. Assim, em Estados parlamentares, o governo e a administração não estão, de modo algum, livres de intervenção do poder legislativo. Pelo contrário, a disposição, consagrada em muitas constituições, que estabelece que o governo carece de confiança do parlamento, garante precisamente uma influência dos corpos legislativos sobre os assuntos do executivo. Nos Estados Unidos, porém, a divisão dos poderes, exactamente neste ponto, é praticada de forma mais rigorosa. Tanto nesta como naquela forma de Estado, o direito orçamental tem-se revelado como a rédea curta do executivo. Dado que todos os meios orçamentais requerem a aprovação do poder legislativo, este último pode controlar, pelo menos em termos

¹⁵⁷FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 257.

financeiros, todos os projectos planeados pelo governo. Por outro lado, o governo estende a sua influência ao âmbito de decisão do poder legislativo graças ao peso efectivo de um projeto de lei elaborado por uma burocracia ministerial especializada.¹⁵⁸

Além da questão da influência exercida de um poder para o outro, Zippelius também aborda a questão da frequente invasão, por outros poderes, das funções típicas exercidas em cada um deles:

As rupturas do esquema da divisão dos poderes não se verificam apenas quando um poder exerce a sua influência sobre o outro, como ocorre no caso do controle parlamentar, mas também quando um poder exerce ele próprio funções do outro. Isto sucede, por exemplo, quando através de regulamentos, o executivo cria direito dotado de vinculação geral ou quando os tribunais exercem funções administrativas na jurisdição voluntária, como sucede, por exemplo, quando em assuntos de tutela, actuam de forma orientadora e conformadora utilizando amplos poderes discricionários. O poder judicial participa, através da interpretação da lei e da integração das lacunas legais, no processo de tornar mais preciso e completo o direito legislado. As interpretações e o desenvolvimento ‘aberto’ do direito podem, sob a forma de jurisprudência constante, consolidar-se ao ponto de alcançarem uma possibilidade de execução fática equivalente a uma interpretação legal ou a uma outra qualquer norma legal. Dos princípios do tratamento igual e da segurança jurídica decorre igualmente uma vinculação de legitimidade a uma prática já estabelecida de interpretação e integração de lacunas legais. Desta forma, apesar de todas as reservas, o poder judicial actua inevitavelmente no âmbito funcional do poder legislativo.”¹⁵⁹

Vale reproduzir também, ilustrando a tênue divisão entre as atribuições dos poderes na atualidade, lição de Eunice Aparecida de Jesus Prudente e Paulo José Villela Lomar comentando acerca da repartição federalista de poderes em solo pátrio, quer seja em âmbito vertical, quer seja em âmbito horizontal:

Na atualidade, observa-se verdadeira interpenetração no exercício dessas funções (cujo disciplinamento constitucional revela exercício de função pública e não exercício de ‘poder’), devido às diversificadas tarefas assumidas pelo Estado. Na gênese do Estado democrático a contribuição de Montesquieu já previa e consta das Constituições, a participação conjunta do Legislativo e Executivo no processo legislativo, mediante exercício do veto. Ou mesmo quando sanciona é o Executivo que transforma o projeto de lei, já aprovado pelo Legislativo, em lei e assim o promulga. Podendo essa interpenetração ocorrer entre órgãos públicos do mesmo nível

¹⁵⁸ ZIPPELIUS, *op. cit.*, p. 416.

¹⁵⁹ ZIPPELIUS, *op. cit.*, p. 417.

(Executivo e Legislativo Federal) ou entre outros níveis de governo (Executivo Estadual e Legislativo Municipal e vice-versa).¹⁶⁰

Finalmente, afora a preocupação acerca da invasão de um poder nas atribuições reservadas a outro, carecendo por vezes, inclusive, de legitimidade estrita para tanto, outro exemplo bastante elucidativo, a demonstrar que a dinâmica atual da vida social por vezes requer soluções revestidas de imediatismo, também é mencionado por Zippelius:

A delimitação clássica entre os âmbitos do poder legislativo e do poder executivo perdeu a sua nitidez devido às leis-medida. O moderno Estado social viu-se cada vez mais na contingência de regular, por via de lei, situações concretas da vida social e econômica. Deste modo, surgiu ao lado da lei em sentido clássico, que, pelo menos na teoria, pretende ser uma regulação com permanência, a lei intervencionista que regula uma situação concreta.¹⁶¹

Ao falar acerca da indevida e por vezes frequente interferência entre os poderes constituídos no bojo dos Estados Constitucionais modernos, Anna Cândida da Cunha Ferraz faz um importante alerta:

[...] enquanto se mantiver o princípio da separação de poderes como base do esquema de organização de poderes num estado determinado, impõe-se manter a delimitação de zonas de atuação independente e harmônica dos poderes políticos. A flexibilização da regra-parâmetro, fato indisputável no direito constitucional contemporâneo, encontra, pois, limites na idéia-fim do princípio: limitação do poder. De outro lado, a interferência de um poder sobre o outro somente será admissível, em tese, quando vise a realizar a idéia-fim, seja para impedir abusos de poder, seja para propiciar real harmonia no relacionamento entre os poderes, seja para garantir as liberdades e assegurar o pleno exercício das funções próprias. A interferência jamais poderá, ainda que de modo disfarçado, ter por objetivo a dominação de um poder sobre outro poder. Finalmente, os meios utilizados para a atenuação do princípio ou para propiciar a interferência não de ser sempre 'razoáveis', sempre conectados com o fim perseguido.¹⁶²

Interessante é também a assertiva de Mario Pimentel Albuquerque ao se referir à

¹⁶⁰ PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus; LOMAR, Paulo José Villela. O Estado Federado Brasileiro, as relações entre os Poderes, o direito de participação popular e as regiões metropolitanas. *Rev. da Fac. Direito USP*. São Paulo, v. 91, 1996. p. 195.

¹⁶¹ ZIPPELIUS, *op. cit.*, p. 417.

¹⁶² FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 14.

dificuldade de mantermos tratamento dicotômico entre a função do Legislativo e do Judiciário, especialmente no que diz respeito à produção do Direito, quando entendido como fenômeno produtor da norma:

Considerando em sua unidade a função total do Estado na definição do Direito, parece, a uma visão menos profunda do fenômeno jurídico, que se desvanece a diferença que separa estes dois Poderes. A legislação e a jurisdição, cada uma a seu modo, definem o Direito, como fases de um específico processo de produção de normas jurídicas, que começa com a Constituição e termina com o último ato de execução da vertente aplicativa. Destarte, quando o Estado legisla, outra coisa não faz senão emitir um juízo de caráter geral, que contempla uma gama indefinida de fatos possíveis; quando o Estado julga, *ipso facto*, determina a norma que é própria do fato concreto, já realizado. Definir o Direito, portanto, é obra comum do Legislativo e do Judiciário: aquele, com a lei, cria o Direito, concretizando a Constituição; este, com a sentença, concretiza a lei, criando o Direito para o caso concreto.¹⁶³

Não obstante tal maneira de pensar as funções estatais envolvendo a atividade parlamentar e a judicante, Mário Pimentel reconhece, outrossim, as respectivas funções próprias de cada um deles:

A despeito, porém, de tantas analogias, nem por isso deixa de ser real e verdadeira a diferença que existe entre o Legislativo e o Judiciário, dada a diversidade de fins e de princípios que os distingue e que dota ambos os Poderes de substantividade própria e de funções inconfundíveis.¹⁶⁴

Nessa mesma esteira, segundo preconiza Jorge Miranda¹⁶⁵, as profundas transformações ocorridas na relação entre Estado e sociedade ao longo do século XX, somadas ao enorme peso adquirido pela Administração Pública em alguns países; as crises econômicas cíclicas; os desafios trazidos por novas ideologias e também por conta da inaptidão dos Parlamentos em resolver, com um mínimo de eficácia, muitos dos problemas que afligem diuturnamente a coletividade; e as exigências surgidas das relações mais frequentes entre os países na esfera internacional abalaram a doutrina clássica da separação de poderes. Tal abalo, inclusive, na posição de alguns doutrinadores, ocorreu de maneira insuperável, não sendo mais politicamente adequado adotar o modelo teorizado, em suas

¹⁶³ ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O Órgão Jurisdicional e a sua função*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 125.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ MIRANDA, *op. cit.*, p. 384.

primeiras linhas, por Montesquieu.

Marcello Caetano, adotando linha crítica acerca da doutrina, embora reconhecendo seu inegável valor, afirma:

A contraposição entre os órgãos supremos do Estado, e especialmente entre governo e assembleia, encontra-se hoje destituída de grande parte de seu alcance, no plano funcional, no da autoridade e até no domínio prático da capacidade efectiva de tomar decisões políticas. O governo exerce, em larga medida as mesmas funções que a assembleia e pratica actos com a mesma força vinculativa. As decisões políticas que o parlamento adopta são efectivamente tomadas ou pelo governo ou pelos órgãos dirigentes dos partidos que compõe a maioria parlamentar e se encontra representado naquele. A idéia de limitação da soberania através da repartição das competências em que se desdobra por diversos órgãos perdeu, portanto, muito do seu valor. Mas isso não significa que careça de qualquer relevo. A independência dos tribunais continua a representar um princípio fundamental em qualquer país que aceite os princípios mínimos do Estado de direito. Os parlamentos podem desempenhar o papel de tribunas onde as minorias exprimem os seus pontos de vista e contêm a acção da maioria e do governo. E se a contraposição governo-assembleia se diluiu, têm-se procurado outras formas de fiscalização dos órgãos de governo activo, seja através da tentativa de instituição de processos de democracia semidirecta, seja mediante a atribuição a certos órgãos, como o Chefe do Estado ou um Tribunal Constitucional, de faculdades fiscalizadoras especiais. O que acontece, em todo o caso, é que o esquema da propriamente dita separação de poderes como forma de repartição de competências entre os diversos órgãos do Estado cada vez mais se afasta da realidade.¹⁶⁶

Interessante contribuição, que se assemelha à preocupação de Loewenstein acerca da necessidade de superação do modelo teórico da separação clássica de poderes, é a posição de Bruce Ackerman exposta em sua obra *A nova separação dos poderes*. O modelo de ‘parlamentarismo limitado’ proposto por ele é assim esquematizado:

A peça central do meu modelo de parlamentarismo limitado é uma câmara democraticamente eleita responsável pela seleção de um governo e pela aprovação da legislação ordinária. O poder deste centro é freado e equilibrado por uma gama de instâncias com propósito especial, cada um motivado por um ou mais dos três temas básicos da teoria da separação dos poderes. Do lado da legitimidade democrática, o centro é limitado pelas decisões prévias do povo, exprimidas por referendos sequenciais e

¹⁶⁶ CAETANO, *op. cit.*, p. 206.

implementadas por uma corte constitucional. Ele também pode ser freado por um senado federal subordinado ou por uma segunda câmara mais poderosa, organizada em linhas nacionais. Do lado da especialização funcional, o centro é limitado não só por um sistema de tribunais independentes, mas também por uma instância de integridade que escrutina o governo por corrupção e abusos semelhantes, bem como uma instância regulatória que força a burocracia a explicar como o seu legislador suplementar melhorará de fato os resultados gerados pela ‘mão invisível’. Do lado dos direitos liberais, o centro é limitado por uma instância da democracia que procura salvaguardar direitos participativos de cada cidadão, uma instância da justiça distributiva que se concentra na provisão econômica mínima daqueles cidadãos menos capazes de defender os seus direitos politicamente, e em uma corte constitucional dedicada à proteção de direitos humanos fundamentais para todos.¹⁶⁷

Embora ainda distante da possibilidade de efetiva implantação real, como reconhece o próprio Bruce Ackerman, o modelo proposto tem a meritória vantagem de oferecer uma espécie de evolução do modelo parlamentarista, situando o Poder Legislativo como centro de poder, refreado por três instâncias diferentes em que estão contempladas, pela ordem, a vontade última do povo, em exercício de democracia participativa, a fiscalização da sanidade dos atos de gestão governamental e a implementação e garantia dos direitos humanos fundamentais de cada cidadão. Tal proposição, segundo nos aponta o pensador, não pretende encerrar a discussão, mas ampliar o debate para enfrentamento dos desafios da modernidade:

Estamos apenas na primeira etapa de enfrentamento dos três grandes desafios da idade moderna: tornar o ideal da soberania popular uma realidade possível no governo moderno, remir o ideal de perícia burocrática e integridade em uma base contínua e tutelar direitos liberais fundamentais garantindo recursos básicos de autodesenvolvimento a todo e cada cidadão. Honraremos Montesquieu e Madison melhor ao buscar novas formas constitucionais para lidar com esses desafios, mesmo ao custo de transcender tríades familiares.¹⁶⁸

Ainda que se leve em consideração a eventual necessidade de se superar a tripartição dos poderes, já que os desafios e dificuldades surgidos no seio das sociedades contemporâneas tendem sempre a crescer em progressão geométrica, é de se considerar que

¹⁶⁷ ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos Poderes*. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 113-4.

¹⁶⁸ ACKERMAN, *op. cit.*, p. 116.

o esquema da separação, mais que um dogma (que carrega consigo conotação negativa), tornou-se princípio praticado universalmente no mundo ocidental. No dizer de Nelson Saldanha:

Outra anotação que deve ser feita é referente à universalização do esquema da separação. Ela decorreu, como fenômeno histórico, do prestígio da França (e da Inglaterra) através de imitações gradativas, até incorporar-se à própria noção de Constituição. Daí sua permanência através das variações de regimes, até nosso século e nossos dias. Num plano mais técnico, cabe observar que a incorporação do princípio da separação à própria noção de Constituição tem sobrevivido inclusive aos reexames desta noção: ele se incorporou a ela como explicitação da idéia da solidária diversidade de atribuições do Estado e da visão constitucional das competências que em cada atribuição básica deve corresponder.¹⁶⁹

Reproduzimos, outrossim, competente lição de Jorge Miranda que, ao analisar a suposta senilidade da teoria da separação de poderes, assevera:

A despeito de tudo, no entanto, se a separação de poderes já não pode ser adoptada tal como era no liberalismo e se são múltiplas as disputas teóricas à sua volta, ela continua a ser exigida pelo Estado de Direito, pelo menos nos seguintes moldes: a) Pluralidade de órgãos de função política, cada qual com competência própria (incluindo auto-organização) e não podendo nenhum ter outra competência além da fixada pela norma jurídica; b) Primado de competência legislativa do Parlamento enquanto assembléia representativa, de composição pluralista e com procedimento contraditório e público; c) Independência dos tribunais, com reserva de jurisdição; d) Criação de mecanismos de fiscalização ou de controlo interorgânico (e intraorgânico), sejam de mérito ou de legalidade e constitucionalidade; e) Divisão pessoal de poder, através de incompatibilidades de cargos públicos; f) Divisão temporal, através de fixação do tempo de exercício dos cargos e de limitações à sua renovação, e divisão político-temporal, por meio da previsão de durações diferentes dos mandatos e de não acumulação das datas das eleições dos titulares de órgãos representativos; g) Divisão territorial ou vertical, através do federalismo, do regionalismo político e da descentralização administrativa local.¹⁷⁰

Prosseguindo em sua análise, o autor expõe:

O princípio da separação de poderes vai, pois, permanecer como princípio de organização óptima das funções estatais, de estrutura orgânica

¹⁶⁹ SALDANHA, *op. cit.*, p. 121.

¹⁷⁰ MIRANDA, *op. cit.*, p. 386-7.

funcionalmente adequada, de legitimação para a decisão e de responsabilidade pela decisão. Daí uma dimensão positiva, a par de uma dimensão negativa, de controle e limitação de poder. E, conseqüentemente, reconhece-se a necessidade de um núcleo essencial de competência de cada órgão, apurado a partir da adequação da sua estrutura ao tipo ou à natureza de competência de que se trata. Se não existe nem uma reserva geral de legiferação, nem uma reserva geral de administração idêntica à reserva geral de jurisdição, sem dúvida encontram-se, nos domínios mais sensíveis, reservas de lei, de governo e de administração, de cujo respeito depende a harmonia de poderes (para empregar uma locução clássica) e a própria capacidade de afirmação da autoridade democrática frente aos interesses de grupos presentes na sociedade civil. E de toda a maneira, para a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos e por razões de operacionalidade, ainda que o mesmo órgão possa produzir actos legislativos e actos administrativos, pelo menos a distinção entre legislação e administração deve subsistir.¹⁷¹

Importantes são também as assertivas de Celso Ribeiro Bastos acerca da atualidade da doutrina e a participação de outros atores não-institucionais no balanceamento do poder:

[...] é preciso reconhecer que o equilíbrio dos poderes no Estado Moderno não se dá tão-somente mediante uma atividade balanceada no Legislativo, Executivo e Judiciário. O equilíbrio último do Estado Moderno vai depender dos controles recíprocos que são exercidos na sociedade por sindicatos, organizações profissionais, igrejas, forças armadas, imprensa, partidos políticos, etc. A partir desta ótica, a separação clássica dos poderes se afigura acanhada e mesmo simplória. No entanto, sopesadas todas estas razões, ainda resta um saldo positivo para essa doutrina. Nenhum dos Estados ocidentais a abandonou formalmente, aí incluído-se obviamente o Brasil.¹⁷²

Vejamos ainda a preocupação de Elival da Silva Ramos, bastante ponderada e sensata diante da problemática havida na indefinição das atribuições de cada Poder, embora existam funções nucleares exercidas por cada Ente, de maneira consagrada:

As Constituições que consagram os postulados do Estado de Direito jamais deixam de indicar quais são os órgãos titulados ao exercício do poder estatal. [...] No entanto, nem sempre indicam, de modo expresso, a

¹⁷¹ MIRANDA, *op. cit.* p. 387.

¹⁷² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *op. cit.* p. 169.

função (ou funções) que lhes compete exercer, com preferência em relação aos demais, e mais raramente ainda se ocupam da caracterização material dessa atividade. Ambas as tarefas, de toda a sorte, acabam sendo cumpridas pela doutrina e pelos operadores do sistema, tendo como referencial o elenco de atos incluídos no rol de competências dos órgãos de poder. E se o fazem é porque não há como deixar de assim proceder, diante da acolhida do princípio da separação no Texto Magno, que exige, como já se salientou, a identificação da função estatal associada a cada um dos Poderes, sob prisma substancial. Tal função típica admite, em alguma medida e nos termos expressamente prescritos pela Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um núcleo essencial da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente.¹⁷³

Diante de todas as posições aqui perfiladas acerca da aderência ou não da doutrina da separação dos poderes, pelo método tripartido, nas sociedades atuais, acreditamos que a posição adotada por Jorge Miranda, escorado também por outros juristas de igual calão, é a mais coerente. De fato, as críticas feitas à teoria são bastante pertinentes e é inegável que a discussão acerca de um possível novo modelo seja necessária, a fim de arejar o ambiente científico. No entanto, a tripartição ainda é sistema principiológico consagrado na maioria dos países com tradição democrática¹⁷⁴.

¹⁷³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.

¹⁷⁴ A fim de demonstrar a receptividade da doutrina da separação dos poderes nas sociedades da pós-modernidade, trazemos à baila três precedentes jurisprudenciais, oriundos de nosso Supremo Tribunal Federal que interpretam o artigo 2º, caput, de nossa Carta Magna: 1) “*Não há que falar-se em quebra do pacto federativo e do princípio da interdependência e harmonia entre os poderes em razão da aplicação de princípios jurídicos ditos federais na interpretação de textos normativos estaduais. Princípios são normas jurídicas de um determinado direito, no caso, direito brasileiro. Não há princípios jurídicos aplicáveis no território de um, mas não de outro ente federativo, sendo descabida a classificação dos princípios em federais e estaduais (ADI 246, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 16-12-04, DJ de 29-4-05)*”. 2) “*Separação e independência dos Poderes: freios e contrapesos: parâmetros federais impostos ao Estado-membro. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os freios e contrapesos admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos na Constituição da República: precedentes. Conseqüente plausibilidade da alegação de ofensa do princípio fundamental por dispositivos da lei estadual 11.075/98-RS – inciso IX do art. 2º e arts. 33 e 34 – que confiam a organismos burocráticos de segundo e terceiro graus do Poder Executivo a função de ditar parâmetros e avaliações da Justiça [...] (ADI 1.905-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-11-98, DJ de 5-11-04)*”. 3) *A fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo é um dos contrapesos da CF à separação e independência dos Poderes: cuida-se, porém, da interferência que só a Constituição da República pode legitimar. Do relevo primacial dos pesos e contrapesos no paradigma de divisão dos poderes, segue-se que à norma infraconstitucional – aí incluída, em relação à Federal, a contribuição dos Estados-membros - não é dado criar novas interferências de um Poder na órbita de outro que não derive explícita ou implicitamente de regra ou princípio da Lei Fundamental da República. O poder de fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo é outorgado aos órgãos coletivos de cada câmara do Congresso Nacional, no plano federal, e da Assembléia Legislativa, no dos Estados; nunca, aos seus membros individualmente, salvo, é claro, quando atuem em representação (ou apresentação) de sua Casa ou comissão. (ADI 3.406, Rel.*

É correto afirmar, desse modo, que, ainda que a doutrina, em sua aplicação contemporânea, carregue certas incongruências e patologias surgidas na relação entre os poderes, em especial quando assistimos a cenários de hipertrofia de alguma das funções do Estado, as vantagens surgidas na organização formal das funções da Administração Pública, sob a égide de uma Lei Maior, são inegáveis, posto que propiciam, como consequência, o funcionamento estatal sistêmico com um mínimo de regularidade e previsibilidade. Assim, a doutrina da separação de poderes, neste primeiro decênio do século XXI, ainda não pode ser considerada de todo superada.

Importante ainda ressaltar que é inegável, conforme comentamos e ainda comentaremos ao longo do trabalho, que as atribuições destinadas aos Poderes, conforme exigiram os diferentes aspectos históricos e políticos ao longo das últimas centúrias, tornaram-se diversas, sobrepostas entre si e mais complexas, até desembocarem na sociedade contemporânea.

A sobreposição de tarefas e funções aparece na preocupação de Duguit¹⁷⁵, segundo tradução de Miguel Calmon Dantas. Desse modo, o princípio da separação de poderes não serve aos fins para os quais é sustentado, padecendo de pertinência e consistência. Assim é que qualquer ação do Estado deve envolver uma atuação conjunta de todos os poderes, tendo como recorte o parlamentarismo.

Nesse sentido, vale a pena reproduzir o cenário em que se encontra mergulhado o exercício do Poder Judiciário, cuja atividade nos interessa analisar nesta dissertação, desenhado por José Renato Nalini:

A sociedade contemporânea, à falta de melhor denominação, situa-se na pós-modernidade. Rótulo genérico, a acolher mistura de estilos, descrença no poder absoluto da razão, com o desprestígio do Estado em todas as suas configurações. Vivencia-se a era da velocidade, com a valorização da imagem acima do conteúdo. Era em que o efêmero e o volátil parecem

Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15-04-04, DJ de 28-5-04). A Constituição e o Supremo. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009, pág. 22.

¹⁷⁵ DUGUIT apud DANTAS, *op. cit.*, p. 61

derrotar o permanente e o essencial. Nessa paisagem complexa e fragmentada é que o equipamento estatal denominado Justiça é chamado a intervir. Atua em cenário de incertezas e turbulências. No plano internacional, decaiu o conceito granítico de soberania. Formam-se grandes blocos políticos e econômicos em que essa idéia é relativizada. A nova formulação dos países do Velho Mundo sugere o advento de uma Constituição da União Européia. É a globalização – ou mundialização, como preferia Mestre Miguel Reale – a criar categorias dos globalizantes e globalizados. Opera-se verdadeira desconstrução do Estado. Na perplexidade de não poder atender às demandas e cumprir sua promessa de tudo prover, ele perde sua capacidade de agente do progresso e da justiça social. Somem-se a isso o colapso da experiência socialista e o reforço do capitalismo selvagem. Em tal cenário, o espaço privado invade o público e o público dissocia-se do estatal. O Estado passa a ser guardião do lucro e da competitividade. Uma das conseqüências desse processo é a impressão de que se registra verdadeiro desprestígio da lei.¹⁷⁶

Finalmente, longe de esgotar o assunto, mas com vistas a colocar um ponto na questão, é importante também mencionar percuciente panorama traçado por Monica Herman Salem Caggiano, ocasião em que poderemos perceber permanente tensão na relação entre os Poderes Estatais no início do século XXI:

Inobstante o ressurgir dos Parlamentos em cenário político, fortemente pelo viés do controle, a restauração do Poder Legislativo – a se contrapor ao Executivo – manteve-se como tema a instigar e desafiar os analistas. Alinhando-se a esta inquietação, a própria banalização dos instrumentos de controle e a sua manipulação perseguindo interesses pessoais ou de grupos passou a realimentar o domínio do Executivo em cena política e a retomada da fase de dormência parlamentar, sob o comando camuflado ou não do Executivo. Diante do panorama que se descortina, permanece o espectador diante de um verdadeiro bloco Executivo/Legislativo, a comandar o estabelecimento das políticas públicas, a assumir a condução da atividade e das decisões políticas, robustecendo, pois, a velha, séria e preocupante indagação: qual o poder que assegurará o equilíbrio neste cenário? Transportando a célebre lição de Montesquieu para o panorama atual, questiona-se, pois, se ‘la faculté de statuer’ reside, afinal, no bloco Executivo/Legislativo, a quem compete ‘la faculté d’empêcher’¹⁷⁷? Surpreendentemente, talvez a resposta a tais inquietações ou efeito colateral desta paralisia do Poder Legislativo, inaugura-se o século XXI sob o impacto do fenômeno da politização da Justiça ou a juridicização da política, que se materializa pelo deslocamento da decisão política para a

¹⁷⁶ NALINI, José Renato. O Poder Judiciário na Constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord). Tratado de Direito Constitucional. São Paulo: 2010. p. 976.

¹⁷⁷ Trata-se dos termos usados por Montesquieu em sua obra. Nessa passagem, o mestre faz a distinção entre a faculdade de estatuir (faculté de statuer), com sentido nitidamente executivo e a faculdade de impedir (faculté d’empêcher), com cunho nítido de controle.

sede do Poder Judiciário, este vindo, inclusive, a assumir na plenitude, ‘la faculté d’empêcher’ e, mais recentemente no Brasil a própria ‘la faculté de statuer’.¹⁷⁸

¹⁷⁸ CAGGIANO, Monica Herman. A emergência do Poder Judiciário como contraponto ao bloco monocular Legislativo/Executivo. In: MORAES, Alexandre (coord.) *Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. 113-4.

4 CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO: O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL NA CONFORMAÇÃO DAS TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

4.1 Considerações históricas sobre o Constitucionalismo

A teoria ou movimento¹⁷⁹ denominado Constitucionalismo, em sua concepção moderna, tem origens históricas variadas. É possível afirmar, em especial se considerarmos o campo da filosofia, que entre os gregos e romanos já havia leis que organizavam o poder nas cidades-estados antigas e, portanto, ao menos em intuição, seriam suas Constituições. Tais leis, ao afixarem atribuições a certos órgãos que governavam a comunidade, eram claramente diversas das demais leis com destinação ordinária. A diferença havida entre leis ‘especiais’ e leis ‘comuns’ é clara na obra de Aristóteles. Daí a percepção embrionária de uma Constituição no seio dos povos antigos.¹⁸⁰

É de se considerar, no entanto, que a valorização acerca da especialidade de certas leis é, no dizer de Manoel Gonçalves¹⁸¹, produto do século XVIII, ocorrida primeiramente na Europa Ocidental.

O propósito de tal intento foi a tentativa de limitação do poder monárquico, afirmando que existem leis que seriam anteriores e superiores a este. Nesse sentido, a expressão ‘Constituição’ passou a designar um corpo de regras que definem a organização fundamental do Estado.

Tal assertiva, fazendo menção à norma fundamental, é de clara matriz kelseniana. Assim, vale também mencionar a concepção kelseniana de Constituição, porquanto esta

¹⁷⁹ A doutrina não possui consenso sobre conceituar-se o constitucionalismo como teoria ou como movimento. Assim é que, classificando-a como teoria, temos Canotilho, entre outros; classificando-a como movimento, em uma clara perspectiva histórica, temos Manuel Gonçalves Ferreira Filho, entre outros. Neste trabalho, afiliar-nos-emos à concepção de constitucionalismo como movimento, razão pela qual o termo consta no título desta dissertação.

¹⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*^o. São Paulo: Saraiva, 2006.

p. 3.

¹⁸¹ *Ibid.*

encampa o sentido jurídico do termo. Assim, segundo nos ensina Manoel Gonçalves, Kelsen¹⁸² pregava ser Constituição o conjunto de normas positivas que regem a produção do direito, ou seja, o conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos e aos limites de sua ação.

Importante e clássica contribuição para o entendimento acerca do que é Constituição nos fornece Lassalle que, em sua obra *A essência da Constituição*, assim se manifesta:

[...] a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.¹⁸³

Com esse posicionamento, Lassalle atém-se a um enfoque sociológico da Constituição, levando em conta que a Lei Maior deve expressar, se pretender possuir aderência no tecido social, os fatores reais de poder que coexistem em uma sociedade, incluindo os interesses e grupos que estão em condição fática de impor sua vontade. Assim, é apenas um pedaço de papel o documento que não refletir tal conjunto de forças.

Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, a acepção estritamente sociológica de Lassalle não leva em conta a perspectiva de normatividade que deve envolver as Constituições. O autor oferece-nos a seguinte conceituação:

O conceito de Constituição que nos será útil não se desgarra do papel que se entende que esse instrumento deve desempenhar; por isso, o conceito de Constituição não tem como deixar de se ver carregado da ideologia do constitucionalismo. Desse movimento, como visto, a Constituição emerge como um sistema assegurador das liberdades, daí a expectativa que proclame direitos fundamentais. As liberdades, igualmente, são preservadas mediante a solução institucional da separação de poderes. Tudo isso, afinal, há de estar contido em um documento escrito. Quando estes traços são levados em conta, está sendo estabelecido um sentido substancial da Constituição.¹⁸⁴

¹⁸² KELSEN apud FERREIRA FILHO, *op.cit.*, p. 11.

¹⁸³ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998. p. 53.

¹⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São

Nesse mesmo panorama, com base nos ensinamentos de Loewenstein, Marcelo Neves nos apresenta distinção importante entre os vários tipos de Constituição, dentre as inúmeras classificações doutrinárias possíveis:

Conforme a sua relação com a realidade do processo de poder, as Constituições foram classificadas por Loewenstein em três tipos básicos: ‘normativas’, ‘nominalistas’, ‘semânticas’. As Constituições ‘normativas’ seriam aquelas que direcionam realmente o processo de poder, de tal maneira que as relações políticas e os agentes de poder ficam sujeitos às suas determinações de conteúdo e ao seu controle procedimental. As Constituições ‘nominalistas’, apesar de conterem disposições de limitação e controle da dominação política, não teriam ressonância no processo real de poder, inexistindo suficiente concretização constitucional. Já as Constituições semânticas seriam simples reflexos da realidade do processo político, servindo, ao contrário das ‘normativas’, como mero instrumento dos ‘donos do poder’, não para sua limitação ou controle. Trata-se de conceitos típicos-ideais no sentido de Weber, de tal maneira que na realidade social haveria vários graus de normatividade, ‘nominalismo’ e ‘semantismo’ constitucional, caracterizando-se a respectiva Constituição pela predominância de um desses aspectos.¹⁸⁵

Seguindo essa linha de raciocínio, segundo nos informa Dirley da Cunha Júnior¹⁸⁶, o Constitucionalismo deve ser visto como a aspiração de uma Constituição escrita, em cujo bojo estaria assegurada a separação de poderes e a consagração assecuratória dos direitos fundamentais.

Também Canotilho traz à lume seu conceito de Constitucionalismo:

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. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.¹⁸⁷

Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

¹⁸⁵ LOEWENSTEIN apud NEVES, *op. cit.*, p. 105-6.

¹⁸⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

¹⁸⁷ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 52.

Canotilho apresenta, outrossim, dois momentos históricos em que se pode falar de constitucionalismo, abarcando o ‘constitucionalismo antigo’ (incluídos neste termo também os esquemas de organização jurídica dos gregos e romanos) e o ‘constitucionalismo moderno’, surgido após o século XVIII:

Numa outra acepção – histórico-descritiva – fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até o século XVIII.¹⁸⁸

Como contraponto, é preciso prestar atenção ao alerta de Manoel Gonçalves acerca da desvalorização do termo Constituição:

A difusão e a ampliação das Constituições não trouxeram valorização para a idéia. Ao contrário, contribuíram para depreciá-la. Sem dúvida alguma, neste final de século XX, a Constituição não goza mais do respeito e da reverência que no início dele se dedicava à Lei Maior, como então se enfatizava. [...] Também se deve insistir no fato de que a massa de disposições programáticas que incham as Constituições contemporâneas, mormente nos capítulos sobre a ‘ordem econômica’ e sobre a ‘ordem social’, igualmente contribui para a desvalorização da idéia de Constituição. Frequentemente fruto de desejos em descompasso com o possível, não raro essas normas permanecem letra morta. Ora, quando uma parcela da Constituição é ressentida como não cogente, a imperatividade de toda a Constituição com isso perde.¹⁸⁹

Na mesma linha de raciocínio, centrando-se agora nos ensinamentos do jurista brasileiro Oliveira Vianna, Manuel Gonçalves continua seu alerta:

Vale ressaltar um fator, este subjetivo, que não raro conduz à ineficácia da Constituição. É ele o que Oliveira Vianna denominou de ‘idealismo’ da Constituição. Ou, mais precisamente, o ‘idealismo utópico’ na

¹⁸⁸*Ibid.*¹⁸⁹OLIVEIRA VIANNA apud FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 91-2.

Constituição. [...] a consagração, em toda a pureza, de fórmulas abstratamente ideais, sem levar em conta o povo que deve vivenciá-las e os fatores condicionantes de sua cultura, produz essa ineficácia por idealismo. As normas postas estão de tal modo acima da cultura política do povo que não obtêm a adesão dele, por serem para ele incompreensíveis. Isto ocorre igualmente quando instituições são transplantadas de um Estado para outro, sem que se tenham em conta as condições de sua formação e arraigamento acolá, sem que se leve em consideração aqui a realidade que vai recebê-las.¹⁹⁰

O assunto da ineficácia, fruto possível da desvalorização e idealismo constitucional, continua pautando as preocupações de Manoel Gonçalves. Nesse sentido, reproduz lição de Robert Dahl:

Robert Dahl, no importante livro *Polyarchy*, faz uma análise dos fatores que contribuem para o estabelecimento de um regime democrático, a qual é fértil de sugestões para o tema em discussão. Na sua linha, no livro *A reconstrução da democracia*, aponta que influem na eficácia ou ineficácia das Constituições razões de ordem histórica, de ordem econômica, de ordem social, de ordem política. Realmente, as tradições podem favorecer ou dificultar o autogoverno – como respeito às leis e à maior delas, a Constituição. Também pesam, especialmente em relação à estabilidade governamental, as crises geradas pelas tensões do desenvolvimento, pelos desníveis entre classes e regiões. É sabido, igualmente, que a dispersão das desigualdades conduz ao pluralismo, enquanto a concentração gera uma situação pouco propícia a governos democráticos. Da mesma forma, o nível de cultura política – a cultura de participação – é necessário para o bom funcionamento das instituições democráticas. Por sua vez, o sistema partidário contribui para ensejar ou bloquear a participação popular, inerente ao Governo da maioria. Todos esses fatores, em consequência, favorecem ou desfavorecem a Constituição num ponto essencial: a forma de Governo.¹⁹¹

Como dissemos, são inúmeras as possibilidades classificatórias na ciência do Direito Constitucional. No entanto, estamos nos atendo à questão da eficácia e, com tal preocupação, vale mencionar, contribuindo com o panorama geral que aqui queremos desenhar, a noção de Constituição dita ‘dirigente’, também na lição de Manoel Gonçalves:

Uma corrente nova, porém, que tem entre os juristas de língua portuguesa, o Professor português José Joaquim Gomes Canotilho como expressão maior, pretende que a Constituição deve ser um programa de conformação

¹⁹⁰ DAHL apud FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 97-8.

¹⁹¹ *Idem*, p. 96.

da sociedade. Ela, destarte, dirigiria a própria ação governamental (daí a designação: Constituição dirigente), no sentido de que estabeleceria ‘uma direção política permanente’ que se imporá sobre qualquer ‘direção política do governo’, naturalmente ‘uma direção política contingente’. [...] Na prática, a doutrina da Constituição dirigente está associada a uma corrente ideológica, socialista, paramarxista. Esta busca, pela inserção no texto constitucional de objetivos e princípios de transformação econômica e social, ‘prende’ os futuros governos à realização desse desiderato. Esse posicionamento bem longe está do consagrado pelo liberalismo, o qual, ao organizar e limitar o Poder, não impede que este, segundo cada determinação eleitoral, siga uma ou outra política.¹⁹²

Vejamos, no mesmo sentido, as palavras do próprio Canotilho, ao analisar a questão tendo como premissa Portugal:

A lei constitucional não tem capacidade para ser uma lei dirigente transportadora de metanarrativas (‘transformação da sociedade sem classes’, ‘garantia de felicidade dos cidadãos’, etc). O carácter dirigente de uma constituição converter-se-á paradoxalmente de défice de direção se a constituição for também uma lei com hipertrofia de normas programáticas articuladas em políticas públicas (da economia, do ensino, da saúde) sujeitas à mudança política democrática ou dependentes da capacidade de prestação de outros subsistemas sociais (ex: políticas de pleno emprego, política de investimentos, política de habitação). Neste aspecto, pergunta-se, hoje, se o texto constitucional de 1976¹⁹³ poderá ainda reivindicar algumas pretensões de dirigismo social e econômico concebido em termos dirigentes. As considerações acabadas de referir relativizam o carácter dirigente de um texto constitucional mas tão pouco significam que as constituições não possam e não devam ter um papel de mudança social. Tendo em conta os limites da realidade (constituição material) e os limites ‘reflexivos’ de uma lei (ou seja a relativa incapacidade de prestação), a constituição continua a ser um ‘documento radical’.¹⁹⁴

Evidente a preocupação de Celso Ribeiro Bastos acerca da necessidade de equilíbrio de características diretivas e organizacionais em uma Constituição que pretenda aderir à coletividade que regula. Suas palavras funcionam como alerta para alguns excessos constitucionais contemporâneos:

[...] não é aceitável em nossos dias que uma Constituição seja exclusivamente orgânica. É preciso que ela tenha uma dimensão

¹⁹² CANOTILHO apud FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 93-4.

¹⁹³ Nesse trecho, Canotilho refere-se à Constituição Portuguesa de 1976.

¹⁹⁴ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1434.

prospectiva. Não podemos repartir os direitos e deveres na sociedade de maneira estática, faz mister, também ir moldando o próprio processo de transformação. É preciso canalizar o processo de transformação. É necessário que o direito tente direcionar esse processo de desenvolvimento para que ele não ocorra a esmo, sem direção, jogado ao ar livre jogo das forças econômicas, sociais e espirituais etc. É perfeitamente legítimo que o direito constitucional tente chamar para si um papel importante na disciplina do próprio processo evolutivo. De outra parte, a posição contrária, marcada por uma exuberância excessiva de normas programáticas, acaba por trazer conseqüências indesejáveis, a ponto de torná-la inadmissível. [...] A Constituição não pode ser um saque contra o futuro, não se admite que as gerações atuais tenham o direito de asfixiar o processo decisório das gerações futuras. É indispensável, portanto, que se reserve espaço para que permanentemente a sociedade esteja a refazer-se nas suas aspirações, nos seus desejos e nas realizações mais profundas. Em síntese, é o próprio processo diuturno da política que não pode deixar de subsistir, e é evidente que este processo político só ocorrerá na medida em que haja espaço para que ele possa atuar e o excesso de normas programáticas de maneira a antecipadamente prever todas as áreas possíveis de atuação do Estado acabe por exaurir por completo a necessidade de novas decisões. Assim, tudo estaria antecipadamente decidido, não teríamos mais decisões a tomar, mas simplesmente medidas a executar, isto é, uma forma insuportável de autoritarismo jurídico-político. [...] a solução ideal se situa a meio caminho: a Constituição não há de ser exclusivamente organizacional, como não pode prodigalizar preceitos programáticos em excesso. Temos que assim ela estará cumprindo seu dever sem se tornar um estorvo ao desenvolvimento da sociedade.¹⁹⁵

Retomando a construção histórica da teoria constitucional, Jorge Miranda¹⁹⁶ abre sua classificação das Constituições agrupando-as em famílias. Segundo ele, quatro são as grandes famílias constitucionais das quais derivam, ainda que com amplitude e fidelidade variáveis, os principais institutos e mecanismos adotados pela maioria dos países. Desse modo, é o tributo das matrizes britânica, norte-americana, francesa e soviética (mesmo após o colapso sistêmico havido em 1989-1991) que conduz a maioria dos sistemas das sociedades que adotam, em maior ou menor grau, o ferramental constitucional plasmado após o século XVIII.

Indo ao encontro do exposto, encontramos a lição de Jorge Miranda acerca da matriz britânica, cujo legado constitucional mais importante foi o “Parlamento”:

¹⁹⁵ BASTOS, *op. cit.*, p. 403.

¹⁹⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – tomo I – Preliminares – O Estado e os Sistemas Constitucionais*. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 109-10.

O sistema britânico é o mais antigo e mais sólido dos sistemas constitucionais. A Inglaterra não teve rigorosamente monarquia absoluta e passou, embora não sem maiores convulsões como as de 1648 e 1688, do Estado estamental para o Estado Constitucional representativo. Montesquieu inspirou-se nela para formular a sua concepção de separação dos poderes. O governo parlamentar e, de certa sorte, a instituição parlamentar tiveram lá a sua origem. A influência do Direito Constitucional inglês revelar-se-ia, naturalmente, mais forte e directa nos povos que, alguma vez, estiveram sujeitos ao seu domínio (muitos dos quais ainda se encontram ligados entre si e com a Grã-Bretanha dentro do Commonwealth).¹⁹⁷

Acerca do ferramental norte-americano, Jorge Miranda, centrando-se na forma escrita da Constituição, assim nos diz:

As primeiras Constituições escritas em pleno sentido moderno e que incorporam já a filosofia jusracionalista aparecem, porém, no continente americano. São as Constituições das treze colônias que dão origem aos Estados Unidos e à Constituição Federal de 1787. E, conquanto a imagem da Inglaterra e a influência doutrinal francesa estejam aí presentes, algumas contribuições próprias importantíssimas marcam o constitucionalismo norte-americano, máxime o federalismo, o governo presidencial e a fiscalização da constitucionalidade das leis pelos tribunais. Vêm a ser estes institutos que melhor caracterizam um modelo imitado pela América Latina no século XIX e que, em parte, são também transplantados para alguns outros países.¹⁹⁸

A questão da fiscalização da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário mencionada na lição de Jorge Miranda, ponto central deste trabalho, aparece de maneira cristalina em obra seminal do Direito Constitucional norte-americano.

Trata-se do trabalho perpetrado por Hamilton, Madison e Jay em *O Federalista*, cujas ideias deram lastro, entre outros institutos tipicamente americanos, ao nascimento do ‘judicial review’¹⁹⁹. Pequeno excerto da obra em comento é esclarecedor nesse sentido:

A integral independência das cortes de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada. Ao qualificar uma Constituição como

¹⁹⁷ MIRANDA, *op. cit.*, p. 110.

¹⁹⁸ MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 111.

¹⁹⁹ HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh; MADISON, James. *O federalista*. Trad. de Ricardo Rodrigues da Gama. Campinas: Russel Editores, 2010. p. 479.

limitada, quero dizer que ela contém certas restrições específicas à autoridade legislativa, tais como, por exemplo, não aprovar projetos de confiscos, leis *ex post facto* e outras similares. Limitações desta natureza somente poderão ser preservadas na prática através das cortes de justiça, que têm o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição. Sem isso, todas as restrições contra os privilégios ou concessões particulares são inúteis.²⁰⁰

Sobre as escolas constitucionais francesa e soviética, assim nos ensina Jorge Miranda:

O constitucionalismo como movimento revolucionário de vocação universal é em França, em 1789, que triunfa e é de lá que irradia (mesmo para países que não ficarão na família da matriz francesa). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão não se dirige apenas aos franceses, dirige-se a todos os homens e, no seu artigo 16º contém uma noção de Constituição em sentido material (e, implicitamente, em sentido formal). A experiência inglesa, apesar de lhe levar um século de antecedência, não teve o mesmo efeito, quer pelos reflexos da insularidade, quer pela especificidade da estrutura jurídica, social e administrativa do Reino Unido. O sistema constitucional soviético provém da revolução russa de outubro-novembro de 1917 e instaurar-se-ia em numerosos países, nas décadas seguintes, com o acesso do partido comunista ao poder. Subordinação de toda a organização política, econômica e social aos objetivos de realização do socialismo e do comunismo definidos pelo partido, eis o seu primeiro traço distintivo.²⁰¹

A contribuição de Ives Gandra da Silva Martins nos ajuda a situar o movimento constitucional no eixo da história:

Há direitos que são inatos aos homens e mesmo nos três modelos constitucionais²⁰² que formataram o constitucionalismo moderno, em que apenas os denominados direitos e garantias individuais deveriam ser realçados, já eram assim considerados, a meu ver, não por um processo historicista-axiológico, mas por serem inerentes aos seres humanos. Não é porque a evolução da cultura humana revelou que determinados direitos e princípios são bons e merecem ser garantidos e protegidos pelo Estado, que são eles naturais, mas porque verdadeiramente intrínsecos à natureza humana. Não cabe ao Estado outorgá-los em decorrência de sua percepção da realidade, mas, ao contrário, cabe-lhe apenas reconhecê-los, e não criá-los, por serem próprios do ser humano. Nesta percepção de que há direitos

²⁰⁰ MIRANDA, *op. cit.*, p. 111.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Nesse trecho, Ives Gandra refere-se aos modelos constitucionais delineados pelas Constituições Americana de 1787 e Francesa de 1791, além do 'Bill of Rights' inglês de 1678-1688.

que o Estado pode criar e outros que apenas pode reconhecer, reside de certa forma a essência dos direitos fundamentais da pessoa humana, de certa forma realçados nos três primeiros modelos, em que o Estado (a Coroa, no início do modelo inglês) serviria apenas como Entidade a serviço do cidadão ou do governado.²⁰³

Miguel Dantas Calmon, cuja visão é bastante esclarecedora, assevera a existência de vários constitucionalismos:

Em verdade, não existe um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos, ainda que unidos pelo fio condutor de expressarem sempre a tendência de satisfação de uma necessidade de limitação ao exercício do poder e da proteção da pessoa humana, variando bastante as concepções que lhe subjazem, a despeito de sempre se voltarem para a adoção de técnicas de contenção e controle ao exercício do poder e para a consagração de direitos tidos como fundamentais.²⁰⁴

É elucidativa, novamente, a contribuição de Miguel Dantas Calmon, quando trata do constitucionalismo moderno, instituto fundamental para que possamos dar ensejo ao novo tópico deste capítulo:

E o constitucionalismo moderno é o responsável pela fundação do Estado de Direito, ainda que, em sua feição inicial, não tenha logrado êxito em conter os poderes do Estado em suas múltiplas manifestações, até porque nesse período histórico o Legislativo não estava jungido à constituição e, conseqüentemente, o Estado de Direito longe estava de merecer a qualificação constitucional, reduzindo-se a um Estado legal ou legislativo. [...] Mesmo existindo distinções relevantes entre os constitucionalismos inglês, americano e francês, [...], a despeito de merecer ênfase o modelo americano pelo desenvolvimento do ‘judicial review of legislation’, que é *conditio sine qua non* para que a constituição se revista do caráter de parametricidade normativa de validez e legitimidade dos atos do Poder Público, ou seja, para que se afirme o princípio da supremacia da constituição sobre o Parlamento, da constituição sobre a lei, da soberania constituinte sobre a representação constituída.²⁰⁵

Assim é que, como já dissemos em capítulo anterior, reproduzindo também lição de

²⁰³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O neoconstitucionalismo e a Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 310-11.

²⁰⁴ DANTAS, *op. cit.*, p. 47.

²⁰⁵ DANTAS, *op. cit.*, p. 48.

Miguel Dantas Calmon²⁰⁶ quando nos referimos ao Estado Constitucional de Direito, berço do constitucionalismo moderno, necessário se faz lembrar da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, marco interessante da justiça constitucional no âmbito da Europa Continental e propagadora inicial da ideia da força normativa dos princípios constitucionais, elemento base do chamado neoconstitucionalismo que iremos adiante tratar.

Nesse sentido, Bruce Ackerman explica:

[...] uma Constituição emerge como um grande demarcador simbólico de uma grande transição na vida política de uma nação. Por exemplo, é impossível entender o sucesso notável do Tribunal Constitucional Alemão – tanto em termos jurisprudenciais quanto em termos de autoridade efetiva – sem reconhecer que a Lei Fundamental tornou-se, na sociedade, no sentido amplo, um símbolo central do rompimento da nação com seu passado nazista. [...] o sucesso simbólico da Lei Fundamental é, ao mesmo tempo, verdadeiramente notável e não prontamente replicável.²⁰⁷

Diante do cenário que desenhamos aqui, acreditamos que algumas conclusões axiomáticas são possíveis para que possamos asseverar, após mencionarmos o marco histórico da Lei Fundamental alemã do Pós-Guerra, a passagem do constitucionalismo tradicional para o constitucionalismo inserido na pós-modernidade. Tais assertivas, fruto do trabalho de Ana Paula de Barcellos, são perfeitamente condensadas nas ponderações reproduzidas a seguir:

a) As disposições constitucionais, tenham elas a natureza de regra ou de princípios, são dotadas de normatividade, isto é: são normas jurídicas. Como tais, pretendem produzir efeitos no mundo dos fatos e desfrutam da imperatividade própria do Direito. Mais que isso, as normas constitucionais gozam de superioridade hierárquica no âmbito do sistema jurídico; b) Os direitos fundamentais têm um status diferenciado no âmbito do sistema constitucional e, *a fortiori*, dos sistema jurídico como um todo. Fala-se da centralidade dos direitos fundamentais, como consequência da centralidade do homem e da sua dignidade. Isso significa, de forma simples, que, em última análise, tanto o Estado como o Direito existem para proteger e promover os direitos fundamentais, de modo que tais estruturas devem ser compreendidas e interpretadas tendo em vista essa diretriz; c) Os poderes públicos estão submetidos à

²⁰⁶ DANTAS, *op. cit.*, p. 220.

²⁰⁷ ACKERMAN. Bruce. *Nós, O povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. xxxiv.

Constituição como uma decorrência direta da noção de Estado de Direito, por força da qual o exercício do poder político encontra limites em normas jurídicas. À Constituição, é certo, não cabe invadir os espaços próprios da deliberação majoritária, a ser levada a cabo pelas maiorias democraticamente eleitas em cada momento histórico. Uma das funções de um texto constitucional, porém, é justamente estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais.²⁰⁸

Embora o constitucionalismo moderno (cuja força normativa da Constituição é ideia elementar) seja acontecimento marcante que nos levou ao ensejo da Justiça Constitucional, funcionando como pressuposto básico de sua existência, importante asseverar que em território europeu, segundo lição de José Manuel M. Cardoso da Costa, outra condição, qual seja, a ‘política-constitucional’, ainda demorou a se desenvolver. Vale observar o que pensa Costa:

[...] isso se manifesta, antes de mais nada, em duas características básicas desse constitucionalismo, ou nelas encontra sua explicação – características que intimamente se relacionam, de resto, como duas faces de uma mesma moeda. A primeira reside no desenvolvimento político-doutrinário de que foi objecto a própria ideia ou noção primordial desse constitucionalismo, a ideia ou noção de soberania do povo e de que, por conseguinte, a titularidade e o exercício do poder só na vontade deste logravam-se legitimar-se. [...] A segunda característica do constitucionalismo oitocentista, que cumpre salientar neste contexto, respeita à natureza da lei e à função da lei e ao sentido da atribuição do poder legislativo exclusivamente ao Parlamento. [...] Enquanto tal, a lei era (ou devia ser), por outro lado, a expressão da vontade geral, isto é, da razão – e confiada a sua elaboração ao Parlamento, ou seja, a uma assembleia de cidadãos livres e ilustrados, não havia motivo para pensar que assim não o fosse: que ela não fosse efectivamente a expressão de uma vontade racional, ditada puramente pelo interesse geral e não por quaisquer interesses particulares. [...] Pois bem, num contexto como o descrito, facilmente se compreende que não se pudesse com acuidade o problema de uma garantia contenciosa da constituição, mormente naquela que é a sua vertente crucial: a do controlo judicial da lei.²⁰⁹

Voltaremos a tratar da questão em tópico posterior, quando iremos nos referir ao

²⁰⁸ BARCELLOS, Ana Paulo de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 104.

²⁰⁹ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *Constituição e justiça constitucional*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006. 168-169.

modelo de controle de constitucionalidade francês.

4.2 Reflexões acerca das normas constitucionais e a Justiça Constitucional como força garantidora da Constituição

Ao abriremos esse tópico, iremos nos preocupar em reproduzir, em espaço breve, a conceituação das normas constitucionais à luz de alguns doutrinadores pátrios para, logo após, iniciarmos as discussões acerca da natureza conceitual da Justiça Constitucional.

Assim é que, no dizer de Dirley da Cunha Júnior:

Entende-se por normas constitucionais todas as disposições inseridas numa Constituição, independentemente de seu conteúdo. Vale dizer, pouco importa o que expressam; pelo só fato de aderirem a um texto constitucional, essas normas são constitucionais, sejam elas materiais, sejam elas formais. Em face do exposto, consideramos de nenhuma utilidade a distinção entre normas constitucionais materiais e normas constitucionais formais. Aquelas são consideradas materiais por regularem a estrutura do Estado, a organização do poder e os direitos fundamentais, encontrem-se inseridas ou não no texto escrito. O fundamental é a matéria objeto da norma, sendo irrelevante a localização desta. Se se refere a aspecto fundamental do Estado e ao tecido orgânico da sociedade, temos uma norma materialmente constitucional.²¹⁰

Manoel Gonçalves, ao referir-se à materialidade ou formalidade das normas alçadas a categoria de constitucionais, assim nos ensina:

Se há regras que, por sua matéria, são constitucionais ainda que não estejam contidas numa Constituição escrita, nestas costumam existir normas que, rigorosamente falando, não tem conteúdo constitucional. Ou seja, regras que não dizem respeito à matéria constitucional (forma do Estado, forma de governo, etc.). Tais regras têm apenas a forma de constitucionais. São, portanto, normas (apenas) formalmente constitucionais. A inclusão dessas regras de conteúdo constitucional no corpo da Constituição escrita visa especialmente a sublinhar a sua importância. E, quando esta Constituição é rígida, a fazê-la gozar da estabilidade que a referida Constituição rígida confere a todas as suas normas.²¹¹

²¹⁰ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 77.

²¹¹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 12.

Além da abordagem acerca do conteúdo das normas, outra importante categoria de distinção se circunscreve às condições de aplicabilidade das normas constitucionais. Nesse sentido, mais uma vez nos socorre Dirley da Cunha Júnior:

As normas jurídicas, notadamente as constitucionais, são criadas para serem aplicadas. O Direito existe para realizar-se. [...] A aplicabilidade da norma significa exatamente a possibilidade de sua aplicação. E aplicação da norma nada mais é do que a sua atuação concreta, para reger as relações da vida real. Mas uma norma só é aplicável se, primeiro, estiver em vigor; segundo, se for válida ou legítima; terceiro, se for eficaz.²¹²

E comentando acerca dos três requisitos condicionantes de aplicabilidade da norma de revestimento constitucional, quais sejam, vigência, legitimidade e eficácia, continua Dirley da Cunha Júnior:

Vigência é a qualidade de uma norma regularmente promulgada e publicada. Ou seja, é a qualidade que faz a norma existir juridicamente e que a torna de observância obrigatória. Não se confunde com a eficácia, não obstante seja condição desta. Vale dizer, a norma só poderá ser eficaz se estiver em vigor. Toda norma, inclusive a constitucional, contém cláusula de vigência. [...] Uma norma jurídica é válida quando se compadece com o sistema normativo. [...] A constitucional, entretanto, como norma suprema de uma ordem jurídica, fundamenta-se, por sua vez, em poder legítimo cujo titular é o povo, ou seja, o poder constituinte, entendido como um poder político soberano, de caráter inicial, sem limites, autônomo e incondicionado, que cria e elabora a própria Constituição. Portanto, a validade da norma constitucional repousa não em outra norma superior, pois não há norma superior à Constituição, mas sim no poder constituinte. [...] A aplicabilidade da norma constitucional depende, outrossim, de sua eficácia. Ou seja, para que possa ser aplicada, a norma deve produzir efeitos jurídicos. [...] Aplicabilidade é a possibilidade de aplicação. Eficácia é a capacidade de produzir efeitos. [...] Assim, enquanto a vigência refere-se à obrigatoriedade da norma e a validade à conformidade dela com o texto constitucional, a eficácia diz respeito à capacidade de produzir efeitos a que se preordenara.²¹³

No ferramental utilizado pelas Cortes que trabalham com matéria constitucional, o conceito de eficácia da norma é de fundamental importância para materializar os valores

²¹² CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 80.

²¹³ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 81.

prescritos na Lei Maior vigente no seio das sociedades em que está inserida. Destarte, vale recordar lição de Kelsen:

Como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos. Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada [...].²¹⁴

Com a posição de Hans Kelsen devidamente colocada, vale também mencionar a contribuição substancial de Konrad Hesse. Nesse ponto de sua teoria, o professor alemão discute a questão da eficácia normativa, levando em consideração a premissa básica do Direito Constitucional, qual seja a capacidade normativa real que pode ter a Lei Maior que, encaixada com a realidade social que pretende emoldurar, fornece suas premissas básicas de funcionamento:

[...] da perspectiva de Constituição no tempo, a Constituição só pode cumprir suas tarefas onde consiga, sob mudadas circunstâncias, preservar sua força normativa, isto é, onde consiga garantir sua continuidade sem prejuízo das transformações históricas, o que pressupõe a conservação de sua identidade. Partindo disso, nem a constituição com um todo nem suas normas concretas podem ser concebidas como letra morta, como algo estático e rígido; precisamente sua continuidade pode chegar a depender da forma em que se encare a mudança.²¹⁵

E, na mesma linha, continua:

[...] ‘constituição real’ e ‘constituição jurídica’ estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar esta pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua

²¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 11.

²¹⁵ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Sel. e Trad. de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14.

realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida.”²¹⁶

É com a perspectiva de eficácia das normas constitucionais que surge a justiça constitucional como seu maior paradigma, objetivando, como vimos, a concretização da Lei Maior.

Nesse ponto de reflexão, é preciso salientar os embriões históricos das práticas de controle de constitucionalidade. Em tal tarefa, contamos com o auxílio de José Adércio Leite Sampaio:

Ora, nada mais emblemático seria do que o rascunho desse controle a ser realizado por juízes, em três versões mais marcantes na História: a) a do Sir Edward Coke que já na primeira metade do século XVII defendia o poder dos juízes para analisar a conformidade, ou não, e, por consequência, a validade, ou não, da *statutory law* com a *common law*. Não se pode, a esse respeito, desconsiderar o tradicional predomínio da *common law* sobre as leis escritas. [...]; b) a dos *Parlements* franceses, puxados a tribunais superiores de justiça, que andaram com estranhas idéias, na virada do século XVII para o século XVIII, de examinar os éditos e outras leis reais em relação às ‘leis fundamentais do reino’, outrora apresentadas como *leges imperii*, distintas das leis divinas e naturais, inalteráveis pelo rei ou pelos estados gerais; c) a do *Privy Council* do rei que, ao longo do século XVIII, declarava ou não a legitimidade e eficácia das leis promulgadas pelas colônias inglesas na América, de acordo com as leis do Reino, leia-se: do Parlamento de *Westminster*. Além desse controle, um outro se fazia, o da compatibilidade das leis aprovadas pelos colonos com as disposições das Cartas Coloniais que haviam sido outorgadas pela Coroa britânica. Há registros de que entre 1696 e 1782, o *Privy Council* anulou mais de 600 leis, tanto em face de controle abstrato, quanto de controle concreto.²¹⁷

Para além dos antecedentes temporais delineados na doutrina *Coke* ou na atividade desenvolvida pelo *Privy Council* inglês, sendo certo que tais episódios históricos começaram a dar ensejo ao uso de controle de constitucionalidade por parte de órgãos específicos para tanto, considera-se que o marco teórico moderno da análise dos atos à luz de uma lei suprema é a teoria do ‘judicial review’, extraída do famoso julgamento do caso

²¹⁶ HESSE, *op. cit.*, p 129-30.

²¹⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 20002. p. 27-8.

‘Marbury vs Madison’ pela Corte Suprema Americana em 1803. Nesse sentido, Elival da Silva Ramos comenta:

Não parece haver dúvida, de toda a sorte, que, anteriormente a 1803 (ano em que foi julgado *Marbury vs Madison*), a Suprema Corte já houvera declarado inconstitucional legislação estadual, registrando-se enunciações precedentes de judicial review, outrossim, no âmbito das cortes estaduais e das cortes federais inferiores, em relação a leis estaduais e federais reputadas contrárias a normas constitucionais estaduais ou federais. Não obstante a jurisprudência das cortes estadunidenses em relação ao princípio do judicial review possa ter-se iniciado anteriormente ao caso *Marbury vs Madison*, o certo é que, quer pela amplitude e consistência da fundamentação apresentada pelo *Chief Justice* Marshall, quer pela repercussão alcançada, esse deve ser considerado o *leading case* do controle de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos da América.²¹⁸

Continuando suas considerações acerca do sistema norte-americano, Elival da Silva Ramos aponta:

O sistema estadunidense de controle da constitucionalidade das leis se caracteriza, em primeiro lugar, por ser um sistema jurisdicional-repressivo. Com efeito, a função de controle, no caso, atua em autêntica simbiose com a função jurisdicional e tem por objeto atos legislativos já editados. Importa observar que, sem embargo do caráter jurisdicional-repressivo do sistema, pode ele perfeitamente conviver com algumas práticas de controle político ou preventivo, porém de significado marginal, dado o seu reduzido impacto no tocante à finalidade última de preservar a supremacia da Constituição. Enquanto sistema jurisdicional de controle, o sistema padrão estadunidense adota a difusão da atividade de fiscalização de constitucionalidade por todo o aparato judiciário, ou seja, qualquer juiz ou tribunal, estadual ou federal, respeitadas as regras de distribuição de competência pode exercê-la. A razão de ser da difusão do controle de constitucionalidade americano está intimamente relacionada à maneira liberal de enxergar a questão da inconstitucionalidade, reduzida a um simples problema técnico-jurídico de conflito de normas.²¹⁹

Outro importante modelo histórico é o francês, caracterizando-se, por primeiro, na desconfiança revolucionária havida em face dos juízes franceses. Sobre esse modelo, esclarece José Adércio Leite Sampaio:

²¹⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105.

²¹⁹ RAMOS, *op. cit.*, p. 115.

Na França revolucionária, predominava um clima de profunda desconfiança em relação aos juizes, pois vinham às mentes dos revolucionários os ‘parlements’ ou tribunais superiores que na época dos Luíses tanto contribuíram para a arbitrariedade do Ancien Regime. A idéia de poder supremo da vontade geral, expressada unicamente pela Assembléia Nacional, reforçava esse quadro a ponto de ser editada uma lei de 16 a 24 de agosto de 1790, vedando aos tribunais tomar parte direta ou indiretamente no exercício do Poder Legislativo, assim como impedir ou suspender a execução dos demais decretos daquele Poder, sob pena de prevaricação. Pela mesma razão, instituiu-se o referee legislativo que perduraria, em seus traços gerais, até 1837: sempre que uma lei despertasse interpretações divergentes, ela deveria ser enviada ao Legislativo, para que fosse emitido um decreto interpretativo ao qual o Judiciário haveria necessariamente de ajustar-se. [...]. A repulsa à instituição de um órgão especializado no controle da vontade geral voltou a reafirmar-se com intensidade sob a Terceira República: a vontade da nação não poderia ser controlada por uma vontade superior a ela mesma, senão pela consciência daqueles que exerciam o poder legislativo e pela sua responsabilidade, pelo menos moral, em face da nação.²²⁰

O sistema de controle de constitucionalidade francês experimentou evolução na linha temporal da história e acabou por desembocar em um controle de constitucionalidade de rematado caráter preventivo, exercido por seu Conselho Constitucional. Conforme Elival da Silva Ramos:

Em face da reduzida eficácia da atividade de controle desenvolvida quer pelo Senado Conservador, da Constituição do Ano VIII (1799), quer pelo Senado da Constituição do 2º Império (1852), quer, finalmente, pelo Comitê Constitucional da Constituição de 1946, é lícito afirmar que, antes de 1958, ano da entrada em vigor da Constituição da assim chamada 5ª República, o sistema francês era caracterizado pela ausência de um controle de constitucionalidade de leis. Com efeito, o princípio da supremacia do Parlamento, viga-mestra do edifício do Estado de Direito francês, somente passou a ser questionado com a instituição do Conselho Constitucional, ex vi da Constituição de 4 de outubro de 1958.²²¹

Necessário reproduzir, nesse sentido, lição de Raul Machado Horta:

As novas dimensões que o controle de constitucionalidade alcançou na Constituição Francesa de 1958 vêm suscitando iniciativas para ampliá-lo, de modo a permitir o ingresso do indivíduo, da parte lesada em direitos fundamentais, no âmbito da jurisdição constitucional. A rejeição parlamentar a projetos dessa natureza ainda não favoreceu as tendências

²²⁰ SAMPAIO, *op. cit.*, p. 32.

²²¹ RAMOS, *op. cit.*, p. 129.

ampliativas do controle. O modelo francês do Conselho Constitucional, como solução de meio termo, permanece distante do controle judiciário da constitucionalidade, que tem sua origem na criação jurisprudencial da Corte Suprema norte-americana e do controle por órgão jurisdicional especial, identificado no Tribunal Constitucional, concebido, originariamente, na Constituição da Áustria de 1920.²²²

Embora tenha nascido fraco e com atuação restrita, segundo concepção doutrinária apresentada por Elival da Silva Ramos²²³, o papel do Conselho Constitucional Francês começou a se fortalecer a partir da década 70. Na referida, o princípio da supremacia do Parlamento foi finalmente suplantado pelo princípio da supremacia da Constituição.

Nos dias atuais, além do típico controle preventivo, característica ainda marcante, o sistema francês também pratica a modalidade repressiva:

Em 2008, ao cabo da ampla revisão da Carta de 1958 proporcionada pela Lei Constitucional número 724, que dispôs sobre a modernização das instituições da 5ª República, pôde, afinal, triunfar [...]. Assim, em consonância com o art. 61-1, acrescentado à Constituição, facultou-se ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação [...] provocar a manifestação do Conselho Constitucional acerca de disposição legislativa tida por ofensiva a direitos e liberdades fundamentais. Cuida-se, o caso, de controle jurisdicional-repressivo, de natureza concentrada, operado por meio de incidente de constitucionalidade, já que pressupõe a existência de processos subjetivos, que tramitem nas ordens jurisdicionais encabeçadas pelos tribunais de filtragem.²²⁴

Como um segundo momento de evolução histórica da justiça constitucional, distinguindo-se do modelo repressivo difuso norte-americano e do modelo preventivo concentrado francês, não podemos deixar de trazer à baila o sistema de Tribunal especialista, cujo ponto de referência teórica é Hans Kelsen.

O pensador recebeu do chanceler austríaco Renner, durante o segundo decênio do século XX, a incumbência de elaborar um projeto de Constituição. Nesse documento, implementou sua teoria recém elaborada, conforme José Adércio Leite Sampaio:

²²² HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 192.

²²³ RAMOS, *op. cit.*, p. 129.

²²⁴ RAMOS, *op. cit.*, p. 134.

Contrariamente a tese schmittiana, que via no Chefe do Executivo, especialmente na Alemanha, no Presidente do Reich, a personalidade encarnada do guardião da Constituição, Kelsen mostrava preocupação de resguardar os valores democráticos através do Direito, vislumbrando um sistema concentrado de jurisdição constitucional: a) que passava pela consideração da Constituição como norma jurídica portadora dos valores supremos da ordem jurídica e, portanto, fonte de validade das normas inferiores (norma normarum); b) cuja supremacia haveria de ser respeitada pela atuação de um tribunal especial, criado para se situar fora da organização jurisdicional ordinária, mediante um sistema de controle de constitucionalidade concentrado; c) composto por juízes com especial conhecimento técnico-jurídico e sensibilidade política aguçada e; d) dotado de sentença com efeitos gerais e vinculantes.²²⁵

Vale trazer a contribuição de Raul Machado Horta que, acerca dos tribunais constitucionais do período pós-primeira grande guerra, diz-nos:

Os Tribunais Constitucionais, que figuram entre as criações mais sugestivas do constitucionalismo europeu do pós-guerra de 1918, consubstanciaram forma original de controle revelada pelo regime parlamentar, para assegurar efetiva supremacia da Constituição. Naquele período, Alemanha Áustria, Tchecoslováquia e Espanha consagraram a instituição, sob forma ora mais, ora menos desenvolvida, desfazendo, assim, a coincidência histórica que pretendia incompatibilizar regime parlamentar e controle de constitucionalidade de leis.²²⁶

Continuando com a lição de José Adércio Sampaio²²⁷, o arquétipo de justiça constitucional concebido por Kelsen ganhou a simpatia de vários outros países europeus na esteira daquele momento histórico. Além da Áustria em 1920, 1925 e 1929 (nessa oportunidade introduzindo o controle concreto de constitucionalidade), a então Checoslováquia também introduziu o sistema, em 1920, seguindo-se a Romênia, em 1923, e a Espanha, em 1931, instituindo seu Tribunal de Garantias constitucionais. O poder de tal tribunal era declarar a inconstitucionalidade de uma lei através da provocação de um juiz ou do ministério público, ou ainda no curso de uma ação de amparo proposta por indivíduo em face de atos poder público que, em tese, pudessem violar algum direito constitucional.

José Adércio também nos mostra que o período pós-Segunda Guerra Mundial

²²⁵ SAMPAIO, *op. cit.*, p. 37.

²²⁶ HORTA, *op. cit.*, p. 165.

²²⁷ SAMPAIO, *op. cit.*, p. 38.

consolidou a necessidade da criação de justiças constitucionais em vários países do mundo. No modelo concentrado, ou com ao menos algumas de suas características, o autor menciona os seguintes exemplos:

O término da Segunda Guerra Mundial fará ressurgir essas técnicas, associadas a outras tantas inovações que nos chegam até hoje como uma constelação de possibilidades da jurisdição constitucional. O sistema de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade terá expressão e ganhará a simpatia quase generalizada não apenas de países capitalistas mais ricos ou tradicionais, como a Áustria que ressurgiu das cinzas de 1945 e da supressão do seu Tribunal constitucional pelos nazistas em 1938, a Alemanha de 1949, a Itália de 1948/1956, a Espanha de 1978, a Bélgica de 1989 e Luxemburgo de 1996, mas também daqueles de economia periférica na Europa, como o Chipre de 1960, a Turquia de 1961, em Malta de 1964 e a América Latina, a exemplo da Guatemala de 1965 e do Chile de 1970/1980, Bolívia, com a Emenda de 1994, Colômbia de 1991 e Peru de 1993, ou alguns países socialistas, com a Iugoslávia de 1963, a Checoslováquia de 1968 e a Polônia de 1982/1985, e ex-socialistas a partir da queda do muro de Berlim, como a Albânia de 1998, Bulgária de 1991, Bósnia-Herzegovina de 1995, Croácia de 1990, Eslovênia de 1991, Hungria de 1989, Iugoslávia de 1992, Macedônia de 1991, Polônia de 1997, Romênia de 1991, República Checa de 1993, República Eslovaca de 1992; além das Repúblicas que se formaram com a desintegração da União Soviética: Armênia de 1995, Azerbaijão de 1995, Bielo-Rússia de 1994, Chechênia de 1992, Estônia de 1992, Letônia de 1991, Lituânia de 1992, a Rússia de 1993 e Uzbequistão. Encontramos ainda na Ásia a adoção do modelo pela Coreia do Sul, Moldava de 1994, Síria em 1973, Tailândia de 1997 e Taiwan de 1994. Na África, encontramos registros na África do Sul de 1997, Angola de 1992, Madagascar de 1992 e Ruanda de 1991.²²⁸

Sobre os países que adotaram versão do modelo difuso de controle, ou com ao menos algumas de suas características, José Adércio expõe:

Em que pese a tendência quase generalizada de adoção do modelo de Tribunal constitucional, persistirão ainda na Europa países que seguirão o sistema de controle difuso, como a Irlanda, Noruega e Suíça. A Dinamarca, por construção jurisprudencial, e a Suécia, com base na revisão constitucional de 1975, adotarão esse mesmo modelo. Associados a ele, existirão aqueles sistemas que passaram a prever a instituição de um juiz especializado para resolver possíveis conflitos de jurisdição, como a Corte Especial Superior da Grécia de 1975, ou para controlar as decisões de constitucionalidade dos juizes ordinários, a exemplo do Tribunal

228

SAMPAIO, *op. cit.*, p. 39.

Constitucional de 1976/1982.²²⁹

Cabem aqui alguns parênteses para que possamos situar nosso sistema pátrio diante das matrizes teórico-doutrinárias que apresentamos. Comente Elival da Silva Ramos:

O nosso sistema jurisdicional manteve a característica da difusão, permitindo a qualquer juiz ou tribunal apreciar, prejudicialmente, a constitucionalidade de dispositivo legal ou regulamentar que tenham de aplicar em casos concretos que lhes sejam submetidos, de acordo com as regras processuais de competência. A existência de matéria constitucional habilita, como instância julgadora (inclusive de mérito) final, o Supremo Tribunal Federal, por meio de interposição de recurso extraordinário.²³⁰

Acrescendo à linha de raciocínio de Elival da Silva Ramos, comenta Gilmar Ferreira Mendes:

Até a entrada em vigor da Constituição de 1988 era o recurso extraordinário – também quanto ao critério de quantidade – o mais importante processo da competência do Supremo Tribunal Federal. [...] A Constituição de 1988 reduziu o âmbito de aplicação do recurso extraordinário, confiando ao Superior Tribunal de Justiça a decisão sobre os casos de colisão direta entre direito estadual e o direito federal ordinário. A EC número 45/2004 (reforma do Judiciário) consagrou no art. 102, parágrafo 3º, da CF o instituto da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. A lei número 11.418/2006 introduziu no art. 543-A do CPC a nova disciplina do recurso extraordinário, tendo em vista a exigência da repercussão geral [...]. Tem-se, aqui, significativa mudança do modelo de controle incidental, uma vez que os recursos extraordinário terão de passar pelo crivo da admissibilidade referente à repercussão geral.²³¹

E, analisando o sistema de controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal continua Gilmar Ferreira Mendes:

Nos termos do art. 103 da Constituição de 1988, dispõem de legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a

²²⁹ *Idem*, p. 40.

²³⁰ RAMOS, *op. cit.*, p. 227.

²³¹ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1112-3.

Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação, e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente. Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. [...] A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.²³²

Finalmente, é preciso também mencionar que nosso Tribunal Maior tem, por meio de mecanismo batizado de ‘súmula vinculante’, criado pela emenda constitucional EC número 45/04²³³ e disciplinado pela lei 11.417 de 19 de novembro de 2006, atuado como verdadeiro legislador positivo, em clara alusão ao mecanismo batizado de ‘*stare decisis*’²³⁴,

²³² MENDES; COELHO; BRANCO, *op. cit.*, p. 1117.

²³³ Eis o fundamento positivo-constitucional do mecanismo mencionado: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.” CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 13 jun. 2011.

²³⁴ Da expressão latina *stare decisis et quia non movere*, significando, segundo Alexandre de Moraes, “mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido”. MORAES, Alexandre. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 816.

oriundo das escolas de direito da *commom law*.

Reproduzindo lição de Alexandre de Moraes acerca do mecanismo em tela, temos que:

As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à idéia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária. [...] O Supremo Tribunal Federal, reforçando as finalidades de proteção ao princípio da segurança jurídica e proteção aos princípios da igualdade e celeridade desse novo instituto, dotou as súmulas vinculantes de caráter impeditivo de recurso, permitindo, portanto, que os Tribunais ou Turmas recursais recorridos possam realizar e, eventualmente, negar a admissibilidade dos recursos extraordinários e dos agravos de instrumento contrários ao objeto da súmula.²³⁵

É de se distinguir que, ao dotar o mecanismo em comento com força vinculante não apenas no âmbito do Poder Judiciário, mas também obrigando diretamente todos os Poderes, em todos os seus níveis, o legislador constituinte pátrio novamente demonstrou a força contemporânea da Justiça Constitucional, cada vez mais a exercer funções para além do controle de constitucionalidade clássico.

Os diversos mecanismos processuais de controle de constitucionalidade pátrio permitem maior oportunização de atividade por parte de nossa Corte Suprema. Nesse sentido, há a lição de Monica Herman Caggiano:

Entre nós apresenta-se extremamente rico o arsenal de instrumentos e técnicas de fiscalização de constitucionalidade. Tanto pelo sistema difuso (direito de petição, ação popular, habeas data, mandado de injunção, mandado de segurança), como pela vertente do controle concentrado (ADI, ADC, ADIn por omissão, ADPF), que aloja ações de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, o processo constitucional vem expandido, compreendendo todo este extenso elenco de medidas. É certo que a técnica do processamento, a legitimação para a

²³⁵ MORAES, *op. cit.*, p. 816-20.

propositura e o órgão jurisdicional competente para a apreciação diferem de uma para outra. Todas, no entanto, direcionam-se a preservar o respeito à ordem constitucional.²³⁶

Como radiografia do funcionamento dos modelos teóricos-doutrinários que comentamos, vale mencionar também a percuciente análise que faz Arend Lijphart²³⁷. Em sua obra *Modelos de democracia*, Lijphart analisa, entre outros mecanismos democráticos, os sistemas de controle de constitucionalidade e as respectivas possibilidades de força revisional das Constituições de 36 países, em período que vai de 1945 a 1996.

Em seu diagnóstico, Lijphart²³⁸ sugere uma classificação quádrupla que leva em conta, em primeiro lugar, a presença ou ausência de mecanismos de revisão da Lei Maior, bem como três graus de ativismo das cortes encarregadas das análises de constitucionalidade das leis ordinárias.

Lijphart começa comentando, primeiramente, acerca dos países com forte atuação de suas cortes constitucionais. Assim, introduz a seguinte premissa:

Existem poucos países onde a revisão judicial é muito forte: Estados Unidos, Alemanha, Índia, e, desde 1982, o Canadá. As cortes americanas ativistas, e a Suprema Corte em particular, têm sido acusadas de formar um 'judiciário imperial'.

Sobre a Corte Constitucional alemã, reproduz-se lição de Lanfried:

[...] porém a Corte Constitucional Alemã tem sido ainda mais ativa: de 1951 a 1990, ela invalidou quase 5 por cento de todas as leis federais.²³⁹

Falando acerca da Corte Constitucional indiana, traduz-se lição de Baar:

As cortes da Índia não foram muito ativas em seus primeiros tempos, mas Carl Baar (1992) declara que a partir de 1977 elas se tornaram o

²³⁶ CAGGIANO, Monica Herman Salem. *O processo constitucional no Direito Estrangeiro*. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/monica3.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2011.

²³⁷ LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Trad. de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 256.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ LANFRIED apud LIJPHART, *op. cit.*, p. 256.

‘judiciário mais ativo do mundo’. A Suprema Corte da Índia tem sido descrita como o ‘equivalente mais próximo – e não apenas equivalente não ocidental – da Suprema Corte Americana, tanto como censora de projetos quanto como uma importante instituição política.’²⁴⁰

Continuando a lição, Lijhart nos traz também a experiência canadense, traduzindo lição de Baar novamente:

No Canadá, a aprovação da Carta de Direitos e Liberdades, em 1982, deu início a ‘uma era de ativismo judicial.’²⁴¹

Entre os países cuja força de revisão constitucional, conjugada com o ativismo de suas cortes, é mediana ou aparentemente fraca, Lijphart explica:

A revisão judicial de força média caracteriza cinco países por todo o período em consideração neste estudo: Austrália, Áustria, República de Maurício, Papua-Nova Guiné e Espanha – e cinco países durante períodos mais curtos: Canadá, até 1982; Bélgica, após o estabelecimento da Corte de Arbitragem, em 1984; França, depois que o Conselho Constitucional se tornou um verdadeiro órgão de revisão judicial, em 1974; Itália, depois que a corte constitucional, criada pela constituição do pós-guerra, finalmente, começou a funcionar, em 1956; e a Colômbia, como resultado de diversas decisões, cada vez mais afirmativas, da suprema corte, no início da década de 1980. Quase metade das democracias está na categoria da revisão judicial fraca.²⁴²

Trazendo lição de Cappelletti, observa-se:

Mauro Cappelletti (1989 : 141) escreve que os juízes da Dinamarca, Noruega e Suécia exercem o poder descentralizado de revisão judicial ‘com extremo cuidado e moderação’. Esses países escandinavos estão provavelmente entre os sistemas mais fracos nesse aspecto.²⁴³

Finalmente, traduz-se lição de Agius e Grosselfinger acerca de Portugal e Malta:

[...] e alguns outros – como Portugal e, depois de 1982, Malta – podem ser classificados como ligeiramente mais fortes, mas a diferença não é

²⁴⁰ BAAR apud LIJPHART, *op. cit.*, p. 256.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² LIJPHART, *op. cit.*, p. 257

²⁴³ CAPPELLETTI apud LIJPHART, *op. cit.*, p. 257.

grande.²⁴⁴

Mauro Cappelletti, sensível às diferenças havidas entre o sistema austríaco – dito ‘europeu’ porquanto prevalece no continente – e o modelo norte-americano, bem como suas consequências no tratamento das anomalias constitucionais, opina:

O tipo austríaco – que poderíamos, antes, porque já é prevalente na Europa, chamar de ‘europeu’ – de controle de constitucionalidade das leis, porque admite seja uma ação direta, seja um controle incidental, é certamente, como reconhecemos, mais híbrido e heterogêneo, mas a nosso ver, é, por outro lado, mais completo que o método ‘americano’. Com efeito, podem existir algumas leis que, ainda que inconstitucionais, fogem, porém, a toda possibilidade de controle incidental, pelo simples fato de que elas não podem, pelo seu particular conteúdo, dar lugar (ou pelo menos, de fato, não dão lugar) a lides concretas ou, em todo o caso, a concretos episódios processuais civis, penais ou administrativos, para cuja solução ditas leis possam ser consideradas relevantes. [...] De outra parte, tampouco podemos esconder que, se o método ‘europeu’ (seja-nos permitido chamá-lo assim, embora com certa impropriedade) é mais complexo e, pelo menos em teoria, mais completo do que o ‘americano’, ele pode, no entanto, revelar-se, talvez mais perigoso, porque pode, efetivamente, dar, às vezes, à atividade das Cortes Constitucionais – submetendo a elas também aquelas ‘non-justiciable political questions’, que não são admissíveis nos U.S.A. – uma coloração excessivamente política, ao invés de judicial. Ele pode, em outras e possivelmente mais concretas palavras, efetivamente dar consistência aos temores daqueles que vêem no poder de controle de constitucionalidade das leis exercido – mesmo em via de ação – pelas Cortes Constitucionais europeias uma muito grave ameaça de interferência das próprias Cortes na esfera do poder legislativo e, indiretamente, também na do poder executivo e de governo.²⁴⁵

Para além das diferenças havidas entre os métodos de controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, o cenário de possível ingerência das Cortes na esfera dos demais poderes será assunto dos próximos tópicos deste trabalho, quer seja analisando as diferentes correntes de pensamento doutrinário-constitucional, batizadas de neoconstitucionalismo, quer seja analisando, sob a ótica das funções modernamente exercidas pelo Poder Judicial, o chamado ‘ativismo judicial’ e suas possíveis consequências

²⁴⁴ AGIUS; GROSSELFINGER apud LIJPHART, *op. cit.*, p. 257.

²⁴⁵ CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 112-3.

ao modelo democrático vigente.

Vale, nesse sentido, ainda nos apoiando nas lições de Capelletti, reproduzir seu alerta:

Mas, obviamente, a resposta a estes temores, mais do que abstratas especulações, será dada em concreto, pelo modo mais ou menos sábio e prudente com que as Cortes Constitucionais europeias souberem exercer a sua delicada função – na qual à coragem inovadora deve, de resto, unir-se também a uma certa dose de cálculo restraint – e pelo modo, pois, como, através de sua atividade, elas souberem impor-se aos outros órgãos do Estado e à opinião pública, como essenciais institutos de garantia e controle de uma superior legalidade. É este um dos campos em que a história da Supreme Court norte-americana terá ainda muitas coisas a ensinar às mais jovens Cortes Constitucionais europeias.²⁴⁶

A ideia de Monica Herman Caggiano também caminha nesse sentido, alertando que as Cortes Constitucionais (e é o caso da Corte Suprema em solo pátrio) ultrapassaram a postura defensiva como comportamento padrão no momento em que foram idealizadas para se tornarem Cortes com postura orientadora, no início do século XXI:

Não há que se ignorar, no entanto, a reorientação que vem atingindo o processo de controle de constitucionalidade, introduzindo uma profunda transformação quanto à atuação das Cortes Constitucionais, a exemplo do nosso Supremo Tribunal Federal que exerce função fiscalizatória. A ideia de controle de constitucionalidade – a justiça constitucional – passa a se apresentar como meio hábil para a manutenção do equilíbrio nas inter-relações sociais. E, nessa nova missão, a justiça constitucional assume mais que a responsabilidade pela interpretação constitucional. Investe-se da função orientadora. De uma justiça constitucional defensiva, as Cortes assumem diferenciada dimensão, aportando no século XXI na configuração de uma justiça constitucional de orientação.²⁴⁷

²⁴⁶ CAPELLETTI, *op. cit.*, p. 114.

²⁴⁷ CAGGIANO, Monica Herman Salem. *O processo constitucional no Direito Estrangeiro*. Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/monica3.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2011 apud CAGGIANO, Monica Herman Salem. *A Fenomenologia dos trânsfugas no cenário político-eleitoral brasileiro*. In: LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Monica Herman Salem (coords.). *O voto nas Américas*. . Barueri: Minha Editora, 2008. p. 252.

4.3 O neoconstitucionalismo como problemática teórico-filosófica e a questão da interpretação da Constituição

Várias são as concepções e categorizações possíveis, quando utilizamos o termo neoconstitucionalismo. Há afirmações doutrinárias que pregam não ser possível conceituar-se cientificamente uma nova corrente de constitucionalismo, visto que o que se convencionou chamar de ‘novo’ nada mais é que um refluxo de momentos históricos já vividos. Passando pela problemática da interpretação, há aqueles que pretendem, através do método de racionalização, entrelaçar novamente, por meio do liame da ética, a moral e o direito. Há, ainda, os que defendem a existência de um ‘novo momento’ no direito constitucional contemporâneo, com valores e técnicas afinadas com a concepção de Estado. Diante da necessidade de se responder à extrema complexidade da sociedade pós-moderna, buscaremos traçar um panorama geral que contemple todas as vertentes aqui mencionadas.

Segundo nos informa Daniel Sarmiento²⁴⁸, a palavra neoconstitucionalismo é termo formulado e debatido majoritariamente entre os estudiosos italianos e espanhóis. A obra seminal do tema foi a coletânea organizada pelo jurista Miguel Carbonell²⁴⁹, publicada na Espanha, em 2003, de título *Neoconstitucionalismo(s)*.

Traduzindo as palavras do próprio Carbonell, o neoconstitucionalismo possui três pontos principais de análise: a) a questão da positivação de um amplo elenco de direitos fundamentais nos textos constitucionais contemporâneos; b) a questão das práticas jurisprudenciais que passaram a incorporar, através da efetivação de princípios constitucionais, métodos de interpretação mais flexíveis; c) a questão do desenvolvimento de novos modelos teóricos constitucionais.²⁵⁰

A fim de contextualizar o tema do ponto de vista do trabalho doutrinário, vale

²⁴⁸ SARMIENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coords.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 269.

²⁴⁹ Trata-se da obra de CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

²⁵⁰ CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para uma definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coords.). *Os 20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198-201

recorrer mais uma vez a Daniel Sarmento:

Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastantes heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque [...] não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica elaborada e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns e relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa.²⁵¹

É com a dificuldade de localizar os principais pontos de intersecção entre posições de traços tão díspares que iremos trabalhar este tópico, buscando sintetizá-los da melhor maneira possível. Nesse sentido, importantes as palavras de Luis Roberto Barroso, que, tratando dos marcos do neoconstitucionalismo, explica:

[...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados: (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.²⁵²

Nesse passo, além do marco histórico, assume grande importância a estruturação

²⁵¹ SARMENTO, *op. cit.*, p. 269-70.

²⁵² BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio (coords.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 61.

filosófica da matéria, com vistas a, aparentemente, superar a corrente filosófica do positivismo estrito. Nesse sentido, mais uma vez nos apoiamos em Luis Roberto Barroso:

A dogmática jurídica tradicional desenvolveu-se sob o mito da objetividade do Direito e da neutralidade do intérprete. Coube à teoria crítica desfazer muitas das ilusões positivistas do Direito, enfatizando seu caráter ideológico e o papel que desempenha como instrumento de dominação econômica e social, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e justa. Sua contribuição renovou a percepção do conhecimento jurídico convencional sem, todavia, substituí-lo por outro. Passada a fase da desconstrução, a perspectiva crítica veio associar-se à boa doutrina para dar ao Direito uma dimensão transformadora e emancipatória, mas sem desprezo às potencialidades da legalidade democrática. O pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.²⁵³

Também é importante trazer o pensamento de Luiz Prieto Sanchís, destacado jurista, que busca parametrizar o neoconstitucionalismo, reproduzindo suas impressões acerca do cenário em que se acha envolta a corrente, na tradução de Antonio Cavalcanti Maia:

Mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços extensos em favor da opção legislativa ou regulamentadora; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário e por último coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditória, em lugar da homogeneidade ideológica em torno de um pequeno grupo de princípios coerentes entre si, sobretudo, das sucessivas opções legislativas.²⁵⁴

Vale ressaltar, já que a discussão ganha contornos filosóficos claros, a diferença

²⁵³ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 47.

²⁵⁴ SANCHÍS apud MAIA, Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio (coords.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 11.

havia entre as duas correntes que dominaram o pensamento jurídico ao longo dos séculos. Conforme Cláudio Lembo:

Uma corrente, a jusnaturalista, defende a idéia de que os direitos da pessoa preexistem à própria humanidade. Da Lei Eterna, emanada da razão ou vontade de Deus, que ordena todas as coisas, inclusive, o direito inerente aos seres humanos, dimana o Direito Natural. O Direito Natural é, pois, consequência da Lei Eterna e não foi posto por ninguém, salvo por Deus. É próprio das pessoas, mesmo antes de sua concepção e nascimento. [...] Para outra corrente do pensamento jurídico, direito é a norma elaborada pelos homens – pelo Estado – sem preocupação de ordem moral ou religiosa. Esta vertente recebe o nome de Positivismo Jurídico, que vem respaldado em uma visão científica do direito, procurando transformá-lo em um sistema racional. Aí, a origem da Dogmática Jurídica. [...] A norma, pois, não necessita contar com conteúdo de valor, basta ser proclamada pelo Estado. Ou seja, o direito é mero comando. A coação é elemento essencial para a existência do direito. O ordenamento jurídico é tomado como um todo e assim abandona-se a mera norma isolada. A interpretação do direito passa a se realizar de maneira mecanicista. Vale apenas o dispositivo legal, sem a possibilidade de elucubrações de natureza filosófica ou religiosa.²⁵⁵

Destarte, de um lado, na busca teórica de superar as deficiências apontadas nas categorias morais extremamente abertas, carecendo de cientificidade, do jusnaturalismo e, de outro lado, na tentativa de aprimorar o positivismo estrito com seu afastamento da moral, Eduardo Ribeiro Moreira nos ajuda a buscar sentido para o termo neoconstitucionalismo:

O neoconstitucionalismo aparece como fruto da convergência de duas tradições constitucionais distintas que cada vez mais se aproximam: a européia (da Alemanha) e a americana (dos Estados Unidos), união que poderia resumir em um constitucionalismo garantidor do denso conteúdo material de suas normas constitucionais. Nesse contexto, as teorias do direito tradicionais não são suficientes para dar conta da complexidade teórica e das práticas jurídicas que se desenvolveram a partir desse constitucionalismo avançado. [...] Boa definição para o neoconstitucionalismo total é caracterizá-lo como paradigma jurídico, que tem como epicentro a Constituição e, a partir da mesma, concebe um neoconstitucionalismo como teoria do direito (neoconstitucionalismo teórico) e como filosofia do direito (neoconstitucionalismo filosófico), e que conta – ainda em fase de elaboração – com uma proposta de filosofia política (neoconstitucionalismo político) orientando o estado Democrático

²⁵⁵

LEMBO, Cláudio Salvador. *A pessoa: seus direitos*. Barueri: Manole, 2007. p. 11-4.

de Direito.²⁵⁶

Em tentativa de construir um paralelo entre as teorias tradicionais do Direito e o neoconstitucionalismo, Eduardo Ribeiro Moreira, calcado nos argumentos de autoridade de Alfonso Garcia Figueroa²⁵⁷, afirma que, para os chamados ‘tradicionalistas’, inseridos na escola positivista estrita: a) a sociedade é vista de maneira homogênea; b) a Ética possui concepção monista, ou seja, os valores não são identificados com o Direito; c) vige, politicamente, o Estado de Direito, com especial atenção aos atos do Poder Público; d) a lei é a principal fonte do Direito, sendo certo que as demais fontes são tidas como secundárias e; e) prevalece a teoria da norma como conjunto de leis com configurações de regras.

Já para os adeptos do neoconstitucionalismo, encarado aqui como novo paradigma, Eduardo Ribeiro Moreira, continuando a traduzir Alfonso Garcia Figueroa²⁵⁸, nos diz: a) a sociedade é plural, apostando em uma perspectiva de olhar globalizado; b) aposta-se em uma Ética construtivista, cujos parâmetros são calcados na racionalidade prática e na pretensão de correção; c) vige o Estado Constitucional, acrescentando especial atenção para as emanções do poder constituinte, as reformas constitucionais e a atuação do Tribunal Constitucional e; d) há primazia da Constituição sobre a lei ordinária, e a jurisprudência emanada pela Corte Constitucional é importante fonte do Direito.

Écio Oto Duarte coloca a questão do neoconstitucionalismo em três grandes prismas:

O primeiro, o neoconstitucionalismo teórico, aspira descrever os logros da constitucionalização e assume a defesa de que o modelo de sistema jurídico derivado deste processo está caracterizado, além de uma constituição ‘invasora’, pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença na constituição de princípios e regras, e por algumas peculiaridades da interpretação e da aplicação das normas constitucionais em relação à interpretação e à aplicação da lei. Por sua vez, a segunda forma de neoconstitucionalismo, o neoconstitucionalismo

²⁵⁶ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008. p. 19.

²⁵⁷ FIGUEROA apud MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008. p. 19-22.

²⁵⁸ *Ibid.*

ideológico, não se limita a descrever os logros do processo de constitucionalização, senão que os valora positivamente e propugna sua defesa e ampliação. Em particular, sublinha a importância dos mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais e adota o modelo axiológico da constituição como norma, pondo em evidência, dessa maneira, a defesa radical da especificidade da interpretação (e aplicação) constitucional em relação à da lei. Por último, o neoconstitucionalismo metodológico, concebido antagonicamente ao seu modelo terminológico análogo, o positivismo metodológico – que distingue entre as funções de descrever o direito e valorar-prescrever o direito – mantém que a identificação e/ou a justificação do direito deve ser realizada a partir da tese da conexão necessária entre direito e moral.²⁵⁹

Se levarmos em conta que existe um sentido filosófico no termo neoconstitucionalismo, partindo da necessária inserção do Direito, e mais especificamente do Direito Constitucional, na sociedade plural e de comportamento globalizado, o intérprete e operador do Direito devem assumir nova postura. Nesse sentido, vale mencionar posicionamento de Antonio Cavalcanti Maia:

[...] as democracias constitucionais nas últimas décadas parecem demandar nova teoria do direito que vá além dos moldes positivistas. Nesta nova teoria do direito a interpretação constitucional e a teoria da argumentação jurídica se imbricam. No contexto de uma Constituição rematerializada, conformada por princípios, valores, direitos fundamentais e diretrizes de denso conteúdo normativo – uma constituição onipresente, que se pretende vinculante e eficaz em todas as áreas jurídicas, inclusive nas relações horizontais de direito privado –, a tarefa de aplicação da lei supõe um esforço de interpretação e argumentação especialmente refinado. Os métodos tradicionais de resolução de conflitos normativos já não são suficientes. As decisões judiciais dependem de argumentos complexos, exigem decisões envolvendo princípios que vão além do lógico-dedutivo, e requerem também por parte do juiz o uso da racionalidade teleológica. Assim, o constitucionalismo alicerçado em princípios e direitos parece exigir que os juízes, ao se depararem cada vez mais com ‘casos difíceis’²⁶⁰, se tornem filósofos e, além disso, dominem complexas técnicas de ponderação de bens e valores.²⁶¹

²⁵⁹ DUARTE, Écio Oto Ramos Duarte; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2010. p. 25.

²⁶⁰ No tópico introdutório desta dissertação, já nos referimos à expressão ‘casos difíceis’. Nesse sentido, confira-se nota de número 7.

²⁶¹ MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Antonio (coords.). *Os 20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo, 2009. p. 407-8.

Lênio Luiz Streck, ao posfaciar importante obra de Duarte e Pozzolo acerca da teoria neoconstitucional, afirma:

Diferenças à parte [...] – uma coisa é certa: sob o novo paradigma – que podemos denominar neoconstitucional – o mundo prático passou a fazer parte das preocupações dos juristas. O direito já não seria mais o mesmo. O direito já não poderia mais ser epitetado e/ou acusado de ser uma ‘mera racionalidade instrumental’ ou um instrumento destinado à proteção dos interesses das classes dominantes, resultado das duas fases do legalismo, do nascedouro da modernidade ao direito contemporâneo. As questões morais, políticas e econômicas – historicamente rejeitadas pelo positivismo jurídico – passaram a importar a comunidade jurídica.²⁶²

Sobre a necessária preocupação que devem ter os operadores e cientistas do Direito diante desse cenário, Lênio Luiz Streck assevera:

Definitivamente, o neoconstitucionalismo não trouxe a indiferença. Na verdade, esse novo constitucionalismo – ou essa nova forma de direito constitucional e seu significado – trouxe essa pré-ocupação de ordem ético-filosófica: a de que o direito deve se ocupar com a construção de uma sociedade justa e solidária. Em outras palavras, o desafio neoconstitucional tem sido o seguinte: como fazer com que o direito não fique indiferente às injustiças sociais? Como fazer com que a perspectiva moral de uma sociedade que aposte no direito com o lugar da institucionalização do ideal de vida boa não venha pretender, em um segundo, ‘corrigir’ a sua própria condição de possibilidade, que é o direito que sustenta o Estado Democrático? [...] Vejamos isso. Parece não haver dúvida de que ‘neoconstitucionalismo’ é sinônimo de ‘novo paradigma’. O direito deixa de ser meramente regulador para assumir uma feição de transformação das relações sociais, circunstância que pode ser facilmente constada a partir do exame dos textos constitucionais surgidos a partir do segundo pós-guerra. Com a desconfiança em relação ao legislativo (e às mutações produzidas pelas maiorias incontroláveis), passou-se a apostar em uma matriz de sentido dotada de garantias contra essas maiorias eventuais (ou não). Fazer democracia a partir do e pelo direito parece que passou a ser o lema dos Estados Democráticos. Isso implicou – e continua a implicar – mudanças de compreensão: como olhar o novo com os olhos do novo, sem correr o risco de transformar o novo no velho? Esse passou a ser o grande desafio da teoria do direito.²⁶³

É de se ressaltar, no entanto, que a tese do positivismo jurídico não é totalmente

²⁶² STRECK, Lênio Luiz. Posfácio - Diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto Ramos Duarte; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2010. p. 200.

²⁶³ STRECK, *op.cit.*, p. 205.

incompatível com o cenário neoconstitucional. Nesse sentido, vale fazer a diferenciação entre positivismo exclusivo e positivismo inclusivo. Vejamos lição sintética de Écio Oto Ramos Duarte:

De forma muito geral [...], pode-se afirmar que as duas versões básicas do positivismo qualificado e seus respectivos postulados fundamentais são: 1) Positivismo jurídico exclusivo: acentua que, como uma questão de necessidade conceitual, as determinações do direito nunca podem estar em função de considerações morais; 2) Positivismo jurídico inclusivo: é conceitualmente possível, mas não necessário, que determinações do direito possam estar em função de considerações morais.²⁶⁴

Com base na linha de raciocínio supra, é de se considerar que a adoção do paradigma neoconstitucional não é excludente da linha positivista, desde que estejamos diante de uma linha especial de positivismo.

Como vimos, após o surgimento de constituições longas e com normas de elevada densificação moral e ética, o debate acerca da normatividade do direito e suas fontes de legitimação e, conseqüentemente, o velho debate entre positivismo e jusnaturalismo (ainda que com novas roupagens) ressurgem com força total.

Vale aqui mencionar lição de Suzanna Pozzolo, que enriquece o debate com assertivas cristalinas acerca do paradigma neoconstitucional, carregado de conteúdo principiológico, versus o juspositivismo estrito, em especial ao enxergar a estruturação de um ordenamento jurídico sob um desses prismas:

Uma possível reconstrução neoconstitucionalista do ordenamento jurídico o estrutura segundo três níveis: regras, princípios e procedimentos. O primeiro nível oferece a força vinculante típica das regras, o segundo conferiria plenitude ao ordenamento e o terceiro nível asseguraria a racionalidade de um sistema orientado pela noção de razão prática. É a introdução do segundo nível que representa um elemento inovador. A positivação dos princípios, efetivamente, é aquilo que permite ao neoconstitucionalismo negar a distinção entre justiça e validade, reconhecendo ao direito uma tendência intrínseca à satisfação do ideal moral. Os princípios, de fato, uma vez entendidos como instâncias morais positivadas, reúnem os fios do discurso jurídico e do discurso moral, transformando em um tipo de função interna aquela que no modelo

²⁶⁴ DUARTE; POZZOLO, *op.cit.*, p. 42.

positivista vem reconstruída como uma crítica externa ao direito positivo: se o ideal (aquilo que deve ser) provém em parte do real, daquilo que o direito é, a sua falta de satisfação pode ser reconstruída como um defeito objetivo do direito positivo. Portanto, a crítica ao direito positivo não representa mais uma crítica externa dirigida sobre a base da adoção de uma teoria moral qualquer ou do bem da parte do intérprete, mas evidencia defeitos objetivos e internos do próprio sistema, defeitos que não dependem da interpretação, mas que são próprios do objeto a ser interpretado. A crítica do direito positivo com base no argumento de justiça não é mais externo ao direito: a justiça se transforma em um dos elementos de validade do direito positivo.²⁶⁵

Suzanna Pozzolo continua:

A exigência de reatar o vínculo entre o discurso do direito e o discurso da moral se liga à constatação de que, ainda que juristas e teóricos do direito de diversa orientação cultural e com diferentes concepções sobre o Direito e a Justiça normalmente se entendam sobre o sentido e a finalidade de sua atividade – sua compreensão vai até o limiar daqueles que são comumente considerados casos difíceis. Nesse ponto, o acordo e a compreensão desaparecem e as diferenças culturais, conceituais e morais se impõem. E isso acontece com maior frequência porque a sociedade pluralista parece multiplicar os casos extremos, aqueles em que os conteúdos morais que entram em conflito dividem a consciência: somente decisões corretas (sejam legislativas, sejam judiciais) podem ter a pretensão de satisfação para aqueles que são ‘obrigados’.²⁶⁶

Finalmente, Pozzolo encerra sua análise colocando a separação entre os juspositivistas e neoconstitucionalistas da seguinte forma:

Esta última exigência permite pôr em evidência a diversa orientação entre a abordagem do tipo juspositivista e aquela do tipo neoconstitucionalista: enquanto o primeiro visa descrever o funcionamento do direito, o segundo visa justificar ou oferecer os critérios para julgar justificado o direito; enquanto o primeiro não diz nada sobre a obrigação política de respeito ao direito, o segundo a pressupõe e por isso prescreve a forma e o conteúdo que o direito deve ter. Para o juspositivismo, ‘o direito vale porque vale, se vale; explicar a razão será tarefa dos sociólogos, dos filósofos, dos moralistas; não interessa porque vale o direito, mas, se vale; que coisa vale como direito em certas circunstâncias’. Tanto para o neoconstitucionalista, como para o jusnaturalista, ao contrário, o direito vale se é justo, ou seja, é obrigatório se é moralmente correto. O juízo sobre a retidão para o jusnaturalismo é dado com base em uma norma que vale independentemente do direito e do ordenamento jurídico e guia a

²⁶⁵ DUARTE; POZZOLO, *op.cit.*, p. 82.

²⁶⁶ *Idem*, p. 84.

ação, independentemente dos conteúdos contingentes às normas jurídicas. Para o neoconstitucionalismo, o juízo de retidão é dado com base em uma norma de valor que se considera positivada constitucionalmente. É nesse ponto que surgem as dificuldades e as incompatibilidades com a visão positivista, já que o neoconstitucionalismo parece pressupor um significado valorativo e cognoscível, eliminando os aspectos discricionários ou não objetivamente cognoscíveis relacionados à atividade interpretativa.²⁶⁷

Calcado nessa visão, é de se supor, com lastro na capacidade normativa da Constituição e sua conseqüente força principiológica irradiadora para todo o ordenamento jurídico, que moral e direito se encontram ligados pelo liame chamado justiça.

Vejamos a contribuição de Dworkin nesse sentido:

[...] poderíamos tratar o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela. Entendemos a teoria política desta forma: como parte da moral compreendida em termos mais gerais, porém diferenciadas, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas institucionais distintas. Poderíamos tratar a teoria jurídica como parte especial da moral política, caracterizada por uma nova depuração das estruturas institucionais.²⁶⁸

Vale ressaltar, entretanto, que a legitimação do valor ‘justo’ não é, como no jusnaturalismo, buscado fora do ordenamento como se preexistente a ele; ao contrário, é na Lei Maior que está a fonte de legitimação do direito. Nesse sentido, o espaço de interpretação do direito ganha contornos diferentes e mais complexos. Mais uma vez exploramos as lições de Antonio Cavalcanti Maia:

No contexto de uma Constituição rematerializada, conformada por princípios, valores, direitos fundamentais e diretrizes de denso conteúdo normativo – uma constituição onipresente, que se pretende vinculante e eficaz em todas as áreas jurídicas, inclusive nas relações horizontais de direito privado –, a tarefa de aplicação da lei supõe um esforço de interpretação e argumentação especialmente refinado. Os métodos tradicionais de resolução de conflitos normativos já não são suficientes. As decisões judiciais dependem de argumentos complexos, exigem decisões envolvendo princípios que vão além do uso do esquema lógico-

²⁶⁷ DUARTE; POZOLLO, *op. cit.* p. 85.

²⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 51.

dedutivo, e requerem também por parte do juiz o uso da racionalidade teleológica. Assim, o constitucionalismo alicerçado em princípios e direitos parece exigir que os juízes, ao se depararem cada vez mais com ‘casos difíceis’, se tornem filósofos e, além disto, dominem complexas técnicas de ponderação de bens e valores. [...] Ora, se para o constitucionalismo contemporâneo a ponderação é crucial, posto que não há rol de direitos fundamentais sem colisão destes mesmos direitos – como os incontornáveis conflitos entre liberdade e segurança, honra e liberdade de expressão, vida e autonomia pessoal, etc -, impõe-se a demanda constante por ponderação. Tal mecanismo só pode ser empregado de maneira racionalmente controlável se seguir os cânones ditados pelas modernas teorias de argumentação jurídica – campo por excelência dos desenvolvimentos jusfilosóficos recentes, sem o qual não seria possível a proposta de um novo paradigma como o neoconstitucionalista - [...] – desenvolvimento esse propiciador de um quadro de referência teórico capaz de parametrizar tanto a aplicação dos princípios como o alargamento da latitude discricionária garantida aos magistrados dentro do cenário jurídico hodióderno.²⁶⁹

Fundamental é a lição de Ronald Dworkin para aclarar a questão da leitura moral da Constituição versus eventual perigo de práticas antidemocráticas por aqueles que adotam tal postura. Tendo em mente seu país de origem, os Estados Unidos, o autor pondera:

[...] o ideal norte-americano de um governo sujeito não somente à lei, mas também a princípios, é a contribuição mais importante que nossa história já deu à teoria política. Outros países e culturas sabem disso, e o ideal norte-americano tem sido cada vez mais adotado e imitado de forma consciente em outras partes do globo. Mas nós mesmos não somos capazes de reconhecer nossa contribuição, de orgulhar-se dela e de cuidar dela como devíamos. Esse juízo parecerá extravagante e até perverso para muitos juristas e cientistas políticos. Para eles, o entusiasmo pela leitura moral dentro de uma estrutura política que atribui aos juízes a suprema autoridade em matéria de interpretação é elitista, anti-populista, anti-republicano e antidemocrático. [...] essa idéia se baseia num pressuposto bastante difundido, mas pouco estudado, acerca de um vínculo com que existiria entre a democracia e a vontade de maioria, pressuposto este que, aliás, a história dos Estados Unidos sempre rejeitou. Quando compreendemos melhor a democracia, vemos que a leitura moral de uma constituição política não só não é antidemocrática como também, pelo contrário, é praticamente indispensável para a democracia. Não quero dizer que a democracia só existe quando os juízes têm poder para deixar de lado as idéias que a maioria das pessoas têm acerca do que é bom e justo. Muitos arranjos institucionais são compatíveis com a leitura moral, inclusive alguns que não dão aos juízes o poder que têm na estrutura norte-americana. Mas nenhum desses arranjos é, em princípio, mais democrático do que outros. A democracia não faz questão de que os juízes

²⁶⁹

MAIA, *op.cit.*, p. 407.

tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham.²⁷⁰

Nessa linha, no cenário neoconstitucionalista, ao enfrentarmos a questão da interpretação do direito no bojo de casos que envolvem, através da prolação de decisões judiciais, conteúdo moralmente complexo, surge, com força, mais uma vez, a lição de Lênio Streck acerca da necessidade premente do uso do ferramental fornecido pela hermenêutica:

Numa palavra, a superação do positivismo implica a incompatibilidade da hermenêutica com a tese das múltiplas ou variadas respostas. Afinal, a possibilidade da existência de mais de uma resposta coloca essa ‘escolha’ no âmbito da discricionariedade judicial, o que é antiético ao Estado Democrático de Direito. Ou seja, a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta hermeneuticamente adequada à Constituição, ou se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada – espécie de resposta hermeneuticamente correta – a partir da análise de cada caso. [...] A tese da resposta hermeneuticamente adequada é, assim, corolária da superação do positivismo – que é discricionário, abrindo espaço para várias respostas e a conseqüente livre escolha do juiz – pelo (neo) constitucionalismo, sustentado em discursos de aplicação, intersubjetivos, em que os princípios têm o condão de recuperar a realidade que sempre sobra no positivismo. [...] Numa palavra: o direito é um fenômeno complexo, mesmo que a dogmática jurídica prevalecente se esforce em demonstrar o contrário. Não se concretiza uma Constituição sem a construção de condições para a compreensão dessa fenomenologia. Falar em constitucionalismo compromissório e social (e, quiçá, dirigente) implica mergulhar nas profundezas da crise do direito provocada pelo positivismo jurídico. Implica também compreender o significado de expressões como ‘pós-positivismo’, ‘discricionariedade’, ‘decisionismos’, etc. e que, ao fim e ao cabo, está diante de um grande debate contemporâneo (democracia versus constitucionalismo) e do conseqüente dilema: como se aplica. Mas, mais do que isso, está-se diante da questão sobre a qual vêm se debruçando os mais importantes jusfilósofos do mundo: a racionalidade das decisões judiciais.²⁷¹

Sobre a técnica da ponderação, tão essencial se partimos da premissa de que os princípios constitucionais, embora abertos, têm efetiva eficácia normativa e aplicabilidade no julgamento de casos concretos, vale trazer, antes de adentrarmos na técnica em

²⁷⁰ DWORCKIN, Ronald. *O direito da liberdade – a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 9-10.

²⁷¹ STRECK, Lênio. *O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 77-78.

referência, a lição essencial de Dworkin, esculpida em sua crítica ao positivismo:

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos, e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão. [...] Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda sim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.²⁷²

Destarte, importante trazer a lição de Paulo Gustavo Gonet Branco que, escorandose nas premissas trazidas por dois filósofos fundamentais da matéria – Dworkin (aqui já mencionado) e Alexis –, sintetiza a questão:

O juízo de ponderação, como entendido hoje, vincula-se à idéia de que as normas podem assumir a forma de princípios, comportando, por isso, mitigação na intensidade de sua incidência sobre casos concretos quando em conflito com outras normas, mantendo, contudo, a sua validade jurídica. A teoria das normas como princípios, distintos das normas-regras, é devedora dos estudos de Ronald Dworkin. Um princípio normativo e uma regra se assemelham – ensina o professor de Nova York –, porquanto ambos estabelecem obrigações jurídicas, mas se extremam no aspecto do tipo de diretiva que apresentam. A regra se aplica segundo o modo do tudo ou nada, a aplicação é, pois, disjuntiva. [...] As regras, ainda, comportam exceções que podem ser arroladas ou enumeradas. Um conflito entre regras resolve-se pelos critérios clássicos de solução de antinomias (hierárquico, da especialidade e cronológico). Já os princípios não desencadeiam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente à ocorrência da situação de fato a que aludem. Daí resulta que os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso. Quando os princípios interferem uns nos outros, ‘deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um’. Isso, admitidamente, não se faz segundo a indagação sobre quão importante é um princípio numa situação observada. Não se resolvem os conflitos entre princípios, tomando um como exceção do outro. O que ocorre é um confronto de pesos entre as normas que se cotejam.²⁷³

²⁷² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 127.

²⁷³ DWORKIN, Ronald apud BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 146.

Continuando sua linha de raciocínio, eis a síntese do pensamento de Robert Alexy acerca da questão da interpretação constitucional principiológica, traduzida por Paulo Gustavo Gonet Branco:

Alexy compartilha com Dworkin algumas perspectivas de análise do Direito, como a rejeição da idéia positivista de que, nos casos difíceis, o suposto vazio do sistema jurídico seria preenchido por critérios discricionários, extrajurídicos, à moda da ação do legislador. Alexy também fala em princípios, a conviver no mundo normológico com as regras. A sua concepção de princípios jurídicos, entretanto, aparta-se em pontos relevantes daquela de Dworkin. Alexy não endossa a noção de que a teoria dos princípios possa levar a uma única resposta correta. Avança o que ele próprio classifica como uma ‘versão débil da tese da única resposta correta’. Somente seria possível chegar-se a uma única solução correta para um problema envolvendo princípios – consoante Alexy – se, além de criar uma lista completa de todos os princípios operantes no sistema jurídico, esse sistema contivesse preestabelecidas todas as relações de prioridade, em abstrato e em concreto, entre esses princípios. [...] A preocupação com o encontro de uma solução que possa pretender-se correta num ordenamento composto não somente por regras, mas também, por princípios, conforma os esforços de Alexy na elaboração de uma teoria dos direitos fundamentais, racional e capaz de se medir favoravelmente com as teorias positivistas. Alexy desenvolve uma descrição estrutural do próprio Direito, em que cuida de desvendar as características das normas jurídicas, situando-se como regras ou princípios, dedicando-se a retratar como se aplicam essas normas (aspecto dinâmico ou ativo do Direito), com respeito à necessidade de racionalidade prática, para que o processo jurídico se legitime. Alexy elabora uma teoria da argumentação jurídica que sirva de critério de orientação e de fiscalização da racionalidade das decisões jurídicas. O seu foco está numa teoria do discurso racional, dirigida ao consenso, pressupondo que a metodologia jurídica tradicional falha em firmar um sistema de regras que suscite, por mera aplicação de um silogismo, soluções necessárias.²⁷⁴

Para aclarar ainda mais a questão da efetividade principiológica, é importante trazer a lição de Sérgio Sérvula da Cunha, que, partindo da premissa da diferença de eficácia havida entre as normas e os princípios, assim nos ensina:

[...] a) o efeito da norma vem referido no respectivo enunciado, o que já não acontece com o princípio; b) a eficácia da norma é, por assim dizer,

²⁷⁴ ALEXY, Robert apud BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 157-8.

suspensa (ou passiva) na medida em que sua incidência – com a simultânea produção de seus efeitos – depende de realização de um fato, o que já não acontece com os princípios; c) com relação ao princípio não há que se falar em vigor (ou vigência), mas em força. Ao contrário da norma, princípios são prescrições que não descrevem seu suporte fático de incidência, [...] e existem independentemente de um nome ou enunciado. A existência da norma é indissociável de sua materialidade, mas isso já não acontece com o princípio, o qual, como ser da razão habita o mundo das consciências, de onde verte para o mundo. Na verdade, já é efeito do princípio que ele seja revelado, identificado e nominado. Num outro momento, efeito positivo do princípio é a elaboração das normas mediante as quais se concretizarão os respectivos valores, e efeito negativo, correspondente à sua função inibitória, é a vedação dos comportamentos que ferem esses valores.²⁷⁵

A aplicação do método de ponderação, ocasião em que há balanceamento de princípios, é de uso freqüente em vários Tribunais do mundo, inclusive em solo pátrio.

Apenas para nos fixarmos em um exemplo, dentre muitos possíveis e de origem recente, nossa Corte Máxima, no bojo da Reclamação número 2.040/STF, de relatoria do então Ministro Néri da Silveira, deparou-se com uma demanda envolvendo cantora estrangeira e a acusação da prática de crime sexual, ocorrido em estabelecimento prisional federal, praticado supostamente por policiais.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que, no conflito havido entre o direito à honra e ao bom nome dos policiais e do próprio Órgão de Segurança e o direito à intimidade e integridade física da cantora, prevaleceu o primeiro, possibilitando a colheita de material genético direto da placenta da envolvida²⁷⁶.

É preciso também mencionar, segundo a tradução de José Sérgio da Silva Cristóvam, sucintas críticas, entre outras que podem ser realizadas, acerca da teoria da argumentação jurídica concebida por Alexy e da teoria da única resposta correta, cuja construção é oriunda de Dworkin:

²⁷⁵ CUNHA, Sérgio Sérulo. *Princípios consticionais*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 200.

²⁷⁶ MOSZKOWICZ, Monique. A ponderação de interesses no ordenamento jurídico brasileiro. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Transformações do Estado e do direito – novos rumos para o Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 134.

A existência de pretensão de correção não é aceita com muita facilidade no âmbito da argumentação empreendida pelas partes no processo judicial. No caso do procedimento judicial, segundo sustenta Habermas²⁷⁷, não se estaria no âmbito do discurso prático jurídico, mas sim no âmbito de uma ação estratégica levada a cabo por duas partes em confronto. Assim, as partes em um processo judicial não buscam um fim comum, não pretendem obter a verdade, pretendem sim uma decisão favorável. As partes não estariam interessadas em um julgamento justo ou correto do caso, não seriam movidas em função da busca cooperativa da verdade, mas sim que o resultado do processo judicial lhes fosse favorável, satisfazendo seus interesses subjetivos. [...] Há ainda uma objeção endereçada à obra de Alexy, que questiona se é possível aceitar o modelo de racionalidade discursiva para todos os campos da argumentação jurídica. Sustenta-se que a justificação de decisões jurídicas não é norteadada por razões de correção, mas também por razões teleológicas e consequencialistas. No caso, principalmente, de ramos do Direito como o Direito Administrativo e o Direito Econômico, a justificação de uma decisão jurídica não pode ficar adstrita a sua correção (racionalidade discursiva), devendo ser consideradas suas potencialidades para alcançar determinados fins, a partir de raciocínios teleológicos ou consequencialistas.²⁷⁸

No caso de Dworkin, José Crísovam assim nos traduz a crítica de Pietro Sanchís:

Uma crítica que pode ser norteadada pela idéia de que suas concepções não servem para todos os sistemas jurídicos, mas somente para os substancialmente justos. Da mesma forma, em um sistema jurídico informado por uma infinidade de princípios explícitos e implícitos, a sua aplicação acarreta certa dose de discricionariedade ou eleição entre alternativas diferentes. Do ponto de vista semântico, tanto a textura aberta e imprecisa dos princípios, como a inexistência de critérios seguros à aferição do peso relativo de cada princípio que compõe o ordenamento, indicam a impossibilidade de defesa da tese da única resposta correta.²⁷⁹

É preciso também perceber que o exercício da ponderação possui alguns parâmetros mínimos. É o que se extrai, sem a pretensão de esgotar o tema, da lição de Ana Paula Barcellos que nos coloca, de maneira primordial, dois parâmetros gerais:

[...] diante de uma situação que exija o emprego da ponderação, as regras (constitucionais e infraconstitucionais) têm preferência sobre princípios

²⁷⁷ HABERMANS, Jürgen apud CRÍSTOVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 180.

²⁷⁸ ATIENZA apud CRÍSTOVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 185.

²⁷⁹ PRIETO SANCHÍS apud CRÍSTOVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 261.

(constitucionais e infraconstitucionais). Isso significa de forma simples, que diante de um conflito insuperável pelos métodos tradicionais de interpretação [...] o princípio deve ceder, não a regra, já que esta, como padrão geral, não deve ser ponderada. [...] a norma que de forma direta promova e/ou proteja a dignidade da pessoa humana deve ter preferência sobre outra norma que apenas indiretamente está associada com a proteção ou promoção da dignidade humana.²⁸⁰

Diante dos posicionamentos colocados acerca da importância em adotar-se um procedimento hermenêutico que gere racionalização (ou ao menos a tentativa de) ao momento de interpretação e aplicação do Direito (Constitucional), é certo que o neoconstitucionalismo pretende superar o ‘pesadelo positivista’, solucionando a discricionariedade indevida conferida aos operadores do Direito, quando a aplicação do procedimento de subsunção, clássico método de interpretação silogística, falha em sua tarefa de melhor dirimir o caso concreto posto em julgamento.

Destarte, a questão paradigmática trazida pelo neoconstitucionalismo, pregando um novo olhar do Direito sobre o mundo pós-moderno, parece estar cercada de consenso. No entanto, longe de opiniões em um mesmo sentido, o ‘novo direito constitucional’ traz consigo também uma série de questionamentos de ordem científica.

Nesse sentido, vale trazer lição de Mônica Herman Caggiano que comenta acerca de um possível solapamento das estruturas democráticas dos Estados atuais em consequência direta de uma postura que, ao operar com valores de maneira prevalente, considera secundária a previsibilidade do sistema constitucional:

Impositivo reconhecer que a sociedade do século XX e a que aporta no presente apresentam-se muito diferentes quanto às expectativas em relação ao Estado. A cidadania sofreu profunda remodelação. E o Estado ganhou responsabilidade direta e irrefutável de amoldar as políticas públicas de forma a atender as perspectivas da cidadania no complexo mundo contemporâneo pigmentado pelos fenômenos da globalização e do multiculturalismo. A questão que se coloca, no entanto, é a pertinente à elasticidade, flexibilidade e mutabilidade que impregnam a teoria denominada ‘neoconstitucionalismo’ que opera com valores. Abandonada a idéia da rigidez, da superioridade, da estabilidade e da previsibilidade

²⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 165 e 235.

constitucional, como serão resguardados os direitos fundamentais? Qual exatamente o instrumento e mecânica a preservar a segurança jurídica? O que se depreende é que o constitucionalismo que pretende ser contemporâneo – ou a teoria do neoconstitucionalismo – assume uma postura descompromissada com o princípio da segurança jurídica, que exsurge na trajetória evolutiva da idéia de Estado de Direito, buscando exatamente lhe assegurar reforço, robustecendo a missão maior de uma constituição, qual seja estabelecer limites e engradar o Poder. [...] É fato que os ‘mortos’ não devem governar os ‘vivos’; mas disso não decorre a exigência de demolição da idéia de rigidez constitucional. A própria previsão de reforma da Constituição – quer por via revisional, quer por via de emenda – atende razoavelmente à necessidade de adaptar as Constituições à realidade fática. E, mais que isto, rompida a estabilidade constitucional e o núcleo duro do postulado do Estado de Direito, qual seria a estrutura jurídica, sólida o suficiente para garantir e preservar a democracia? A fragilidade e a expansividade dos processos de interpretação constitucional já demonstraram flagrante fracasso quando do aniquilamento da democrática Constituição de Weimar, abrindo as portas para o nazismo. A segurança jurídica e a democracia ainda se encontram na dependência do velho constitucionalismo.²⁸¹

Daniel Sarmiento, embora concorde com alguns pontos da visão neoconstitucionalista, enxerga perigos que cercam a questão da seguinte forma:

[...] o neoconstitucionalismo tem um foco muito centrado no Poder Judiciário, no qual deposita enormes expectativas no sentido de concretização dos ideais emancipatórios presentes nas constituições contemporâneas. Contudo, este viés judicialista sofre contestações pelo seu suposto caráter antidemocrático, na medida em que os juizes, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo. Esta crítica democrática²⁸² se assenta na idéia de que, numa democracia, é essencial que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos e não por sábios ou tecnocratas de toga. É verdade que a maior parte dos teóricos contemporâneos da democracia reconhece que ela não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo antes o acatamento das regras do jogo democrático, que incluem a garantia dos direitos básicos, visando viabilizar a participação igualitária

²⁸¹ CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo: um navio à deriva?* - no prelo, gentilmente cedido pela autora.

²⁸² É de se considerar que a crítica democrática ao Poder Judiciário, por assim dizer, ‘neoconstitucionalista’, deve ser sopesada com o ‘caráter democrático’ próprio da atuação judicial, que permanece sendo sua característica intrínseca. Nesse sentido, Eugênio Raul Zaffaroni, já citado neste trabalho, diz: “[...] uma instituição não é democrática unicamente porque não provenha de eleição popular, porque nem tudo que provém desta origem é necessariamente aristocrático. Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para a sua continuidade, como ocorre com o judiciário.” ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário – crises, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 43.

do cidadão na esfera pública, bem como alguma proteção às minorias. Porém, temos aqui uma questão de dosagem, pois se a imposição de alguns limites para a decisão das majorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero tendo a revelar-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo se autogovernar.²⁸³

E, continuando seu alerta, Daniel Sarmiento nos diz:

E a questão não é apenas de divisão de poder ao longo do tempo. A dificuldade democrática não está tão-somente no fato de as constituições subtraírem do legislador futuro a possibilidade de tomar decisões. O cerne do debate está no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais mais importantes, quem as interpreta também participa do seu processo de criação. Daí a crítica de que o viés judicialista subjacente ao neoconstitucionalismo acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito.²⁸⁴

Asseverando a importância de se prestigiarem também outros espaços institucionais da democracia, que também podem ter a seu cargo a concretização dos valores expressos na Constituição, Daniel Sarmiento pondera:

[...] uma ênfase excessiva no espaço judicial pode levar ao esquecimento de outras arenas importantes para a concretização da constituição e realização de direitos, gerando um resfriamento da mobilização cívica do cidadão. [...] A ênfase judicialista pode afastar do cenário de disputa por direitos pessoas e movimentos que não pertençam nem tenham proximidade com as corporações jurídicas. Ademais, esta obsessão com a interpretação judicial da Constituição tende a obscurecer o papel central de outras instâncias na definição do sentido da Constituição – como o Legislativo, o Executivo, e a própria esfera pública informal. Trata-se de um desvio que gera conseqüências negativas tanto no plano descritivo como na esfera normativa. Sob o prisma descritivo, transmite-se uma imagem muito parcial do fenômeno constitucional, que não é captado com todas as nuances e riquezas, já que o foco se concentra apenas sobre a ação de um dentre vários agentes importantes que povoam a seara da hermenêutica constitucional. Sob o ângulo normativo, favorece-se um governo à moda platônica, de sábios de toga que são convidados a assumir uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada. [...] Se é verdade que o processo político majoritário tem seus vícios – [...], também é certo que os juízes não são semideuses, e que a esfera em que atuam

²⁸³ SARMIENTO, *op.cit.*, p. 288.

²⁸⁴ SARMIENTO, *op. cit.*, p. 290.

tampouco é imune à política com ‘p’ menor.²⁸⁵

Finalizando seu preciso diagnóstico, Daniel Sarmiento faz um alerta final:

Estou convencido de que o Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição [...]. O maior insulamento judicial diante da pressão das maiorias, bem como um certo ethos profissional de valorização dos direitos humanos, que começa a se instalar na nossa magistratura, conferem ao Poder Judiciário uma capacidade institucional privilegiada para atuar nestas áreas. Mas, em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de autocontenção judicial, seja por mais respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito – como Economia, políticas públicas e regulação. Nestes casos, deve-se reconhecer que outros órgãos do Estado estão mais habilitados para assumirem uma posição de protagonismo na implementação da vontade constitucional.²⁸⁶

A crítica de Elival da Silva Ramos, asseverando que o neoconstitucionalismo é elemento incentivador da prática do ativismo judicial (nesse contexto entendido de maneira negativa), também merece ser reproduzida:

[...] no plano da Dogmática, a tendência teórica auto-intitulada de neoconstitucionalismo, a despeito de padecer de inúmeras fragilidades, vem se constituindo em elemento incentivador do ativismo, por haver disseminado na doutrina brasileira, começando, agora, a influir no âmbito de nossa jurisprudência constitucional. A principiologização do direito, característica do moralismo jurídico, desponta como a face mais visível desse pretense ‘pós-positivismo’ tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico ao subjetivismo de decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-se os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seres(???) prolatores.²⁸⁷

A virtude residente no equilíbrio há de ser sempre considerada. Nesse sentido, é de se mencionar o exemplo do caso canadense trazido por Paulo Gustavo Gonet Branco:

²⁸⁵ *Idem*, p. 291.

²⁸⁶ SARMIENTO, *op.cit.*, p. 293.

²⁸⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 314.

É digna de nota a experiência concreta que se desenvolve no Canadá de tentativa de diálogo entre o tribunal e o legislador em torno da interpretação da Constituição, em especial nos casos difíceis. [...] Com a promulgação, em 1982, da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, explicitou-se, no país da América do Norte, que as Cortes podem rejeitar a legislação que conflite com os direitos fundamentais. Isso significa adesão ao controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos do Parlamento. [...] O mesmo diploma, porém, contém dispositivo que peculiariza esse controle. A sua seção 33 sanciona o que se chama de ‘cláusula do não obstante’. Por ela, o Parlamento federal e também o legislador local, conforme seja a fonte da lei, podem declarar que o ato normativo será eficaz, não obstante a colisão com um preceito da Carta. Dessa forma, mesmo que os tribunais proclamem a inconstitucionalidade de uma lei, o Legislativo que a promulgou pode-se valer da ‘cláusula do não-obstante’ e superar a decisão judicial. A cláusula tem validade restrita no tempo, prologando-se por cinco anos. Ao término do prazo, a cláusula deixa de valer e o ato legislativo judicialmente censurado deixa de operar, salvo se o Parlamento reiterar a cláusula por outro quinquênio. A decisão judicial de declaração de inconstitucionalidade, portanto, perde eficácia se a cláusula for editada e enquanto estiver em vigor. O Parlamento pode sobrepor-se à deliberação judicial.²⁸⁸

Segundo Gonet Branco²⁸⁹, a solução canadense tem sido apregoadada como uma fórmula de domínio ‘suave’ por parte do Poder Judicial, cujo principal objetivo é reduzir o desconforto com que o controle de constitucionalidade, em especial na escola anglo-saxã, pode ser visto por supostamente propiciar a supremacia do Judiciário em detrimento da vontade legislativa.

Ademais, tal mecanismo pode possibilitar a abertura de um diálogo entre os Órgãos Estatais.

Na tradução das palavras de José Acosta Sanchez²⁹⁰, a legitimidade última do juiz constitucional, ao exercer sua jurisdição, está baseada na defesa da preservação da vontade soberanamente manifestada pelo povo através de seus representantes.

É com esse prisma que encerramos o presente tópico para, na próxima abordagem,

²⁸⁸ BRANCO, *op.cit.*, p. 120.

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ SÁNCHEZ, Jose Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 378.

analisarmos o ativismo judicial e suas consequências na relação havida entre os Poderes instituídos, imaginando se não existem soluções para que possamos equilibrar a efetividade dos valores esculpidos na Constituição, sem deixar de privilegiar a vontade democrática expressa nas eleições periódicas dos membros titulares do Legislativo e Executivo.

4.4 O ativismo judicial: o Poder Judiciário criador do Direito

O ativismo judicial é tema de extrema relevância entre aqueles que pensam e operam o Direito na atualidade. Isso se dá devido ao fato de, com o fortalecimento da justiça constitucional e o consequente uso de novos métodos de interpretação, aliado, ainda que longe do consenso, ao reconhecimento da força normativa principiológica da Constituição, a irradiar sua efetividade em todas as áreas do Direito, o campo de atuação da atividade jurisdicional haver sido deveras ampliado nos últimos decênios. Certo é que, por vezes, os magistrados atuam como verdadeiros legisladores positivos, criando o Direito de acordo com práticas que guardam elevada margem de subjetividade.

Nesse sentido, vale reproduzir as impressões de Alexandre de Moraes acerca do assunto, bem como suas dúvidas acerca da prática ativista:

Ativismo judicial seria ‘uma filosofia quanto à decisão judicial mediante a qual os juízes permitem que suas decisões sejam guiadas por suas opiniões pessoais sobre políticas públicas, entre outros fatores’²⁹¹, sendo apontado por alguns doutrinadores norte-americanos como uma prática, que por vezes indica a ignorância de precedentes, possibilitando violações à Constituição; ou, seria um método de interpretação constitucional, no exercício de sua função jurisdicional, que possibilita, por parte do Poder Judiciário, a necessária colmatação das lacunas constitucionais geradas pela omissão total ou parcial dos outros Poderes, ou ainda, pelo retardamento da edição de normas que possibilitem a plena efetividade do texto constitucional? Teríamos com o ativismo judicial, clara afronta à Separação de Poderes, com direta usurpação das funções da legislatura ou da autoridade administrativa [...]; ou verdadeira necessidade constitucional permitida pelos sistemas de freios e contrapesos em face da finalidade maior de garantir a plena supremacia e efetividade das normas constitucionais?²⁹²

²⁹¹ Segundo nos aponta Alexandre de Moraes, trata-se de definição explicitada no Black’s Law Dictionary.

²⁹² MORAES, *op.cit.*, p. 20-21.

Segundo nos indica Alexandre de Moraes²⁹³, o ativismo judicial, por vezes, no bojo do direito norte-americano, em que a Suprema Corte sempre foi instituição de elevada importância política, significou retrocesso conservador. Exemplo disso é o caso Dred Scott, de 1857, em que, no exercício da interpretação constitucional, a Corte solidificou entendimento contrário à lei que determinava a libertação de escravo que ingressava em território em que a prática estivesse abolida, em prol do direito de propriedade dos donos escravocratas.

É de se salientar, outrossim, que a postura ativista também significou prática progressista em determinados momentos históricos da América. Durante a Corte Warren²⁹⁴, especialmente a partir da decisão *Brown v Board of Education*²⁹⁵, de 1954, derrubou seu próprio precedente anterior e julgou inconstitucional lei que adotava a política racial ‘iguais, mas separados’, possibilitando o início do fim das práticas de segregação racial nos Estados Unidos da América.

Nesse sentido, ponderando-se os prós e contras da prática ativista, mirando inclusive nossa Suprema Corte, Alexandre de Moraes mais uma vez argumenta:

O bom senso entre ‘passividade judicial’ e o ‘pragmatismo jurídico’, entre o ‘respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes’ e a ‘necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima efetividade’ deve guiar o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada,

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ Trata-se de composição famosa da Corte Suprema norte-americana durante os anos de 1953-1969, presidida pelo Chief Justice Earl Warren, cuja postura progressista ajudou a consolidar direitos fundamentais no bojo da sociedade americana da época. Mais informações, confira-se obra de RODRIGUES, Lêda Boechat. *A corte de Warren*, cujo excerto encontra-se disponível em: http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=BvLtI24OHjIC&oi=fnd&pg=PA60&dq=corte+warren&ots=FPMDICeE5j&sig=MouXWxI3Q2nIF_OWKi8Hp5BTKFA#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 13 jun. 2011.

²⁹⁵ Acerca desse importante ‘leading case’ da Corte Suprema, confira-se a obra de MARTIN, Waldo E., *Brown v. Board of Education: a brief history with documents*, cujo trecho se encontra disponível em: http://books.google.com.br/books?id=KRxiUFnaFs8C&printsec=frontcover&dq=brown+v.+board+of+education&hl=pt-BR&ei=Ipr1TZ8widyBB4HcxOEL&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 13 jun. 2011.

de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais.²⁹⁶

Eventuais limites pré-determinados a essa prática de ativismo judicial são de difícil concepção. Na referida tarefa, ajuda-nos Ricardo Luiz Lorenzetti:

No campo da filosofia do direito trabalha-se formulando uma interrogação como modo de instigar o raciocínio: por qual razão debatemos arduamente, votamos, elegemos etc., se há um grupo de juízes, não eleitos, que decidem por nós? Essa colocação assinala que os juízes, que são uma minoria, subsistem a maioria, e afetam a base da democracia. Para que isso ocorra deve haver uma justificação e um limite. A justificação está sustentada na noção de democracia constitucional, posto que a ela interessa não só a regra da maioria, senão a tutela das minorias. Nesse sentido, os juízes são guardiões da Constituição e, portanto, das instituições e dos direitos individuais. O limite é importante, porque a atuação não deve estar destinada a substituir a vontade das majorias ou minorias, mas a assegurar o procedimento para que ambas se expressem. De tal modo, a atuação dos juízes não deve ser, neste sentido, substantiva, mas procedimental, garantindo os instrumentos para uma expressão diversificada e plural, em vez de substituí-la por opiniões próprias. Devem sustentar as regras da Democracia e a República, que são essenciais para que a sociedade discuta e resolva seus problemas, e não tentar substituir esse debate, salvo situações extremas.²⁹⁷

A questão da criação do Direito, fruto da prática do ativismo, também merece ponderação, posto que preocupante por vezes a excessiva interferência entre atribuições estatais. As lições de Sergio Nojiri são bastante interessantes:

O excessivo apego ao texto da lei, à moda da escola da exegese, dá lugar a um processo hermenêutico pautado por valores e fins, que acentua, nos dias de hoje, o caráter criador do direito. Dessas [...] considerações, é possível se extrair dois sentidos para a expressão criação do direito: um, fraco, na linha de uma simples realização da norma e outro, forte, no qual a discricionariedade judicial é mais ampla. Nessa última acepção, a criação não decorre, necessariamente, nem da redação da lei, nem da

²⁹⁶ MORAES, *op.cit.*, p. 22.

²⁹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial – Fundamentos de Direito*. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.336.

‘vontade do legislador’, mas de critérios advindos da subjetividade do próprio julgador, ainda que esta subjetividade esteja inserida em um contexto social maior, de matriz política ou ideológica. A criação, em sentido forte, seria uma verdadeira subversão da ordem imposta pelo princípio da separação dos poderes, visto em sua acepção tradicional. [...] há casos em que se rompe com esse processo linear de derivação normativa para se alcançar uma criação judicial em sentido forte, no qual prevalece sobre o texto da lei a vontade política ou ideológica do julgador. Na prática, o que se vê, é que alguns juízes e tribunais interpretam e aplicam normas jurídicas sem que haja a menor correlação entre a literalidade do enunciado legal ou a vontade do legislador com a decisão produzida, afastando-se, assim, da mera interpretação gramatical decorrente do silogismo judicial, de caráter mecânico. A criação, nesse sentido, além de atribuir significado a um signo lingüístico, como toda e qualquer criação normativa, lhe atribui um sentido inovador, que não decorre da lógica ou lingüisticamente do enunciado legal, distanciando-se dos casos de criação em sentido fraco que, no mais das vezes, apenas atualiza a norma jurídica em geral e abstrata para o caso concreto.²⁹⁸

Na tentativa de explicitar as razões pelas quais os magistrados são tendentes, por vezes, a ‘criar o direito’, Sérgio Nojiri adverte:

Assim, creio que nesses casos de criação judicial do direito, o que move os juízes a manipularem o sentido literal das normas jurídicas, descobrindo novos significados para esses textos legais, está intimamente relacionado com o sentimento de justiça que carregam. Não satisfeitos com os resultados que poderão advir de uma aplicação ortodoxa da lei, esses juízes procuram manejar o sentido da norma a ser interpretada de forma a que se conforme com seus padrões de justiça, ainda que o legislador tenha imaginado ou querido resultados diversos. Há, por parte do juiz, um descontentamento com a opção previamente dada pelo legislador, fazendo com que ele (o juiz) busque uma outra opção que se ajuste melhor ao que se espera de uma ‘boa’ decisão judicial.²⁹⁹

Vejamos lição de Benjamim N. Cardozo, juiz da Suprema Corte americana em 1932 e autor, entre outras, da obra *A natureza do processo judicial*, aqui em análise, que se refere à atividade desempenhada pelos magistrados, quando subitamente podem praticar o ofício legislativo:

Assim, quando as fontes formais se mostrarem omissas ou inadequadas, não hesitarei em recomendar ao juiz, como linha geral de conduta, o

²⁹⁸ NOJIRI, Sergio. *A interpretação judicial do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 145-

6.

²⁹⁹

Idem, p. 164-5.

seguinte: que ele formule seu juízo sobre a lei obedecendo aos mesmos objetivos que seriam os do legislador que se propusesse a regulamentar a questão. Não obstante, uma importante distinção separa aqui a atividade judicial da legislativa. Enquanto o legislador não é tolhido por nenhuma limitação ao avaliar uma situação geral, que ele regulamenta de forma totalmente abstrata, o juiz, que decide tendo em vista casos particulares e referentes a problemas absolutamente concretos, deve, em adesão ao espírito de nossa moderna organização e para fugir dos perigos da ação arbitrária, livrar-se, tanto quanto possível, de toda a influência que seja pessoal ou se origine da situação particular que tem diante de si, baseando sua decisão judicial em elementos de natureza objetiva.³⁰⁰

Continua o autor:

Na falta de lei aplicável, o juiz deve proferir suas sentenças de acordo com o direito costumeiro, e, na falta, de um costume, de acordo com as regras que ele estabeleceria se tivesse de assumir o papel de legislador. Ele deve inspirar-se, no entanto, nas soluções consagradas pela doutrina dos eruditos e pela jurisprudência dos tribunais [...]. O juiz, mesmo quando livre, não o é totalmente. Não deve ignorar a seu bel-prazer. Não é um cavaleiro andante que perambula por onde quer em busca de seu próprio ideal de beleza ou bondade. Ele deve inspirar-se em princípios consagrados. Não deve ceder ao sentimento espasmódico, à benevolência vaga e irregular. Deve recorrer a um discernimento informado pela tradição, regularizado pela analogia, disciplinado pelo sistema [...].³⁰¹

Dworkin³⁰², jusfilósofo já mencionado neste trabalho, entende, contrariamente, que a ideia de que os juízes agem como legisladores em segunda oportunidade, pela suposta via da delegação, é deveras enganosa. Como vimos em oportunidade anterior, ao demonstramos parte do raciocínio da teoria em comento, ainda que não exista solução legal aparente, em especial quando, na atividade judicante, os magistrados se deparam com casos difíceis³⁰³, é preciso esforço do julgador em encontrar, dentro do sistema jurídico, a única resposta correta, evitando-se assim discricionariedade indevida.

Segundo Elival da Silva Ramos³⁰⁴, da teoria concebida por Dworkin extrai-se uma postura moderadamente ativista. Isso ocorre pelo fato de, ao se posicionar ao lado do

³⁰⁰ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 88.

³⁰¹ *Idem*, p. 103-104.

³⁰² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 129.

³⁰³ A expressão 'casos difíceis' já foi objeto de ponderação na nota 7 deste trabalho.

³⁰⁴ RAMOS, *op.cit.*, p. 136-7.

moralismo jurídico, admitindo que os valores históricos inseridos em uma sociedade devem ser levados em conta, Dworkin aceitar a transposição dos marcos estritamente jurídicos no exercício da interpretação do Direito, posto que tal postura seria conveniente à Constituição. Desse modo, ao contrário do positivismo clássico, cuja obediência à vontade da lei é comportamento dogmático, a consequência do moralismo jurídico, nos moldes de Dworkin, é a adoção de postura ativista-subjetivista do intérprete-aplicador do Direito.

Alerta Elival para a lição clássica de Miguel Reale:

Não nos atemoriza, em mais esta oportunidade, afirmar que a verdade está no meio-termo, na conciliação dos extremos, devendo o juiz ser considerado livre, não perante a lei e os fatos, mas sim dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins que dão origem ao processo normativo [...] a interpretação de uma norma envolve o sentido de todo o ordenamento a que pertence.³⁰⁵

A título de extensão da visão do fenômeno do ativismo em diversos sistemas constitucionais, é preciso mencionar o estudo realizado na obra intitulada *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*, organizada por Vanice Regina Lírio do Valle, que, tratando das práticas ativistas havidas na Alemanha, Itália e Espanha, chega à atuação da Corte Maior em solo pátrio. Acerca da Corte Constitucional Alemã, assim expõe:

Se é certo que, no terreno do direito em geral, a tradição germânica repousa em uma premissa de um sistema normativo racional, dedutivo, vinculado à jurisprudência dos conceitos, não é menos certo que a interpretação constitucional culminou por determinar ao Tribunal Constitucional outras aproximações do Texto Fundamental, a partir das premissas de sua unidade estrutural, e de seu compromisso em estabelecer uma ordem de valores objetiva, instrumental à garantia de um núcleo fundamental de direitos. [...] O que se percebe das espécies de provimento jurisdicional desenvolvido pela Corte Constitucional Alemã é uma sutil conciliação entre ativismo quanto ao conteúdo do texto constitucional, que busca, no entanto, caminhos de concretização no mundo da vida, que não desconsideram a indispensável intervenção das demais estruturas de poder, como estratégia – também de poder – para garantir o resultado de suas próprias decisões. [...] Entretanto, encontrar o ponto médio entre a garantia de uma Constituição como ordem de valores, tutelada por uma jurisdição constitucional ativa, e a devida reverência ao juízo de deliberação do legislador é tema longe de

³⁰⁵REALE, apud RAMOS, *op.cit.*, p. 137.

pacificação, mesmo na Alemanha.³⁰⁶

Acerca das experiências italiana e espanhola, a autora assim se posiciona:

Na experiência italiana, destaca-se o desenvolvimento da doutrina do direito vivente, que mitiga os riscos atinentes a uma excessiva concentração de poderes em favor da Corte Constitucional. Operando a Itália sob um sistema de jurisdição constitucional concentrada, em que a provocação à análise da questão constitucional dissemina-se por todo o Judiciário, ao remeter-se a decisão à Corte Constitucional, põe-se, como variável à consolidação do papel deste órgão jurisdicional, a construção de uma cooperação com os próprios membros do Judiciário, que detinham competência para elevar os temas à sua apreciação. A solução doutrinária traduz-se no reconhecimento de um nexo de instrumentalidade entre a interpretação e aplicação da lei. Disso decorrerá mais do que a dissociação entre texto e norma, mas a necessidade – para se enfrentar a questão constitucional – de conhecer e considerar o significado aplicado, no âmbito do Judiciário, da norma como hipotético resultado hermenêutico. Indiscutivelmente, funciona o direito vivente como um relevante instrumento de delimitação do ativismo judicial, à medida que estabelece as fronteiras da discussão e orienta o objeto da própria atuação da Corte Constitucional. [...] Manifestação típica do ativismo espanhol – a exemplo do italiano – é o desenvolvimento jurisprudencial de técnicas e modalidades de provimento que permitem a concretização de atividades distintas da simples chancela da validade ou nulidade dos temas submetidos a controle. É no espaço da eventual baixa densidade de normas constitucionais [...] que a atividade interpretativa encontrará maior liberdade de atuação; e justamente esses espaços propiciaram na Espanha o desenvolvimento das sentenças interpretativas e aditivas, veículos da concretização do ativismo judicial.³⁰⁷

É preciso também comentar importante alerta que nos faz Canotilho acerca da problemática envolvendo a postura ativista que se fundamenta em fonte alienígena:

Com quer que seja, o novo episódio do ativismo judiciário despoletado pelo de fontes estrangeiras veio a pôr a que um dado profundamente inovador na interpretação/aplicação do direito. [...] ‘Particularistas’ ou ‘universalistas’, temos de admitir que a solução de controvérsias que se ligam às questões da vida (como o problema do aborto, da fertilização medicamente assistida, da utilização de embriões), às questões de moral, às questões penais (pena de morte), às questões ambientais, às questões de igualdade e da diferença são cada vez mais questões internacionais e

³⁰⁶ VALLE, Vânia Regina Lirio do (org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 27-8.

³⁰⁷ VALLE, *op.cit.*, p. 30-1.

constitucionais que, se não legitimam um discurso transnacional em sede de decisões jurisprudenciais, implicam, apesar de tudo, uma nova centralidade ético-jurídica. Entre um isolacionismo ou particularismo legal e um globalismo de governance, os juizes são convocados a ‘estar no mundo’. Inclusão jurídica nas constelações éticas pós-nacionais, eis o desafio. É essa também a teleologia profunda dos tribunais internacionais.³⁰⁸

Após as observações de Canotilho, finalmente, há a visão do ativismo em solo pátrio pelo exercício jurisdicional da Corte Suprema, segundo impressões da obra de Vânia Valle:

[...] o Supremo Tribunal Federal, mediante uma postura ativista, vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre os poderes. [...] o ativismo jurisdicional privilegia não o perfil ideológico e técnico-jurídico, mas a corte como parte de uma complexa equação de poder.³⁰⁹

A demonstrar a hipótese em comento, vale reproduzir trecho de voto proferido no bojo da *Ação Direta de Inconstitucionalidade* – ADI – de número 1.351/DF, de lavra do Ministro Gilmar Mendes:

[...] é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma de legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.³¹⁰

Na mesma linha de raciocínio, é de se conferir recentíssimo voto prolatado pelo

³⁰⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. O ativismo judiciário entre o nacionalismo, a globalização e a pobreza. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). *O novo constitucionalismo na era pós-positivista – homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 50.

³⁰⁹ VALLE, *op.cit.*, p. 40.

³¹⁰ Íntegra do voto em comento disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>. Acesso em: 13 jun. 2011. Voto prolatado em 02 de junho de 2011, sendo certo que a demanda se encontra atualmente concluída com a Ministra Carmem Lúcia, após seu pedido de vista do processo em plenário.

Ministro Marco Aurélio no bojo do *Recurso Extraordinário* – RE – de número 565.089/SP, de sua relatoria, em que, analisando a ausência de regulamentação efetiva do parágrafo X, do artigo 37, da Constituição Federal em diversos Estados-Membros da Federação, qual seja, a garantia constitucional de que dispõe os servidores públicos de todos os níveis fazendários, de terem seus vencimentos revistos anualmente, para reposição das perdas inflacionárias havidas, assim se manifesta:

Registro que, desde cedo no Supremo, defendi – e assim o faço até os dias atuais – a plena efetividade do texto da Carta Federal. No campo da omissão inconstitucional, menciono o voto proferido em 6 de fevereiro de 1991, no julgamento do Mandado de Injunção nº 232/DF, da relatoria do Ministro Moreira Alves. Naquela ocasião, sustentei não apenas o cabimento da ação, mas a plena possibilidade de pronunciamento de caráter concreto, no sentido de conceder ao impetrante aquilo que realmente postulava: a fixação de parâmetros necessários à fruição de um direito assegurado na Carta da República. Assim procedi por estar convicto de que a função precípua do Tribunal Constitucional é a guarda da Lei Maior, cujo artigo 102, cabeça, confirma, textualmente, o que asseverei. Incumbe ao Supremo zelar para que o principal documento normativo do Estado não seja esvaziado por conduta omissiva ou comissiva dos agentes públicos, em especial dos agentes políticos e órgãos de estatura constitucional, como é o caso dos ocupantes dos Poderes Executivo e Legislativo. Na quadra vivida, encontra-se superado, finalmente, o ciclo de atraso que perpassou o constitucionalismo brasileiro, marcado por Constituições semânticas [...] que eram inobservadas pelo poder constituído sem maiores reservas. Exatamente para evitar essa situação, e ciente dos percalços experimentados em passado não tão distante, o Constituinte lançou mão de diversos instrumentos processuais, dos quais cito a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tomada de empréstimo ao artigo 283 da Carta portuguesa de 1976, e o mandado de injunção, para superar a omissão. Deu os meios para que se possa alcançar o fim, qual seja, a efetividade [...] das normas jurídicas presentes na Lei Maior. O constitucionalismo entendido como expressão de princípios de natureza política, dirigido unicamente ao próprio Estado e aos agentes públicos, incapaz de gerar direitos subjetivos, não é mais compatível com as expectativas sociais depositadas no texto constitucional e na jurisdição que lhe guarda. Em resumo, a inoperância da Carta Federal é situação a ser combatida, presente o apelo do cidadão em tal sentido e a prova da mora injustificável do legislador ou do chefe do Poder Executivo.³¹¹

³¹¹ Íntegra do voto comentado disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE565089.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2011. Na mesma linha ativista, há de consultar os Mandados de Injunção MI 670 e MI 708, regulamentando o direito de greve dos servidores públicos e as ações mandamentais MS 26.602 e MS 26.604, versando acerca da fidelidade partidária.

Acerca dessa postura ativista de nossa Suprema Corte, mais uma vez nos valem das palavras de Elival da Silva Ramos:

[...] a emissão de sentenças ditas substitutivas afigura-se rematado abuso ativista, pois constituem decisões de acolhimento por meio das quais se declara, *prima facie*, a inconstitucionalidade de um dispositivo legal, disso resultando uma lacuna normativa, a qual é, desde logo, suprida pela Corte, substituindo o conteúdo prescritivo do enunciado por um outro, respeitoso dos ditames constitucionais, mas desrespeitoso ao limite da textualidade.³¹²

A concepção ativista é também verificada, dada inclusive a possibilidade do uso da via difusa em nosso ordenamento para se aferir conformação à Constituição, no controle judicial das políticas públicas levadas a cabo pelas autoridades governamentais³¹³. Vejamos a preocupação acerca dessa temática nas lições de Maria Paula Dallari Bucci:

O Judiciário tutela as políticas públicas na medida em que elas expressem direitos. [...] As ações coletivas, como mecanismo de processamento de demandas coletivas e massificadas, a partir das *class actions* norte-americanas, são o meio, por excelência, de soluções de conflitos envolvendo os direitos sistematizados em políticas públicas. [...] Entretanto, em que pese a importância do ajuizamento de ações para exigir a efetividade das normas asseguradoras de direitos, em especial os direitos fundamentais, a crítica que se pode fazer a essa forma de atuação diz respeito à possível ocorrência da concorrência entre direitos. A atuação judicial, via de regra, tem o efeito de pulverizar os pleitos por

³¹² RAMOS, *op.cit.*, p. 312.

³¹³ Vale aqui, como curiosidade de campo, reproduzir as opiniões de alguns Ministros do STF que, na publicação *Anuário da Justiça - 2011*, circulante nos meios jurídicos brasileiros, responderam, entre outras perguntas acerca de sua atividade judicante, ao seguinte questionamento: “*O Judiciário pode determinar que o Executivo implemente políticas públicas?*”. O Ministro César Peluso assim se manifestou: “*É o caso e o tipo de ação que vão dizer até onde o Supremo pode ir, até onde o Judiciário não vai se transformar em legislador positivo. Dependendo da circunstância, pode-se estar avançando sobre função tipicamente administrativa. [...] Nossa função não é administrar, nem legislar.*” O Ministro Marco Aurélio assim se manifestou: “*[...] é preciso que o Judiciário, principalmente o Supremo, conceba que os poderes são harmônicos e independentes. O Supremo [...] não implementa política governamental.*” Já o Ministro Gilmar Mendes disse: “*Sim, especialmente naquilo que diz respeito à consecução dos direitos sociais. [...] Mas não cabe fazer o detalhamento das políticas públicas, e sim garantir aquilo que é básico e fundamental. [...] A invocação da reserva do possível não dá imunidade à administração, mas nós temos de reconhecer que ela existe.*” Finalmente, sem buscar esgotar as demais posições dos outros membros da Corte, já que tais opiniões são aqui reproduzidas, como dissemos, apenas pela curiosidade de campo, o Ministro Aires Brito assim se manifestou: “*Sim. A implementação de políticas públicas via Poder Judiciário é uma das mais novas e importantes fronteiras a se abrir no âmbito do Direito Constitucional. O contra-argumento da reserva financeira do possível há de ser ponderado pelo Judiciário.*” *Anuário da Justiça – Brasil – 2011*. São Paulo: Conjur Editorial, 2011.

direitos. Na medida em que o juiz não está vinculado à lógica da disponibilidade dos meios, como está o Poder Executivo, as conseqüências de uma decisão judicial específica sobre o universo de direitos alheio ao limite da lide são imprevisíveis. Além disso, pode tomar corpo o fenômeno da judicialização da política, em que o ativismo judicial de promotores de justiça e juizes passa a se substituir à iniciativa do Poder Executivo, que tem título legal para o plano de governo (CF, art. 84, XI), além de iniciativa legislativa nas matérias em torno das quais se estrutura a realização de políticas públicas, notadamente orçamentária, administrativa e de serviços públicos (CF, art. 61, II, b).³¹⁴

Para além da questão ativista apenas, quer seja na aferição de juízo de valor acoplado ao acerto das políticas públicas governamentais, quer seja na efetivação dos valores constitucionais, suprimindo-se eventual omissão, importante entender que os magistrados brasileiros, longe de se afastarem do princípio da legalidade, também se preocupam com as conseqüências econômicas e sociais de suas decisões. É a conclusão de Sidnei Beneti, que, após pesquisa de Maria Teresa Sadek realizada com 3258 magistrados de todo o Brasil, publicada na obra *Magistrados – uma imagem em movimento*, afirma:

[...] indagado aos entrevistados se as decisões judiciais deveriam orientar-se preponderantemente por parâmetros legais, atentar para suas conseqüências econômicas, ter compromisso com as conseqüências sociais', as respostas [...] foram francamente favoráveis à orientação segundo parâmetros legais (86,5%), mas levando em consideração o compromisso com as conseqüências econômicas (36,5%) e o compromisso com as conseqüências sociais (78,5%). [...] A predominância da legalidade reflete a formação histórica do profissional judiciário, vindo do constitucionalismo de Montesquieu e Madison-Hamilton, reiterado ainda na universidade, ao tempo da faculdade dos profissionais indagados. A pesquisa mostra que se alterou um pouco o bloco antes monolítico do dogma da supremacia da letra da lei, ante a nova formação, também vinda da influência do pensamento universitário mais recente, sobretudo após a introdução, nos currículos das faculdades de Direito, das cadeiras de Sociologia do Direito e Metodologia do Ensino Jurídico e a modernização dos programas de Teoria Geral do Direito, Doutrina do Estado e Filosofia do Direito – e, em especial, após a pujante doutrina formada a partir dos clássicos da matéria.³¹⁵

É preciso considerar, portanto, que o princípio da legalidade ainda é componente

³¹⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31-3.

³¹⁵ BENETI, Sidnei. Falam os juizes na pesquisa da AMB. In: SADEK, Maria Teresa (coord.). *Magistrados – uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 106-7.

importante no momento decisório dos magistrados pátrios, mesmo que inseridos em uma realidade ativista, calçada pelo amplo alcance irradiador da Constituição. Vale, nesse sentido, novamente mencionar a posição de Elival Ramos da Silva:

Apenas um positivismo renovado e reflexivo, apto a integrar as três dimensões básicas do fenômeno jurídico, e adaptado à peculiaridade existente na interpretação-aplicação de normas constitucionais, está em condições de propiciar o ajuste ótimo entre a criatividade inerente à jurisdição constitucional (*lato sensu*) e o indispensável acatamento aos princípios do Estado de Direito, dentre eles o da separação dos Poderes, impedindo que o voluntarismo bem intencionado, mas institucionalmente desastroso, dos órgãos judiciários acabe por solapar um dos fundamentos mais caros de qualquer democracia: o respeito à soberania popular e à participação que dela decorre.³¹⁶

É de se considerar, portanto, colocando um ponto final no tópico aqui tratado, que a postura ativista deve estar enquadrada dentro de limites relativamente estreitos que se circunscrevem nas atribuições do poder judicial. Este, embora compromissado com a promoção e efetivação dos valores constitucionais que regem a sociedade contemporânea, deve estar sempre atento à preservação do delicado equilíbrio institucional havido com as demais manifestações estatais, sempre com vistas a distribuir ‘Justiça’, garantindo amplo espectro de consolidação da cidadania. Nesse sentido, a responsabilidade da judicatura para com a sociedade é assunto em voga, fruto das assertivas de Cappelletti, que carregam em seu bojo um importante alerta para encerramos nossas reflexões:

Trata-se do movimento no sentido de ver o Direito e a Justiça não mais no quadro da concepção tradicional – a concepção ‘oficial’ dos que criam o direito, governam, julgam e administram –, mas sobretudo no quadro de concepção bem mais democrática, a dos consumidores do Direito e da Justiça. Em outros termos, a responsabilidade judicial deve ser vista não em função do prestígio e da independência da magistratura enquanto tal, nem em função do poder de uma entidade abstrata como o ‘Estado’ ou o ‘soberano’, seja este indivíduo ou coletividade. Ela deve ser vista, ao contrário, em função dos usuários, e, assim, como elemento do sistema de justiça que conjugue a imparcialidade – e aquele tanto de separação ou isolamento político e social que é exigido pela imparcialidade – com razoável grau de abertura e de sensibilidade à sociedade e aos indivíduos que a compõem, a cujo serviço exclusivo deve agir o sistema judiciário.³¹⁷

³¹⁶ RAMOS, *op.cit.*, p. 316.

³¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989. p. 99.

CONCLUSÃO

As linhas escritas neste trabalho procuraram visitar os principais temas ligados ao constitucionalismo contemporâneo e à problemática da atividade jurisdicional ao longo de sua evolução histórica.

Assim é que pudemos perceber que a jurisdicionalização da política ou politização do direito, expressões aqui entendidas como sinônimas, é tendência inegável ocorrida após a Segunda Guerra, ocasião em que a assunção do Poder Judiciário ao palco principal dos acontecimentos estatais possibilitou maior raio de ação aos magistrados. Estes, através de sua atividade judicante, passaram a exercer maior grau de controle sobre os demais Poderes e a emitir juízos de valor que, para além da simples interpretação da lei, envolvem também o exercício interpretativo de atos de essência primordialmente política.

Tais assertivas nos levaram a meditar sobre a doutrina da separação de poderes como concebida pelos pensadores políticos do século XVIII e sua conseqüente evolução ao estágio social da atualidade. Se é verdade que a concepção tradicional de separação de poderes, pensada de maneira estanque e para modelos de organização em sociedade que não mais existem, não é adequada ao nosso estágio civilizatório, também é verdade que a maioria dos Estados Modernos ainda adota, com as necessárias adaptações, a divisão tricotômica das atribuições estatais. É de se concluir, portanto, que a doutrina da separação de poderes, tantas vezes acusada de senilidade, ainda permanece como marco institucional dos Estados contemporâneos.

Como vimos, o Estado Constitucional de Direito surgiu como evolução necessária da organização estatal apta a responder aos desafios da crescente complexidade da sociedade contemporânea. Nesse cenário, os sistemas constitucionais ganharam força central nos respectivos ordenamentos jurídicos em que se acham inseridos, em especial ao longo dos últimos decênios do século XX, sendo certo que sua força normativa, e, conseqüentemente, sua aplicabilidade direta em casos concretos, é reconhecida pela maior parte da doutrina que examinamos.

A questão que se coloca, entretanto, é aferir se a defesa da Constituição feita pelo Poder Judiciário contemporâneo não tem, por vezes, o condão de solapar procedimentos democráticos ocorridos em outras esferas do Poder estatal. Isso ocorre devido ao fato de alguns autores, que trouxemos neste trabalho, claramente se manifestarem pela crítica ao elevado subjetivismo presente nos sistemas jurídicos contemporâneos, capazes de dotar os ordenamentos que regulam de elevada dose de instabilidade institucional e insegurança jurídica.

Pareceu-nos que, embora possamos admitir que estamos em um novo momento da teoria constitucional, cuja valoração de princípios e sua consequente aplicação se faz necessária como ferramenta de resposta às demandas trazidas à análise do Poder Judiciário, visto que estas frequentemente não se resolvem pelos métodos tradicionais de interpretação do Direito, também é de se afirmar que não há segurança em se eleger um novo método interpretativo que se consagre como caracterizador dessa nova era constitucional, capaz de aliar a possibilidade de superação de tais conflitos complexos, sem cair, como método de reconhecido valor racional, no fosso do ativismo descompromissado. É bem verdade que, pelo que vimos em alguns autores estudados, o momento contemporâneo sugere uma intersecção necessária entre direito e moral. No entanto, os mecanismos racionais que podem tornar viável este exercício de valoração ainda não estão claros e precisam ser estudados de maneira mais aprofundada.

Nesse sentido, necessário se faz sopesar que os ‘processos judiciais’ e os ‘processos de cunho políticos’ possuem ambos seus méritos, já que, em se considerando os critérios de igual tratamento e respeito aos indivíduos de uma determinada comunidade, teremos, inseridos dentro dos processos judiciais e políticos, sempre procedimentos ditos ‘de entrada’ e outros classificados como ‘de saída’. Assim, se entendermos como ‘mecanismos de entrada’ o direito que todos os cidadãos têm de participar das decisões políticas debaixo das mesmas regras que todos os demais cidadãos, sob uma forma democrática; e por mecanismos de ‘saída’, procedimentos que conduzam a decisões mais acertadas; certo é que os ‘processos políticos’ se sairão melhor quando estivermos tratando de ‘mecanismos

de entrada’, visto que propiciam melhores condições de participação a todos os indivíduos.

Destarte, os processos judiciais, conduzidos por Tribunais, sair-se-ão melhor quando estivermos tratando de ‘mecanismos de saída’, visto que são frutos de decisões que podem ser mais racionalizadas. Essa é a interessante visão de Richard Bellamy³¹⁸ em sua obra *Constitucionalismo político* e que nos leva a meditar, utilizando-se de sua linha de raciocínio sistêmica, se não é possível concluir-se que não deve haver prevalência de nenhum dos campos, nem do democrático-político, nem do judicial. Aí se encontra uma das mais importantes conclusões a que chegamos através do estudo das obras-base desta dissertação.

Concordamos, ressaltando a necessidade da preservação do ingrediente equilíbrio entre ideias, com Pedro Salazar Ugarte³¹⁹, para quem a democracia só é verdadeiramente possível se ocorrer um ponto médio entre as teorias constitucionais de controle amplo e as teorias democráticas que apregoam a falta de necessidade do instrumento constitucional. Isso ocorre porque, no primeiro caso, a democracia ficaria virtualmente sufocada, posto que o espaço de autonomia política dos cidadãos se reduziria de maneira bastante drástica. Já no segundo caso, também a autonomia política, requisito fundamental para o funcionamento do sistema de democracia, também correria perigo, visto que estariam ausentes as pré-condições que garantiriam a existência legal dessa forma de arranjo institucional.

É a postura ativista negativa do Poder Judiciário moderno, por vezes invasor da esfera de atuação própria dos demais Poderes estatais, que causa em alguns doutrinadores que reproduzimos neste trabalho intensa preocupação acerca do funcionamento das instituições estatais dentro da normalidade democrática.

Ou resolvemos a questão da verdadeira natureza da atividade jurisdicional no Estado contemporâneo com um mínimo de certeza científica (cujo trabalho doutrinário

³¹⁸ BELLAMY, Richard. *Constitucionalismo político: uma defesa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Trad. Jorge Urbanos y Santiago Gallego Aldaz. Buenos Aires, 2010. p. 43.

³¹⁹ UGARTE, Pedro Salazar. *La democracia constitucional – una radiografía teórica*. México: FCE, 2006. p. 267.

ainda há de se debruçar sobre o tema mais e mais vezes), até que possamos dar passos concretos em direção ao equilíbrio ótimo esperado entre a força constitucional e a vontade popular operacionalizada pelos agentes escolhidos nos pleitos eleitorais, ou corremos o risco de empenhar nossa democracia a um ‘Super-Poder’ que, ao analisar, através de seus atos judicantes, a validade e a legitimidade de decisões essencialmente políticas, é tomado, por vezes, de subjetividade excessiva.

BIBLIOGRAFIA

A CONSTITUIÇÃO E O SUPREMO. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

ACKERMAN, Bruce. “A nova separação dos Poderes”. Rio de Janeiro: Lumens Iuris, 2008.

_____. “The emergency constitution” in The Yale Law Journal, 03-05-2004.

_____. “Nós, O Povo Soberano: fundamentos do direito constitucional”. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AGESTA, Luis Sánchez. “Princípios de Teoria Política”. Madrid: Nacional, 1966.

AGUIAR, Roberto A.R. “Direito, Poder e Opressão”. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. “O Órgão Jurisdicional e a sua função”. São Paulo: Malheiros, 1997.

ANDRADE, José Maria Arruda de. “Hermenêutica Constitucional e a teoria estruturante do Direito”. R. Bras. Est. Const. – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 42, jul/set. 2008.

ANHAIA MELLO, José Luiz de. “Da separação de poderes à guarda da Constituição”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ANUÁRIO DA JUSTIÇA – Brasil – 2011. Conjur Editorial, São Paulo, 2011.

ARBEX, A.J. Jr. “Guerra fria: terror de estado, política e cultura”. São Paulo:

Moderna, 1997.

ARISTÓTELES. “*A Política*”. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ÁVILA, Humberto. “*Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’*” in *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARBERIS, Mauro. “*Neoconstitucionalismo*”, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol 01, janeiro-junho/2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. “*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*”. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. “*Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*.” in ‘*A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*’ / Luis Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. “*Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*” in ‘*Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*’ ‘Orgs. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. “*Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*”. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. “*Interpretação e aplicação da Constituição : fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*”. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. “*O começo da história. A nova interpretação*”

constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. Temas de Direito Constitucional – tomo II – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. “*Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*”. Brasília : Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil, nº 3, 2008.

_____. “*Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito*” in Neoconstitucionalismo / coordenadores: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira; Alejandro Pérez Hualde...[et. al.] – 1 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. “*O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*”. Temas de Direito Constitucional – tomo II – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. “*Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*” in A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas – Org. Luis Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. “*Curso de Direito Constitucional*”. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. “*Comentários à Constituição do Brasil*”. São Paulo: Saraiva, 1988.

BELLAMY, Richard. “*Constitucionalismo Político: Uma defesa republicana de la constitucionalidad de la democracia*”. Trad. Jorge Urbanos y Santiago Gallego Aldaz. Buenos Aires: Livraria Juridica, 2010.

BENETI, Sidnei. “*Falam os Juízes na Pesquisa da AMB*” in *Magistrados – uma imagem em movimento* – Coord Maria Teresa Sadek. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B.. “*Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática da Monografia para os cursos de Direito*”. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. “*O Futuro da Democracia*”. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. “*Dicionário de Política, por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino*”. Trad. de João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília: UNB, 1986.

BONAVIDES, Paulo. “*Do Estado Liberal ao Estado Social*”. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. “*Teoria Constitucional da Democracia Participativa – Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma Repolitização da Legitimidade*”. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari – organizadora. “*Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*”. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. “*O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*” – Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BURGER, Warren E. “*The judiciary: The origins of judicial review*”. National Forum, 01621831, Fall 96, Vol. 76, Issue 4.

CAETANO, Marcello. “*Manual de ciência política e direito constitucional*”. Coimbra: Almedina, 2009.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. “*Oposição na Política: propostas para uma Rearquitetura da Democracia*”. São Paulo: Angelotti, 1995.

_____. “*Direito Parlamentar e Direito Eleitoral*”. Manole. São Paulo. 2004.

_____. “*A Emergência do Poder Judiciário como contraponto ao bloco monocolor Legislativo/Executivo*”, in ‘20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil’. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. “*A Justiça Constitucional, nasce uma disciplina autônoma*”, in ‘Direito Internacional, Humanismo e Globalidade’. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. “*A Fenomenologia dos Trânsfugas no cenário político-eleitoral brasileiro*”, in ‘O Voto nas Américas’. Baueri: Manole, 2008.

_____. “*O processo constitucional no Direito Estrangeiro*”. Disponível em <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/monica3.pdf>, acesso em 14 de junho de 2011.

_____. “*Democracia x Constitucionalismo: Um navio à deriva?*” Ainda no prelo, gentilmente cedido pela autora.

CALDERÓN, Adolfo Ignacio. “*Democracia Local e Participação Popular*”. São Paulo: Cortez, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. “*Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*”. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *“Direito Constitucional e teoria da Constituição”*. Lisboa: Almedina, 2006.

_____. *“O Ativismo Judiciário entre o Nacionalismo, a Globalização e a Pobreza”* in *O Novo Constitucionalismo na era pós-positivista – Homenagem a Paulo Bonavides*. Org. Lenice s. Moreira de Moura. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPELLETTI, Mauro. *“O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

_____. *“Júzes Irresponsáveis”*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

CARBONELL, Miguel (Ed.). *“Neoconstitucionalismo(s)”*. Madrid : Trotta, 2003.

_____. *“Neoconstitucionalismo: Elementos para uma definición”* in *20 anos da Constituição Brasileira – Coords. Eduardo Ribeiro Moreira e Marcio Pugliesi*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARDOZO, Benjamin N. *“A Natureza do Processo Judicial”*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. *“Políticas Públicas e Controle de Juridicidade”*. Porto Alegre: Fabris, 2010.

COMPARATO. Fábio Konder. *“A afirmação histórica dos direitos humanos”*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *“Rumo à Justiça”*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 10 de junho de 2011.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. “*Constituição e Justiça Constitucional*”. Coimbra : Universidade de Coimbra, 2006.

COSTA, Pietro, e ZOLO, Danilo (orgs.), “*Estado de Direito entre o passado e o futuro*”, por Luigi Ferrajoli, in *Estado de Direito: história, teoria, crítica*, trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins, Fontes, 2006.

CORBISIER, Roland. “*Filosofia, Política e Liberdade*”. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

CRÍSTOVAM, José Sérgio da Silva. “*Colisões entre Princípios Fundamentais*”. Curitiba: Juruá, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. “*Controle Judicial das Omissões do Poder Público*”. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. “*Princípios Consticionais*”. São Paulo: Saraiva, 2006.

CURY, Carlos Roberto Jamil. “*A constituição de Weimar: Um capítulo para a educação*”. Educ. Soc., Campinas, v. 19, n. 63, Aug. 1998. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73301998000200006&lng=en&nrm=iso . acesso em 19 de Maio de 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu, “*Elementos de Teoria Geral do Estado*”. São Paulo: Saraiva, 1995.

DA SILVA, Alexandre Garrido. “*Neoconstitucionalismo, Pós-Positivismo e Democracia: Aproximações e Tensões Conceituais*” in Neoconstitucionalismo – Coords.

Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira et al. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DAHL, Robert. “*A Moderna Análise Política*” Trad. (?). Rio de Janeiro: Lidaador, 1966.

DANTAS, Miguel Calmon. “*Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade*”. São Paulo: Saraiva, 2009.

DEL VECCHIO, Giorgio. “*Direito, Estado e Filosofia*”. Rio de Janeiro: Politécnica, 1952.

DINIZ, Maria Helena, “*Norma Constitucional e seus Efeitos*”. São Paulo: Saraiva, 1992.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. “*Diritto Costituzionale – Istituzioni di Diritto Pubblico*”. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1986.

DRAIBE, Sônia e HENRIQUE, Wilnês. “*Welfare State, crise e gestão da crise: um balanço da literatura internacional*”. Disponível em http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_06/rbcs06_04.htm , acesso em 21 de maio de 2011.

DUARTE, Écio Oto Ramos Duarte; POZZOLO, Suzanna. “*Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*”. São Paulo: Landy, 2010.

DUGUIT, Léon. “*Fundamentos do Direito*”. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.

DWORKIN, Ronald. “*O império do Direito*”. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. “*Uma questão de princípio*”. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. “*A Justiça de Toga*”. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. “*O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição Norte-Americana*”. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. “*Levando os direitos a sério*”. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIA, José Eduardo. “*Justiça e Conflito: Os juízes em face dos novos movimentos sociais*”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “*Processos informais de mudanças da Constituição*”. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. “*Conflito entre Poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo*”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “*A democracia no limiar do século XXI*” – São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. “*Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*”. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. “*Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*”. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. “*Curso de Direito Constitucional*”. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. “*Estado de Direito e Constituição*”. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRIEDMAN, Barry – “*The History of the Countermajoritarian Difficulty*”, part four - *Laws Politics*, University of Pennsylvania Law Review, Apr. 2000, Vol. 148, Issue 4.

FRIEDMAN, Lawrence M., SCHEIBER, Harry N. “*American Law and Constitutional Order – Historical Perspective*”. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1988.

FRIEDRICH, Carl J. “*Gobierno Constitucional y Democracia*”. Madrid: Ed. Instituto de Estudios Políticos. 1975.

GONET, Paulo Gustavo. “*Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional*”. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONZÁLEZ, Jesús Primitivo Rodríguez. “*La ciudadanía europea como presupuesto de la carta de derechos fundamentales*” in *Culturalismo Jurídico: São Paulo 450 anos: Seminário Brasil Espanha*. Coord. Cláudio Lembo; Orgs. Pilar Jiménez, Monica Herman Salem Caggiano et al. Barueri: Manole.

GRIMM, Dieter. “*Constituição e Política*”. trad. Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUERRA, Sérgio – organizador. “*Transformações do Estado e do Direito: Novos Rumos para o Poder Judiciário*”. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

HÄBERLE, Peter. “*Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos*

Intérpretes da Constituição – Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição”. trad Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh; MADISON, James. “*O Federalista*”. Trad. de Ricardo Rodrigues da Gama. Campinas: Russel, 2010.

HAURIUO, André. “*Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*”. Trad. Alberto Corazón. Barcelona: Ariel, 1971.

HESSE, Konrad. “*A Força Normativa da Constituição*”, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

_____. “*Temas Fundamentais do Direito Constitucional*”. Sel. e Trad. de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HORTA, Raul Machado. “*Direito Constitucional*.” Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HOURQUEBIE, Fabrice. “*Sur l’èmergence du contre-pouvoir juridictionnelsous la vème Republique*”. Paris: Bruylant, 2004.

JOBIM, Nelson Azevedo. “*As tendências do Direito e do Poder Judiciário no Brasil e no Mundo*”. Brasília: CJF, 1997

KANT, Immanuel. “*Doutrina de Direito*”. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. “*Crítica da Razão Pura*”. Trad. Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1999.

KELSEN, Hans. “*Teoria Pura do Direito*”. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LAGE, Délber Andrade. “*A jurisdicionalização do Direito Internacional*”. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. “*A Essência da Constituição*”. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.

LEMBO, Claudio Salvador. “*A pessoa: Seus Direitos*”. Baueri: Manole, 2007.

_____. “*O Jogo da Coragem – testemunho de um liberal*”. São Paulo: Cultura, 1979.

LIJPHART, Arend. “*Modelos de Democracia: Desempenho e Padrões de Governo em 36 países*”. Trad. de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

LOCKE, John. “*Ensaio acerca do Entendimento Humano*”. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. “*Judiciário, democracia, políticas públicas*” in *Revista de Informação Legislativa*, nº 122, 2001.

LORENZENZETTI, Ricardo Luis. “*Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito*”, trad. Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. “*Teoria de la Constitución*”. Barcelona: Ariel, 19[??].

MASCARO, Alysson Leandro. “*Filosofia do Direito*”. São Paulo: Atlas, 2010.

MAIA, Antonio Cavalcanti. “*As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*” in ‘20 anos da Constituição Brasileira’ – coordenação Eduardo Ribeiro Moreira, Antonio Pugliesi. São

Paulo: Forense, 2009.

MALBERG, R. Carré de. “*Teoría General Del Estado*”. Trad. José Lion Depetre. México: Fondo de Cultura Econômica, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. “*O Neoconstitucionalismo e a Constituição de 1988*” in ‘Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil’ – Coord. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2009.

MENEGHETTI, Marco Antonio. “*Judicialização da Política no Brasil e Moderação do Poder*”. 2008. Dissertação. Mestrado em Ciência Política – UNB, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. “*Controle de constitucionalidade e democracia*”. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “*Curso de Direito Constitucional*”. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. “*Controle de Constitucionalidade : Aspectos jurídicos e políticos*”. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. “*Manual de Direito Constitucional – Tomo I Preliminares – O Estado e os sistemas constitucionais*”. Coimbra: Coimbra, 1997.

_____. “*Manual de Direito Constitucional – Tomo III – Estrutura do Estado*”. Coimbra: Coimbra, 1997.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et. “*O espírito das leis*”. Trad. e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. “*Direito Constitucional*”. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Carlos Blanco de. “*As sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*”. Coimbra: AAFDL, 2009.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. “*Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*”. São Paulo: Método, 2008.

MOSZKOWICZ, Monique. “*A ponderação de interesses no ordenamento jurídico brasileiro*” in Transformações do Estado e do direito – novos rumos para o Poder Judiciário. Org. Sérgio Guerra. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

NALINI, José Renato. “*O Poder Judiciário na Constituição de 1988*” in Tratado de Direito Constitucional – Coord. Ives Gandra Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEVES, Marcelo. “*Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*”. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. “*A Constitucionalização Simbólica*”. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NOJIRI, Sergio. “*A Interpretação Judicial do Direito*”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PADRÓN, Feliciano Calzada. “*Derecho Constitucional*”, Cidade do México: Harla, 1989.

PALU, Oswaldo Luiz. “*Controle dos atos de Governo pela Jurisdição*”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PAROSKI, Mauro Vasni. “*Direitos fundamentais e acesso à justiça na*

Constituição". São Paulo: Ltr, 2008.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus; LOMAR, Paulo José Villela. "*O Estado Federado Brasileiro, as relações entre os Poderes, o direito de participação popular e as regiões metropolitanas*". Rev. da Fac. Direito USP. São Paulo, v. 91, 1996.

QUEIROZ, Cristina M. M. "*Os actos políticos no Estado de Direito*". Coimbra: Almedina, 1990.

RAMOS, Elival da Silva. "*Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*". São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. "*Controle de Constitucionalidade*". São Paulo: Saraiva, 2010.

REHNQUIST, Wiliam. "*The Supreme Court*". Nova York: Vintage Books, 2001.

REZEK, J.F. "*Direito Internacional Público*". São Paulo: Saraiva, 1995.

ROCHA, José de Albuquerque. "*Estudos sobre o Poder Judiciário*". São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSSEAU, Jean Jacques. "*Do contrato social*". Trad. Lourdes Souza Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

_____. "*Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*". São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SADEK, Maria Teresa – Coordenação. "*Magistrados: Uma imagem em movimento*". Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SALDANHA, Nelson. “*O Estado moderno e a separação dos Poderes*”. São Paulo: Saraiva, 1987.

SAMPAIO, José Adércio Leite. “*A Constituição reinventada pela Jurisdição Constitucional*”. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁNCHEZ, Jose Acosta. “*Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*”. Madrid: Tecnos, 1998.

SANCHÍS, Luiz Prieto. “*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*”. Madrid: Trotta, 2000,

SANGUINETTI, Horacio. “*Curso de Derecho Político*”. Buenos Aires: Astrea, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. MARQUES, Manuel Leitão. PEDROSO, João. FERREIRA, Pedro Lopes. “*Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: O caso português*”. Porto: Afrontamento, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. “*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. “*O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*”. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coords.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARTORI, Giovanni. “*A Teoria da Democracia Revisada – O Debate Contemporâneo*”. São Paulo: Ática, 1994.

SCHMITT, Carl. “*Legalidade e Legitimidade*”. trad: Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel. “*Escritos políticos de Sieyès*”, México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

_____. “*A Constituinte Burguesa – Que é o Terceiro Estado?*”. Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

SILVA, José Afonso da. “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”. São Paulo: Malheiros, 2004

_____. “*Poder Constituinte e Poder Popular*”. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCALIA, Antonin, and GUTMANN, Amy. “*A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*”. EUA NJ: Princeton University Press, 1997.

STANCIK, Marco Antonio. “*Entre flores e canhões na Grande Guerra (1914-1918): o final da Belle Époque e o começo do ‘breve século XX’*”, em um álbum de retratos fotográficos”. Rev. Bras. Hist., São Paulo, v. 29, n. 58, Dec. 2009. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882009000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em 19 de maio de 2011.

STRECK, Lênio Luiz. “*Posfácio - Diálogos (neo)constitucionais*” in DUARTE, Écio Oto Ramos Duarte; POZZOLO, Suzanna. “*Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*”. São Paulo: Landy, 2010.

_____. “*O Novo Constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*.” São Paulo: Saraiva, 2009.

SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. “*O Princípio da Separação de Poderes e os*

Novos Movimentos Sociais". Coimbra: Almedina, 1995.

TEMER, Michel. "*Elementos do Direito Constitucional*". São Paulo: Malheiros, 1996.

TOCQUEVILLE, Aléxis. "*A democracia na América*", 4ª ed. São Paulo: Itatiaia, 1987.

UGARTE, Pedro Salazar. "*La Democracia Constitucional. Una radiografía teórica*", Cidade do México: Fondo de Cultura Económica e UNAM, 2004.

VALLE, Vânia Regina Lírio do - Org. "*Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*". Curitiba: Juruá, 2009.

VERDU, Pablo Lucas; CUEVA, Pablo Lucas Murillo de la. "*Manual de Derecho Político – v. I – Introducción y Teoría Del Estado*". Madrid: Tecnos, 1990.

VIERA, Oscar Vilhena. "*Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*". São Paulo: Malheiros, 1994.

WALDRON, Jeremy. "*The Core of the case against judicial review*" in *The Yale Law Journal*, 31-03-2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. "*Poder Judiciário – Crises, Acertos e Desacertos*". Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZIPPELIUS, Reinhold. "*Teoria Geral do Estado*". Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.