



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODRIGO UCHÔA DE PAULA

**OS ESTADOS CONSTITUCIONAIS E A NECESSIDADE DE UM TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL NO BRASIL**

FORTALEZA

2016

RODRIGO UCHÔA DE PAULA

**OS ESTADOS CONSTITUCIONAIS E A NECESSIDADE DE UM TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL NO BRASIL**

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação *stricto sensu* (Doutorado) em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Direito, (Ordem Jurídica Constitucional). Área de concentração: Participação Política no Estado Democrático.

Orientadora: Prof. Dra. Denise Lucena Cavalcante.

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

U19e Uchôa de Paula, Rodrigo.
OS ESTADOS CONSTITUCIONAIS E A NECESSIDADE DE UM TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL NO BRASIL / Rodrigo Uchôa de Paula. – 2016.
198 f.

Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2016.

Orientação: Profa. Dra. Denise Lucena Cavalcante.

Coorientação: Prof. Dr. Carlos Roberto Martins Rodrigues.

1. Constituição. 2. Estado. 3. Democracia. 4. Poder Judiciário. 5. Tribunal Constitucional.
I. Título.

CDD 340

RODRIGO UCHÔA DE PAULA
OS ESTADOS CONSTITUCIONAIS E A NECESSIDADE DE UM TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação *stricto sensu* (Doutorado) em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Direito, (Ordem Jurídica Constitucional). Área de concentração: Participação Política no Estado Democrático.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Denise Lucena Cavalcante (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Prof. Dr. Carlos Roberto Martins Rodrigues
Faculdade Farias Brito (FFB)

Prof. Dr. André Studart Leitão
Universidade Christus (UNICHRISTUS)

A Deus e ao Santo Papa João Paulo II, que me iluminou no momento mais difícil da minha vida. Aos meus pais, à minha família, Ilminha e, em especial aos meus filhos, concebidos e nascidos quando ingressei no curso de Doutorado. Beatriz e Diguinho, não agradeço a vocês. Não compreendem ainda o quanto atrapalharam meus estudos! E como foi divertido!

AGRADECIMENTOS

Desculpo-me logo por saber que serei injusto por não mencionar a todos os que me ajudaram, torceram ou rezaram pela aprovação desta empreitada, mas farei uma tentativa que, longe de ser adequada, terá a virtude de ser sincera.

De início, muitíssimo obrigado a minha orientadora, Professora Denise Lucena. Na fase mais difícil da minha vida sua tranquilidade me serviu de exemplo e me tornou mais determinado. Agradeço aos demais membros da banca. Ao meu amigo e guru Martônio, que sempre foi coerente e tentou me ensinar *Marx et caverna*, mas nunca consegui aprender. Ao meu coorientador, a lenda¹ Carlos Roberto Martins Rodrigues, que tentou me ensinar até o que não posso mais aprender.² Ao meu amigo genial, Hugo Segundo, o melhor da minha geração no País. Ao meu brilhante amigo André Studart. Impressionante seus conhecimentos sobre Direito Previdenciário.

Aos meus pais, por toda a enorme paciência e carinho em cuidar dos meus filhos que nasceram no período do meu Doutorado (e que não entenderam nada). Aos meus irmãos, Betinho e Rick, sempre na torcida pelo meu melhor.

Ao Professor Tales Montano de Sá Cavalcante, por seu apoio entusiasmado as minhas pesquisas. Ao Professor Genuíno Sales, que me salvou na minha juventude, quando o mestre decidiu por mim que eu deveria fazer Direito, e eu não sabia disso ainda.

À Desembargadora Iracema Vale, com quem tive a honra de trabalhar e aprender com ela durante oito anos, tanto no Tribunal de Justiça quanto no Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. O carinho que sinto por ela é imenso e sem palavras.

¹ No Estado do Ceará, no campo do ensino e da liderança, há pelo menos duas lendas: Genuíno Sales, mestre dos mestres; além de Carlos Roberto Martins Rodrigues, a lenda da advocacia, por ter sempre me tratado como amigo e igual, apesar de eu ser, de ambos, discípulo!

² que é a namorar...

Aos Professores da Faculdade Farias Brito e a todos os seus integrantes desta Instituição que amo, desde o seu início, quando lá fui acolhido, até quando me quiserem.

Aos meus melhores amigos, irmãos que a vida me proporcionou, Adriano Pessoa da Costa e José Carlos Pompeu Filho (meu compadre).¹ Ao querido casal Hélio e Christiane Leitão, responsáveis, por via indireta, em iniciar o meu namoro com minha atual esposa, ainda no ano de 2001...

À Professora Linda Gondim, que tão bem me acolheu quando fui seu aluno-ouvinte em suas turmas no Doutorado em Sociologia da UFC. Foi uma fase fantástica, em que me inseri num mundo novo e que achava que conhecia.

Claro, valeu membros do SIAGECA! Vocês sabem pouco, mas nem imaginam o quanto me ajudaram. Apesar do *bullying*, e também por ele, participaram desta pesquisa. São todos corporativistas e egocêntricos, mas meus amigos do coração.

¹ Aqui citei o nome de ambos em ordem alfabética, para evitar ciúmes.

“No fim tudo dá certo, e se não deu certo é porque ainda não chegou ao fim.”

(Fernando Sabino)

METODOLOGIA

Esta tese é uma análise descritiva, empírica, ontológica, epistemológica e comparativa de vários órgãos estatais previstos na Constituição Brasileira Federal de 1988 (doravante CF/88 ou CR¹), principalmente do Supremo Tribunal Federal. A partir de tais elementos critica-se o papel, de *lege lata* ou *lege ferenda* desses entes, comparando-os com institutos equivalentes ou similares previstos nas constituições de outros países.

Procurou-se observar, na metodologia adotada nesta tese, por uma questão de padronização, as normas preconizadas pela ABNT e suas siglas e, de modo complementar, ao Guia de Normalização de Trabalhos Acadêmicos da Universidade Federal do Ceará, disponibilizado no sítio eletrônico da biblioteca da UFC. Contudo há várias siglas que fui obrigado a adotar, por invenção e arbítrio do STF.

¹ Ver Seção desta tese “Siglas, Abreviaturas e Símbolos”.

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal não é o órgão estatal mais adequado ao exercício do controle de constitucionalidade abstrato, por não ser a instituição mais compatível ao regime democrático. Há enormes diferenças, e a Constituição Federal de 1988 não permite, explícita ou implicitamente, que tal atribuição, de forma difusa ou concentrada, possa ser remotamente confundida com o ato de legislar. Para isso será realizada uma investigação histórica do desenvolvimento, no Brasil e no Ocidente, dos Estados Constitucionais. Após será defendido que no Estado Democrático de Direito brasileiro, além de um conceito mais atual de democracia e de democracia participativa no âmbito do controle de constitucionalidade, não é mais suficiente a teoria da tripartição dos Poderes, e sim um princípio de pluralidade dos poderes. O presente trabalho investiga a mútua interferência entre processo, Constituição, Estado e Democracia, especialmente no tocante ao controle de constitucionalidade no Direito brasileiro, a fim de evidenciar que a jurisdição constitucional é, ao mesmo tempo, uma atividade jurídica e política. Esta tese comprovará que a “judicialização da política” é um processo existente há um bom tempo, e que só aumentará. Sem prescindir da experiência histórica e do exame das várias teorias acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, conclui-se que um Tribunal Constitucional, como órgão não integrante do Judiciário, mas sim como um outro “Poder” do Estado, permitirá a participação do maior número possível de pessoas por meio do processo, na atual sociedade aberta.

Palavras-chave: Constituição. Estado. Democracia. Poder Judiciário. Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

The Supreme Court is not the state institution most suited to exercising abstract control of constitutionality, not to be the most consistent democratic system. There are huge differences, and the Federal Constitution of 1988 does not, explicitly or implicitly, that such assignment, diffuse or concentrated form, can be remotely confused with the act of legislating. For this historical investigation of the development will be held in Brazil and in the West, the Constitutional States. After it will be argued that in a democratic state of Brazilian law, in addition to a more current concept of democracy and participatory democracy in the context of judicial review, is not enough the theory of tripartition of powers, but a plurality of principle of powers. This work investigates the mutual interference between process, Constitution, State and Democracy, especially with regard to judicial review under Brazilian law, in order to evidence that the constitutional jurisdiction is at the same time, a legal and political activity. This thesis will prove that the "judicialization of politics" is an existing process for a long time, and that will only increase. Without giving up the historical experience and examining the various theories about the legitimacy of constitutional jurisdiction, it is concluded that a Constitutional Court, as a body not part of the judiciary, but as another "power" of the state, will allow the participation of the greatest number can people through the process, the current open society.

Keywords: Constitution. State. Democracy. Judicial power. Constitutional Court.

RESUMÉ

La Cour Suprême c'est ne pas l'agence d'Etat le plus adapté à l'exercice de contrôle abstrait de la constitutionnalité, de ne pas prendre des dispositions les plus cohérentes démocratiques. Il y a différences énormes, et la Constitution Fédérale brésilienne de 1988 ne constitue pas, explicitement ou implicitement, que la cession, la forme diffuse ou concentrée, peut être à distance confondu avec l'acte de légiférer. Pour cette enquête historique du développement se tiendra au Brésil et dans l'Ouest, les États Constitutionnelles. Après il sera soutenu que dans un état de droit démocratique brésilien, en plus d'une conception de la démocratie et de la démocratie participative dans le cadre d'un contrôle judiciaire plus de courant, ne suffit pas la théorie de la tripartition des pouvoirs, mais une pluralité de principe des pouvoirs. Ce travail étudie l'interférence mutuelle entre les processus, la Constitution, l'Etat et la démocratie, notamment en matière de contrôle judiciaire en vertu de la loi brésilienne, afin de démontrer que la compétence constitutionnelle est en même temps, une activité juridique et politique. Cette thèse se révélera que la «judiciarisation de la politique» est un processus existant depuis longtemps, et que ne fera qu'augmenter. Sans renoncer à l'expérience historique et d'examiner les différentes théories sur la légitimité de la compétence constitutionnelle, il est conclu que la Cour Constitutionnelle, en tant qu'organe ne fait pas partie du pouvoir judiciaire, mais comme une autre «puissance» de l'Etat, va permettre la participation du plus grand nombre Puis les gens à travers le processus, la société ouverte actuelle.

Mots-Clés: Constitution. État. Démocratie. Judiciaire. Cour Constitutionnelle.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Oberste Gerichtshof ist nicht die staatliche Agentur am besten zu abstrakten Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Ausübung, nicht die konsequenteste demokratische Regelungen zu sein. Es gibt große Unterschiede, und die Bundesverfassung von 1988 nicht, explizit oder implizit, dass eine solche Zuordnung, diffus oder konzentrierter form kann mit dem Akt der Gesetzgebung der Ferne zu verwechseln. Für diese historische Untersuchung der Entwicklung in Brasilien und im Westen stattfinden wird, den Verfassungsstaaten. Nachdem es wird argumentiert, dass in einem demokratischen Staat des brasilianischen Recht, zusätzlich zu einem aktuelleren Konzept der Demokratie und der partizipativen Demokratie im Rahmen der gerichtlichen Kontrolle ist nicht genug, um die Theorie der tripartition der Kräfte, sondern eine Vielzahl von Prinzip der Kräfte. Diese Arbeit untersucht die gegenseitige Beeinflussung zwischen Prozess, Verfassung, Staat und Demokratie, vor allem im Hinblick auf die gerichtliche Überprüfung nach brasilianischem Recht, um zu belegen, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit in der gleichen Zeit ist, eine rechtliche und politische Aktivität. Diese These wird beweisen, dass die "Verrechtlichung der Politik" ist ein bestehender Prozess für eine lange Zeit, und das wird nur erhöhen. Ohne Angabe der historischen Erfahrung und der Prüfung der verschiedenen Theorien über die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit auf, wird der Schluss gezogen, dass ein Verfassungsgericht, als Körper nicht Teil der Justiz, sondern als eine andere "Macht" des Staates, wird die Beteiligung der größten Zahl erlauben Menschen können durch den Prozess, der aktuelle offene Gesellschaft.

Keywords: Verfassung. Staat. Demokratie. Justiz. Verfassungsgericht.

LISTAS DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ACO	Ação Cível Originária
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
AO	Ação Originária
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
AREsp	Agravo em Recurso Especial
art.	Artigo
BVG	<i>BundesVerfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional Federal)
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CJF	Conselho da Justiça Federal
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito.
CPC	Código de Processo Civil
CF	Constituição Federal
CF/34	Constituição Federal de 1934
CF/37	Constituição Federal de 1937
CF/46	Constituição Federal de 1946
CF/67	Constituição Federal de 1967
CF/88	Constituição Federal de 1988
CR/91	Constituição da República do Brasil de 1891
DJ	Diário de Justiça
DJE	Diário de Justiça Eletrônico
DJU	Diário de Justiça da União
EC	Emenda Constitucional
GG	(<i>GrundGesetz</i>) – Lei Fundamental (Constituição da República da Alemanha) ou Carta Fundamental de Bonn de 1949
HC	Habeas Corpus
j.	Julgado

judg.	Julgado
MI	Mandado de Injunção
Min.	Ministro
MP	Ministério Público ou Medida Provisória (a depender do contexto)
MS	Mandado de Segurança
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
Publ.	Publicado ou publicação
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
Rel.	Relator
RDA	Revista de Direito Administrativo
RT	Revista dos Tribunais
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TCF	Tribunal Constitucional da República da Alemanha (v. BVerfG).
TCE	Tribunal de Contas do Estado
TCM	Tribunal de Contas dos Municípios
TCU	Tribunal de Contas da União
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
UFC	Universidade Federal do Ceará
Un.	Unânime
VGH	(<i>Verwaltungsgerichtshof</i>), Tribunal Administrativo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	18
2	DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	25
2.1	A importância do estudo dos “Estados” de Direito	25
2.2	O Estado Liberal de Direito. Prestígio do poder legislativo	26
2.2.1	<i>Origens históricas. O anterior Estado “absolutista” (ou de polícia).....</i>	<i>26</i>
2.2.2	<i>Características.....</i>	<i>28</i>
2.2.3	<i>Consequências do Estado Liberal de Direito.....</i>	<i>34</i>
2.3	O Estado Social de Direito. Ápice do Executivo.....	37
2.3.1	<i>Origens.....</i>	<i>37</i>
2.3.2	<i>Características. Os direitos sociais. Normas programáticas. Arbítrio do Executivo.....</i>	<i>40</i>
2.3.3	<i>Consequências do Estado Social de Direito.....</i>	<i>45</i>
2.4	Atual Estado Democrático de Direito. Fastígio do poder judiciário?	47
2.4.1	<i>Origens.....</i>	<i>47</i>
2.4.2	<i>Características.....</i>	<i>48</i>
2.4.3	<i>Sobre a Democracia Participativa</i>	<i>54</i>
2.5	Os direitos fundamentais de quarta geração. Caracterização.....	56
2.6	Os direitos fundamentais de quarta geração são fatores de legitimação das decisões do Poder Judiciário que envolvam princípios constitucionais.....	57
3	A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E SUA INTERAÇÃO COM O PROCESSO	63
3.1	Política e Direito	63
3.1.1	<i>Direito, Política e Poder: uma intersecção necessária.....</i>	<i>63</i>
3.2	Constituição e Política. Institutos interdependentes	66
3.2.1	<i>A teoria de Alexis de Tocqueville.....</i>	<i>68</i>
3.2.2	<i>A teoria de Kelsen</i>	<i>69</i>
3.3	Democracia. Como surgiu. Conceitos.....	71

3.4	O conceito adotado nesta tese para o termo democracia	78
3.5	Democracia “Participativa”. Como deve ser entendida	83
3.6	Democracia participativa e processo	87
4	JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA	91
4.1	Retorno ao tópico “Direito e Poder” sobre outra ótica. Análise da opção inicial da doutrina e jurisprudência do que seriam “questões políticas”	92
4.2	A consequência da jurisdição constitucional é a “judicialização da política” ...	100
4.2.1	“CPI dos Bingos”	102
4.3	O impeachment da Presidente afastada Dilma Rouseff	108
4.4	Críticas à “judicialização da política”. Falta de legitimidade do Judiciário, principalmente do STF	112
5	O PRINCÍPIO DA PLURALIDADE DOS PODERES	120
5.1	Explicações Preliminares. Errônea utilização do termo “separação de poderes”. Análise do artigo 2º da Constituição Federal brasileira	120
5.2	As origens – doutrinária e histórica – da “separação dos Poderes”	123
5.2.1	A contribuição de John Locke	124
5.2.2	A doutrina de Charles de Secondat	126
5.3	As funções “típicas” e “atípicas”. A doutrina dos “freios e contrapesos”	129
5.4	O evoluir do princípio. Da tripartição para o princípio da pluralidade de poderes	132
5.5	Na Constituição Brasileira de 1988, existência de mais “dois” Poderes: O Ministério Público e os Tribunais de Contas	138
5.5.1	O Ministério Público. Estrutura constitucional	138
5.5.2	Os Tribunais de Contas	142
5.5.3	Conclusões parciais	146
6	A NECESSIDADE DE UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO BRASIL	149
6.1	Breve histórico da jurisdição constitucional – controle difuso e concentrado	149
6.2	Jurisdição constitucional nos EUA: método incidental	150
6.3	Evolução histórica no Brasil até a Emenda 45/2004	155

6.4 Crítica ao sistema brasileiro: de 1988 a 2004. Progressivo aumento do controle concentrado em detrimento do controle incidental. Consequente aumento e concentração do poder ao STF	159
6.5 Jurisdição constitucional na Europa: as Cortes Constitucionais e o sistema abstrato. Direito Comparado. Posterior criação de Cortes Constitucionais no Canadá e Chile.....	167
7 CONCLUSÃO	177
REFERÊNCIAS.....	185

1 INTRODUÇÃO

Esta tese de Doutorado apresenta o resultado de uma vasta pesquisa e exposição acerca da necessidade de criação de um Tribunal Constitucional para o Brasil, em substituição ao Supremo Tribunal Federal, mas com características próprias, concernentes à sua competência e estrutura (composição de seus integrantes).

Realizou-se uma análise descritiva, empírica, ontológica, epistemológica, histórica e comparativa de vários órgãos estatais previstos na Constituição Brasileira Federal de 1988 (CF/88 ou CF¹), principalmente do Supremo Tribunal Federal. A partir de tais elementos critica-se o papel, de *lege lata* ou *lege ferenda* desses entes, comparando-os com institutos equivalentes ou similares previstos nas constituições de outros países. Procura-se aqui expor o resultado de pesquisas com base na investigação e análise de processos já julgados pelo STF (principalmente), processos que *ainda não foram julgados*,² além de uma comparação com a doutrina nacional e estrangeira. O tema deriva da noção de jurisdição constitucional, de quem deve exercê-la com a maior autoridade (mas não exclusiva), e da evolução histórica, brasileira e ocidental, dos “Estados Constitucionais”, que originaram a expressão.

Descritiva a tese, pois em inúmeros momentos serão transcritos ou parafraseados dispositivos da CF/88, doutrina e precedentes dos principais tribunais da Federação Brasileira, principalmente do Supremo Tribunal Federal³ (STF), órgão

¹Ver Seção desta tese “Siglas, Abreviaturas e Símbolos”.

² Aqui serão mencionados inúmeros processos em que o STF, há vários anos, não julga tais causas, apesar de existirem enormes repercussões financeiras, em questões envolvendo interesses da magistratura e em que, por pedidos de vistas dos autos por alguns ministros, fica o processo paralisado. Decisões a beneficiarem o Judiciário ou o Ministério Público como um todo, mesmo em processos que, em tese, não deveriam ter efeitos *erga omnes*! Nesse sentido, apenas à guisa de exemplos, um acompanhamento processual no sítio eletrônico do STF poderá ser muito útil (<www.stf.jus.br>): AO 1773; ADI 4393; ADI 3854. Do CNJ, ver Resolução nº 13/2006; Res. 102/2009; Res. 133/2011 (objeto das ADI nº 4822 e ACO 1924). Do Conselho da Justiça Federal, Resolução CJF nº 341/2015.

³ Doravante STF.

máximo do Judiciário do Brasil. Empírico, porque serão mencionados casos, muitos deles considerados simbólicos⁴ ou emblemáticos na jurisprudência do STF, e irá se proceder sua análise crítica.

Ontológica a tese no sentido kantiano e heideggeriano⁵, mas não em sua acepção numenológica⁶ e sim referente à análise fenomenológica, quanto à prática e/ou o (mau) funcionamento das instituições a serem estudadas.⁷

Mas, principalmente, procura-se correlacionar as lições da História a esta tese. Apesar da convicção de que não ocorrem repetições históricas, sua ignorância sempre, em todas as situações, acarreta erros trágicos, principalmente quando se tratam de instituições, que ao fim e ao cabo lidarão com quem menos pode se defender perante o Estado, que é o indivíduo, o ser humano. Ao longo da História, não existiram nem existirão países, estados ou instituições vítimas ou vitimadas. Vítimas foram, são e serão sempre as pessoas, físicas ou jurídicas, quando ocorre o arbítrio, o abuso de poder, ou sua versão um pouco mais sofisticada, o corporativismo institucional, chaga universal e cada vez mais enraizada no Brasil, e

⁴ Sobre simbolismo, sistema simbólicos e sua influência sobre o Estado, segundo Pierre Bourdieu (2010, p. 9): “Os ‘sistemas simbólicos’, como instrumentos de conhecimento e de comunicação, só podem exercer um poder estruturante porque são estruturados. O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem *gnoseológica*: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo a que Durkheim chama o *conformismo lógico*, quer dizer, ‘uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências’”.

⁵ Para Heidegger (2013, p. 8), a “ontologia moderna não é uma disciplina isolada, mas mantém uma peculiar imbricação com aquilo que se compreende por fenomenologia em sentido estrito. Somente com a fenomenologia surge um conceito adequado para a investigação”.

⁶ Numenológico é termo da epistemologia e da filosofia do conhecimento derivada da palavra *númeno*, expressão muito utilizada na filosofia alemã e, que segundo a definição do Dicionário Houaiss, significa, “no kantismo, a realidade tal como existe em si mesma, de forma independente da perspectiva necessariamente parcial em que se dá todo o conhecimento humano; coisa em si, nômene, noúmeno [Embora possa ser meramente pensado, por definição é um objeto incognoscível.] p.opos. a fenômeno”. Para Kant (2012, p. 503-504), em sua *opus magnum*, “o entendimento constitui um objeto para a razão do mesmo modo como a sensibilidade para o entendimento. Tornar sistemática a unidade de todas as possíveis ações empíricas do entendimento é um trabalho da razão, do mesmo modo como o entendimento conecta o diverso dos fenômenos através de conceitos e o coloca sob leis empíricas. Sem os esquemas da sensibilidade, contudo, as ações do entendimento são indeterminadas; do mesmo modo, a unidade da razão também é em si mesma indeterminada no que diz respeito às condições sob as quais o entendimento deve ligar sistematicamente os seus conceitos, e ao ponto até o qual deve fazê-lo”.

⁷ Do ponto de vista fenomenológico, ou quanto ao funcionamento das instituições, ou quanto ao seu modo de existir, de se apresentar realmente, e não idealmente.

que sempre preda o Erário. O destaque ao direito constitucional é evidente, na medida em que se trata de um estudo estrutural de todo e qualquer estado, e de suas intrínsecas relações de poder.

Será feita a análise histórica de desenvolvimento dos direitos fundamentais, da primeira geração à quarta, na acepção de Paulo Bonavides (1997), como tais o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, mecanismos primordiais para assegurar todos os direitos fundamentais da pessoa humana. Esta que deve ser a verdadeira “globalização” dos direitos. Nesse prol, entende Bonavides (1997, p.525) que:

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

Após as revoluções liberais, surgiram os direitos fundamentais de primeira geração a saber, os direitos civis e políticos, fase esta (Estado Liberal de Direito) de prestígio do Poder Legislativo. Com sua derrocada, em virtude do fosso criado entre Estado e Sociedade, surgiu o denominado Estado Social de Direito, com os direitos fundamentais de segunda geração, a saber, direitos sociais, que se caracterizavam por ser direitos prestacionais, vale dizer, que exigiam um *fazer* por parte do Estado. Daí seu corolário de fastígio do Poder Executivo. O Estado Social, porém, se compadeceu com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo, como muito bem lembrou Paulo Bonavides (1983), em seu clássico *Do Estado Liberal ao Estado Social*.

A atual fase é a do *Estado Democrático de Direito*, sendo este termo, inclusive, a *fórmula política*⁸ do Estado brasileiro. Fase pós-positivista, caracteriza-se, dentre outras coisas, pela reformulação da Teoria da Norma Jurídica, onde a

⁸ Por fórmula política aqui denominamos “a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social”. Cf. nesta acepção, Guerra Filho (2002, p. 178-179).

Norma Jurídica é gênero, dos quais os princípios jurídicos (onde sua ambiência natural será o texto constitucional) e as regras são suas espécies. Surgem neste contexto os direitos fundamentais de terceira geração (direitos difusos, vale dizer, o próprio gênero humano) e, mais recentemente, os direitos fundamentais de quarta geração, já citados.

Assim, os princípios constitucionais, ante a nova ordem constitucional, enquanto normas definidoras de direitos fundamentais assumem relevantes funções na atividade de aplicação do Direito, especialmente no exercício da Jurisdição, quer orientando a interpretação, quer servindo como elemento de integração do ordenamento jurídico, ou ainda, e principalmente, revogando as regras jurídicas a eles contrárias, mediante o controle de constitucionalidade.

Demonstrar-se-á também que as esferas de poder, quanto mais plurais e submetidas à Constituição, aumentam o grau de legitimidade de suas atuações (=competências), e propiciam uma maior estabilidade ao próprio sistema político estatal. Por exemplo, na história recente das instituições brasileiras, a conhecida (como divulgada na grande mídia) “operação lava jato”, o julgamento da Ação Penal n. 470 no Supremo Tribunal Federal (chamado na mídia de “mensalão”), além do impeachment do ex-presidente Fernando Collor e seu julgamento no STF, com suas atuações em múltiplos órgãos (Ministério Público, Tribunais de Contas, Judiciário), aumentaram o grau democrático das instituições do Brasil.

Nesta tese, contudo, não irá se detalhar as “funções” típicas e atípicas de cada “poder”, até porque encontradiço em qualquer manual de direito constitucional. O que irá se enfatizar é qual a razão de ser de tal princípio, porque ele foi idealizado e permanece até hoje.

Será feita rápida análise ainda, de qual sua tendência evolutiva, vale dizer, se o princípio da “tripartição” dos poderes não estaria evoluindo – mesmo que desapercibidamente – para um princípio da “pluralidade” de poderes, aqui no Brasil e alhures. Analisar-se-á normativa e epistemologicamente os preceitos da

Constituição Federal de 1988 que versam sobre os “poderes”, procurando ampliá-los numa perspectiva funcional e ontológica.

Necessário, contudo, antes de ingressar em uma comparação normativa de outras instituições inseridas dentre os “poderes”, cotejar os termos política, direito, poder, legitimidade e representatividade. Seu núcleo, que será desenvolvido em tópico próprio, é que o termo representatividade não conecta exclusivamente com cargos eletivos (=eleição), mas, principalmente, com sua submissão ao texto constitucional, o que aumenta seu grau de legitimidade. Tão somente ligar a noção de representatividade com o de eletividade é uma limitação, insuficiente, fetichista e conservadora (como bem explicam Mangabeira Unger (2004) e Antonio Carlos Wolkmer (2000) a crise de representatividade mundial neste século XXI.

Tal crise não deixa de conter fortes características simbólicas de nosso tempo, quanto à falta de crença nas instituições como um todo, e que afeta nossa sociedade contemporânea. Daí a necessidade de mais órgãos de representação e de mediação. É o que aponta Valentin Thury Cornejo (2002, p.231):

Para afrontar as crises de sentido de carácter estrutural que afetam as sociedades contemporâneas é necessário o desenvolvimento de forças portadoras de sentido que possam conter a diáspora. Berger e Luckman propõem assim o fortalecimento do que denominam as instituições ‘intermédias’, que atuam como intermediárias entre as grandes instituições e o indivíduo, transmitindo reservas de sentido desde cima à base e também no sentido inverso.⁹

Cornejo (2002) aponta então para os denominados “grupos de pressão”, que cada vez mais ganham representatividade e mesmo, do ponto de vista processual, legitimidade para participar ativa (como autores), sejam como *amici curiae* nos processos de controle abstrato e difuso de constitucionalidade, e ainda em processos representativos de controvérsia legal, como previsto no novo Código de Processo Civil de 2015.

⁹ No original: “*Para afrontar las crisis de sentido de carácter estructural que afectan a las sociedades contemporâneas es necesario el desarrollo de fuerzas portadoras de sentido que puedan contener la diáspora. Berger y Luckman proponen así el fortalecimiento de lo que denominan las instituciones intermedias, que actuarían como intermediarias entre las grandes instituciones y el individuo, transmitiendo reservas de sentido desde la cima hacia la base y también en sentido inverso*”.

A partir destas concepções, nesta segunda década do século XXI, cogita-se quanto ao prestígio do Poder Judiciário, onde este deverá agir não só “como árbitro de conflitos particulares, mas, igualmente, realizador de políticas públicas visando à modificação da realidade social e econômica”. (ROCHA,1995, p.133). Mas o Judiciário, ainda marcadamente influenciado pela formação liberal, no exercício da jurisdição constitucional, no dizer de Rocha (1995, p.133)

[...] ao invés de utilizar a Constituição para interpretar as leis, os juízes continuam utilizando a lei para interpretar a Constituição. É um caso típico de inversão da estrutura piramidal do ordenamento jurídico, a confirmar a imensa necessidade que tem o juiz brasileiro de assumir a Constituição como guia que deve orientá-lo nas suas opções interpretativas, por ser a norma que define o sentido de todo o ordenamento jurídico.

Assim, nesta atual fase pós-positivista, no exercício da jurisdição, o juiz assume função preponderante, como verdadeiro guardião da Constituição, especialmente no sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, que adota tanto o sistema difuso quanto o concentrado. Neste tocante, face a atual posição do Supremo como instância última de garantia dos direitos fundamentais, assume, no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, verdadeiro papel de “controlador” de todas as demais funções estatais.¹⁰ Disto surge a seguinte indagação: **quem irá garantir os direitos fundamentais contra os atos do próprio Poder Judiciário, vale dizer, *que ou quais seriam os sistemas legitimadores das decisões do Supremo?* Qual órgão controla ou fiscaliza, não em tese, mas efetivamente e na prática, as decisões do Supremo Tribunal Federal?**

Nesta tese demonstrar-se-á que as normas constitucionais, como normas jurídicas que são, *também são normas políticas*, e como tais, nada impede que setores organizados da sociedade exerçam pressão sobre as decisões judiciais, não somente quando a solução de um dado caso se dê por normas-regras, mas também e principalmente quando a solução do caso exija a aplicação de princípios constitucionais. Ou nas palavras de Paulo Bonavides (1997, p.583, grifo nosso):

¹⁰ Derivado do princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, da CF/88.

Não há como conjurar, pois, esse desfecho perturbador senão introduzindo na teoria axiológica da terceira fase a supremacia dos direitos fundamentais da quarta geração, os quais abrangem principalmente a democracia, a informação e o pluralismo. **Só estes terão dimensão legitimadora bastante com que obstar a uma dissolução do regime constitucional por obra dos hermeneutas da concretização, transviados pela sedução de um poder potencialmente ilimitado, oriundo da interpretação vinculante que eles, juízes supremos da constitucionalidade do ordenamento, fazem como guardas soberanos da Constituição.**

Demonstrar-se-á, ainda, que a adoção da jurisdição constitucional – difusa ou concentrada - importa, na prática, em outorgar aos membros do Judiciário – que não foram escolhidos pela vontade popular, nem estão sujeitos à aprovação dela em sufrágios periódicos – o poder não apenas de dirimir conflitos de interesses, aliás, a função típica para a qual o Judiciário foi criado, no Brasil e alhures, mas mesmo de impedir certas políticas públicas, se contrárias à Constituição, e às vezes mesmo – ainda mais polêmico – implementar tais políticas, inicialmente formuladas por outras instituições mais democráticas, como os parlamentos, ou o Executivo ou os Tribunais de Contas.

Necessário ainda estudar a interrelação entre processo e Constituição. O processo cada vez mais se caracteriza como o instrumento para a consecução dos objetivos a serem alcançados pelo Estado, principalmente devido à importância, cada vez maior, das normas constitucionais programáticas. Essas duas formas de entender Constituição e processo convergem na atividade jurisdicional, a qual deve ser realizada mediante o processo de proteção e realização prática da Constituição. Assim, mediante o processo, deve se procurar não somente dirimir a lide, mas também de forma a efetivar as prescrições e fins insculpidos na Constituição, mormente os sociais. E tudo isto passa pelo exercício da jurisdição constitucional.

2 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A democracia surgiu do liberalismo? A resposta é positiva. Mas sua origem não se deu diretamente, nem de forma automática. Para a compreensão dos direitos consecutórios à democracia e aos direitos de quarta dimensão, imprescindível a análise histórica das origens e consequências de cada um dos Estados Constitucionais, tarefa a ser adiante realizada.

2.1 A importância do estudo dos “Estados” de Direito

Qual a razão de ser da análise do evoluir dos Estados de Direito, do Estado Liberal, passando do Estado Social ao atual Estado Democrático de Direito? Seria uma crítica tão somente histórica? Se não, qual seria seu fator (ou fatores) preponderante(s) num ensaio que procura decompor o papel do Judiciário e do Supremo Tribunal Federal diante do contexto constitucional vigente?

O direito, especialmente o constitucional, não é fruto somente da lógica.¹ Muitas vezes, é produto de embates históricos, especialmente *da e na* Política. O processo de desenvolvimento dos “Estados” de Direito é cumulativo. Em outras palavras: as conquistas de direitos, em suas diferentes “gerações” (*rectius*: dimensões), além dos avanços institucionais alcançados, do Liberalismo até hoje, permanecem. Aceitando o princípio da proibição de retrocesso², devem ser

¹ Pontes de Miranda (1954, p. IX), *aparentemente*, defende o contrário: “os sistemas jurídicos são *sistemas lógicos*, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos”. Aparentemente, ressalte-se, porque a leitura deste excerto, em sua última parte, mostra que “interesses os mais diversos” justificam a criação de institutos. Ora, nem sempre haverá uma lógica racional a justificarem tais interesses, infelizmente. Muitas vezes, interesses egoísticos é que fazem surgir certos direitos, sem serem, contudo, da maioria, mas sim de setores organizados, no que a doutrina de Ciência Política os cognomina de “grupos de pressão”.

² A denominada “proibição de retrocesso” refere-se, para a maioria dos doutrinadores, como uma proteção dos direitos fundamentais, mormente os sociais. Por isso, também denominado de princípio da vedação do retrocesso social. Em síntese, tal princípio é a grande justificativa de se entenderem tais “Estados” de Direito, significando, de acordo com Cármen Lúcia Antunes Rocha, que “as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais majorias parlamentares” (*apud* SARLET, 2007, p. 365).

considerados tais avanços, e procurar localizá-los em nossa atual Constituição, nas Constituições brasileiras anteriores, no Direito Comparado e no estudo da História das Instituições brasileiras.

2.2 O Estado Liberal de Direito. Prestígio do poder legislativo

Neste ponto será explorada a evolução do Estado Liberal, no aspecto doutrinário, positivo e histórico. Sem dúvida o Estado Liberal foi o que exerceu maior influência, para o bem e para o mal, para todas as constituições ocidentais, e para todas as constituições brasileiras, desde a Constituição Imperial de 1824 até a atual Carta de 1988.

2.2.1 Origens históricas. O anterior Estado “absolutista” (ou de polícia)

O Constitucionalismo fez surgirem os “Estados de Direito”, sendo o primeiro o “Estado Liberal de Direito”, nascido após as revoluções liberais burguesas, inicialmente com a Revolução Gloriosa, na Inglaterra (para o Direito Constitucional, seu fato histórico mais característico se deu com a edição do *Bill of rights*, em 1689), e Revoluções Francesa (1789) e de Independência norte-americanas (1776).³

Antes de tais revoluções, tinha-se, do ponto de vista da relação entre Estado e particulares, o que se chamava de Estado absolutista ou de polícia⁴. Após

³ Como será explicado, o liberalismo se inspira no princípio de se erigirem limites à tendência monopolizadora do poder, que se personifica no Estado. Não se pode esquecer, todavia, que a todo movimento revolucionário aparece um contrarrevolucionário. Neste sentido, Bonavides (1994). Assim, por exemplo, após a Revolução Francesa seguiu-se a “Restauração”. O que se quer enfatizar é que mesmo na Carta reacionária da Restauração Francesa de 1814, mal escondia o “constrangimento com que o absolutismo cedia lugar às novas ideias e a avareza com que o Estado contra-revolucionário acatava os direitos da liberdade conquistados pela burguesia ascendente” (BONAVIDES, 1993, p. 36). A melhor historiografia, escrita após a análise de Paulo Bonavides (1993) o confirma. Eric Hobsbawn (2010, p.170), ao tratar das consequências da Revolução Francesa e da Restauração, narra que “[os] Bourbon foram reconduzidos ao poder, mas ficou entendido que eles tinham que fazer concessões ao perigoso espírito de seus súditos. As principais mudanças da Revolução foram aceitas, e aquele excitante instrumento, a Constituição, lhes foi garantido, - embora, é claro, de uma maneira extremamente moderada – sob a máscara de uma Carta ‘livremente concedida’ pelo ressuscitado monarca absoluto, Luís XVIII”.

⁴ A expressão é de Jorge Miranda (1954, p.43). Segundo ele, há dois momentos na evolução do absolutismo. O primeiro, “que se estende até princípios do século XVIII, a monarquia afirma-se de

o surgimento dos primeiros Estados nacionais e decadência do regime feudal, ocorreu na história uma concentração de poder nas mãos do monarca.

O mais conhecido e mais importante de todos esses movimentos revolucionários foi o ocorrido na Revolução Francesa, no período entre 1789-1799. Nas palavras de Paulo Bonavides (1993, p.16)

Escreveram os ingleses a Magna Carta, o '*Bill of Rights*', o '*Instrument of Government*'; os americanos, as Cartas coloniais e o Pacto federativo da Filadélfia, mas só os franceses, ao lavrarem a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, procederam como havia procedido o apóstolo Paulo com o Cristianismo. Dilatarem as fronteiras da nova fé política. De tal sorte que o governo livre deixava de ser a prerrogativa de uma raça ou etnia para ser o apanágio de cada ente humano; em Roma, universalizou-se uma religião; em Paris, uma ideologia. O homem-cidadão sucedia ao homem súdito.

Os movimentos revolucionários e ideais iluministas, quanto a política, se identificaram numa ideia fundamental: a limitação da autoridade governativa, ou melhor falando, ***criação de mecanismos limitadores do poder***⁵. Tal limitação se logrou tecnicamente mediante a separação de poderes (as funções legislativas, executivas e judiciárias atribuídas a órgãos distintos) e a declaração de direitos fundamentais.

O poder, segundo o constitucionalismo liberal, deveria mover-se, por conseguinte, em órbita específica, a ser tratada pela Constituição. Com o emprego do instrumento constitucional, aquela concepção restritiva da competência dos órgãos estatais se fez dominante. Ingressou, assim, o termo Constituição na linguagem jurídica para exprimir uma técnica de organização do poder aparentemente neutra.

'direito divino'. O rei pretende-se escolhido por Deus, governa pela graça de Deus". Num segundo momento, "embora essa referência básica se mantenha em nível de consciência jurídica da comunidade, vai procurar-se atribuir ao poder uma fundamentação racionalista dentro do ambiente de iluminismo dominante. É o 'despotismo esclarecido' ou, noutra perspectiva, em alguns países, o 'Estado de polícia' (tomando-se então o Estado como uma associação para a consecução do interesse público e devendo o príncipe, seu órgão ou primeiro funcionário, ter plena liberdade nos meios para o alcançar)".

⁵ Por poder, entenda-se, neste estudo, como a capacidade de decidir e de implementar tais decisões, tudo isso em nome da coletividade.

2.2.2 Características

Dentre as mais importantes características do Estado Liberal de Direito, ocorreu a positivação, nas primeiras constituições, da Separação dos Poderes e da enunciação de direitos individuais aos particulares, oponíveis ao Estado. Dos direitos individuais, pode-se identificar, dentre os que adquiriram maior expressão, o voto, a liberdade de pensamento e a defesa intransigente da propriedade nas mãos do particular.⁶

Tais características sem dúvida consistiram em enorme avanço institucional, hoje praticamente prevista em todas as constituições do Ocidente, e esteio do pensamento político liberal. Inclusive, roborando com este ponto de vista, confira-se o que foi escrito à época (e até hoje em vigor) quando, em agosto de 1789, foi publicada a *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*, assim dispondo em seus arts. II e XVI:

Art. II. O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

[...]

Art. XVI. Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição.

Sem dúvida que tal declaração de direitos é essencial, representando consideráveis avanços nas constituições que doravante iriam surgir. A observar, no entanto, que enquanto produto do século XVIII e do início do liberalismo, seu cunho é preponderantemente individualista, subordinando a vida social como responsabilidade de cada particular, e atribuindo ao Estado quase que tão somente

⁶ *O Estado existe para garantir a propriedade.* Esta é a expressão (não exatamente esta frase, mas de rigor esta noção) cunhada por Rousseau, por John Locke, Marx e, antes de todos, por Cícero, aproximadamente cinquenta anos antes de Cristo, em uma carta dirigida ao seu filho. A esse respeito, mas com críticas veementes a propriedade privada, em uma de suas obras mais escritas, enunciou o genebrino: “O primeiro a quem, tendo cercado um terreno, ocorreu dizer: *Isto é meu* e encontrou gente simples o bastante para dar-lhe crédito, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassinios, misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando os postes ou preenchendo o fosso, tivesse gritado aos seus semelhantes: Evitai dar ouvidos a esse impostor; estarei perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e a terra, de ninguém”. (ROUSSEAU, 2010, p.119).

a finalidade de conservar tais direitos individuais. A predominância do liberalismo exerceu enorme influência junto ao Estado: deu-lhe uma orientação quase que exclusivamente passiva, numa acepção um tanto cínica, na medida em que conservava os direitos dos que já os possuíam (sobretudo os de cunho patrimonial), mas nada faziam pelos que não tinham direito a conservar, nem a defender.

Assim, é o Estado Liberal de Direito a *expressão jurídica da democracia liberal e do liberalismo econômico*.⁷ E, no entender de Lenio Streck (2000, p.88), em essência complementando o acima colocado:

O que se observa, portanto, é que no seu nascedouro o conceito de Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo, impondo, assim, aos liames jurídicos do Estado a concreção do ideário liberal no que diz com o *princípio da legalidade* – ou seja, a submissão da soberania estatal à lei – a *divisão de poderes ou funções* e, a nota central, *garantia dos direitos individuais*. (Grifo original).

Inicia-se, a partir desta época e até hoje mantido com a noção de Estado de Direito, o denominado constitucionalismo. Como tal, entenda-se o fenômeno político surgido após as revoluções liberais burguesas com o Estado liberal de direito, segundo o qual as opções políticas fundamentais deste Estado deveriam estar previstas numa lei fundamental hierarquicamente superior as demais, as Constituições. As Constituições, portanto, doravante devem não somente estruturar o poder, mas também e principalmente limitar o poder, por meio de dois institutos, a separação dos poderes e a previsão dos direitos e garantias individuais.

Surge daí também o denominado *Estado de Direito*, onde há a supremacia da lei sobre a Administração Pública. Nas palavras de Lenio Luiz Streck e José Luis Bolsan de Moraes (2000, p. 86-87):

O Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um regime de direito quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como, os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado.

⁷ A expressão é de Lenio Luiz Streck (2000, p. 89).

Supremacia da lei, ou princípio da legalidade, vista, à época, em uma dupla acepção: de um lado, ao particular, de forma que a ele tudo aquilo que não for proibido deve ser permitido (CF/88, art. 5º, II); do outro, ao próprio Estado, onde este se autolimita, no sentido de que o Estado só pode fazer aquilo que esteja expressamente previsto em lei (Constituição Federal, art. 37, *caput*).⁸ Como visto, o processo dos “Estados de Direito” é cumulativo, encontrando-se de forma difusa em inúmeros preceitos previstos na CF/88.

E exatamente devido a vitória política dos burgueses, por ser o princípio máximo de limitação do poder o da legalidade - onde doravante os atos do poder público só teriam validade se fossem previstas leis permitindo tais atos, se tem, por tudo isso, que a função estatal mais privilegiada neste período do Constitucionalismo foi o Poder Legislativo.

Mais prestigiado o Legislativo, pois dele originou-se o Poder Constituinte Originário, que tudo pode (ilimitado)⁹ e que tem por objeto, justamente, a criação de uma Constituição que organizasse o Estado e o limitasse. Prestigiado ainda, porque tal função estatal seria àquela que editaria as leis, *as regras do jogo vigentes*. Isso tudo num período histórico em que ao Judiciário era tão somente reservado o papel de aplicação literal das leis previstas pelo Legislativo, e o Executivo teria um papel mínimo possível, quase que tão somente de velar pelas leis (especialmente pela proteção à propriedade privada dos meios de produção) e manutenção da ordem (*status quo*).

⁸ A expressão *vista à época* é proposital. Não se contesta que o princípio da legalidade até hoje é entendido desta forma. Acontece que atualmente tal princípio é condição necessária, *mas não suficiente*, a consecução e desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito. E, à época, era visto como condição necessária e suficiente...

⁹ A característica de ser o Poder Constituinte Originário ilimitado deve ser tomado sob uma acepção estritamente didática. Evidentemente, há limites – sociológicos, econômicos, históricos e até mesmo físicos - ao poder normativo e, por isso não se deve normatizar o impossível. Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2000, p. 49): “[...] é de reconhecer que o Direito tem limites que lhe são próprios e que por isso não pode, ou melhor, não deve normatizar o inalcançável. O difícil equilíbrio entre o fatalismo e o idealismo jurídicos tem-se rompido no Brasil, em favor da crença desenganada de que no receituário legislativo existem remédios para todos os males. Aí começa a inflação jurídica, da Constituição às portarias, criando uma dualidade irremovível entre o Direito e a realidade”.

O final do século XIX e início do século XX operam enormes transformações institucionais e, por consequência, constitucionais, em todo o Ocidente e no Brasil. Aqui, nos anos de 1888 passamos pela abolição dos escravos negros, queda do Império e proclamação da República, e o advento da Constituição de 1891. Nossas origens autoritárias permaneceram e se realçaram. Contudo a ideia de Nação se solidificou, como aponta Gilberto Freyre (2001, p.43), pela enorme influência ideológica do Positivismo:

Generalização aplicável a eles próprios: à sua participação como Positivistas nos fatos ou acontecimentos que resultaram na transformação do Brasil de Monarquia em República. Foi uma participação de minoria intelectual que se exprimiu em torno de valores e símbolos, de considerável importância para a nação inteira; mas de tal modo se manifestou essa intervenção que, de alguns dos valores e símbolos brasileiros vindos do Império e alterados – reformados, mas de modo algum deformados, pelos positivistas de 89 – ainda hoje vive o Brasil. Um deles a própria Bandeira Nacional com o seu lema – inovação positivista – *Ordem e progresso*; e com a sua esfera e com as suas estrelas, também de invenção positivista. Mas sem que se tivessem modificado as formas e cores essenciais da mesma bandeira. Sem que a sofreguidão por um futuro messiânico tivesse levado aqueles bons discípulos brasileiros de Comte ao extremo de repudiar, em valores e símbolos consagrados pelo passado da sua gente, o que, nesses valores e símbolos, era já constante nacional. Constante por eles respeitada do mesmo modo que respeitaram a música do Hino Nacional.

Disto tudo, já se pode fazer uma rápida síntese das características evidenciadas no Estado Liberal de Direito, a saber: a) enunciação dos direitos fundamentais de primeira geração (Dimensão), caracterizados estes por serem direitos que pregam um “não fazer” por parte do Estado, exigindo uma abstenção estatal. São os direitos civis e políticos (preservação à vida, a liberdade, a incolumidade física, inviolabilidade domiciliar); b) Primazia do Poder Legislativo (este já foi explicado); c) Inexpressiva intervenção do Estado na economia e na sociedade; d) Princípio da Legalidade; e) Isonomia formal e não substancial; f) Garantia da Propriedade; g) elevação quase que a nível dogmático do princípio da autonomia da vontade, com mínima ou nenhuma intervenção estatal (*pacta sunt servanda*). Disto se teve a imposição de trabalho pela iniciativa privada sem o menor respeito à condição humana dos trabalhadores.

A inexpressiva intervenção econômica do Estado era justificada principalmente em virtude dos sujeitos que agora estavam no poder: a burguesia, encastelada no Legislativo. Ou nas palavras de Paulo Bonavides (1993, p. 41):

Antes da Revolução¹⁰, tudo se explicava pelo binômio absolutismo-feudalidade, fruto de contradição já superada. Depois da Revolução [*rectius*: as revoluções liberais], advém outro binômio, com a seguinte versão doutrinária: democracia-burguesia ou democracia-liberalismo. Antes, o político (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia).

Sem dúvida que o mais importante deste período foi a positivação dos Direitos Fundamentais de 1ª. Dimensão, preceituados nas primeiras Cartas de Direitos, a saber: *Bill of Rights* (1689), Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776) e Declaração Universal dos Direitos do Homem (agosto de 1789).¹¹ E todos eles com um ponto identificador comum: a tentativa de privilegiar o princípio liberdade (visto como um direito natural) em detrimento do Estado. Daí porque o princípio da legalidade, inicialmente, foi tomado nesta acepção, segundo a qual todos estariam livres a praticar qualquer ato, desde que não houvesse proibição prevista na lei.

Assim, tais direitos possuíam principalmente uma índole individual, trazendo uma mensagem de limitação, abstenção do Estado. A ideia prevalecente era de que o Estado seria o Leviatã (grande monstro mítico que engole o homem), um “mal necessário”¹². Em outras palavras: os direitos individuais, neste primeiro

¹⁰ O autor quer se referir, aqui, à Revolução Francesa. O raciocínio exposto pelo autor, contudo, é aplicável para as demais revoluções liberais e, principalmente, ao período histórico do Estado Liberal de Direito.

¹¹ Na verdade foi a Magna Carta do Rei João Sem Terra, lavrada em 1215, o primeiro documento escrito de limite ao poder, como contenção ao arbítrio do monarca. A observar, contudo, que tal documento foi uma lei feita *pelos nobres e para os nobres*. Isto porque consistiu que todo o aumento de tributos que onerasse a vida dos barões (*para os nobres*), deveria ser primeiramente a eles comunicada...

¹² Neste sentido, Bonavides (1993, p.65): “[...] não é o velho Estado liberal-democrático em que o indivíduo ficava quase inteiramente à margem do Estado, por temê-lo como aparelho compressor, e condená-lo como ‘mal necessário’, mas aquele Estado no qual se sente já seguro, para colocar-se dentro em seu âmbito, e sem receio do desempenho de responsabilidades mais amplas, fora do pesadelo de lidar com um Leviatã, pronto a devorá-lo ao menor descuido ou a oferecer-lhe a desagradável surpresa de destruição súbita da liberdade”.

momento, deveriam funcionar como “campos de força” a protegerem o homem contra o arbítrio do Estado. Têm essa característica de ser direito de abstenção ao Estado conferido ao particular. O não fazer oponível ao Estado, esta é a noção essencial. Luís Roberto Barroso (2000, p.100-101) assim coloca o evoluir de tais direitos individuais:

Os direitos individuais, de origem marcada pelo jusnaturalismo, tiveram como primeira manifestação ‘legislativa’ a Declaração de Direitos Inglesa, de 1689. Não obstante, o seu ciclo de formação e aperfeiçoamento encontra-se mais ligado ao pensamento iluminista francês do século XVIII e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Os direitos individuais, freqüentemente denominados de liberdades públicas, são a afirmação jurídica da personalidade humana. Talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, **contêm limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado. Os direitos individuais impõem, em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares.** (Grifo nosso).

Na Constituição Federal de 1988, indicam-se os seguintes direitos de 1ª. dimensão, originados do Estado Liberal de Direito: proteção ao trinômio vida-liberdade-propriedade (cláusula do *due process of law*, da Constituição norte-americana, encontrada na CF/88 no art. 5º, *caput*, II e LIV); direito de privacidade (5º, X); inviolabilidade de domicílio (5º, XI); liberdade de locomoção (5º, LV) e sua garantia processual (*habeas corpus*, 5º, LXVIII); liberdade de reunião (5º, XVI), mas na época com várias restrições práticas, especialmente no tocante a reivindicação de direitos sociais; liberdade de associação (5º, XVII); direito de propriedade e de herança (5º, XXII e XXX); princípio do juiz natural (5º, XXXVII e LIII); princípio da reserva legal (5º, XXXIX); princípio da irretroatividade da lei penal (5º, XL); princípio da individualização da pena (XLV); presunção de inocência (5º, LVII); princípio da legalidade e anterioridade tributários (art. 150, III, a) e b).

Não havia, porém, – e nem se aceitava – a regulação da relação jurídica capital *versus* trabalho. Entendia-se que tal regulamentação seria uma ingerência abusiva ao princípio da autonomia da vontade individual, corolário da liberdade. Ao mesmo tempo, as reivindicações pelas chamadas “questões sociais”, a saber, regulação da relação capital X trabalho; saúde, assistência, educação, tudo isso a

ser propiciado pelo Estado era visto como caso de polícia, e não como políticas a serem realizadas pelo Estado. Várias consequências surgiram daí.

2.2.3 Consequências do Estado Liberal de Direito

Destas características (colocadas a título exemplificativo) advieram algumas consequências:

a) na economia, tal intervenção mínima do Estado permitiu uma verdadeira revolução nas relações comerciais, financiando o que se chamou, menos de um século após a Revolução Gloriosa (1688), a denominada Revolução Industrial (a partir de 1750);

b) porém, tal intervenção mínima acabou por ser contraproducente, na medida em que o desprezo do Estado pelos menos favorecidos, acabou criando um enorme distanciamento entre Estado e Sociedade. E tal fosso fez surgir uma série de sublevações populares por toda a Europa¹³;

c) tais situações acabaram por gerar descrédito para com a solução constitucional adotada pelos burgueses, fazendo surgir “hipóteses alternativas” para os problemas constitucionais, a saber: o surgimento, de doutrinas socialistas, comunistas e anarquistas, num primeiro momento de forma utópica e romântica, para logo depois adquirir critérios mais científicos (socialismo científico).

Houve ainda, nas palavras de Newton Menezes Albuquerque (2001), a criação de um verdadeiro fosso entre o que era previsto nas constituições e a realidade, segundo o qual os dirigentes do poder tinham uma concepção extremamente individualista, que acabou por engendrar uma contradição insuperável entre democracia e o liberalismo:

¹³ Apenas a título de exemplo, temos as revoltas ludistas, que tencionavam quebrar as máquinas quando da revolução industrial, pretensas culpadas pelo “extermínio” de empregos, além da comuna de Paris, na primeira metade do séc. XIX (1848).

O fosso entre o caráter abstrato dos mandamentos constitucionais e a realidade concreta na qual estes se radicalizavam caracteriza-se como a questão central a impedir a realização do ideal ético do Estado de direito no âmbito do Estado liberal. A ausência de um maior controle social sobre o poder econômico, cada vez mais impermeável aos controles formais do sistema jurídico, pressupõe uma nova visão do jurídico, que assuma expressamente sua dimensão política e ética, implicando não se manter preso a uma visão negativa da liberdade que propugna um Estado mínimo, absenteísta, resignado a assistir os conflitos, só intervindo quando os direitos e prerrogativas individuais são transgredidas. Tal concepção liberal percebe o indivíduo desvencilhado dos laços sociais que o definem, e é típico de um certo individualismo solipsista, incompatível com a eticidade democrática. (ALBUQUERQUE, 2001, p. 143).

Newton Albuquerque (2001) demonstra acima sua formação histórica marxista. Quanto a Karl Marx, sua visão e testemunho do período do Estado Liberal traz uma visão nítida, quase palpável, sobre o pior de tal época:

Para meu propósito, bastam alguns testemunhos fornecidos pelas próprias crianças exploradas nos relatórios de 1860 e 1863. A partir da situação das crianças, podemos ter uma ideia do que se passa com os adultos, principalmente moças e mulheres, num ramo da indústria que faz atividades como a fiação de algodão e outras semelhantes parecerem negócios muito agradáveis e saudáveis.

Wilhelm Wood, de 9 anos de idade, 'tinha 7 anos e 10 meses quando começou a trabalhar'. Desde o começo, ele 'ran moulds' (carregava as mercadorias já moldadas para a sala de secagem e voltava trazendo os moldes vazios). Chega ao trabalho todos os dias às 6 horas da manhã e o deixa por volta das 9 da noite. 'Trabalho até as 9 horas da noite todos os dias da semana. Assim foi, por exemplo, durante as últimas 7 ou 8 semanas'. Portanto, 15 horas de trabalho para uma criança de 7 anos!¹⁴

Assim, o auge do Estado Liberal e do Liberalismo econômico e político, coincidiram em propiciar os germes de sua derrocada. Isso é bem resumido por Pablo Lucas Verdú (2004, p. 118):

Consolidado, finalmente, o Estado Constitucional liberal, a burguesia satisfeita começou a evitar o discurso e a argumentação iusnaturalistas. Abraçou o positivismo jurídico ante o temor de que a força do iusnaturalismo revolucionário fosse utilizado contra ela pelos estratos socioeconômicos inferiores. A aparição do anarquismo, do socialismo e logo do comunismo aterrorizou a classe burguesa, que viu como o edifício constitucional, tão primorosamente construído, apoiado nas especulações lógico-jurídicas, era debilitado. Então, passou a sentir-se como *burguesia ameaçada*. As normas jurídicas organizadoras da liberdade, identificada esta com a propriedade privada, não podiam interpretar-se nem aplicar-se prejudicando os direitos

¹⁴ Karl Marx (2013, p.318), *O Capital: crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital (Das Kapital: Kritik der politischen Ökonomie: Buch 1: Der Produktionsprozess des Kapitals)*.

individuais de uma classe confortavelmente instalada no poder e na sociedade. As reclamações incessantes do sufrágio universal, do direito de coalizão obreira, do direito de greve, das limitações da propriedade etc., foram rechaçadas em um primeiro instante.

E conclui:

A progressiva extensão da democratização (Tocqueville) modulou o liberalismo (democracia liberal), mas o advento da sociedade de massas, a excitação do nacionalismo, a crise econômica, o desemprego generalizado e o extremismo aplicado à luta política aumentaram a consciência ameaçada da burguesia. Tanto foi assim que, conforme sabemos, nos anos vinte e trinta ela preferiu fugir da liberdade (Fromm), entregando-se ao fascismo na Itália (1922), em Portugal (1926), na Alemanha (1933) e na Espanha (1936). Preferiu sacrificar as liberdades políticas conquanto que conservasse o sagrado direito de propriedade (sic). (VERDÚ, 2004, p.118).

Newton Menezes de Albuquerque (2001), a seu turno, observa uma contradição inerente ao Estado Liberal: os liberais, que tanto propugnaram pelo ideal da liberdade, além de defenderem a previsão, nas constituições, de direitos políticos, acabaram por criar um Estado despolitizador, que tolheu a representatividade popular, na medida em que restringiu a participação da maior parte do povo, impedindo-o sequer de escolher seus dirigentes:

O Estado liberal, que se origina das lutas muitas vezes cruentas contra a monarquia despótica, afirmando a necessidade da submissão de toda e qualquer autoridade à lei, assim como da realização dos ideais de liberdade, deixa perecer sua perspectiva emancipatória ao abraçar uma concepção jurídica formalista e despolitizadora dos conflitos sociais. (ALBUQUERQUE, 2001, p. 134).

Sem dúvida críticas acerbas. Mas as consequências positivas que o Estado Liberal de Direito propiciou, e que permanecem até hoje, são muito mais expressivas de avanços. Quem responde a tais críticas é Jorge Miranda (2002, p. 48-49):

Como quer que se entendam tais críticas, decisivas devem ter-se, apesar de tudo, algumas das aquisições trazidas pelo liberalismo, quer directa e imediatamente, quer indirecta ou mediadamente. Directamente: a abolição da escravatura, a transformação do Direito e do processo penais, a progressiva supressão de privilégios de nascimento, a liberdade de imprensa. Indirectamente: a prescrição de princípios que, ainda quando não postos logo em prática, viriam, pela sua própria lógica, numa espécie de *auto-regência do Direito*, a servir a todas as classes, e não apenas à classe burguesa que começara por os defender em proveito próprio (assim, a partir da liberdade de associação a conquista da liberdade sindical e a partir do princípio da soberania do povo a do sufrágio universal).
Mais ainda: independentemente das fundamentações (discutíveis ou não) dos movimentos políticos dos séculos XVII e XIX, foram as Constituições que

deles saíram e os regimes que depois se objectivaram que, pela primeira vez na história, introduziram a *liberdade política*, simultaneamente como liberdade-autonomia e liberdade-participação, a acrescer à *liberdade civil*.

O fato é que o Estado Liberal de Direito sucumbiu no início do século XX. Não só pelos motivos já aduzidos, mas especialmente por seu desprezo às denominadas “Questões Sociais”, olvidando a própria sociedade. E isto criou o cadinho de descrença para com o Liberalismo e seus valores, fornecendo as bases para a criação do “Estado Social de Direito”.

2.3 O Estado Social de Direito. Ápice do Executivo

Neste tópico as confusões são imensas. A maioria das obras de Constitucional aponta as expressões “Estado Social” e/ou Democrático como sinônimos, quando sinônimos não são. Daí a necessidade de se dissecarem historicamente os termos, quando o que se constata, infelizmente e no mínimo, é uma enorme ignorância histórica sobre o assunto.

2.3.1 Origens

Os próprios dirigentes do poder (leia-se, mais especialmente, a burguesia) quando do Estado Liberal de Direito, ao terem percebido a série de revoltas e ideais revolucionários, num crescente de ódio e radicalização contra o regime, retrocederam e aceitaram repensar a estrutura constitucional do Estado.

Em outras palavras: a burguesia, verificando que a omissão do Estado estava propiciando a discussão de alternativas socialistas (onde se retiraria a propriedade nas mãos da iniciativa privada e colocando-a, via de regra, nas mãos quase que exclusivamente, do Estado), passou a revisar seus princípios constitucionais, aceitando teses onde o Estado passasse a ser mais intervencionista.

O Estado liberal, como visto, fracassou. E o que surgiu em seu lugar conseguiu a proeza de permitir a ocorrência de fatos ainda mais nocivos à sociedade civil. O Estado Social de Direito, compreendido o período histórico das décadas de 30 até 1945 (final da Segunda Guerra), fez surgir regimes, tanto de direita quanto de

esquerda, onde houve uma hipertrofia do Executivo, com concentração excessiva de poder e, conseqüentemente, de ditaduras.

Foi uma era que propiciou radicalismos, o auge do organicismo do Estado, e a Segunda Guerra Mundial. Em síntese, foi uma era da catástrofe, como bem sintetiza o historiador Eric Hobsbawn (1997, p.114-115):

De todos os fatos da Era da Catástrofe, os sobreviventes do século XIX ficaram talvez mais chocados com o colapso dos valores e instituições da civilização liberal cujo progresso seu século tivera como certo, pelo menos nas partes ‘avançadas’ e ‘em avanço’ do mundo. Esses valores eram a desconfiança da ditadura e do governo absoluto; o compromisso com um governo constitucional com ou sob governos e assembléias representativas livremente eleitos, que garantissem o domínio da lei; e um conjunto aceito de direitos e liberdades dos cidadãos, incluindo a liberdade de expressão, publicação e reunião. O Estado e a sociedade deviam ser informados pelos valores da razão, do debate público, da educação, da ciência e da capacidade de melhoria (embora não necessariamente de perfeição) da condição humana. Esses valores, parecia claro, tinham feito progresso durante todo o século, e estavam destinados a avançar ainda mais. Afinal, em 1914 mesmo as duas últimas autocracias da Europa, a Rússia e a Turquia, tinham feito concessões na direção de um governo constitucional, e o Irã chegara a tomar emprestada uma Constituição da Bélgica.

[...]

Em resumo, o liberalismo fez uma retirada durante toda a Era da Catástrofe, movimento que se acelerou acentuadamente depois que Adolf Hitler se tornou chanceler da Alemanha em 1933. Tomando-se o mundo como um todo,¹⁵ havia talvez 35 ou mais governos constitucionais e eleitos em 1920 (dependendo de onde situamos algumas repúblicas latino-americanas). Até 1938, havia talvez dezessete desses Estados, em 1944 talvez doze, de um total global de 65. A tendência mundial parecia clara.

E tais “opções constitucionais alternativas” (leia-se socialismo) forçaram uma releitura do Estado e seus objetivos, a serem positivados nas constituições, pelos dirigentes do poder à época. Tal ponto de vista é expressamente defendido por Bonavides (1993, p. 179-180):

Uma constante, a nosso ver, explica o aparecimento do Estado social: a intervenção ideológica do socialismo.

Empregamos a palavra socialismo no seu sentido mais genérico e histórico, desde as utopias de fins do século XVIII à consolidação das teses marxistas, em nossos dias. Desde o socialismo utópico ao chamado socialismo científico. Desde a conspiração de Baboeuf aos assaltos da

¹⁵ Dado relevante no período entre as duas guerras mundiais: havia apenas cerca de 65 Estados independentes, sendo “um fenômeno basicamente europeu e americano: um terço da população do mundo vivia sob domínio colonial”. (HOBSBAWN, 1997, p. 114).

Comuna de Paris. Desde a fundação da Primeira Internacional à tomada do poder pelos bolchevistas russos, há cinquenta anos.

Luís Roberto Barroso (2000, p. 108) coloca tal perspectiva histórica num enfoque constitucional:

O avanço do socialismo científico – não apenas no campo da propagação de idéias, mas de sua efetiva adoção como forma de organização político-econômica por um terço da humanidade – rompeu a dogmática unitária do constitucionalismo liberal. O primeiro pós-guerra assiste ao surgimento do constitucionalismo social, na forma de compromisso entre a burguesia e o proletariado em ascensão. Já não há mais o ‘monopólio ideológico’ dos princípios a serem gravados na Constituição. Preservados, embora, os postulados essenciais do liberal-capitalismo, eles incorporam a tutela de alguns interesses das classes trabalhadoras e dos desfavorecidos em geral. Obrigada a ceder no plano da superestrutura jurídica, a resistência burguesa se transferiu para a tentativa de minimizar, na prática, o avanço social, inclusive pela negação do caráter jurídico das normas que o propiciavam. Superada esta fase, com o reconhecimento da índole normativa das regras que conferem direitos sociais, nem por isto sua operatividade prática deixou de ser um problema à espera de soluções. Esses direitos, como intuitivo, tutelam, em última análise, interesses e bens voltados à realização da justiça social.

No início do séc. XX, tendo como marco as constituições mexicana (1917) e alemã de Weimar (1919), começa o denominado Estado Social de Direito. A perceber que neste Estado o “social” é seu próprio epíteto, vale dizer, corresponde ao próprio princípio político fundamental (meta primordial) a ser sempre alcançada por esta espécie de Estado de direito. No Brasil o Estado Social se inicia com a Constituição de 1934, que passou a prever um rol de direitos sociais em seu texto.

O principal legado do Estado social foi o advento dos direitos sociais e, conseqüentemente, das normas constitucionais programáticas. Antes de explicá-los, porém, faz-se mister esclarecer uma confusão comum, qual seja, entre a terminologia Estado social e socialista. Na acepção de Paulo Bonavides (1993, p.45):

Esse contraste que assim estabelecemos nos permite escapar ao erro usual de muitos que confundem o Estado social com o Estado socialista, ou com uma socialização necessariamente esquerdista, da qual venha a ser o prenúncio, o momento preparatório, a transição iminente. Nada disso. O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardinal a que não renuncia.

O Estado social não foi apenas um período histórico (para alguns, como o historiador Eric Hobsbawm a chamou de “Era da Catástrofe”, de 1914 até 1945; para outros, como a maioria dos doutrinadores de Constitucional, seus símbolos iniciais foram as Constituições mexicana, de 1917 e de Weimar, de 1919), mas uma própria “refundação” do Estado, em suas bases econômicas e sociais. De início, o que antes era visto como caso de polícia (a reivindicação das “questões sociais”, no século XIX e início do século XX), após passou a ser objetivos do próprio – e de qualquer – Estado, fosse este socialista ou capitalista.

Refletindo aquele momento histórico de revisão dos objetivos do Estado, onde tais objetivos teriam que ser, obrigatoriamente, previstos nas constituições, extrai-se trecho de um livro publicado em 1936 e formulado em 1933, portanto no período de depressão econômica mundial, após o *débâcle* da bolsa de Nova Iorque, em 1929:

[...], o que não será hoje, quando estamos em meio à maior crise da história mundial?

Todos se preocupam com o problema, em todo o mundo. Na União Soviética estão tentando resolvê-lo pelo método marxista, em substituição ao capitalismo. Em outras partes do mundo, estão tentando resolvê-lo remendando e controlando o capitalismo. (HUBERMAN, 1986, p. 270).

O período então se evidenciou por ideologias, à direita e à esquerda, extremamente autoritárias e belicistas.

2.3.2 Características. Os direitos sociais. Normas programáticas. Arbítrio do Executivo

Por “Social” entenda-se principalmente a previsão dos Direitos fundamentais de Segunda dimensão, os direitos sociais. Tais direitos, diferentes da geração anterior, exigiam um “fazer”, vale dizer, uma prestação positiva do Estado. São principalmente os direitos à moradia, a saúde, a seguridade social (previdência e assistência sociais), ao lazer e, a garantia da isonomia material (substancial) e, especialmente, a regulação das relações jurídicas entre o capital e o trabalho. Mais uma vez, Luís Roberto Barroso (2000, p. 101):

Os direitos econômicos, sociais e culturais, identificados, abreviadamente, como direitos sociais, são de formação mais recente, remontando à Constituição mexicana, de 1917, e à de Weimar, de 1919. Sua consagração

marca a superação de uma perspectiva estritamente liberal, em que se passa a considerar o homem para além de sua condição individual. Com eles surgem para o Estado certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material. A intervenção estatal destina-se a neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade, assegurando direitos afetos à segurança social, ao trabalho, ao salário digno, à liberdade sindical, à participação no lucro das empresas, à educação, ao acesso à cultura, dentre outros. Enquanto os direitos individuais funcionam como um escudo protetor em face do Estado, os direitos sociais operam como 'barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos'.

Desta forma a implementação de tais direitos exigem, antes de seu cumprimento, pressupostos físico-materiais, a serem criados pelo próprio Estado. Só desta forma os direitos sociais podem se concretizar. Em outras palavras: os direitos sociais, não podem ser entendidos como os direitos de 1ª. dimensão (oponíveis *ao ou contra* o Estado), devem se dar *por intermédio ou mediante* o Estado.

Na Constituição de 1988, se encontram previstos nos artigos: 6º (rol dos direitos sociais); 7º (regulação da relação jurídica capital *versus* trabalho); 8º ao 11 (direitos relativos à liberdade sindical); 193 e seguintes (Título VIII – Da Ordem Social), especialmente em seu artigo 194, onde se colocou a Seguridade social como gênero, onde deverão ser espécies a Saúde, Previdência e Assistência Social.

Ora, é trivial compreender que o “fazer” (a implementação dos direitos sociais, direitos de cunho nitidamente prestacionais) é bem mais difícil que o “não fazer” (direitos civis e políticos, de 1ª. Dimensão, de cunho abstencionista). Mais: o respeito aos direitos de 1ª. Geração, a exigirem abstenções por parte do Estado, para serem cumpridos, reclamam, tão somente, respeito ao princípio da legalidade. Diferente se passa com os direitos sociais. O “fazer” do Estado exigiu que este se equipasse e, como é sabido, tais direitos preveem obras (construção de hospitais, escolas, saneamento básico, criação de fundos de previdência), atos políticos decisórios de função tipicamente administrativa. E, como visto, a função típica de administrar pertence ao Poder Executivo.

Isto levou a um aumento de atribuições (na prática leia-se PODER) do Executivo. Pior: aumento de poder sem a preocupação de sua necessária limitação. A consequência, como não poderia deixar de ser, não podia ser mais nefasta: o

arbítrio, o nascimento das ditaduras mais sanguinárias que a humanidade já conheceu, tudo isso com a “nobre intenção” de implementar tais direitos sociais!¹⁶

Assim, paradoxalmente, se já se falou que os liberais foram perversos, por seu desprezo às classes hipossuficientes e pelas “questões sociais” (vistas como caso de polícia, e não de política), pode-se afirmar que muitos Estados e regimes, sob o pálio do Estado Social de Direito, foram demoníacos: sob a justificativa de atenderem às classes mais pobres e intervir diretamente na economia (e, conseqüentemente, fornecendo mais poder decisório ao Executivo), tais regimes perseguiram todos àqueles que pensavam diferente, desprezaram a dignidade humana, em uma literal política de extermínio de pessoas (relembrando: o aqui relatado não foi apanágio da esquerda ou da direita, e sim do próprio Estado Social de Direito).

Na teoria geral do Direito, chegou-se ao apogeu da *Dogmática Jurídica*, num nível tal que alcançou o paroxismo. Como tal, o direito não poderia ser valorado, e o Direito Constitucional seria a forma estruturada pelo Estado para garantir a segurança nas relações jurídicas, onde o sistema teria que ser: a) completo e autossuficiente; b) o caráter “científico” dado ao Direito teria que ser “puro”, destituído de quaisquer outras “ciências” ou “valores”; c) a lei seria assim então sempre “racional” e, portanto; d) o intérprete teria que ser “neutro” e “objetivo”, isto é, buscar a “única” resposta possível na norma.

A perceber que tais ideais já tinham sido concebidos quando do Estado Liberal, mas sua consagração mesmo ocorreu, principalmente, nas décadas de 20 a 40 do século XX, na fase da doutrina do Direito denominada de positivismo:

Surgem os mitos. A lei passa a ser vista como expressão superior da razão. A Ciência do Direito – ou, também, Teoria Geral do Direito, Dogmática Jurídica – é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a

¹⁶ Este período histórico açambarcou parte significativa dos países, do início do séc. XX até a II Guerra: irônico constatar que o surgimento de tais regimes totalitários foram, TODOS, justificados com o fim de se alcançarem tais direitos sociais. Inclusive, o epíteto “social” ou “popular” fez parte de inúmeros regimes, partidos ou mesmo de países, não se levando em conta se estes eram comunistas ou facistas, ou, grosso modo, de direita ou esquerda (e.g., o partido nazista tinha seu nome como Partido do Nacional **Socialismo**; ainda o caso da URSS – União das Repúblicas **Socialistas** Soviéticas; República **Popular** da China, etc.).

fonte única do Poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e auto-suficiente; lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, pela analogia, pelos princípios gerais. Separado da Filosofia do Direito por incisão profunda, a Dogmática Jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade. (BARROSO, 2003, p.31-32).

Os direitos sociais foram então previstos nas constituições. Não somente foram declarados, mas também, exatamente por sua natureza de exigirem do Estado determinadas prestações materiais (e, portanto, se enquadrarem numa nova “geração” de direitos fundamentais), exigiram que estivessem previstas nas constituições uma nova espécie de normas constitucionais, que prescrevessem metas mínimas a serem alcançadas pelo Estado, “promessas” prescritivas a serem obrigatoriamente cumpridas. Está se falando aqui das normas constitucionais programáticas.

As normas programáticas constituem o liame, a ligação entre a previsão dos direitos sociais na Constituição e como, de forma mínima eles devem ser implementados. São assim pautas mínimas de conduta dirigidas ao Estado em todos os seus “poderes”, *inclusive ao* Judiciário, sendo destarte também normas de índole processual-constitucional.

De caráter nitidamente principiológico, abertas, são metas, finalidades a serem alcançadas pelo Estado, em quaisquer de seus governos. A questão de sua juridicidade, à época de sua criação, no início do Estado Social, de há muito foi superada: atualmente já não se contesta serem normas jurídicas e que, por estarem previstas nos textos das constituições, são hierarquicamente superiores no ordenamento.

Mas também são normas políticas. E aí reside a questão fulcral: o caráter de politicidade das normas programáticas não nega – e nem exclui – seu caráter de juridicidade.

Se as normas-princípio previstas nas constituições já podem, em muitos casos, terem também uma natureza política, *a fortiori* tal raciocínio pode ser empregado com as normas programáticas. Paulo Bonavides (2002, p. 218) é bem enfático neste ponto:

As normas programáticas, às quais uns negam conteúdo normativo, enquanto outros preferem restringir-lhe a eficácia à legislação futura, constituem no Direito Constitucional contemporâneo **o campo onde mais fluidas são as fronteiras do Direito com a Política**. Vemos com frequência os publicistas invocarem tais disposições para configurar a natureza política e ideológica do regime, o que aliás é correto [...]. (Grifo nosso).

A observar que as normas programáticas, no seu objetivo de procurar efetivar os direitos sociais, dão uma relativa margem de atuação ao Estado, principalmente ao Legislativo e ao Executivo. Mas isto, ainda no início do Estado Social, especialmente após o período em que foi reconhecida a juridicidade de tais normas. Tal entendimento, porém, encontra-se em evolução, como opina Andreas J. Krell (2002, p. 22):

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (*Ausgestaltungsspielraum*). Essa função legislativa seria degradada e entendida como mera função executiva da constituição. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante às alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e os meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos governos e parlamentos.

E, mesmo quem for mais reticente quanto ao caráter jurídico e político das normas programáticas – o que se coloca apenas para argumentar – a retirada de tais textos das constituições consistiria num retrocesso inominável. A mera previsão de tais normas geram, na medida em que os textos constitucionais se tornam mais conhecidos, uma maior conscientização jurídica. Consequentemente, uma maior politização e reivindicação da sociedade, “cumprindo, ao lado de sua função jurídico-normativa, uma função sugestiva, apelativa, educativa e, acima de tudo, *conscientizadora*”. (KRELL, 2002, p. 28).

Este processo político na vida dos povos, de maior conscientização dos textos das constituições, sobretudo dos de natureza programática, é o que Pablo Lucas Verdú (2004, p. 75 e 77) denomina de *Sentimento Constitucional*:

A princípio, o *sentimento constitucional* consiste na adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e

funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência.(Grifo nosso).

[...]

Por conseguinte, o sentimento constitucional tende a persistir, apesar de sua instabilidade. É espontâneo – ainda que estimulado pelo contexto, pelo ambiente ideológico e pela situação sociopolítica -, público e representativo, mostrando, além disso, certa expansividade.

Quanto à dinâmica do sentimento constitucional, é preciso sublinhar o grau de aceitação e adesão às normas fundamentais, não esquecendo a *luta pela Constituição*, tanto nos momentos culminantes de máxima emotividade constitucional (períodos constituintes e, na Espanha, manifestações gigantescas poucos dias após o fracasso da intentona de fevereiro de 1981), como nos momentos normalizados.

Contudo, infelizmente à época, se se pode apontar o avanço da previsão nas constituições do Estado Social a inclusão das normas programáticas e, por conseguinte, a importância da adesão ou aceitação do texto previsto nas Cartas, de outro lado não havia a menor preocupação quanto a um sentimento democrático, como adiante será explicado em tópico próprio.

2.3.3 Consequências do Estado Social de Direito

O fato histórico mais importante de tais políticas intervencionistas, muitas delas de caráter expressamente belicoso, foi à eclosão da II Guerra Mundial, onde, com a vitória dos aliados, redundou no total colapso do “Estado Social de Direito”, fazendo-se criar no ocidente o “Estado Democrático de Direito”.

E a segunda guerra foi propiciada, não somente, mas principalmente, pela concepção política organicista¹⁷ do Estado que, em sua radicalização, leva

¹⁷ A concepção *orgânica ou organicista e a mecanicista* da sociedade e, por consequência, do Estado, são elementos fundamentais para a compreensão do próprio Estado. São variáveis as colocações, mas algumas são consensuais: o *organicismo* entende que a sociedade é um *elemento novo*, diferente dos indivíduos que a compõem, *como se fosse um organismo vivo, composto de várias partes, cada uma desempenhando funções distintas, de modo a manter a vida do todo*. O desenvolvimento de tal concepção leva a um princípio fundamental do Direito Constitucional, o princípio da supremacia do interesse coletivo sobre o do particular. Mas a radicalização desta concepção engendra Estados totalitários. O mecanicismo, por sua vez, entende que a sociedade é um conceito meramente atomístico, quantitativo. Portanto cada pessoa individualmente considerada é diferente das demais. Gerou também outro princípio constitucional: o respeito *aos direitos individuais*. Sua radicalização também é nefasta, pois leva ao individualismo exacerbado. Podemos dizer, com tudo isso que o Estado Liberal de Direito conviveu com o apogeu do mecanicismo, ao passo que o Social viu o organicismo de suas piores formas. Finalmente, a ideia hoje é de uma tentativa de convergência das duas concepções: se é verdade que há o princípio da supremacia do

inevitavelmente a Estados totalitários. E a história no século XX os conheceu em suas piores versões. Numa interpretação do período, a narrativa do historiador Eric Hobsbawn (1997, p. 43):

[...] E isso levou ao poder, na Alemanha e no Japão, as forças políticas do militarismo e da extrema direita, empenhadas num rompimento deliberado com o *status quo* mais pelo confronto, se necessário militar, do que pela mudança negociada aos poucos. Daí em diante, uma nova guerra mundial era não apenas previsível, mas rotineiramente prevista. Os que atingiram a idade adulta na década de 1930 a esperavam.

[...]

As origens da Segunda Guerra Mundial produziram uma literatura histórica incomparavelmente menor sobre suas causas do que as da Primeira Guerra, e por um motivo óbvio. Com as mais raras exceções, nenhum historiador sério jamais duvidou de que a Alemanha, Japão e (mais hesitante) a Itália foram os agressores. Os Estados arrastados à guerra contra os três, capitalistas ou socialistas, não queriam o conflito, e a maioria fez o que pôde para evitá-lo. Em termos mais simples, a pergunta sobre quem ou o que causou a Segunda Guerra Mundial pode ser respondida em duas palavras: Adolf Hitler.

É consensual que o nazismo e o fascismo foram as formas mais abomináveis do Estado Social de Direito. Tão radical que inclusive era belicista, defendendo a ideia de que o Estado tinha que ampliar-se territorialmente, no que redundou na 2ª guerra. Isto foi inclusive antevisto, ainda em 1936, por um historiador marxista, Leo Huberman (1986), que à época escreveu uma obra que depois se tornou clássica, *A História da Riqueza do Homem*:

Não obstante, é evidente que algo significativo aconteceu, tanto na Itália como na Alemanha, ao Capital, bem como ao Trabalho. Em ambos os países, uma forte autoridade estatal se impôs aos capitalistas, de modo inédito. Embora a propriedade privada não fosse abolida e a indústria continuasse a ver no lucro seu motivo básico, é certo que os capitalistas individuais tiveram, sob certo aspecto, suas asas cortadas. Com que finalidade? O que há atrás da ajuda à agricultura, do estímulo à auto-suficiência, do controle rígido das importações, do financiamento das exportações e do controle dos recursos bancários, que se observa em ambos os países fascistas? A resposta é curta e terrível – GUERRA.

[...]

No momento em que escrevemos, os exércitos nazistas ainda não estão em marcha, mas é evidente a todos que dentro em pouco estarão. A Alemanha apresenta o espetáculo atemorizador de uma nação obrigada a dedicar todos os esforços, a submeter-se a sacrifícios penosos, a dirigir todas as

interesse público sobre o privado (orgânica), tal princípio não é absoluto, e tem como limite o respeito aos direitos fundamentais (mecânico). Para uma melhor compreensão de tais concepções: Del Vecchio (1979, p. 463-468); Bobbio (2005, p. 45-48); Bonavides (2001, p. 55-58).

atividades, no sentido do rearmamento – a que se seguirá a guerra. O correspondente do *New York Times* assim resume a situação, num despacho enviado ao seu jornal a 22 de março de 1936: ‘Fundamentalmente, a situação econômica da Alemanha gira em torno do financiamento do rearmamento [...]. (HUBERMAN, 1986, p.302-303).

E que fique claro: o Estado social de Direito não foi exclusivo de países capitalistas, os socialistas também o adotaram. E esta é a conclusão de Paulo Bonavides (1993, p.181):

Ora, evidencia tudo isso que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo. E até mesmo, sob certo aspecto, fora da ordem capitalista, com o bolchevismo!

Ou seja, o “Social”, na verdade, era o objetivo de ambos os regimes econômicos, ambos defendendo ser as mais eficazes formas – constitucional e econômica – de se alcançarem os direitos sociais.

2.4 Atual Estado Democrático de Direito. Fastígio do poder judiciário?

O Estado Democrático de Direito fundado imediatamente após a II Guerra é bastante diferente do adotado neste início do século XXI, principalmente com a institucionalização de mecanismos constitucionais de controle¹⁸ e de democracia participativa, na jurisdição constitucional da *open society*. Contudo, suas características principais são as mesmas. Como sempre será a sua contextualização histórica que irá realçá-los.

2.4.1 Origens

Após a II Guerra e a descoberta dos horrores do Holocausto, principalmente com os julgamentos do Tribunal de Nuremberg, os dirigentes políticos repensaram e acabaram por reformular “radicalmente”¹⁹ os princípios estruturantes

¹⁸ Em que será tratado mais adiante sobre o princípio da pluralidade de poderes.

¹⁹ A partir da década de 50 o Direito Constitucional acabou por influir no pensamento – e na doutrina – da Teoria Geral do Direito, principalmente no que diz respeito a reformulação da Teoria da Norma Jurídica, onde doravante esta passou a ser tomada como gênero dos quais seriam espécies os princípios e as regras. As seguintes obras são fundamentais a respeito: na Itália, Ricardo Guastini; nos EUA, a obra *Taking Rights Seriously*, de Ronald Dworkin; na Alemanha, *Therie der GrundRechte*, de Robert Alexy.

do Direito Constitucional vigente. Houve uma nítida preocupação em evitar as barbaridades perpetradas, e as alternativas pensadas passavam sempre por meios de limitação do poder, mais acesso às informações, mecanismos eficazes de proteção às regras fundamentais e meios que exigissem a alternância do poder, para que se evitasse o surgimento de novos déspotas. Jorge Miranda (2002, p.49-50) assim sintetiza o período pós-guerra:

II – São quatro as linhas de força dominantes, na seqüência imediata das duas guerras mundiais:

- As transformações do Estado num sentido democrático, intervencionista, social, bem contraposto ao *laissez faire* liberal;
- O aparecimento e, depois, o desaparecimento de regimes autoritários e totalitários de diversas inspirações;
- A emancipação dos povos coloniais, com a distribuição agora de toda a Humanidade por Estados – por Estados moldados pelo tipo europeu, embora com sistemas políticos-constitucionais bem diferentes;
- A organização da comunidade internacional e a proteção internacional dos direitos do homem.

As quatro primeiras décadas do século XX foram emblemáticas para o Direito Constitucional. Na estruturação constitucional do Estado, se pensou em praticamente tudo, se colocando tais alterações nos textos das constituições. Foi uma fase marcada por extremismos, ideologias político-econômicas antagônicas, revoluções e golpes de estado.²⁰

2.4.2 Características

Foi fundado o Estado Democrático de Direito, onde o democrático aí qualifica o próprio Estado, antes do próprio direito. Em síntese, o Estado Democrático caracterizou-se pelas seguintes previsões nas constituições:

- a) Alternância necessária do poder, com participação necessária do povo que elege seus representantes (própria essência do princípio democrático);

²⁰ Forte em tal ponto de vista, Hobsbawn (1997). Ainda: Jorge Miranda (2002, p.49): “[...] o século XX é, muito mais que o século anterior, a era das ideologias e das revoluções. Desembocam nele todas as grandes correntes filosóficas e acelera-se o ritmo dos eventos políticos”.

- b) Liberdade de manifestação do pensamento;
- c) Acesso à informação real;
- d) Meios de comunicação nas mãos da iniciativa privada;
- e) Liberdade de reunião, associação e crença;
- f) Pluralismo político;
- g) Possibilidade de qualquer cidadão ingressar, sair ou criar um partido político.

Além disso, tudo, o Estado Democrático de Direito também tem as seguintes características:

- a) Criação dos direitos fundamentais de terceira (e mais recentemente, de quarta) dimensões;
- b) Consagração do princípio da supremacia constitucional²¹;
- c) Conseqüentemente, há um prestígio maior a ser dado ao Poder Judiciário: quem aplica as leis deve aplicar, antes de tudo, a Constituição, fazendo com que o Judiciário passasse a ser (e continua sendo) o derradeiro bastião de respeito aos direitos fundamentais, levando com que na prática o Judiciário tornasse a ser, dentro do Estado, um limitador dos arbítrios do Estado;
- d) Reformulação radical da teoria da norma jurídica. Hoje, Norma Jurídica é “gênero” que tem como “espécies” os Princípios e as Regras;

²¹ O princípio da supremacia da Constituição existe desde as revoluções liberais, inclusive tendo sido lembrado expressamente no caso *Marbury X Madison*. O diferencial é que este princípio era, como dito, apenas uma previsão, na prática sendo muitas vezes completamente desrespeitado. Por isto o termo proposadamente colocado (“consagração”).

- e) Consagração e difusão de mecanismos de controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

Lenio Streck (2000, p.93) assim sintetiza seu entendimento sobre o Estado Democrático:

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando *o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência.

[...]

Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de *ultrapassar* não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *welfare state* neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo do utópico de *transformação da realidade*. Dito de outro modo, o Estado Democrático é plus normativo em relação às formulações anteriores.

Vê-se que a novidade que apresenta o Estado Democrático de Direito é muito mais em um sentido teleológico de sua normatividade do que nos instrumentos utilizados ou mesmo na maioria de seus conteúdos, os quais vêm sendo construídos de alguma data.

Com efeito. Como se pode perceber, as principais características do Estado Democrático de Direito não são ideias novas nem originais. O diferencial consiste justamente numa tentativa de operacionalização, ou seja, de tornar efetivos os preceitos que antes, se eram vistos como importantes no campo filosófico, não se tinha qualquer preocupação com sua realização prática.

Mas, dentre as novidades surgidas neste Estado de Direito encontra-se o surgimento de uma nova geração (*rectius*: dimensão) de direitos fundamentais, os direitos coletivos e difusos.

Aqui uma certa digressão é necessária: o século XX, como é sabido, vivenciou modificações nas relações humanas radicais: urbanização acelerada, com todas as consequências – boas e ruins – daí advindas, tais como a multiplicação das relações de consumo, degradação do meio-ambiente; deterioração do patrimônio

público, histórico e paisagístico; conflitos coletivos entre empregados e patrões, via sindicatos, etc. Estes os motivos principais, mas colocados a título exemplificativo.

A consequência inevitável: a multiplicação de conflitos de interesses de massas, que, aliás, sempre existiram (pois o ser humano nunca deixou de viver em sociedade). A urbanização e o aumento da população simplesmente o colocaram em evidência. Caio Tácito (1984, p. 10) assim observou tal tendência, já em 1984:

Uma nova tendência começou a se desenhar, sobretudo nas últimas décadas, no sentido de ampliar o âmbito dos direitos humanos de modo a abranger já não mais apenas os direitos pertinentes a uma ou mais pessoas determinadas, ou até mesmo direitos coletivos de categorias específicas, ligadas por uma relação jurídica básica (como, por exemplo, os acionistas de uma sociedade anônima, ou os membros de um condomínio), mas para alcançar os interesses de grupos integrados por uma pluralidade de pessoas indeterminadas, embora vinculadas por um mesmo interesse comum. A vida moderna ressalta a importância de tais direitos que não têm titular certo, mas repercutem decisivamente sobre o bem-estar, ou mesmo a sobrevivência dos indivíduos nos vários segmentos sociais a que pertencem. Aos habitantes de uma determinada região são essenciais as condições do meio ambiente em que se integram; aos consumidores sobreleva a qualidade dos produtos ou a defesa contra manipulações de mercado. O livre acesso à informação isenta ou a proteção a valores históricos e artísticos são meios elementares de difusão e preservação da cultura. Tais bens coletivos, sem dono certo, constituem matéria-prima de uma vida comunitária estável e sadia, a serem juridicamente protegidos. A tais valores sociais que são, a um mesmo tempo, peculiares a todo um grupo social e a cada qual de seus membros, consagrou-se o qualificativo de *direitos difusos*, que passam a merecer a proteção da lei.

Daí a necessidade de judicializá-los, isto é, de prever mecanismos de proteção pelo Estado no rol de direitos fundamentais, via constituições, foi um passo. E tais direitos difusos, que na verdade não deixam de tutelar processualmente muitos dos direitos sociais e normas programáticas previstas nas constituições, apesar de serem os mais diversos (direito à paz social, segurança, meio ambiente equilibrado, educação etc.), possuem características comuns:

- a) Impossibilidade de determinação de seus titulares;
- b) Por consequência, são os fatos o fator principal de sua proteção e não os sujeitos;

- c) A indivisibilidade do objeto (“a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade” (MOREIRA, 1984);
- d) Intenso grau de litigiosidade;
- e) Transição ou mutação no tempo e no espaço.²²

E, por isso, se passou a dar importância cada vez maior ao *processo como mecanismo de construção de tais ideais, como meio de transformação da realidade que nos cerca*. E para isso ainda, o papel do Judiciário e de seus atores provocadores – o Ministério Público, os grupos de pressão, as entidades de classe, sindicatos e partidos políticos – passaram a ter uma importância paulatinamente aumentada. E é esta ambiência histórica que se vivencia nesta primeira quadra do século XXI.

Houve um resgate e uma releitura dos seguintes termos, que, se já foram positivados – e mesmo discutidos – em outras épocas, agora passam, de atores coadjuvantes para principais: princípio democrático, doravante entendido como fator constitucional de alternância de poder com a participação necessária do povo; Judiciário como controlador de políticas públicas; constitucionalismo como “ideologia” fundamental: meio de equilíbrio entre as decisões do povo e os preceitos previstos na Constituição. E ressalte-se o princípio democrático: dentro de todos os princípios estruturantes de uma Constituição, este passa a ser seu núcleo essencial, a ideologia que obrigatoriamente deverá vincular o intérprete/aplicador, uma vez constatado que a neutralidade, antes defendida como o ideal “científico”, na verdade é impossível de ser alcançada.

Mais: a neutralidade e a objetividade, antes vistas como papéis a serem desempenhados pelos agentes públicos, especialmente pelo Judiciário, quando da aplicação da lei (tal ponto de vista colocado praticamente como dogma quando do

²² Nesta acepção e com mais detalhes, Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 93-110).

Estado Liberal) passaram a ser vistos como são: utopias que, muitas vezes, mais traveste hipocrisias e confunde do que esclarece. E tal noção da objetividade e da neutralidade foi por muitos anos sustentada com fervor, como legado dos ideais iluministas de culto dogmático à razão, levada às últimas consequências na fase positivista.

Não se quer afirmar que a razão não deva ser vista como um objetivo a ser alcançado. É que atualmente se constatou que o ser humano também não deixa de *valorar os fatos*, nem de interpretá-los de acordo com seus *preconceitos e emoções*. E esta é a fase que se encontra o Estado Democrático de Direito. Tal fase – pós-positivista - e forma de entender a neutralidade é também partilhada por Luís Roberto Barroso (2003, p.28-29):

Admita-se, assim, que a razão divida o palco da existência humana pelo menos com esses dois outros (f)atores: a ideologia e o inconsciente. O esforço para superar cada um deles, pela autocrítica e pelo autoconhecimento, não é vão, mas é limitado. Nem por isso a razão se torna menos importante.

[...]

As reflexões acima incidem diretamente sobre dois conceitos que integram o imaginário do conhecimento científico: a *neutralidade* e a *objetividade*. Ao menos no domínio das Ciências Humanas, e especialmente no campo do Direito, a realização plena de qualquer um deles é impossível. A *neutralidade*, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (autocrítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (autoconhecimento).

Os termos-chave, então, passam a ser os seguintes: democracia, participação, processo (vez que o Judiciário começa a ter um papel preponderante); alternância de poder. Quanto a esta fase – que se está vivenciando – assim se manifestou Barroso (2003, p.30):

O Constitucionalismo [Estado Democrático de Direito] chega vitorioso ao início do milênio, consagrado pelas revoluções liberais e após haver disputado com inúmeras outras propostas alternativas de construção de uma sociedade justa e de um Estado Democrático. A razão de seu sucesso está em ter conseguido oferecer ou, ao menos, incluir no imaginário das pessoas: (i) *legitimidade* – soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte; (ii) *limitação do poder* – repartição

de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias; (iii) *valores* – incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da Humanidade.

E que propostas de Estado seriam estas colocadas ao longo dos séculos XIX e XX, colocadas por Barroso (2003, p.30). Assim ele responde:

O *Constitucionalismo* tem-se mostrado como a melhor opção de limitação do poder, respeito aos direitos e promoção do progresso. Nada parecido com o *fim da história*, porque valorizar e prestigiar a Constituição não suprime a questão política de definir o que vai dentro dela. Mas o fato é que as outras vias de institucionalização do poder praticada ao longo do tempo não se provaram mais atraentes. Vejam-se algumas outras propostas que tiveram relevância ao longo do século. O Marxismo-Leninismo colocava no centro do sistema não a Constituição, mas o Partido. O Militarismo Anticomunista gravitava em torno das Forças Armadas. O Fundamentalismo Islâmico tem como peça central o *Corão*. Nenhuma dessas propostas foi mais bem-sucedida.

Esta a posição consensual da doutrina no início do século XXI. Mais difícil era ter antevisto isso em pleno embate mundial entre esquerda e direita, como fez Paulo Bonavides (1983, p.18), na década de 1950:

Já o Estado social propriamente dito – não o do figurino totalitário, quer de extrema esquerda, quer de extrema direita – deriva do consenso, das mutações pacíficas do elemento constitucional da Sociedade, da força desenvolvida pela reflexão criativa e, enfim, dos efeitos lentos, porém seguros, provenientes da gradual acomodação dos interesses políticos e sociais, volvidos, de último, ao seu leito normal.
Afigura-se-nos, assim, o Estado social do constitucionalismo democrático da segunda metade do século XX o mais adequado a concretizar a universalidade dos valores abstratos das declarações de direitos fundamentais.

Ou seja, uma defesa intransigente da democracia enquanto valor que Paulo Bonavides (1983) faz, ainda, na década de 1950, quando de sua tese de concurso de cátedra!

2.4.3 *Sobre a Democracia Participativa*

Como visto, o Estado Democrático de Direito deve ser visto como uma síntese dos avanços institucionais dos dois “Estados” de Direito anteriores, além de outras características criadas no pós-guerra. Muitos direitos e previsões nas constituições que, se não foram originais, ao menos em tal fase se consagraram. E os direitos difusos e coletivos que aumentaram a importância do processo judicial como meio de efetivação das normas insculpidas na Constituição.

Com o apanhado histórico de uma perspectiva constitucional pode-se compreender melhor o atual papel do Judiciário e a influência dos direitos fundamentais de quarta dimensão sobre suas decisões. Antes, porém, é necessário que se contextualize tais espécies de direitos. E, além disso, deve-se entender melhor o principal elemento que está influenciando os modos de decisão não só dos dirigentes do poder, mas de toda sociedade. Está se falando aqui da democracia e de sua evolução, especialmente na última década do século XX e início do XXI, no que a doutrina está a chamar de *democracia participativa*.

O que irá se comprovar é que os termos democracia, participação, povo e processo estão cada vez mais imbricados, e o Judiciário está exercendo (principalmente o STF), neste contexto – para o bem e para o mal – um papel fundamental. Para um melhor entendimento deste fenômeno, em plena realização, faz-se mister entender a democracia, os direitos fundamentais de 4^a. dimensão e o novo papel do Judiciário, pelo exercício do controle de constitucionalidade. Ou nas palavras de Pablo Lucas Verdú (2004, p. 178):

O Estado Social e Democrático de Direito cobra sentido e se enche de conteúdo, assim, mediante o reconhecimento e concretização dos valores através de uma ação legislativa, administrativa e judicial que se harmonize com os sentimentos do Direito e do justo na sociedade.

Assim, a relação Estado/particular dependerá de seus objetivos constitucionais e sua solução, quando não realizada pelo Estado em si considerado, seja por meio das políticas públicas do Executivo ou obrigações de criação de leis pelo Legislativo (pela previsão, na Constituição, de normas de eficácia limitada) terá que ser realizada pelo Judiciário, por via do processo. No Brasil, pela liderança do STF, especialmente com os instrumentos processuais de audiências públicas e dos amigos da Corte, que caracterizam, como procedimento, a interação dos mais modernos direitos fundamentais do Estado Democrático, os direitos de quarta dimensão, a serem estudados no próximo tópico.²³

²³ Não custa repetir. Esta tese tem como uma de suas razões de identidade a História de evolução das instituições de Direito Constitucional. O que justifica a utilização, em inúmeras vezes, o termo

2.5 Os direitos fundamentais de quarta geração. Caracterização

São os seguintes os direitos fundamentais de quarta dimensão: democracia, informação e pluralismo. Como explicado por Paulo Bonavides (2002, p.525), tais gerações de direitos implementarão a “concretização da sociedade aberta²⁴ do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade”. Por suas palavras:

A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia da comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual. (BONAVIDES, 2002, p. 525).

Uma leitura apriorística destes três direitos mencionados poderia levar à falsa compreensão que a democracia, o direito à informação e o próprio pluralismo não seriam conceitos novos, tendo sido na verdade já aventados nas democracias ateniense, e mesmo nas ideias básicas do constitucionalismo após as revoluções burguesas.

A premissa acima apontada é falsa. O que se quer indicar aqui não são tais ideias, em verdade antigas. Na verdade o que se quer ressaltar é uma nova leitura destes direitos, caracterizando-os de maneira completamente diferente. Em outras palavras: estes três direitos de quarta dimensão devem ser vistos necessariamente imbricados, devendo-se entendê-los de forma separada apenas no aspecto didático, mas eles se apresentam como um *processo* único e não como fenômenos diferentes.

geração de direito ao invés de dimensão, justamente para realçar o aspecto histórico da evolução do direito(s) estudado e de sua evolução com relação ao Estado Constitucional.

²⁴ A expressão “sociedade aberta” foi inicialmente cunhada pelo filósofo francês Henri Bergson, em 1932, e se “popularizou” em 1945, com a publicação da obra *A Sociedade Aberta e seus Inimigos* (*The Open Society and its enemies*), com atualizações em 1957 e 1973 (Ed. Routledge & Kegan Paul, Londres). No Brasil publicada em 1974 (2 volumes, São Paulo: EDUSP). Mais recentemente, pela Editora Itatiaia (MG, 2 vols., 1998). No âmbito do Direito Constitucional, a expressão ganhou mais notoriedade a partir de 1975, com a publicação da obra *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, de autoria de Peter Häberle (1997).

E na forma de um *processo único*. Diz-se processo posto que, havendo tal alternância necessária de poder, com a participação necessária do povo (essência do princípio democrático), na medida em que o povo participa do processo decisório, ele passa a exigir com isso, mais informação, e ressalte-se, informação real (CF, art. 5º, XIV) e não a do interesse dos governantes, e mais do que isso, pluralidade nas manifestações, de opiniões, e de formas diferentes de pensar (e repensar) o poder, caracterizando-se assim o pluralismo.

Significa dizer o seguinte: na medida em que o povo se informa mais (já que na sociedade aberta atual, com os meios de comunicação facilitados e mais baratos, haja vista que a televisão, rádio e mesmo a Internet são acessíveis a parcelas cada vez mais significativas da população), tende este a participar mais (direito à informação real); com tais informações o povo cria suas próprias opiniões sobre o governo e sobre si próprios. Desta forma, a tendência política (*rectius*: sociológica) que transparece é que cada vez mais parcelas do povo se unem nos grupos que mais se identificam, ou mesmo não se reunindo, se assim quiserem (direito ao pluralismo). Desta forma, o povo, com o tempo (ou parcelas cada vez mais significativas deste), tende a se tornar mais reivindicativo e, conseqüentemente, mais participativo.²⁵

2.6 Os direitos fundamentais de quarta geração são fatores de legitimação das decisões do Poder Judiciário que envolvam princípios constitucionais

O argumento de que os julgamentos do Judiciário são exclusivamente “técnicos”, devendo, portanto o juiz decidir sem “paixões” (e, portanto sem sentimento ou sensibilidade social [*rectius*: constitucional]), ou aplicando o denominado “ativismo judicial”²⁶, com necessária objetividade e neutralidade, sem admitir injunções políticas, é falso.

²⁵ Eis a explicação fundamental da teoria da *Democracia participativa* de Paulo Bonavides, que a defende, de forma pioneira no Brasil, em inúmeras obras suas.

²⁶ Termo “na moda” atualmente, especialmente de vinte anos para cá. Nesta tese não irá se explorar o assunto porque o termo tornou-se repetitivo e, portanto, prolixo. Há inúmeras obras a respeito,

Tal pensamento, porém, é ainda predominante, embora defasado. Desatualizado não só porque a neutralidade e objetividade “puras” é algo apenas hipotético e na prática, impossível (v. supra), mas também pela própria concatenação que muitas vezes ocorre entre Direito e Política. De outra forma: o raciocínio acima colocado pode até ser *em parte* correto na aplicação de regras, mas em tudo e por tudo não se admite quando se decide com base em princípios, especialmente quando da efetivação de normas constitucionais programáticas.

É sabido que a Norma Jurídica foi repensada, atualmente sendo vista como gênero, dos quais são espécies as regras e os princípios. De sua característica “normativa”, recolheram-se as distintas acepções do termo “princípio”, todas elas se referindo às normas jurídicas (ou a disposições normativas/legislativas que exprimem normas): 1) Os princípios (se referem a normas) possuem um alto grau de generalidade; 2) os princípios são providos de alto grau de indeterminação, requerendo concretização por via interpretativa (sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos); 3) Os princípios revestem-se – por vezes – de um caráter “programático”; 4) os princípios costumam ter elevada hierarquia na posição de fontes do Direito; 5) os princípios desempenham funções “fundamentais” em dado sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (e.g., Dir.Civil, do Trabalho, Tributário etc.); 6) os princípios se dirigem aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou normas aplicáveis nos diversos casos.²⁷

Assim, a ambiência natural dos princípios é o texto das constituições. Além disso, como se sabe, todas as normas previstas na Constituição são igualmente normas jurídicas. Desta forma, como há vários princípios previstos na Constituição Federal de 1988 que tem uma natureza essencialmente política, e se

muitas, infelizmente, com uma qualidade técnica muito baixa. Há, contudo um livro com vários artigos que procurar compilar, cotejar e transparecer muitos pontos de vista (favoráveis e contrários) ao assunto. Trata-se da obra *As Novas faces do Ativismo Judicial*, em que aparecem artigos (não serão citados todos) de André Rufino do Vale, Daniel Sarmiento, Dimitri Dimoulis, Inocência Mártires Coelho, José Adércio Leite Sampaio, Luís Roberto Barroso, Paulo Gustavo Gonet Branco, Thomas Bustamante (2011).

²⁷ Cf. Ricardo Guastini, *Dalle Fonti alle Norme*, Turim, 1990, p. 112 (*apud* BONAVIDES, 2002, p.230-231).

todas as normas da Constituição são normas jurídicas, por conseguinte muitas normas constitucionais, como normas jurídicas que são, também são normas políticas.

Tomando o acima colocado como verdadeiro, nada impede que setores organizados da sociedade exerçam pressão sobre as decisões judiciais, isto quando o Judiciário solucione um dado caso estudado não por regras, mas sim quando a solução do caso exija a aplicação de princípios constitucionais. Vale dizer, grupos organizados politicamente querendo influenciar decisões que também terão forte teor político.

Em outras palavras: a influência das reivindicações populares, grupos organizados (grupos de pressão), além de setores da sociedade civil, sejam associações ou não, perante as decisões submetidas ao Judiciário, é um fenômeno que já se iniciou, e tenderá a aumentar, na medida em que a população tenha mais acesso às informações. E, no caso do Brasil, levará a consequências impensáveis antes ao Poder Judiciário. Antes hermético, este terá, como consequência das reivindicações populares, que se reestruturar: não somente com sua própria democratização interna, mas também com uma preocupação, cada vez maior, de mais e melhores fundamentações em suas decisões, como forma de legitimar-se, consagrando o princípio democrático adaptado ao Judiciário, ou em outras palavras, a consagração do princípio da motivação judicial como pedra de toque de todas as suas decisões (consagração do art. 93, IX, da CF/88).²⁸

Vale dizer, na medida em que o Judiciário se preocupa em fundamentar mais e melhor suas decisões, e, mais ainda, de forma compreensível aos jurisdicionados, tais atitudes redundarão numa maior aceitação e tolerância de suas decisões,

²⁸ Esta defesa doutrinária foi vitoriosa. Na legislação brasileira recente, pode-se citar as seguintes leis: art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, que regula a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) no processo de controle de constitucionalidade; art. 14, § 7º, da Lei 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais), no que concerne ao incidente de uniformização de Jurisprudência; art. 3º, § 2º, da Lei 11.417/2006, que trata da edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. *Last, but not least*, o CPC de 2015, em seu art. 138.

consequentemente legitimando mais este Poder. Tal necessidade de fundamentação como mecanismo de legitimação foi colocada por Mauro Cappelletti (1999, p.98):

Particularmente, de forma diversa dos legisladores, os tribunais superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões das suas decisões, obrigação a assumiu a dignidade de garantia constitucional em alguns países, como a Itália. Essa praxe bem se pode considerar como um contínuo esforço de convencer o público da legitimidade de tais decisões, embora na verdade ultrapasse freqüentemente sua finalidade, por ter a pretensão de apresentar as decisões judiciais como fruto de mera lógica, como puras 'declarações' do direito. De qualaquer (sic) modo, mantém o seu valor enquanto tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis ao 'sentimento de equidade e justiça da comunidade'. Assim, mediante tal praxe, os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de 'exposição' ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais 'responsáveis' perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria destes), não expostos a tal fiscalização continuada do público.

Já a ideia da participação, a maior possível, a amplos setores da sociedade em processos que envolvem controle de constitucionalidade já foi, inclusive, defendida por Perter Häberle (1997), e que integra o que já foi colocado nos tópicos anteriores. A sociedade aberta não deixa de ser corolário da democracia participativa:

[...] existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso. Isto já seria razão suficiente para a doutrina tratar de maneira destacada esse tema, tendo em vista, especialmente, uma concepção teórica, científica e democrática. A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma 'sociedade fechada'. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados. (HÄBERLE, 1997, p. 54).

E, de certa forma, como colocado no tópico sobre democracia participativa e processo (v. *infra*), isto já se encontra positivado, especialmente, no processo constitucional, pela possibilidade de participação, no controle concentrado de constitucionalidade, do chamado *amicus curiae*, previsto no artigo 7º, §2º, da Lei n. 9.868/99, que regulamenta o procedimento da ADI e ADC:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

[...]

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

O “amigo da Corte” então é figura do processo constitucional brasileiro, copiado da doutrina e jurisprudência norte-americana, que propicia uma maior participação dos integrantes da sociedade civil, servindo para garantir um maior grau de legitimidade às decisões do STF, em sede de controle de constitucionalidade. Mais democrático, pois participa a interação de terceiro gabaritado, sendo dessarte o debate enriquecido com os dados apresentados pela entidade ou órgão representativa que se inscreve na ação, ensejando a possibilidade de fornecimento aos julgadores de elementos de informação e experiências das implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais de outros órgãos.

Paralelamente, a possibilidade de participação desses *amici curiae* reforça o caráter dialético²⁹, pois permite a participação de setores da sociedade que muitas vezes, não possuíam ou possuem meios de interação política sequer nos Parlamentos, com a possibilidade real, de obtenção de uma decisão favorável a sua tese, com força *erga omnes*, o que, até o advento da Lei 9.868/99, era quase impossível.³⁰

A perceber, ainda, que, na previsão legal dada pelo art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, consta apenas a possibilidade de participação de outros órgãos nos processos de ações direta de inconstitucionalidade (ADI). Uma das primeiras aplicações deste instituto, do ponto de vista da História do Direito Constitucional

²⁹ A lembrar que, no processo de controle concentrado de normas, exatamente pela inexistência de *partes*, não ocorre o contraditório. Há, porém, a prevalência da dialeticidade, na medida em que o Advogado Geral da União deve defender o texto impugnado no caso de ADI (CF, art. 103, § 3º), e sempre haverá a oitiva do Procurador Geral da República, como *custos constitucionalis*.

³⁰ O termo *quase impossível* foi propositadamente colocado. Antes mesmo do advento da Lei 9.868/99 o STF, timidamente é certo, já admitia a possibilidade de existência do *amicus curiae*. Foi na ADI 748 (DJ 18-11-1994), quando, por unanimidade de votos, o plenário do STF confirmou decisão monocrática do Ministro Celso de Mello e permitiu a presença de memoriais, preparado por um assessor informal. Também num rumoroso caso, que adquiriu notoriedade, no chamado “caso Ellwanger”, onde foi discutida a possibilidade ou não de Siegfried Ellwanger divulgar informações anti-semitas na imprensa e mídia, se tal divulgação poderia ser proibida ou seria uma ingerência do Estado quanto a manifestação do pensamento. Neste caso, apesar de ter sido um *habeas corpus*, funcionaram e foram aceitos como *amicus curiae* os juristas Celso Lafer e Miguel Reale Júnior, além do religioso judeu Henri Sobel (*in* HC 82.424-2 RS, DJU 19.03.2004).

brasileiro ocorreu por uma decisão do ex-ministro Eros Roberto Grau, que admitiu a hipótese de *amicus curiae* em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Provocada pelo advogado e professor Oscar Vilhena, da Conectas Direitos Humanos, foi uma decisão que ampliou a possibilidade de participação dos intérpretes de uma sociedade aberta, decisão esta, consentânea, portanto, com os ideais democráticos:

DECISÃO: (PET SR-STF n. 87.857/2005). Junte-se. 2. **A Conectas Direitos Humanos requer sua admissão na presente ADPF, na condição de *amicus curiae* (§ 2º do artigo 6º da Lei n. 9.882/99).** 3. **Em face da relevância da questão, e com o objetivo de pluralizar o debate constitucional, aplico analogicamente a norma inscrita no § 2º do artigo 7º da Lei n. 9.868/9/9, admitindo o ingresso da petionária, na qualidade de *amicus curiae*,** observando-se, quanto à sustentação oral, o disposto no art. 131, § 3º, do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental n. 15, de 30.3.2004. Determino à Secretaria que proceda às anotações. Publique-se. Brasília, 1º de agosto de 2005. Ministro Eros Grau – Relator.³¹ (Grifo nosso).

Em síntese, o fator legitimador das decisões do Judiciário passa, necessariamente, pela sua democratização interna, transparência de sua administração e, principalmente, pela maior e melhor motivação de todas as suas decisões, jurisdicionais ou administrativas.

³¹ ADPF n. 73-4 – DF – DJU DATA-08/08/2005, p. 27.

3 A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E SUA INTERAÇÃO COM O PROCESSO

A Jurisdição constitucional somente se desenvolve em democracias já consolidadas. Em outras palavras, a noção mais robusta de democracia, na concepção tanto do conceito por esta tese adotada, como na sua junção com os direitos de quarta dimensão, somente ocorre em países em que o controle de constitucionalidade funciona corriqueiramente. Para isso, será feita uma ampla análise dos institutos mais utilizados pela Ciência Política, e seus liames com o Direito Constitucional.

3.1 Política e Direito

Nesta parte explorar-se-á as inúmeras e necessárias interrelações entre o Direito e a Política, especialmente no Direito Constitucional. Após a aceitação da teoria positivista, no final do século XIX e início do século XX, muitos doutrinadores entenderam que há decisões exclusivamente políticas, que estariam a margem de apreciação pelo Direito e, conseqüentemente, pelo Judiciário.

Inclusive toda uma doutrina a este respeito foi criada: a da separação de poderes, com conseqüente atribuição de competências a cada um dos órgãos; no direito administrativo, a chamada decisão “discricionária”, onde haveria uma margem de decisão “livre” do Executivo, insindicável ao Judiciário.

Neste trecho será narrado como isso começou, como foi “cientificamente” realçado e como se pode entender que tal entendimento, para muitos doutrinadores e em muitos precedentes do STF e STJ, estaria superado. Tal análise acabará por desaguar num dos pontos fulcrais de defesa desta tese, concernente ao princípio da pluralidade dos poderes.

3.1.1 Direito, Política e Poder: uma intersecção necessária

Como é sabido, os termos política e poder são polissêmicos. Isto não significa dizer, porém, que não seja possível sua delimitação. Para Pedro Lessa (2000, p. 113), ministro do STF no início do século XX e filósofo do Direito:

Considerada como arte, a política tem sido por muitos definida: *a arte do governo do Estado*. Pode a definição ser verdadeira, e em substância o é; mas, não nos subministra uma idéia bastante clara e precisa do objeto definido. Mais aceitável nos parece o conceito de Schäfle: 'a arte de guiar todas as tendências sociais divergentes, imprimindo-lhes novas direções, comuns e médias, com a mínima resistência coletiva e a mínima perda de forças'.

Segundo De Plácido e Silva (1997, p.389), política, na acepção jurídica, com o mesmo sentido filosófico, designa a ciência de bem governar um povo, constituído em Estado. Assim, seu objetivo é estabelecer os princípios, que se mostrem indispensáveis à realização de um governo, tanto mais perfeito, quanto seja o desejo de conduzir o Estado ao cumprimento de suas precípua finalidades, em melhor proveito dos governantes e governados. Correlato a este entendimento, baseado profundamente na filosofia clássica grega, assim colocou Dante Pacini (1973, p.247-248):

Historicamente, foi a POLÍTICA definida até mesmo como uma 'arte' de governar, segundo uma sua impressão através da Filosofia grega. Mas, não é ela uma Arte, no exato sentido que esta unidade irredutível do saber expressa, porque a POLÍTICA não configura o belo no estético, embora possa também se direcionar para ativar, criar ou produzir o belo-comum. A POLÍTICA é uma 'ciência de ação'.

Max Weber (2011, p.66-67) associa o termo política com o de Estado:

[...] devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território – a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado – reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física. [...] Por política, entenderemos, conseqüentemente, o conjunto de esforços feitos com vistas a participar do poder ou a influenciar a divisão do poder, seja entre Estados, seja no interior de um único Estado.

Sociologicamente, a política surgiu com a separação do sagrado e do profano, apesar da eterna ligação entre a autoridade do poder privado, econômico e militar. Como estabelece Marilena Chauí (2007, p.35),

A política foi inventada quando surgiu a figura do poder público, por meio da invenção do direito e da lei (isto é, a instituição dos tribunais) e da criação de instituições públicas de deliberação e decisão (isto é, as assembléias e os senados). Esse surgimento só foi possível porque o poder político foi separado de três autoridades tradicionais que anteriormente definiam o exercício do poder: a autoridade do poder privado ou econômico do chefe de família, de cuja vontade dependiam a vida e a morte dos membros da

família, a do chefe militar e a do chefe religioso, figuras que, nos impérios antigos, estavam unificadas numa chefia única, a do rei. A política nasceu, portanto, quando a esfera privada da economia e da vontade pessoal, a esfera da guerra e a esfera do sagrado ou do saber foram separadas e o poder político deixou de identificar-se com o corpo místico do governante como pai, comandante e sacerdote, representante humano de poderes divinos transcendentais.

O que é consensual é que, *sempre*, o conceito de Política encontra-se imbricado com o de *Poder*. Neste sentido, as palavras de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (2000, p.954, grifo nosso), em seu clássico *Dicionário de Política*, segundo o qual:

O conceito de Política, entendida como forma de atividade ou de práxis humana, está **estritamente ligado ao de poder**. [...] Sendo um destes meios, além do domínio da natureza, o domínio sobre os outros homens, o poder é definido por vezes como uma relação entre dois sujeitos, dos quais se impõe ao outro a própria vontade e lhe determina, malgrado seu, o comportamento.

E continuando sua relação entre Política e Poder: “O poder político pertence à categoria do poder do homem sobre outro homem, não à do poder do homem sobre a natureza”. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p.955).

Importante ainda ressaltar os três critérios de classificar as formas de poder: o econômico, o ideológico e o político *strictu sensu*. De acordo com Bobbio (2000, p.955-958, grifo nosso),

O primeiro [**poder econômico**] é o que se vale da posse de certos bens, necessários ou considerados como tais, numa situação de escassez, para induzir aqueles que não os possuem a manter um certo comportamento, consistente sobretudo na realização de um certo tipo de trabalho.

Já

O poder ideológico se baseia na influência que as idéias formuladas de um certo modo, expressas em certas circunstâncias, por uma pessoa investida de certa autoridade e difundidas mediante certos processos, exercem sobre a conduta dos consociados.

E,

Finalmente, o **poder político** se baseia na posse dos instrumentos mediante os quais se exerce a força física (as armas de toda a espécie e potência): é o poder coator no sentido mais estrito da palavra.

De tudo isso, tem-se que a Política e poder são termos necessariamente correlacionados. Tem-se ainda que o poder – termo plurissignificativo – pode ser ideológico, econômico ou político. Que o poder político corresponde à exclusividade do Estado de exercer a coação física, quando necessária. E que o fim da política – exercida por seu *poder* – é a manutenção da ordem e, portanto, *assegurar a paz social*. Neste sentido, Jürgen Habermas (2003, p.175, grifo nosso):

Hobbes conta, de um lado, com a *estrutura de regras* de relações contratuais e leis; de outro lado, com o *poder fático de mando* de um soberano, cuja vontade pode dominar qualquer outra vontade sobre a terra. Na base de um contrato de dominação, constitui-se então um poder do Estado, segundo o esquema: a vontade soberana assume funções de legislação, revestindo suas manifestações imperativas com a forma do direito. Porém **o poder da vontade do senhor, canalizado pelas leis, continua sendo essencialmente o poder substancial de uma vontade apoiada na pura decisão**. Esta se dobra à razão, transformada em lei, apenas para servir-se dela. [...] As idéias reformistas de Kant ainda traem o respeito de Hobbes perante o fato natural **do poder político, núcleo impenetrável da política**, no qual se separam o direito e a moral.

Em síntese ao colocado acima, procurando não descurar dos caracteres essenciais. Poder é decidir e implementar (transformar em realidade) tais decisões, tudo isso em nome da coletividade.¹ Portanto, a palavra-chave é decidir e transformar tais decisões em realidade.

3.2 Constituição e Política. Institutos interdependentes

Assim, a relação entre política e direito é um problema de interdependência recíproca. A política tem a ver com o direito sob dois pontos de vista: enquanto a ação política se exerce através do direito, e enquanto o direito delimita e disciplina a ação política. Em outras palavras, **a ação política se exerce por meio do direito, especialmente e principalmente pelo Direito Constitucional**.

Neste aspecto, a ordem jurídica é o produto do poder político. Onde não há poder capaz de fazer valer as normas por ele estabelecidas recorrendo também

¹ Neste estudo iremos perquirir quando o poder deverá se dar em nome da coletividade. *Deverá se dar* da forma mais *legítima possível*, daí a necessidade do estudo do conceito de democracia.

em última instância à força, não há direito. Ou parafraseando Norberto Bobbio (2000, p.239-240), o poder sem direito (constitucional) é cego, mas o direito (constitucional) sem o poder é vazio (destituído de eficácia). Em seus termos:

[...]

O problema fundamental do normativista, ao contrário, é mostrar que um sistema normativo pode ser considerado direito positivo apenas se existirem, em várias instâncias, órgãos dotados de poder capazes de fazer respeitar as normas que o compõem. *O poder sem direito é cego, mas o direito sem poder é vazio*. Da mesma forma que o direito público tradicional que partia do poder sempre perseguiu o direito, para conseguir distinguir o poder de fato do poder legítimo, a teoria normativa do direito – ensina Kelsen – teve que perseguir o poder para conseguir fazer a distinção entre uma ordem jurídica apenas imaginada e uma ordem jurídica efetiva. Em outras palavras, para o primeiro, o nó a ser desatado é o problema da legitimidade do poder; para a segunda, é o problema da efetividade do sistema normativo. (BOVERO, 2000, p. 239-240).

Por todo o afirmado, o que se percebe – e é cada vez mais aceito – é que a uma teoria do Direito Constitucional *também é uma teoria política*, vez que mexe com o próprio conceito *de poder*, isto é, *decidir e implementar tais decisões, de acordo com uma competência constitucionalmente firmada*. Tal noção também é defendida no Brasil por Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (2003, p.600-601). A seguinte passagem é paradigmática:

A formação das cortes constitucionais da Europa após 1945 também é um indicador do convencimento de que a jurisdição constitucional é tarefa eminentemente política, devendo a argumentação jurídica nessa atividade existente ser desenvolvida tendo como elemento da consciência de que naquele ambiente funciona *policy maker*. As cortes da Alemanha, Áustria, Espanha e Itália são todas formadas a partir da heterogeneidade das distintas forças políticas que se deixam traduzir na presença dos diferentes partidos políticos, responsáveis pelas indicações dos membros daqueles tribunais.

Sendo a jurisdição constitucional uma atividade política, não há como deixar de se concluir que toda a política que se efetiva no Estado brasileiro se submete ao princípio dos princípios do Estado Democrático de Direito. Como se disse, à definição daquilo que venha a ser democracia é necessária a observação do acúmulo histórico existente na experiência brasileira e, como ponto determinante deste auxílio, as que se deram em outros lugares. A complexidade das relações de sociabilidade modernas exige muito mais dos tribunais do que se possa imaginar, e a tarefa de tornar efetiva uma Constituição não tem como desprezar este aspecto. Um das exigências das novas relações sociais é a da permanente participação de um maior número de intérpretes constitucionais, elemento que se deixa confirmar no Brasil desde a implantação do controle difuso de constitucionalidade; forma de controle, aliás, que corresponde à tradição brasileira. Se, por um lado, esta forma tradicional de controle ‘abre’ a

Constituição para um número maior de pessoas, por outro ângulo cerra ela a possibilidade de uma participação do povo, na medida em que a decisão do que foi definido difusamente está nas mãos de um grupo que nenhuma relação possui com o povo, ou com os intérpretes e representantes deste.

Assim, o Direito Constitucional, em sua aplicação, é um exercício de teoria política. E o exercício da jurisdição constitucional é uma manifestação necessariamente política. Daí que a Política e o Direito são termos interdependentes.

3.2.1 A teoria de Alexis de Tocqueville

Alexis de Tocqueville (2001) foi o primeiro autor a entender – e defender – que as decisões que envolvem a interpretação de uma Constituição (*rectius*: controle de constitucionalidade) são também decisões políticas. Em sua obra *Democracy in America* (1835 e 1840, respectivamente, o 1º e 2º volumes), já defendia que as decisões judiciais que envolvessem a interpretação da Constituição eram claramente manifestações políticas. Adiante será transcrito trechos do capítulo VI da primeira parte de sua obra, intitulada “Do poder judiciário nos Estados Unidos e de sua ação sobre a sociedade política”:

O mais difícil para um estrangeiro compreender nos Estados Unidos é a organização judiciária. *Não há, por assim dizer, acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz*; e daí conclui naturalmente que nos Estados Unidos o juiz é uma das primeiras forças políticas. Quando examina em seguida a constituição dos tribunais, descobre que, à primeira vista, tem apenas atribuições e hábitos judiciários. **O magistrado só lhe parece imiscuir-se nos assuntos públicos por acaso; mas esse acaso acontece todos os dias.**² (TOCQUEVILLE, 2001, p.111-112, grifo nosso).

E continua seu raciocínio:

² No original, capturado do sítio da internet do projeto Gutenberg de divulgação gratuita de e-books - <http://www.gutenberg.org/etext/8690>: “*The judicial organization of the United States is the institution which the stranger has the greatest difficulty in understanding. He hears the authority of a judge invoked in the political occurrences of every day, and he naturally concludes that in the United States the judges are important political functionaries: nevertheless, when he examines the nature of the tribunals, they offer nothing which is contrary to the usual habits and privileges of those bodies; and the magistrates seem to him to interfere in public affairs by chance, but by a chance which recurs every day*”.

O juiz americano se parece pois perfeitamente com os magistrados das outras nações. No entanto é *dotado de um imenso poder político*. De onde vem isso? Ele se move no mesmo círculo e serve-se dos mesmos meios que os outros juízes; por que possui um poder que estes últimos não têm? A causa está neste simples fato: os americanos reconheceram aos juízes o direito de fundar suas decisões na *constituição*, em vez de nas *leis*. Em outras palavras, permitiram-lhes não aplicar as leis que lhes pareceram inconstitucionais.³ (TOCQUEVILLE, 2001, p.113).

A se aceitar que a Constituição é o estatuto jurídico do político, percebe-se como o Autor foi pioneiro em sua ideia, quando em observação da incipiente nação norte-americana.

3.2.2 A teoria de Kelsen

Dentre as inúmeras obras de Hans Kelsen (2003), em seu livro *Jurisdição Constitucional*, foi transcrita sua célebre polêmica com Carl Schmitt⁴, ocasião em que estabeleceu Kelsen que o exercício da função jurisdicional constitucional é *também uma função política*. Em tal artigo, o vienense defendeu que “a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados” (KELSEN, 2003, p.240). Continuando tal pensamento, passou a tratar do termo política e sua correlação com as decisões judiciais:

IV. Tais argumentos partem do pressuposto errôneo de que entre funções jurisdicionais e funções *políticas* existiria uma contradição essencial, e que particularmente a decisão sobre constitucionalidade de leis e anulação de leis inconstitucionais seria um ato *político*, donde se deduz que tal atividade já não seria propriamente jurisdicional. **Se devemos dar ao termo ‘política’, polissêmico e excessivamente mal utilizado, um sentido razoavelmente preciso num contexto de oposição a ‘jurisdição’, só poderemos supor que seja usado para expressar algo como ‘exercício de poder’ (em contraposição a um ‘exercício do direito’). ‘Política’ é a**

³ No original: *His position [a do juiz] is therefore perfectly similar to that of the magistrate of other nations; and he is nevertheless invested with immense political power. If the sphere of his authority and his means of action are the same as those of other judges, it may be asked whence he derives a power which they do not possess. The cause of this difference lies in the simple fact that the Americans have acknowledged the right of the judges to found their decisions on the constitution, rather than on the laws. In other words, they have left them at liberty not to apply such laws as may appear to them to be unconstitutional.*

⁴ Título do capítulo: “*Quem deve ser o guardião da Constituição?*”, ou no original: “*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*”, originariamente publicada na revista *Die Justiz*. 1930-31, Heft 11-12, v. VI, p. 576-628.

função do legislador, o qual submete os indivíduos à sua vontade e exerce um poder justamente pelo fato de obrigá-los a perseguir seus interesses dentro dos limites das normas que impõem, decidindo assim os conflitos de interesses, ao passo que o juiz, enquanto instrumento – e não sujeito – de tal poder, apenas faz aplicar esse ordenamento criado pelo legislador. Tal concepção, contudo, é falsa, porque pressupõe que o exercício do poder esteja encerrado dentro do processo legislativo. **Não se vê, ou não se quer ver, que ele tem continuação ou até, talvez, seu real início na jurisdição, não menos que no outro ramo do executivo, a administração. Se enxergarmos ‘o político’ na resolução de conflitos de interesses, na ‘decisão’ – para usarmos a terminologia de Schmitt – encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder. O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder.** A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a ‘verdadeira’ jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. (KELSEN, 2003, p. 240 e 250-251, grifo nosso).

Em seguida, Kelsen (2003, p.252-253) se mostra ainda mais contundente em seu célebre debate com Carl Schmitt:

Segundo Schmitt as questões ‘políticas’ não são objeto de jurisdição. Pois bem, tudo que se pode dizer do ponto de um exame de orientação teórica é que a função de um tribunal constitucional tem um caráter político de um grau muito maior que a função de outros tribunais – e nunca os defensores da instituição de um tribunal constitucional desconhecem ou negaram o significado eminentemente político das sentenças deste – mas não que por causa disso ele não seja um *tribunal*, que sua função não seja *jurisdicional*; e menos ainda: que tal função não possa ser confiada a um órgão dotado de independência judiciária. Isto significaria deduzir justamente de um conceito qualquer, por exemplo, o de jurisdição, elementos para a conformação da organização estatal.

Em sentido correlato ao acima exposto, vale a transcrição de trechos da obra *Hermenêutica Constitucional e Direitos fundamentais*. – parte de autoria de Gilmar Ferreira Mendes (2000a, p. 204, grifo nosso):

Se o Estado está constitucionalmente obrigado a prover tais demandas, cabe indagar se, e em que medida, as ações com o propósito de satisfazer tais pretensões podem ser juridicizadas, isto é, se, e em que medida, tais ações se deixam vincular juridicamente.

[...]

A submissão dessas posições a regras jurídicas opera um fenômeno de transmutação, convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas. Tem-se, pois a juridicização do processo decisório, acentuando-se a tensão entre direito e política.

Tal processo de transmutação, como ressaltado, além das próprias influências da população e do povo nas decisões judiciais, mormente quando envolvam princípios, não se trata de uma tendência, passível de acontecer no futuro. Como será mais acuradamente analisado no tópico sobre jurisdição constitucional, é algo que já está acontecendo, e aumentará cada vez mais.

3.3 Democracia. Como surgiu. Conceitos

Os gregos, na Antiguidade clássica, foram os primeiros a teorizar e, de certa forma, a exercitar algumas formas de democracia, especialmente Atenas no século V a.C. (o chamado “século de Péricles”). Muitos gregos trataram do tema e alguns já fizeram algumas análises conceituais, tais como Aristóteles e Platão. A observar que estes dois filósofos, apesar de falarem da democracia, não se enquadravam como seus defensores, e sim como críticos. Para Aristóteles (2003, p.180), em sua obra seminal denominada “Política”, assim deve ser entendida “democracia”:

§ 2. O primeiro tipo de democracia é a que tem a **igualdade como base**. Nos termos da lei que regula essa democracia, a igualdade vem a significar que os ricos e os pobres não possuem privilégios políticos, que tanto uns como os outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são precisamente em igual proporção. Se é exato, como muitos supõem, que **a liberdade e a igualdade formam, em essência, a democracia, elas, contudo, apenas podem achar-se aí em toda a sua pureza, enquanto os cidadãos desfrutarem da mais perfeita igualdade política**. Como, porém, o povo constitui sempre a parcela mais numerosa do Estado, e é a opinião da maior parte que faz a autoridade, é natural que esse constitua o característico primordial da democracia. Aí está, portanto, uma primeira espécie de democracia. (Grifo nosso).

Mesmo na Antiguidade clássica, alguns caracteres essenciais da democracia permanecem incólumes: a (tentativa) de conciliação entre igualdade e liberdade. Conciliação que se daria pelo princípio da maioria, isto é, que deveriam valer as opiniões de uma maioria perante uma minoria da população de um Estado (à época, cidade-Estado).

De modo análogo pensava Platão, quando, por meio de suas alegorias, em seu *A República* (2001, p.185), desta forma dissertou sobre democracia:

- Portanto *a democracia nasce quando*, depois de vencerem os pobres aos seus adversários, matam alguns deles, a outros desterram e aos restantes **conferem um quinhão igual de liberdade e poder**; e é esta a forma de governo em que os magistrados costumam ser eleitos por sorteio.

- Sim – disse ele – é assim que se estabelece a democracia, quer a revolução e tenha efetuado pelas armas, quer o medo tenha forçado o partido contrário a retirar-se.

- Muito bem. Vejamos agora que espécie de sistema é a democracia e de que modo se administra; porque, tal como for o governo, tal será o homem.

- Evidentemente.

- Não serão **acima de tudo homens livres**, e não se encherá a cidade de liberdade e franqueza, e não terá cada um licença de fazer o que lhe apraz?⁵ (Grifo nosso).

Nos prenúncios da idade moderna, Jean Jacques Rousseau, principalmente devido a sua obra mais conhecida, *Do Contrato Social*, de 1762, passou a ser considerado um dos principais teóricos da democracia. Paradoxalmente, apesar de sempre ser discorrido sobre a teoria democrática, não consta nesse livro nenhum conceito mais específico sobre como ela deveria ser entendida. O que mais se aproxima disso é quando Rousseau (1990, p. 27) trata sobre o “contrato social” onde, analisando sua essência, observa-se muitos dos caracteres essenciais à democracia:⁶

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, se unindo a todos, obedeça apenas, portanto, a si mesmo, e permaneça tão livre quanto antes’. Este é o problema fundamental a que o Contrato Social dá a solução.

As cláusulas desse contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato que a menor modificação as tornaria vã e sem efeito, de modo que,

⁵ A ressaltar que neste manuscrito, em outras passagens também há remissões à democracia. Também em outra obra sua, *Político*. Esta tese, porém, fez a escolha de optar por esta passagem, entendida como a que possui os caracteres essenciais da democracia.

⁶ Apesar de ser obrigatoriamente citado em todos os estudos mais sérios sobre democracia, Rousseau sempre foi um autor difícil, no sentido de não precisar seus termos, sendo assim muito vago em suas expressões. A vagueza – vista por muitos como uma necessidade para as generalizações – muitas vezes traz mais desvantagens do que benefícios: na medida em que o estudioso quer abranger tudo, pode acabar por não conseguir expressar muita coisa... Aliás, foi isso o que outro grande filósofo político coetâneo de Rousseau, Voltaire, sentiu: numa de suas famosas “cartas”, Voltaire convidou Rousseau para que o visitasse em Ferney, colocando os pastos da sua bela propriedade à disposição, para que ali, “ruminando em companhia dos bois e das vacas”, Rousseau reencontrasse sua verdadeira natureza. Eis um trecho da carta, comentando a obra de Rousseau, *Discurso sobre a origem da Desigualdade*: “Acabei de receber seu último livro contra a espécie humana, e agradeço. Ninguém foi tão refinado quanto o Sr. na tentativa de reconverter-nos em brutos. A leitura de seu livro produz o desejo de voltar a ficar de quatro. Como, entretanto, faz uns sessenta anos que deixei de exercer tal prática, sinto que é impossível para mim voltar a ela” (*apud O pensamento vivo de Voltaire*, 1989, p. 53).

ainda que jamais pudessem ter sido formalmente enunciadas, são as mesmas em todas as partes, tacitamente admitidas e reconhecidas, até que, tendo sido violado o pacto social, cada um recobre seus primeiros direitos e retome sua liberdade natural, perdendo a liberdade convencional à qual renuncia aquela.

Essas cláusulas se reduzem, quando bem compreendidas, a uma só, a saber: a alienação total de cada associado com todos os seus direitos a toda a comunidade, pois, em primeiro lugar, cada um se doando inteiramente, a condição é igual para todos e, sendo assim, ninguém tem a intenção de torná-la onerosa aos demais.

Assim, na confecção do contrato social – que poder-se-ia “traduzir” hoje como nossa Constituição – deve coexistir liberdade, igualdade e participação. Exatamente os termos essenciais da democracia (e como tal, da democracia participativa, conforme visto).

Em seguida, na mesma publicação, Rousseau (1990, p. 76), no seu capítulo IV (“Da Democracia” - Livro Terceiro), não trata do conceito de democracia, mas considerações pessimistas sobre sua viabilização prática:

Tomando o termo em sua acepção rigorosa, jamais existe verdadeira democracia e jamais existirá. É contra a ordem natural que o grande número governe e o pequeno seja governado. Não se pode imaginar que o povo permaneça em assembleia permanente para se ocupar dos negócios públicos e vê-se facilmente que ele não saberia instituir comissões para tanto, sem que a forma de administração mudasse.

E termina o capítulo, quase que atualmente um clichê: “Se existisse um povo de deuses, ele se governaria democraticamente. Um governo tão perfeito não seria conveniente aos homens”. (ROUSSEAU, 1990).

O que provavelmente Rousseau quis dizer na parte pinçada é quanto a dificuldade – à época impossibilidade mesmo – de se viabilizar uma democracia direta e participativa. A impossibilidade física de o povo decidir e se reunir a todo o momento nas questões mais importantes do Estado.

Isto não significa dizer que se deva desistir de tal objetivo. Nem que a democracia seja uma ilusão. Aliás, a implementação da democracia não deixa de ser também, *uma questão de grau*, havendo, por isso, Estados com um maior ou menor grau de *profundidade democrática*. Isto, sem descurar, e em nenhum momento, de seus aspectos essenciais.

No século XX, um dos maiores teóricos da democracia foi Hans Kelsen⁷, onde este autor entendeu que a democracia é, *também*, uma questão de grau, e que um dos seus caracteres essenciais é a *participação*. Assim trata o evoluir deste termo:

O significado original do termo 'democracia', cunhado pela teoria política da Grécia antiga, era o de 'governo do povo' (*demos* = povo, *kratein* = governo). A essência do fenômeno político designado pelo termo era a participação dos governados no governo, o princípio de liberdade no sentido de autodeterminação política; e foi com esse significado que o termo foi adotado pela teoria política da civilização ocidental.

[...]

Eleições democráticas são aquelas que se fundamentam no sufrágio universal, igualitário, livre e secreto. Dependendo *do grau de satisfação desses requisitos, sobretudo da universalidade do sufrágio, o princípio democrático pode concretizar-se em diferentes graus* [...].

[...]

Portanto, **a participação no governo**, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como a **característica essencial da democracia**. Se esta participação se dá por via direta ou indireta, isto é, se existe uma democracia direta ou representativa, trata-se, em ambos os casos, de um *processo*, um método específico de criar e aplicar a ordem social que constitui a comunidade, que é o critério do sistema político apropriadamente chamado democracia. (KELSEN, 2000b, 140 e 142, grifo nosso).

A ressaltar, ainda, que na terminologia adotada pelos clássicos e a "moderna", os antigos entendiam por democracia a direta, vale dizer, a realizada *sem intermediários*, com o povo *diretamente* realizando suas escolhas; já os "modernos" (após as revoluções liberais burguesas), passaram a entender por democracia, a representativa, que é a regra até hoje adotada. (BOBBIO, 2000, p. 371).

Norberto Bobbio, Matteucci e Pasquino (2000, p.326-327) a define, sinteticamente, como o "*poder em público*".⁸ Em seu Dicionário *de Política*, quando da enunciação do (extenso) termo "democracia", também a entende como uma série de *procedimentos*, concordando com Kelsen (2000b, p.142) ao entendê-la em diferenças, de Estado para Estado, tão somente de *grau*:

⁷ A expressão é de Norberto Bobbio (2000, p.372): "Um dos maiores teóricos da democracia moderna, Hans Kelsen, considera elemento essencial da democracia real (não da democracia ideal, que não existe em lugar algum) o método da seleção dos líderes, ou seja, a eleição".

⁸ "As definições de democracia, como todos sabem, são muitas. Entre todas, prefiro aquela que apresenta a democracia como o 'poder em público'" (BOBBIO, 2000, p. 386).

A Democracia é compatível, de um lado, com doutrinas de diverso conteúdo ideológico, e por outro lado, com uma teoria, que em algumas das suas expressões e certamente em sua motivação inicial teve um conteúdo nitidamente antidemocrático, precisamente porque veio sempre assumindo um significado essencialmente comportamental e não substancial [...], como o da solução pacífica dos conflitos sociais, da eliminação da violência institucional no limite do possível, do freqüente revezamento da classe política, da tolerância e assim por diante.

[...]

Certamente **nenhum regime histórico jamais observou inteiramente o ditado de todas estas regras; e por isso é lícito falar de regimes mais ou menos democráticos**. Não é possível estabelecer quantas regras devem ser observadas para que um regime possa dizer-se democrático. Pode afirmar-se somente que um regime que não observa nenhuma não é certamente um regime democrático, pelo menos até que se tenha definido o significado comportamental de Democracia. (Grifo nosso).

Outras considerações essenciais ao princípio democrático dizem respeito ao seu corolário direto, o princípio da maioria, que deve decidir as opções políticas mais importantes. Mas deverá haver sempre limites, a saber, o respeito as minorias, para evitar que o princípio de que a maioria decide se transforme numa tirania da maioria sobre as minorias. Com este entendimento, Pinto Ferreira (1971) demonstra igual percepção do tema, defendendo que a essência democrática de qualquer regime de governo apoia-se na existência de uma imprescindível harmonia entre a “*Majority rule*” e os “*Minority rights*”, de acordo com Stuart Mill (*apud* FERREIRA, 1971, 324):

A verdadeira idéia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas, sem o que não se compreende a verdadeira democracia constitucional.

A dominação majoritária em si, como o centro de gravidade da democracia, exige esse respeito às minorias políticas vencidas nas eleições. O princípio majoritário é o pólo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu pólo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia.

O princípio democrático não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a opressão das minorias, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas com o devido respeito aos direitos das minorias políticas, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.

A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século transato: 'Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro'. Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas *Considerations on Representative Government*, quando fala da verdadeira e da falsa democracia

(of true and false Democracy): 'A falsa democracia é só representação da maioria, a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante entre maioria e minoria. (FERREIRA, 1971, p. 195-196).

E, forte no axioma de que o objetivo de todo o político é chegar ao centro de poder (decidir em nome da coletividade) e que, lá chegando, seu desejo será o de lá permanecer a maior quantidade de tempo possível; por tudo isso, devem existir mecanismos institucionais para que a minoria possa interferir e mostrar seus pontos de vista.

Friedrich Müller (2003), em seu ensaio *Quem é o Povo?*, teorizou a respeito de uma ideia mais ampla de povo, onde tal noção deverá estar necessariamente imbricada com a de democracia, devendo ser entendida aqui de forma operacional, como um processo aberto e com vários participantes. A seguir, as partes mais importantes do livro – para a noção de democracia – onde o autor afirma:

[...]

A *idéia fundamental da democracia* é a seguinte: determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o autogoverno, na prática quase inexequível, pretende-se ter ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político. Todas as normas da decisão representativa arreda [*nehmen aus dem Spiel*] a imediatidade [*Unmittelbarkeit*]. Não há nenhuma razão democrática para despedir-se simultaneamente de um possível conceito mais abrangente de povo: do da totalidade dos atingidos pelas normas: *one man one vote*. Tudo o que se afasta disso necessita de especial fundamentação em um Estado que se justifica como 'demo'cracia. (MULLER, 2003, p. 57-58).

Defendeu Müller (2003) que a democracia funciona como um *processo*, onde tal termo deve, como já ressaltado, necessariamente estar interligado com de *povo e soberania*. De outra forma, mas com significado correspondente, Jürgen Habermas (2003, p.173), ao discorrer sobre soberania popular:

[...]

Uma soberania popular interligada internamente com as liberdades subjetivas, entrelaça-se, por seu turno, com o poder politicamente organizado, de modo a que o princípio 'todo o poder político parte do povo' vai ser concretizado através dos procedimentos e pressupostos comunicativos de uma formação institucionalmente diferenciada da opinião e da vontade. No Estado de direito delineado pela teoria do discurso, a

soberania do povo não se encarna mais numa reunião de cidadãos autônomos facilmente identificáveis. Ela se retira para os círculos de comunicação de foros e corporações, de certa forma destituídos de sujeito. Somente nesta forma anônima, o seu poder comunicativamente diluído pode ligar o poder administrativo do aparelho estatal à vontade dos cidadãos. Veremos que, no Estado de direito democrático, o poder político diferencia-se em poder comunicativo e administrativo. Uma vez que a soberania do povo não se concentra mais numa coletividade, na presença física dos civis unidos ou de seus representantes reunidos, fazendo-se valer na circulação de consultas e de decisões estruturadas racionalmente, começa a fazer sentido a frase segundo a qual no Estado de direito não pode haver um soberano. Convém, no entanto, precisar essa interpretação, a fim de que ela não roube o conteúdo radicalmente democrático da soberania popular.

Pergunta fundamental a ser feita para uma melhor compreensão do termo: na democracia, onde seu titular é o povo, haveria limites para suas decisões e para o princípio da maioria? Ou as decisões do povo seriam sempre soberanas, absolutas? De modo mais sintético: Seria a soberania popular um poder absoluto?

A resposta deve ser negativa. Até mesmo as decisões populares devem ser limitadas pelo o que está posto numa Constituição, coerente com o princípio da supremacia constitucional e com o princípio contra-majoritário, um dos cernes à compreensão dos direitos fundamentais. Do contrário, ter-se-ia a tirania da maioria sobre a minoria. Daí a importância crescente do controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito, e da conseqüente consagração do princípio da supremacia nesta atual fase pós-positivista. Fábio Konder Comparato (2003, p.27-38), ao prefaciar a obra *Quem é o Povo?*, de Friederich Müller (2003), assim tenta equacionar tal questão:

9. Acontece que nós outros, povos de um século que conheceu os extremos do Totalitarismo político; de um século que inventou a comunicação de massa, a demagogia científica e o 'Estado-espetáculo', **já não podemos aceitar a soberania absoluta de ninguém**, nem confiar nos simples processos de educação moral para evitar a prática de crimes contra a humanidade. Nós comemos do fruto proibido e adquirimos, com isto, a terrível ciência do bem e do mal. Sabemos que **a maioria do povo é capaz de esmagar 'democraticamente' a minoria, em nome do interesse nacional**. Ou – o que é cem vezes pior – que a minoria, detentora do poder de controle social, pode se utilizar periodicamente do voto majoritário popular, para legitimar todas as exclusões sociais, em nome da democracia. Sabemos que uma febre fundamentalista, habilmente instilada, pode levar a legião dos 'eleitos' a esmagar os infiéis, em nome da lei divina. Não, **a soberania popular não pode ser absoluta**. Ou melhor, não existe soberania inocente, porque a própria idéia de um poder supremo e

incontrastável representa aquela *hybris*, que a soberania grega sempre considerou a matriz da tragédia humana. (Grifo nosso).

Com tudo isso, já há elementos suficientes para conceituar e delimitar o termo.

3.4 O conceito adotado nesta tese para o termo democracia

Para uma melhor compreensão desta tese, faz-se mister a adoção de uma nomenclatura mais específica, com a eleição de conceitos, da forma mais clara possível. Deste modo será esta monografia desenvolvida de forma coerente com as denominações adotadas. A eleição e adoção de conceitos expressos são fundamentais para a tarefa de compreensão e melhor interpretação de um dado tema estudado.⁹

Entende-se e será adotado o conceito seguinte, numa tentativa de unificar os pontos de identificação principais: democracia é a alternância necessária do Poder, com a participação necessária do Povo, que realiza suas escolhas – de seus representantes (democracia indireta) ou das políticas públicas (democracia direta) – por meio do sufrágio, além de interagir e influenciar nas decisões dos dirigentes do Poder.

Para os fins desta análise, deve-se destacar e explicar as seguintes expressões apostas no conceito: a) alternância necessária do Poder; b) participação necessária do povo; c) para decidir quem serão os dirigentes do Poder (democracia indireta ou representativa), por meio de eleições periódicas; d) ou escolhe sem intermediários certas políticas públicas relevantes (democracia direta ou participativa, para alguns), através de meios constitucionalmente previstos de

⁹ Coerente com tal entendimento, Hugo de Brito Machado (1987, p.1): “A elaboração de definições jurídicas é, em princípio, tarefa própria do jurista, vale dizer, do cientista do Direito. Em sua missão de descrever o ordenamento jurídico, vale-se muitas vezes de noções colhidas fora das normas, em todos os demais setores do saber humano. Não obstante, o seu papel essencial consiste em analisar as diversas normas e as relações existentes entre elas, para, com o conhecimento daí resultante, elaborar os conceitos próprios da Ciência do Direito. O estudo dos conceitos jurídicos é indispensável à tarefa de interpretação. Pode-se dizer mesmo que a integra. E o jurista deve ter sempre presente a distinção, acima apontada, entre o conceito colhido do mundo metajurídico e aquele outro elaborado a partir do conhecimento das normas jurídicas”.

exercício de democracia direta (e.g. na nossa Constituição, no art. 14, I, II e III, a saber, plebiscito, referendo e iniciativa popular), e) além de interagir e influenciar nas decisões dos dirigentes do Poder.

Feitas tais considerações, passa-se a examinar os elementos da definição colocada.

a) Alternância necessária do Poder:

O objetivo de todo político é chegar ao poder (decidir em nome da coletividade) e lá permanecer. Para impedir o arbítrio, o dirigente do poder não pode lá permanecer indefinidamente sem a aquiescência do Povo. Vale dizer, os dirigentes do Poder não podem ser os mesmos no decorrer do tempo. Deverá haver então, em toda democracia, a previsão de eleições periódicas. O teste de permanência assim é periódico. E, desta forma, sempre haverá – senão para todos – uma renovação a maior possível dos dirigentes.

A observar que tal preceito não impede, em absoluto, reeleições, seja do Executivo ou do Legislativo. Quanto ao Judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas, apesar de em tais “poderes” não ocorrerem eleições para o ingresso na carreira, mesmo assim não se admite – ou não se deve admitir – que na sua chefia deva permanecer as mesmas pessoas (o Presidente, Vice e Corregedor);

b) Participação necessária do Povo:

É o povo quem deve decidir *se* e *quais* dirigentes – ao menos o do Executivo e do Legislativo – ingressarão ou permanecerão no Poder. Se o povo não participar, o processo de escolha é mero ato arbitrário e burocrático da cúpula.

Isso exigirá sempre que os dirigentes sejam ratificados em sua permanência ou não *no* Poder. É esta participação, portanto, que irá conferir *legitimidade* aos representantes políticos. E legitimidade, como é sabido, é o *exercício autorizado do Poder pelo Povo, que autoriza ou consente as decisões de seus dirigentes*. Norberto Bobbio (2000, p. 675) assim a define:

[...]

podemos definir **Legitimidade** como sendo um atributo do Estado, que consiste na **presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força**, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na Legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado. (Grifo nosso).

A legitimidade assim é termo-chave que se encontra implícito nas democracias autênticas, sendo consectário indispensável da participação popular. E adquire cada vez maior importância, na medida em que o povo se informa mais e, conseqüentemente, reivindica e participa mais. E tal termo – legitimidade – terá uma importância fundamental na fiscalização das decisões judiciais, conforme se verá;

c) para decidir quem serão os dirigentes do Poder (democracia indireta ou representativa), por meio de eleições periódicas.

Deverá haver um calendário para a realização de eleições numa quantidade mínima. A periodicidade – ou pelo menos a previsão de tal princípio – deverá estar previsto nas constituições. E, pressupondo a participação equânime dos cidadãos em tais escrutínios, a consequência é que o voto de cada um deverá possuir, tanto quanto possível, igual valor (*one man, one vote*).¹⁰ Ou seja, o poder fundado no princípio de que todos os membros do Povo devem ser considerados como politicamente iguais.

Além disso, o escrutínio deverá ser secreto, de forma a não coibir o eleitor de nenhuma forma em seu processo de escolha. Vale dizer, que o cidadão tenha liberdade de expressar seu desejo de preferência;

d) *Ou escolhe sem intermediários certas políticas públicas relevantes. A escolha direta, sem intermediários, é justamente o núcleo da democracia direta. A*

¹⁰ “Tanto quanto possível” foi termo propositadamente colocado. Assim, nas federações, como é o caso brasileiro, haverá uma *tentativa de preservação da proporcionalidade* para a escolha (e.g.) dos deputados federais, com balizas máximas (70) e mínimas (8) ao número de deputados federais para cada Estado-membro (art. 45, §1º).

redundância da expressão “*relevantes*” é deliberada. Estas escolhas devem ser consideradas relevantes, pois, evidentemente, o Povo não deve ser chamado para decidir a todo o instante, sob pena de:

- desgastar o próprio procedimento democrático e;
- emperrar a gestão da Administração Pública.

O aprofundamento deste item é a ideia fundamental da democracia participativa, a ser explorada mais adiante;

e) *além de interagir e influenciar nas decisões dos dirigentes do Poder.* A cada vez que são multiplicadas as possibilidades do Povo decidir e realizar suas escolhas, e quanto menor for esta periodicidade, mais ele será levado em importância, desta forma limitando, controlando e fornecendo a pauta de governo dos dirigentes políticos.

Mais uma vez a advertência é necessária. Apesar da regra geral ser o princípio da supremacia do interesse da maioria, definido por maioria simples ou relativa¹¹, *nenhuma* decisão da maioria pode nem deve limitar os direitos da minoria e, de um modo especial, as minorias devem possuir o direito de se constituírem em maioria. Isso evitará surgir a ditadura, pois, como visto, há limites até para as decisões populares, delimitações estas traçadas nas constituições.

Finalmente, ainda a ser depreendido da expressão destacada, a democracia deve propiciar um controle popular das decisões do governo constituído, devendo o povo poder se expressar livremente em seus pontos de vista.

De certa forma, os termos principais do conceito adotado encontram-se subsumidos na Constituição de 1988, em seu parágrafo único do artigo 1º, e no *caput* do artigo 14:

¹¹ A denominada maioria simples ou relativa encontra-se conceituada constitucionalmente no art. 47 da Constituição Federal de 1988: “Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.”

Art. 1º. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[...]

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei [...].

Deste modo, “todo o poder emana do povo”, transcrição quase literal da ideologia rousseauiana, trata do núcleo do princípio democrático, a ideia da soberania popular. “Que o exerce por meio de representantes eleitos”: aqui a referência é à democracia indireta, onde serão escolhidos os intermediários a decidirem, por substituição, ao próprio povo. “Ou diretamente, nos termos desta Constituição”: está se falando aqui da democracia direta, onde a remissão à Constituição são das nossas espécies de democracia onde o povo decide sem a necessidade de intermediários, pelo plebiscito, referendo ou iniciativa popular (CF/88, art. 14, I, II e III).

E pela ideia do “sufrágio universal” (art. 14), um Estado será tanto mais democrático quanto maior o número de pessoas aptas a participarem dos pleitos eleitorais, desde que tenham atingido uma idade pré-estabelecida, sem quaisquer distinções de sexo, raça, religião etc., passando à condição de eleitores. Deverá ainda haver uma liberdade ampla para o exercício do sufrágio, segundo opinião por eles formada, do modo mais amplo possível.

Ou seja: não há democracia sem regras e um de seus princípios mais importantes, para um jogo eleitoral o mais legítimo possível, é o da qualidade da informação. Sem informação livre nem transparência na construção da representação social, o poder do voto e o da democracia se enfraquecem. Acrescentando ao colocado, o pensamento do Professor da UFRGS, Denis L. Rosenfield (2003, p.33):

O Estado democrático é, por assim dizer, um sistema político composto de múltiplas dimensões que se desenvolvem em diferentes níveis de profundidade. *O seu ser é processual*. Isso significa que a realidade produzida por um regime democrático constitui-se de várias formas de *liberdades*. A democracia engendra-se neste cruzamento de liberdades que, assim, a concretizam.

Espaço pluridimensional, a democracia abre-se ao seu perpétuo deciframento de si, a novos intentos de escutar o sentido do que, nela, está

nascendo. Se a noção de todo é importante para que possamos apreender o movimento de articulação destas dimensões que, na sua determinação recíproca, a produzem, devemos entendê-la na sua abertura originária, isto é, no seu movimento de expansão, produtor de novas liberdades e direitos.

Como se constata de tudo isso, a democracia não deixa de ser uma série de procedimentos, mas que estabelecem, tão somente, *como* se deve chegar à decisão política e não *o que decidir*. E, do ponto de vista *do que decidir*, o conjunto de regras do procedimento democrático não estabelece nada, salvo a exclusão de decisões antidemocráticas.

A democracia também pode ser entendida sob outro prisma. Como uma noção, dentro de um Estado, de se impedir ou diminuir a violência ou a repressão, nas estruturas sociais mais pluralistas. Extraí-se do clássico de Ralf Dahrendorf (1961, p.153):

Graças às categorias da teoria do conflito podem-se determinar também as diferenças clássicas existente entre as formas estatais democráticas e totalitárias. Num sentido determinado, a democracia e o totalitarismo não são mais que duas maneiras de tratar os conflitos sociais: o totalitarismo baseia-se na repressão (freqüentemente proclamada como ‘solução’) de conflitos, a democracia na sua regulamentação. Noutra sentido, as formas democráticas prosperam em sociedades com estruturas pluralistas, com um grau de mobilidade elevado e múltiplas possibilidades de organização; os estados totalitários exigem, ao contrário, sociedades monolíticas, nas quais um mesmo e único grupo dirige toda a ordem institucional, sociedades carentes de certo progresso de mobilidade social e de liberdade de coalizão.

Em outras palavras, a noção básica de democracia é a de uma forma de organização social que impede ou mitiga a violência intrínseca dos seres humanos, regulando as disputas para a chegada ao poder.

3.5 Democracia “Participativa”. Como deve ser entendida

Na obra *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, de Paulo Bonavides (2001), há vários trechos que tratam sobre tal termo. Apesar disso, não consta um conceito sintético. Tem-se, pois, que inferi-lo do seu contexto. O que mais se aproxima de uma definição encontra-se abaixo:

Afigura-se-nos que a verdadeira substância política da democracia participativa deve incorporar-se ao direito constitucional positivo sob a **designação de democracia direta**. Mas esta expressão não corresponde,

com extremo rigor, ao símile grego da antigüidade clássica, porquanto o modelo nela contido, extraído da fórmula mista consideravelmente atenuada, mantém no seu receituário político de organização e função elementos representativos remanescentes e subsidiários, sem embargo de haver deslocado, já, o eixo da soberania, em bases funcionais, dos corpos intermediários do Estado – as casas legislativas e os órgãos executivos – para a sede da autoridade moral, centralizadora e suprema, que é o povo, *desbloqueado* no exercício direto e vital de suas prerrogativas de soberania. Tal modelo de democracia participativa direta conserva ainda a aparência de uma forma mista, típica das chamadas democracias semi-representativas ou semidiretas, bastante conhecidas da nomenclatura política pós-Weimar; mas com esta diferença capital: seu centro de gravidade, sua mola chave, em todas as ocasiões decisivas, é a vontade popular; é o povo soberano. A parte direta da democracia é máxima, ao passo que a parte representativa será mínima. (BONAVIDES, 2001, p. 60).

Assim, a democracia participativa não deixa de ser um retorno à democracia teorizada pelos iluministas e, para alguns, a praticada pelos atenienses durante o séc. V A.C., o denominado século de Péricles. Ou seja, na democracia praticada pelos antigos, a regra eram os cidadãos decidirem nas praças, a exceção, a ocorrência de eleições. Na lição de Norberto Bobbio (2000, p. 374),

[...]

Nas duas formas de democracia [a antiga e a atual representativa], a relação entre participação e eleição está invertida. **Enquanto hoje a eleição é a regra e a participação direta a exceção, antigamente a regra era a participação direta, e a eleição, a exceção.** Poderíamos também dizer da seguinte maneira: a democracia de hoje é uma democracia representativa às vezes complementada por formas de participação popular direta; às vezes corrigida pela eleição de algumas magistraturas. (Grifo nosso).

E complementa:

Das duas diferenças entre a democracia moderna e a democracia antiga, a primeira foi o efeito natural da alteração das condições históricas, a segunda, ao contrário, foi efeito de uma diferente concepção moral de mundo. A substituição da democracia direta pela democracia representativa deveu-se a uma questão de fato; o distinto juízo sobre a democracia como forma de governo implica uma questão de princípio. As condições históricas alteraram-se com a transição da cidade-Estado para os grandes Estados territoriais. O próprio Rousseau, embora tivesse feito o elogio da democracia direta, reconheceu que uma das razões pelas quais uma verdadeira democracia jamais existiu, e jamais existirá, era que ela exige um Estado muito pequeno 'no qual seja fácil para o povo reunir-se, e no qual cada cidadão possa facilmente conhecer todos os outros. (BOBBIO, 2000, p. 376).

Importante destacar que ao contrário do que muitos pensam, a democracia participativa não é sinônimo de democracia direta. As semelhanças são enormes, mas a diferença vai se dar especificamente de *como se dá tal processo de*

participação e saber *quem são seus participantes*. Em outras palavras: a discussão vai partir de qual conceito de *Povo* que se estará adotando.

Mesmo na democracia direta quem irá participar de tais processos (plebiscito, referendo, iniciativa popular) é o *Povo-eleitor*, aqui entendido Povo como coletivo de *cidadão*, titular de direitos políticos expressos no art. 14 (capacidade eleitoral ativa – votar, e potencial¹² para a capacidade eleitoral passiva – ser votado).

Já o conceito de *povo*, para o entendimento da democracia participativa, é bem mais amplo. Deverá abranger o maior número possível de pessoas, sem se confundir, contudo, com o termo *população*¹³. Sua ideia é assim colocada por Friedrich Muller (2003, p.100, grifos do autor):

Quem é o povo? Não se trata, no tocante à pergunta pela ação, de ‘massas’ das espécies de textos de agitação; não se trata de um proletariado revolucionário escatológico, que é colocado em prontidão; não se trata de um exército paralelo de guerrilheiros. Trata-se de ‘*todo*’ o povo dos generosos documentos constitucionais; da população, de todas as pessoas, inclusive (até o momento) sobreintegradas e das (até o momento) excluídas: trata-se do *povo enquanto destinatário das prestações estatais* negativas e positivas, que a cultura jurídica respectiva já atingiu.

O termo povo então se encontra em transformação, numa tentativa de se ampliar, o mais possível, o número de seus integrantes dentro dos residentes de um Estado-País. Isso de um ponto de vista teórico, ou como um dever ser, infelizmente.¹⁴ Mas não se pode concordar com Müller quando este defende ser o

¹² Diz-se capacidade *em potencial* para a capacidade eleitoral passiva porque as constituições, a nossa, inclusive, estabelecem restrições objetivas a certos cargos eletivos, como idade, não ser analfabeto etc.

¹³ População é um termo dinâmico: consiste no número de pessoas presentes no território de um Estado soberano num dado momento. Assim, a quantidade de pessoas pode variar em determinado local pelos mais variados critérios. Por exemplo, um local turístico vai possuir sua *população aumentada* na alta estação e diminuída em outras épocas. Critério atomístico, a Ciência Política dele se preocupa principalmente por dois fatores: i) qualquer pessoa dentro do território deste Estado deverá estar submetido ao ordenamento deste Estado, independentemente de sua vontade (as exceções, e.g., agentes diplomáticos ou parlamentares em missão oficial não infirmam a regra); ii) todas as pessoas neste Estado serão titulares de direitos fundamentais.

¹⁴ A atual quadra histórica é de retrocesso, haja vista um dos grandes problemas reais por qual passam massas de refugiados, e que está ameaçando uma das construções políticas mais sofisticadas dos últimos cinquenta anos, a da União Europeia. Os vários atentados terroristas ocorridos em Paris (2015 e 2016), em Istambul e em outras capitais cosmopolitas da Europa ou de países candidatos trazem as perspectivas as mais sinistras.

povo constituído por “todas as pessoas” de um Estado. Tal defesa mais confunde do que esclarece. Não se contesta serem toda a população de um Estado (nos moldes do conceito de população adotado neste estudo) titulares de direitos fundamentais. Mas o conceito de povo é preponderantemente político, no sentido de, ao menos, seus integrantes poderem influenciar nas decisões do Estado.

Ora, há vários membros de um Estado que não possuem condições de influir nas decisões, por uma mera questão de capacidade. Nesse sentido, os absolutamente incapazes para a vida civil, como por exemplo, os loucos (assim considerados os interditados judicialmente), crianças (menores de doze anos, procurando ser o mais condescendentes possíveis com a afirmação transcrita de Müller), não podem, nem que quisessem, decidir nas questões de Estado. E repetindo de outra forma para não se correr o risco de se interpretar que tal colocação é restritiva: *todos os seres humanos são titulares de direitos fundamentais. A fortiori, os residentes de um Estado, que possuirão até um maior número de direitos subjetivos* (pois que passíveis de serem reivindicados judicialmente, e.g. ação popular, de nacionalidade, de acesso a certos cargos públicos), também serão titulares de tais direitos. Mas isto não significa dizer que todos os integrantes de um Estado possam participar – ou influenciar – nas decisões deste Estado.¹⁵

O mais relevante permanece. O termo povo encontra-se atualmente em transformação, no sentido de se procurar ampliar o número de seus titulares. E

¹⁵ Aqui nesta tese se discorda inteiramente com o afirmado na tese de Doutorado de George M. Lima (A JUDICIALIZAÇÃO DA ÉTICA: Um Projeto de Transformação da Ética em Direito Orientado pela Expansão do Círculo Ético, Coimbra, 2013) quando este autor defende os direitos fundamentais dos animais não-humanos. Não que se desconheça que tal defesa também é posta na doutrina internacional mais recente. É pura e simplesmente porque ela não se encaixa na Política aplicada, ou na *realpolitik*, *data maxima venia*. Nas ideias de George, “[...] as teorias contratualistas também pecam no que se refere à proteção dos animais não-humanos. A imagem central utilizada por essas teorias para explicar a origem dos princípios de justiça é a de um contrato estabelecido entre seres humanos racionais e adultos, não deixando espaço, pelo menos em sua descrição da justiça social básica, aos interesses das criaturas não-humanas (nem sequer daquelas que são, em certos aspectos, racionais). Ocorre que nossas decisões afetariam diariamente a vida de espécies não-humanas, podendo lhes causar grande sofrimento. Por isso, excluí-los das questões de justiça demonstraria uma deficiência injustificável das teorias alicerçadas no contrato social” (George M. Lima: 215-216). Favorável a este entendimento, as ideias de Martha Nussbaum (*in The Frontiers of Justice: disability, nationality, species membership*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006).

assim, a ideia de democracia também adquire nova forma, no sentido da democracia participativa.

E isso se torna tanto mais factível com o barateamento e difusão dos meios de comunicação de forma praticamente instantânea, já antevista por Bobbio (2000, p. 954):

Com relação às duas diferenças fundamentais entre democracia dos antigos e democracia dos modernos, sobre as quais falei até agora, pode-se timidamente prever que a democracia do futuro goza do mesmo juízo de valor positivo da democracia dos modernos, **embora retornando em parte, através da ampliação dos espaços da democracia direta, tornada possível com a difusão dos meios eletrônicos, à democracia dos antigos.** (Grifo nosso).

Assim, a tecnologia atual posta à disposição de um universo de um número cada vez maior de pessoas, de forma cada vez mais barata e rápida, não deixa de ser um dos *meios* para efetivar tal *democracia com participação*.

3.6 Democracia participativa e processo

Como mencionado, o evoluir dos Estados de Direito abrange um processo cumulativo. E o Estado Democrático de Direito possui como núcleo essencial à democracia, devendo esta ser entendida em suas múltiplas facetas e, em muitas ocasiões, devendo ser implementada via processo, seja administrativo, legislativo ou judicial. Nesta concepção, Friedrich Müller (2003, p.382) defende que a participação, a mais ampla possível de setores da sociedade, propiciará uma maior concreção dos artigos e normas políticas previstas na Constituição. E que tais atores estão legitimados a participar do processo principalmente devido ao princípio democrático, previsto na Constituição brasileira e alemã:

O estado constitucional aqui referido foi conquistado no combate contra uma história marcada pela ausência do Estado de Direito e pela falta de democracia [*unrechtsstaatliche(n) und undemokratische(n) Geschichte*]; e esse combate continua. A democracia e o Estado de Direito legitimam desde os seus inícios a dominação da ordem social burguesa; constituições como a brasileira de 1988 ou a Lei Fundamental alemã mencionam expressamente a legitimação pelo povo. É de importância decisiva saber em que campos e em que grau essas pretensões são cumpridas ou descumpridas no funcionamento cotidiano do ordenamento jurídico. Disso faz parte não apenas a atuação dos políticos; mas também o trabalho prático da docência, da pesquisa e, sobretudo da **decisão dos juristas**,

pois o seu fazer é operacionalizado nos termos do Estado de Direito somente em caso de procedimento racionalmente controlável dos titulares das funções jurídicas no Executivo e no Judiciário, bem como no trabalho prévio para o Legislativo. E só então existe a oportunidade de que ao menos uma parte relevante da vida social seja determinada pela democracia, à medida que ela ainda possa ser genericamente controlada pelo direito. (MÜLLER, 2003, p. 87, grifo nosso).

Na Constituição Federal de 1988 a participação a maior possível de setores do povo na Democracia se encontram previstos em vários de seus artigos. Assim é que os partidos políticos (e.g.) são legitimados ativos para a propositura do controle abstrato de constitucionalidade (art. 103), ou mesmo às minorias parlamentares são facultadas a propositura da abertura de comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º).

Assim, a democracia participativa, do ponto de vista processual, deve propiciar ao maior número de pessoas possível a participação efetiva em ações judiciais. E isto não desnatura a concepção clássica de processo, em torno da palavra *lide* (conflito de interesses resistido, na acepção de Francesco Carnelutti) e de partes (processo intersubjetivo)¹⁶. Ou seja, não quando o caso for de conflitos individuais, onde ainda vigorará a clássica teoria processual de proteção a direitos subjetivos.

A Constituição de 1988, por seu turno, se não foi o início de tudo, foi o marco na História constitucional e institucional brasileira. Mas tal avanço não ocorreu de forma linear: o controle abstrato de normas no Brasil, desde 88, e com as sucessivas reformas constitucionais e infraconstitucionais, paulatinamente, passou a permitir a um maior número de pessoas, associações ou grupos a provocarem, ou mesmo intervierem nos processos de índole objetiva.

¹⁶ Para Carnelutti (2000, p.77) (de onde foi retirada nossa terminologia do CPC/1973, além do CPC/1939, quanto ao termo *lide*), “*o conflito existente de interesses denomina-se lide*”. E o termo deve ligar-se a *parte*, isto é, pessoas individualmente consideradas, e não grupos e/ou instituições. Assim, o termo clássico de processo é essencialmente vinculada ao *processo subjetivo*: “Uma *lide*, já que é um conflito intersubjetivo de interesses, necessariamente tem dois sujeitos. Cada um deles recebe o nome de *parte*; com o qual se indica mais sua posição que sua individualidade, ou seja, que é um dos sujeitos do conflito [...]” (p. 78). E o objeto do processo, nesta acepção, deverá possuir cunho patrimonial: “O objeto do interesse é um bem” (p. 80).

Isso também ocorre, em tese, nos processos de proteção aos direitos coletivos e difusos¹⁷. Acontece que as reformulações legais ocorridas na década de 1990, na prática, inviabilizaram ou dificultaram tais remédios, especialmente a ação civil pública, com base nas leis que proíbem a concessão de cautelares contra a Fazenda Pública, ou de quaisquer provimentos liminares, antecipações de tutela, medidas cautelares ou demais tutelas de urgência (CF/88, art. 5º, XXXV). Neste sentido: Lei nº 4.348/64, Lei nº 8.437/92, Lei nº 9.494/97, MP n. 2.180-35/2001.

O que tais leis fizeram na prática foi dificultar, a não mais poder, o exercício processual de tais tutelas coletivas ou de urgência. A contradição é patente: de um lado se aumenta o poder do controle concentrado de normas, por reformas sucessivas. De outro, se retira poder do controle incidental difuso, com as restrições que se deram por meio destas malfadadas leis, de duvidosa constitucionalidade.

A difusão de tal conhecimento deve ser a mais ampla possível, vez que não é sequer permitida a discussão sobre a inconstitucionalidade das citadas leis. Explica-se: a mais restritiva de todas, a 9.494/97, foi declarada constitucional pelo STF, em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC n. 4 DF) onde, como se sabe, sua decisão é vinculante (CF/88, art. 102, § 2º). Eis a ementa de tão lamentável deliberação:

E M E N T A: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – NATUREZA DÚPLICE DESSE INSTRUMENTO DE FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR EM SEDE DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – INERÊNCIA DO PODER GERAL DE CAUTELA EM RELAÇÃO À ATIVIDADE JURISDICIONAL – CARÁTER INSTRUMENTAL DO PROVIMENTO CAUTELAR CUJA FUNÇÃO BÁSICA CONSISTE EM CONFERIR UTILIDADE E ASSEGURAR EFETIVIDADE AO JULGAMENTO FINAL A SER ULTERIORMENTE PROFERIDO NO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA RAZOABILIDADE DAS LEIS RESTRITIVAS DO PODER CAUTELAR DEFERIDO AOS JUÍZES E TRIBUNAIS – INOCORRÊNCIA DE QUALQUER OFENSA, POR PARTE DA LEI Nº

¹⁷ (v. supra, *direitos difusos*, no tópico referente ao Estado Democrático).

9.494/97 (ART. 1º), AOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – LEGITIMIDADE DAS RESTRIÇÕES ESTABELECIDAS EM REFERIDA NORMA LEGAL E JUSTIFICADAS POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VULNERAÇÃO À PLENITUDE DA JURISDIÇÃO E À CLÁUSULA DE PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA – GARANTIA DE PLENO ACESSO À JURISDIÇÃO DO ESTADO NÃO COMPROMETIDA PELA CLÁUSULA RESTRITIVA INSCRITA NO PRECEITO LEGAL DISCIPLINADOR DA TUTELA ANTECIPATÓRIA EM PROCESSOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – OUTORGA DE DEFINITIVIDADE AO PROVIMENTO CAUTELAR QUE SE DEFERIU, LIMINARMENTE, NA PRESENTE CAUSA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE PARA CONFIRMAR, COM EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA GERAL E 'EX TUNC', A INTEIRA VALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ART. 1º DA LEI 9.494, DE 10/09/1997, QUE 'DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA'. (BRASIL. STF - ADC 4, Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Relator p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2008, DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014).

A própria ementa é uma *contradictio in terminis*: estabelece que a restrição ao poder geral de cautela dos membros do Judiciário, quando a questão tratar de interesse da Fazenda Pública em juízo, não diminui o direito fundamental à tutela judicial efetiva, insculpida no art. 5ª, XXXV da CF/88.

4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

Quais são as justificativas, num Estado Democrático, de, em certas hipóteses, poder um juiz controlar ou se imiscuir em decisões políticas que deveriam ser tomadas, originariamente, por parlamentares ou o Executivo?

Antes de se avançar nesta parte da tese, necessário se faz a remessa do leitor ao seu início, mais especificamente às advertências de Hans Kelsen e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima (2003), no tocante às assertivas de que o exercício da jurisdição constitucional não deixa de ser, *também, uma questão política*.¹

Como se pode perceber da leitura daquele tópico, constata-se que há uma intersecção necessária entre as decisões judiciais que envolvem normas constitucionais e as decisões políticas. Tal entendimento, atualmente (final do século XX e primeiras duas décadas do XXI) é aceito por cada vez mais setores autorizados da doutrina. Isso, reitere-se, numa reconstrução que se fará aqui do ponto de vista histórico, e que não se confunde com o denominado ativismo judicial.²

Surgem, então, as indagações: por que anteriormente (século XX) tal ponto de vista não era consensual? Por quais razões (dentre outras) a polêmica entre Kelsen e Schmitt sobre o Judiciário se imiscuir em “questões políticas” era tão acendrada?

Seria tal poder *realizado de forma política* um retrocesso? E o questionamento *colocado desta forma estaria correto*? Seria ele antidemocrático? São estes os questionamentos que o presente capítulo deverá analisar.

¹ (ver a parte Política e Direito).

² Que já fora mencionado.

4.1 Retorno ao tópico “Direito e Poder” sobre outra ótica. Análise da opção inicial da doutrina e jurisprudência do que seriam “questões políticas”

Já foi demonstrado existir uma intersecção necessária entre direito e política, mormente quando se trata de direito constitucional e da análise de normas versando sobre princípios. Também fora visto que, quando do Estado Liberal de Direito, o poder com menor “prestígio” era o Judiciário.

De outra forma ao anteriormente colocado: a doutrina do Estado Liberal de Direito era de que o Judiciário deveria ser neutro, técnico, *apolítico*, um “boca da lei” na acepção de Montesquieu. A justificativa (dentre outros fatores) era a de que havia uma excessiva desconfiança para com o Judiciário, sendo isto posto não só pela doutrina do período³, mas pela própria jurisprudência no trato das chamadas “questões políticas”. No já citado caso *Marbury v. Madison* (v. *infra*), Marshall firmou a doutrina inicial – e doravante tomada como paradigma as “questões políticas”, segundo a qual a execução de atos discricionários por autoridades do Estado estariam imunes à sindicabilidade judicial:

Pela Constituição dos Estados Unidos, o Presidente está investido de certos poderes políticos importantes, em cujo exercício usa de sua própria discricção e só deve contas ao seu país do ângulo político e à sua própria consciência. Para auxiliá-lo no desempenho desses deveres, está autorizado a nomear certos funcionários que agem em seu nome e segundo suas ordens.

Em tais casos, os atos destes são atos seus; e seja qual for a opinião que se possa ter a propósito de como poderia ser exercida essa discricção executiva, não existe nem pode existir poder para controlá-la. Tais assuntos são políticos. Dizem respeito à nação, não aos direitos individuais, e estando entregues ao Executivo, a decisão deste a respeito é a última palavra. (apud RODRIGUES, 1991, p.38-39).

Na doutrina brasileira, inicialmente e com maior predomínio, Rui Barbosa. Influenciado principalmente pela doutrina e jurisprudência norte-americanas, o jurista estabeleceu uma delimitação – sem dúvida pioneira no Brasil desde então – entre

³ Como visto Montesquieu defendia tal postura, do mesmo modo que os *fundadores* (*founding fathers*) da incipiente nação norte-americana, além da própria França: o Conselho Administrativo Francês é um caso emblemático da desconfiança para com esta instituição, além do seu próprio Conselho Constitucional, seu “Tribunal Constitucional”.

atos *políticos*, onde o Judiciário não poderia imiscuir-se, e atos *jurídicos*, onde haveria a possibilidade de revisão judicial. Mais detalhadamente: os atos políticos seriam os de exclusiva competência do Executivo e Legislativo, no exercício de suas funções primaciais (típicas) estabelecidas na Constituição. Mas o Judiciário *sempre* poderia ser acionado em caso de violação de direitos individuais ou direitos subjetivos.

Assim, a princípio, se o *fato questionado, de natureza legislativa ou administrativa*, couber realmente em sua função, sob cuja autoridade se acoberta, não poderá haver revisão judicial. Mas, o fato questionado “pode ser apenas um sofisma, para dissimular o uso de poderes diferentes e proibidos” (BARBOSA, 2004, p.118), dessarte não sendo imune à ação dos tribunais. Nas palavras de Rui Barbosa (2004, p.106-107):

De um lado estão os grandes poderes do Estado, com as suas atribuições determinadas em textos formais. Do outro, os direitos do indivíduo, com as suas garantias expressas em disposições taxativas. Em meio a uma e outra parte, a Constituição, interpretada pela justiça, para evitar entre os direitos e os poderes as colisões possíveis. Quando, portanto, o poder exercido não cabe no texto invocado, quando o interesse ferido por esse poder se apóia num direito prescrito, a oportunidade da intervenção judiciária é incontestável. O assunto será então judicial. Quando não, será político. [...] Versa, enfim, sobre a maneira de exercitar esse poder, sua conveniência, sua oportunidade? Neste caso a questão é política; porque seus elementos de apreciação pertencem *intrinsecamente* à função conferida, e a ingerência de outro poder a anularia *intrinsecamente*.

Na jurisprudência brasileira, não só pela Constituição Imperial de 1824 (v. *infra*), mas também no início da República (e até hoje, ressalte-se) pelo STF, prevaleceu o entendimento segundo o qual o Judiciário não pode se intrometer na política. Os seguintes casos podem ser citados abaixo, por emblemáticos:

- a) O primeiro caso, de 1895, logo após, portanto, a instalação do STF (em 1890). Nesta questão o STF entendeu pela exclusão de apreciação judicial dos atos administrativos discricionários tomados por autoridade competente, sendo também vedado o julgamento do mérito do ato, em sua conveniência e oportunidade. Em tal

juízo é nítida a doutrina de Rui Barbosa e a influência da jurisprudência norte-americana⁴;

- b) *Segundo caso.* Em 1914 foi impetrado *habeas corpus* na vigência de Estado de Sítio, onde foi alegada a inconstitucionalidade do decreto do Executivo que o determinou. O Tribunal conheceu do pedido, mas se declarou incompetente para conhecer das *questões políticas*.

No segundo caso, mais uma vez, a influência da jurisprudência americana e de Rui ficou expressa, onde se deliberou que, a princípio, o Judiciário só pode se imiscuir nas decisões (políticas) de outros poderes se estes violarem direitos individuais. Segue trecho do julgamento:

Considerando, finalmente que, admitida como correta, que é, a autoridade do Supremo Tribunal Federal para conhecer de quaisquer atos dos poderes políticos, quando ofensivos dos direitos individuais, por ser ele o intérprete final da Constituição e das leis, nem por isto a consequência, única obrigada, seria a de julgar do mérito do pedido em questão, mas também a de poder declarar, ele próprio, se a controvérsia constitui, ou não, um caso judicial, ou uma questão meramente política; como assim o tem tantas vezes feito a Suprema Corte dos Estados Unidos da América;

Por tudo isto,

Acordam em tomar conhecimento do pedido para poder bem verificar qual seja a natureza dos fatos e fundamentos alegados, mas, à vista do que, em **declarar-se incompetente para julgar do mérito** do mesmo pedido, desde que o seu fundamento, único invocado, **a inconstitucionalidade da decretação do estado de sítio, é matéria estranha ao Poder Judiciário.** (BRASIL. STF, HC 3.527, Data do julgamento: 15.4.1914. Publicação do acórdão: Revista do STF, v. 1, 1ª parte, ago./dez.1914, p. 287-293).

Daí à evolução da teoria dos poderes discricionários foi um pequeno passo. Segundo tal ponto de vista, ainda predominante, nos atos administrativos discricionários não há (ou haveria) possibilidade de ingerência do Judiciário. Tais atos devem se dar na estrita competência do Executivo, num *seu* juízo de conveniência e oportunidade. E a jurisprudência maciça do STF, tanto antes quanto

⁴ Agravo de Instrumento n, 90, de 1-06-1895 (apud RODRIGUES, 1991, p. 145-146).

após 1988, se orientou quanto a insindicabilidade judicial do mérito do ato administrativo.⁵

Depois da promulgação da Carta de 1988 podem-se citar os seguintes paradigmas: *caso Collor e análise*, pelo STF, das reedições de medidas provisórias pelo Executivo.

O caso Collor gerou uma pletera de mandados de segurança.⁶ O entendimento dado ao STF que prevaleceu foi: i) pela possibilidade de conhecimento de tais ações, em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição pelo Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), mas ii) pela impossibilidade de revisão do STF das decisões emanadas pelo Legislativo, por serem suas decisões *interna corporis*, e dessarte de exclusiva competência daquele Poder.

Assim, o STF entendeu, por maioria de votos e como preliminar na questão de ordem levantada, que cabe ao Judiciário (STF) “submeter a regularidade do processo de *impeachment*, sempre que, no desenvolvimento dele, se alegue violação ou ameaça de direito das partes” (MS Nº 20.941 – DF, *in RTJ 141/803 e RTJ 150/87* (Questão de Ordem). E, no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, sobre a preliminar de possibilidade ou não da Corte em conhecer do processo, assim foi sintetizado pela Corte:

Importando na aplicação do direito objetivo a uma situação concreta, ao cabo de um processo de estrutura contenciosa, a decisão do ***impeachment*** constitui verdadeira jurisdição, que não se descaracteriza pela margem mais ampla de discricionariedade que acaso se reconheça ao órgão julgador. ‘O caráter político do juízo de *impeachment* – notou Castro Nunes (Teoria e Prática do Poder Judiciário, 1943, pág. 40) – não lhe tira o traço de jurisdição. Supõe a prática de um crime funcional, acusação e defesa, debate, contraditório e julgamento’.
[...]

⁵ BRASIL. STF. RMS 3.371 – data de julgamento: 10.07.1957, Rel. Min. Villas Boas; RE 70.278 – data de julgamento: 13.11.1970, DJU 20.04.1971, Rel. Min. Adauto Cardoso; RMS 15.091 – data de julgamento: 1.09.1967, DJU 20.11.1967, Rel. Min. Hermes Lima. Na doutrina, por todos, Germana de Moraes, em sua *opus magnum Controle Jurisdicional da Administração Pública*.

⁶ STF, MS 20.941, MS 21.564 (Med. Lim. – Questão de Ordem), MS 21.564, MS 21.623, MS 21.628, MS 21.633, MS 21.689, todos eles publicados pelo próprio STF, na obra *Impeachment*, Ed. Imprensa Nacional, 1995, 416 p. Houve também uma Ação Penal Originária, publicada na Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo (STF, APn 307, *in RTJ 162/3*).

Certo, em atenção à especificidade **política da matéria** envolvida, essa jurisdição, sem perder a sua essência jurisdicional, a própria Constituição subtraiu do Judiciário para confiar, integral e exclusivamente, a uma instância política, as duas casas do Congresso Nacional [...].⁷ (Grifo nosso).

No tocante as medidas provisórias, o STF entendeu pela possibilidade de sucessivas reedições⁸, e que, além disso, o critério de “relevância e urgência” seria ato discricionário (e, portanto, *político*) do Chefe do Executivo, não cabendo ao Judiciário se imiscuir em terreno no qual seria incompetente. A comprovar a iteratividade de tal jurisprudência, foi editada a Súmula n. 651 STF: “A medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional podia, até a EC 32/98⁹, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição”. Eis a ementa de um dos precedentes que deu origem à Súmula 651:

MEDIDA PROVISÓRIA: **URGÊNCIA E RELEVÂNCIA: APRECIÇÃO PELO JUDICIÁRIO**. REEDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA NÃO REJEITADA EXPRESSAMENTE. CF, art. 62. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO: CÂMARA DE EDUCAÇÃO BÁSICA. Medida Provisória 661, de 18.10.94. Lei 9.131, de 24.11.95.

1. — Reedição de medida provisória não rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional: possibilidade. Precedentes do STF: ADIn 295-DF e ADIn 1516—RO.

II. — **Requisitos de urgência e relevância: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo, a menos que a relevância ou a urgência evidenciar—se improcedente.**

No sentido de que **urgência e relevância são questões políticas**, que o Judiciário não aprecia: RE 62.739—SP, Baleeiro, Plenário, RTJ 44/54; RDP 5/223. (Medida Cautelar na ADI 1.397-DF, publicada no DJU em 27.06.1997.)

Nesta ADI 1397, seu Relator, Ministro Carlos Velloso, fundamentou pela ampla possibilidade de reedições de medidas provisórias, e que sua “reedição demonstra, de certa forma, a necessidade da medida e a sua urgência”. Complementou ainda que “a apreciação de tais requisitos assume caráter político, ficando tal apreciação por conta, em princípio, do Chefe do Poder Executivo e do

⁷ BRASII. STF. MS N° 21.564 – DF. Impeachment. Brasília: Imprensa Nacional, 1995, p. 81-82.

⁸ As decisões sobre a possibilidade ou não de reedição de Medidas Provisórias devem ser analisadas à luz do texto constitucional anterior à promulgação da Emenda Constitucional n. 32/2001.

⁹ *Rectius*: houve um erro na publicação desta súmula, depois retificado. A Emenda Constitucional n. 32 é de 2001 e não de 1998 como consta no verbete original.

Congresso Nacional”. A justificar tal decisão, o Ministro invocou precedente do período dos governos militares no Brasil, da lavra de Aliomar Baleeiro, onde fora defendido pelo então político e Professor de Direito Financeiro e Tributário que *urgente ou relevante é tudo*

[...] o que o Presidente entender como tal, ressalvado que o Congresso pode chegar a julgamento de valor contrário, para rejeitar o decreto—lei. Destarte, não pode haver revisão judicial desses dois aspectos entregues ao discricionarismo do Executivo, que sofrerá apenas correção pelo discricionarismo do Congresso. Por aí não há inconstitucionalidade (RE nº 62.739—SP, RTJ 44/54; RDP 5/223).

Em outras palavras: o STF entendeu que somente o Executivo é quem decide o *que e quando* se dão os critérios de “urgência e relevância”, *a não ser em casos teratológicos ou de patente abuso de poder*. Já as hipóteses em que se dariam o abuso de poder ou a teratologia não foram definidas. Tais deliberações tíbias do STF fizeram o Executivo, antes da EC 32/2001, reeditar várias MP's e, mesmo após a promulgação da Emenda, continuar a adotá-las reiteradamente e sem critério.¹⁰

Assim, após a promulgação da Constituição de 1988, o entendimento quanto a impossibilidade de revisão do mérito do ato pelo Judiciário, se de um lado ainda prevalece, de outro, como se verá a seguir, começa a sofrer cada vez maiores contestações.

Disso se extrai a possibilidade de qualquer membro do Judiciário rever quaisquer atos administrativos e/ou legislativos, mesmo que discricionários, especialmente quando no exercício do controle de constitucionalidade dos atos administrativos, vale dizer, quando o ato macule alguma norma constitucional.

Mas isto não significa dizer que o Judiciário poderá revisar amplamente todos os setores da política. Continuará a haver, nas decisões discricionárias, um *núcleo essencialmente político*, de estrita esfera de competência do órgão realizador

¹⁰ Em março de 2016 tal súmula 651 foi convertida para a Súmula Vinculante n. 54, de idêntica redação.

do ato questionado. Tal núcleo deverá continuar sendo não passível de revisão pelo Judiciário.

Com o aumento das atribuições do Estado, desde o Estado Social de Direito, muitas vezes se tornaram tênues os limites entre o que seja essencialmente político (e, portanto, insindicável) ou não. Nas palavras de Paulo Bonavides (2002, p. 290):

A dificuldade em caracterizar o que seja questão política para fazê-la defesa ao exame de constitucionalidade dos juízes e tribunais é tanto maior quanto **se politizaram no Estado social contemporâneo os direitos individuais**, com a perda conseqüente daqueles traços que na época do liberalismo tão nítida fizeram a fronteira entre o indivíduo e o Estado. **As regras de distinção se afrouxaram.** As questões políticas, que classicamente poderiam com toda a clareza ser demarcadas numa esfera autônoma, ganharam tal latitude, que sua catalogação, como Rui a fez, já não exaure a matéria, para efeito de determinação dos limites de controle de constitucionalidade. (Grifo nosso).

São dessarte os atos que refletem a soberania¹¹ do Estado, especialmente as referentes às forças armadas, defesa do Estado e das instituições democráticas, nas hipóteses de *crises constitucionais* (intervenção federal, Estado de Defesa e de Sítio); reservas monetárias do País; câmbio, obtenção de dados estratégicos. Para Bonavides (2002, p.292), ainda, seriam, dentre outras:

[...] as medidas da política econômica, declarar a guerra, negociar a paz, estabelecer o regime tributário, decretar a intervenção nos preços e na moeda, regular as relações internacionais, promover o desenvolvimento, em suma, aquelas prerrogativas que, pela sua natureza mesma, podem compor o substrato de uma política ou de uma legislação, cujo teor controverso não será nunca objeto legítimo de apreciação judicial.

Desta forma, são insindicáveis pelo Judiciário, *principalmente* (mas não *exclusivamente*), as hipóteses previstas na Constituição de 1988, em seu art. 21, incisos I a IX, XVII ao XXV). E ainda os atos *interna corporis* (*intrínsecos*) de cada

¹¹ Não se contesta estar atualmente em cheque o conceito de soberania. Conforme Newton de Menezes Albuquerque (2001, p. 134), “a crise do conceito de soberania, nascido do processo de gradativa formalização normativa propugnado por Kelsen e seus seguidores, se aprofunda de maneira crescente e insofismável”. Mesmo assim, adotamos a concepção do autor, onde a soberania se afirma “como uma espécie de *Summa Potestas*, a que todos os demais comandos ou poderes deveriam estar submetidos”. (ALBUQUERQUE, 2001, p. 29).

“poder”, como nos artigos: 48 (competência do Congresso Nacional com a participação executiva); 49 (competência exclusiva do C.N.); 51 e 52 (respectivamente, competências *exclusivas*¹² da Câmara dos Deputados e do Senado); 59 a 69 (regras constitucionais do processo legislativo, para a elaboração das leis na acepção *lato sensu* da palavra, vale dizer, as *espécies normativas primárias* previstas no art. 59); 71 (competência exclusiva dos Tribunais de Contas); 84 (competência privativa do Chefe do Executivo); 129 (competência do Ministério Público).

E isto se dá até mesmo nos chamados *conceitos jurídicos indeterminados*, que são aquelas decisões que envolvem, para sua realização prática, “uma avaliação de pessoas, coisas ou processos sociais, por intermédio de um juízo de aptidão”. (MORAES, 1999, p.76).

Tais conceitos indeterminados, desta forma, também não são passíveis de um controle jurisdicional *pleno*. Pleno, ressalte-se, porque mesmo quando a Administração Pública se utiliza de tais termos, desde que haja excessos ou a omissão do Estado no cumprimento de preceitos constitucionais expressos, poderá o Judiciário interferir. Nesta acepção, Pablo Lucas Verdú (2004, p.181)

Os conceitos jurídicos indeterminados, ou melhor, os conceitos jurídicos determináveis, suscetíveis de determinação mediante sua concretização pela lei e pelo juiz, devem servir para a integração político-social, sobretudo aqueles que versam sobre prestações sociais, econômicas e culturais (princípios retores da política social, econômica e também cultural do Capítulo III do Título I, da nossa Constituição¹³). Essa integração político-social será mais intensa e completa na medida em que se encaixe com o sentimento jurídico-comunitário que tem confiança e adere à Constituição. Tanto a confiança quanto a adesão diminuem se a classe política demora ou não se esforça por cumprir os mandamentos. [contidos nas constituições].

¹² Apesar de, na Constituição, constar o termo “Compete *privativamente*”, nos artigos 51 e 52, tal competência, na verdade, é exclusiva. É que a competência privativa é delegável, tendo que estar as hipóteses de delegação previstas em parágrafos do próprio artigo, o que não acontece nos aludidos dispositivos. Além disso, a competência exclusiva, por definição, é *indelegável*, que é exatamente o caso dos dois artigos, acaso analisados em cada um de seus incisos.

¹³ O autor quer referir-se à Constituição da Espanha de 1978.

Por exemplo, na escolha de integrantes de Tribunais de Contas, deverão ser observados os critérios estabelecidos na Constituição de 1988, em seu art. 73, § 1º, a saber: I) mais de 35 e menos de 65 anos; II) idoneidade moral e reputação ilibada; III) notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; IV - mais de dez anos de exercício que exija os conhecimentos mencionados no item anterior.

Da leitura dos incisos do art. 73, § 1º constitucional se deduz que, no processo de escolha dos membros dos Tribunais de Contas (regra válida tanto para Ministros quanto para Conselheiros das Cortes de Contas estaduais e municipais, *ex vi* do art. 75 CF/88), há uma dimensão vinculada e uma dimensão discricionária. Isto é: a competência discricionária do administrador somente pode ser exercida depois do indispensável preenchimento de determinados requisitos expressamente fixados na Constituição Federal de 1988.

Em outras palavras: os requisitos prescritos no art. 73, § 1º, da CF – assentaram que a escolha de um Ministro e/ou Conselheiro de quaisquer Tribunais de Contas da Federação não podem ser um ato predominantemente discricionário, passando a ser estritamente vinculado aos parâmetros constitucionais estabelecidos. Portanto, há uma margem vinculada – estabelecida constitucionalmente – e discricionária (ou seja, após a observação dos critérios anteriormente fixados, a margem de escolha é livre).

4.2 A consequência da jurisdição constitucional é a “judicialização da política”

Friedrich Muller (2003), quando de sua obra “*Quem é o Povo?*”, em certo trecho trata do papel dos profissionais do Direito como atores responsáveis no papel de inclusão social, principalmente por meio da efetivação das normas constitucionais, o que deverá acontecer por meio do processo, e decidido pelo Judiciário:

Vamos tomar a metáfora ao pé da letra: a evolução é uma seqüência de desafios e respostas, impulsionada qualitativamente pela mutação. Nas sociedades humanas as mutações podem ser provocadas. O **papel normativo-institucional dos juristas** dá a este segmento profissional

uma ferramenta para encaminhar tais provocações de forma legal [*rectius*: constitucional], legítima e pacífica – assim e.g. **por meio de instrumentos de direito processual no âmbito do sistema de proteção jurídica e, mais genericamente, do sistema judicial.** (MÜLLER, 2003, p.100-101, grifo nosso).

Como visto, a chamada “judicialização” da política só aumentou após a Constituição de 1988, quando o Judiciário passou a enfrentar casos envolvendo direitos sociais de grande repercussão. Numa mudança de perspectiva, o magistrado deixou de ser apenas o juiz-pacificador dos conflitos, passando a ser um agente transformador do Direito para a realização dos direitos sociais insculpidos na Constituição.

Como já colocado, a judicialização da política é um fenômeno mundial e crescente que reflete o papel do Direito e do Estado após o Estado Social¹⁴ mas, principalmente, depois do estabelecimento do Estado Democrático de Direito. Desde quando as normas constitucionais passaram a contemplar não só os direitos individuais, mas também promessas sociais a serem implementadas (principalmente por meio das normas constitucionais programáticas), fez-se mister, para a realização de tais preceitos, uma atuação diferenciada do juiz constitucional, obrigando o poder político a agir ou a, ele mesmo, desenvolver, em caráter substitutivo e de alguma forma, as normas constitucionais. Não fosse assim de nada adiantaria dizer que o Judiciário é o guardião da Constituição.¹⁵

No entendimento de Verdú (2004, p.177) todos do povo devem concretizar a Constituição, e *a fortiori* os agentes do Estado, inclusive e principalmente os juízes ou Tribunais Constitucionais:

¹⁴ Para Pablo Lucas Verdú (2004, p.138-139), “essas mudanças silentes ou tácitas podem derivar de uma aguda consciência enraizada na classe política, exteriorizada na medida em que esta interpreta, mais ou menos acertadamente, os desejos da comunidade. Isso ocorre porque é necessário ajustar a *ratio* da Constituição aos requerimentos populares para cumprir o *telos* ou finalidade inerente ao texto fundamental”.

¹⁵ Infelizmente, contudo, passaram-se a se observar, especialmente nos últimos dez anos, patentes exageros por parte do Judiciário, em todos os graus de Jurisdição.

Há neles¹⁶, insisto, algo criador que ultrapassa a opinião de Montesquieu com respeito ao juiz como a *bouche qui prononce les paroles de la loi*. Assim, o Tribunal Constitucional alemão estabeleceu que a missão da jurisprudência constitucional pode exigir a adoção de certas valorações, ainda que estas não se contemplem no texto escrito fundamental ou apareçam de modo imperfeito, mediante um ato de conhecimento estimativo não isento de elementos de vontade que concretizam determinadas decisões. Em uma de suas primeiras sentenças, o Tribunal germano reconheceu que a cláusula do Estado Social tem alcance decisivo para interpretar a Constituição e as leis.

Ou seja, em muitas ocasiões o Judiciário passou a ser um “catalisador” do “espírito” da Constituição, ou, numa expressão de Pablo Lucas Verdú (2004), agindo com “sentimento constitucional”, se antecipando ao legislador e ao administrador na busca da concretização dos objetivos traçados na Constituição Federal.

4.2.1 “CPI dos Bingos”

Na série de mandados de segurança julgados pelo STF¹⁷, no dia 22 de junho de 2005, no que foi divulgado na mídia nacional como o julgamento da “CPI dos Bingos”, o cerne da questão foi o seguinte: pode o Judiciário (STF) determinar ao Legislativo (Senado Federal) a abertura de uma Comissão Parlamentar de Inquérito? Haveria ou não intromissão de um poder no outro? Pela importância de tais precedentes transcreve-se a ementa do MS 24.831:

E M E N T A: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - DIREITO DE OPOSIÇÃO - PRERROGATIVA DAS MINORIAS PARLAMENTARES - EXPRESSÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO - DIREITO IMPREGNADO DE ESTATURA CONSTITUCIONAL - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARLAMENTAR E COMPOSIÇÃO DA RESPECTIVA CPI - TEMA QUE EXTRAVASA OS LIMITES ‘INTERNA CORPORIS’ DAS CASAS LEGISLATIVAS - VIABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE A MAIORIA PARLAMENTAR FRUSTRAR, NO ÂMBITO DO CONGRESSO NACIONAL, O EXERCÍCIO, PELAS MINORIAS LEGISLATIVAS, DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR (CF, ART. 58, § 3º) - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. CRIAÇÃO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO: REQUISITOS CONSTITUCIONAIS. - O Parlamento recebeu dos cidadãos, não só o poder de representação política e a competência para legislar, mas, também, o mandato para fiscalizar os órgãos e agentes do Estado,

¹⁶ O autor quer se referir aqui aos princípios constitucionais estruturantes previstos nas Constituição, de forma expressa ou implícita.

¹⁷ A decisão foi tomada no julgamento dos Mandados de Segurança (MS) 24831, 24845, 24846, 24847, 24848 e 24849, sendo o 24.831 o paradigma dos demais.

respeitados, nesse processo de fiscalização, os limites materiais e as exigências formais estabelecidas pela Constituição Federal. - O direito de investigar - que a Constituição da República atribuiu ao Congresso Nacional e às Casas que o compõem (art. 58, § 3º) - tem, no inquérito parlamentar, o instrumento mais expressivo de concretização desse relevantíssimo encargo constitucional, que traduz atribuição inerente à própria essência da instituição parlamentar. - A instauração do inquérito parlamentar, para viabilizar-se no âmbito das Casas legislativas, está vinculada, unicamente, à satisfação de três (03) exigências definidas, de modo taxativo, no texto da Carta Política: (1) subscrição do requerimento de constituição da CPI por, no mínimo, 1/3 dos membros da Casa legislativa, (2) indicação de fato determinado a ser objeto de apuração e (3) temporariedade da comissão parlamentar de inquérito. - Preenchidos os requisitos constitucionais (CF, art. 58, § 3º), impõe-se a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito, que não depende, por isso mesmo, da vontade aquiescente da maioria legislativa. Atendidas tais exigências (CF, art. 58, § 3º), cumpre, ao Presidente da Casa legislativa, adotar os procedimentos subseqüentes e necessários à efetiva instalação da CPI, não lhe cabendo qualquer apreciação de mérito sobre o objeto da investigação parlamentar, que se revela possível, dado o seu caráter autônomo (RTJ 177/229 - RTJ 180/191-193), ainda que já instaurados, em torno dos mesmos fatos, inquéritos policiais ou processos judiciais. O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS PARLAMENTARES: A PARTICIPAÇÃO ATIVA, NO CONGRESSO NACIONAL, DOS GRUPOS MINORITÁRIOS, A QUEM ASSISTE O DIREITO DE FISCALIZAR O EXERCÍCIO DO PODER. - A prerrogativa institucional de investigar, deferida ao Parlamento (especialmente aos grupos minoritários que atuam no âmbito dos corpos legislativos), não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente no Congresso Nacional e que, por efeito de sua intencional recusa em indicar membros para determinada comissão de inquérito parlamentar (ainda que fundada em razões de estrita conveniência político-partidária), culmine por frustrar e nulificar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício, pelo Legislativo (e pelas minorias que o integram), do poder constitucional de fiscalização e de investigação do comportamento dos órgãos, agentes e instituições do Estado, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo. - Existe, no sistema político-jurídico brasileiro, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas - notadamente aquelas pertinentes ao direito de investigar - devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, a quem incumbe proclamar o alto significado que assume, para o regime democrático, a essencialidade da proteção jurisdicional a ser dispensada ao direito de oposição, analisado na perspectiva da prática republicana das instituições parlamentares. - A norma inscrita no art. 58, § 3º, da Constituição da República destina-se a ensejar a participação ativa das minorias parlamentares no processo de investigação legislativa, sem que, para tanto, mostre-se necessária a concordância das agremiações que compõem a maioria parlamentar. A CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO DE DIREITO REFLETE UMA REALIDADE DENSA DE SIGNIFICAÇÃO E PLENA DE POTENCIALIDADE CONCRETIZADORA DOS DIREITOS E DAS LIBERDADES PÚBLICAS. - O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas. - A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter conseqüências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de

uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. - O direito de oposição, especialmente aquele reconhecido às minorias legislativas, para que não se transforme numa promessa constitucional inconseqüente, há de ser aparelhado com instrumentos de atuação que viabilizem a sua prática efetiva e concreta. - A maioria legislativa, mediante deliberada inércia de seus líderes na indicação de membros para compor determinada Comissão Parlamentar de Inquérito, não pode frustrar o exercício, pelos grupos minoritários que atuam no Congresso Nacional, do direito público subjetivo que lhes é assegurado pelo art. 58, § 3º, da Constituição e que lhes confere a prerrogativa de ver efetivamente instaurada a investigação parlamentar em torno de fato determinado e por período certo. O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS PARLAMENTARES: POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A DIREITOS E/OU GARANTIAS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo. - Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional. Questões políticas. Doutrina. Precedentes. - A ocorrência de desvios jurídico-constitucionais nos quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito justifica, plenamente, o exercício, pelo Judiciário, da atividade de controle jurisdicional sobre eventuais abusos legislativos (RTJ 173/805-810, 806), sem que isso caracterize situação de ilegítima interferência na esfera orgânica de outro Poder da República. LEGITIMIDADE PASSIVA 'AD CAUSAM' DO PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL - AUTORIDADE DOTADA DE PODERES PARA VIABILIZAR A COMPOSIÇÃO DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. - O mandado de segurança há de ser impetrado em face de órgão ou agente público investido de competência para praticar o ato cuja implementação se busca. - Incumbe, em conseqüência, não aos Líderes partidários, mas, sim, ao Presidente da Casa Legislativa (o Senado Federal, no caso), em sua condição de órgão dirigente da respectiva Mesa, o poder de viabilizar a composição e a organização das comissões parlamentares de inquérito. (BRASIL. STF. MS 24831. Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2005, DJ 04-08-2006 PP-00026; RTJ VOL-00200-03 PP-01121).

O caso: em março de 2004, alguns partidos políticos não indicaram representantes para a CPI, o que deveria ter sido feito, então, pelo presidente do Senado. Houve discussão quanto a ocorrência ou não de malferimento ao art. 58, § 3º, da CF/88, segundo o qual, dentre os requisitos para a abertura de CPI's, estava o da assinatura mínima de um terço dos parlamentares da respectiva casa.

A maioria dos ministros, vencido o ministro Eros Grau, votou com o relator, Celso de Mello, que afirmou, em seu voto, o direito das minorias à oposição,

"conseqüência natural do postulado democrático". Também salientou que, no caso da CPI dos Bingos, o então presidente do Senado desrespeitou o direito público subjetivo, constitucionalmente assegurado aos integrantes da minoria legislativa.

O Ministro Eros Roberto Grau, neste julgamento, fez considerações sobre os limites do Judiciário em sua intervenção noutros poderes, especialmente nas decisões *interna corporis*. Deste modo considerou que o Judiciário não deveria interferir no controle de atos internos do Legislativo. Disse também que, no seu entendimento, a Constituição Federal assegura a um terço da totalidade dos integrantes da Câmara e do Senado a criação de comissões parlamentares de inquérito, e não às minorias parlamentares. A seguir, observou que, no tocante às CPI's, acaso o Judiciário determinasse sua abertura, mesmo assim tal deliberação não faria sentido, pois não seria possível a intromissão judicial nos debates parlamentares:

Porém, o seu funcionamento é afetado unicamente pelos efeitos do debate parlamentar no embate entre as forças políticas. Não fosse assim, esta Corte passaria a ter de arbitrar todo e qualquer movimento dessas forças políticas visando a tornar concreto o direito não apenas à criação, mas ao fluente funcionamento das CPIs.¹⁸

Em virtude das advertências do Ministro Eros Grau, foi levantada uma "Questão de Ordem", verdadeira questão prejudicial que, logicamente, deve anteceder o julgamento do mérito da causa, a saber: se o Judiciário pode ou não se imiscuir *mesmo em questões intrínsecas de outro poder*. O relator foi ainda o Min. Celso de Mello. A seguir se transcreverão os trechos do voto que interessam ao presente estudo, ou seja, pertinentes a correlação entre Direito, Política e possibilidade de intromissão do Judiciário em hipóteses de desrespeito à Constituição:

Impõe-se observar, neste ponto, por necessário, que o exame da postulação deduzida na presente sede mandamental justifica - na estrita perspectiva do princípio da separação de poderes - algumas reflexões prévias em torno das relevantíssimas questões pertinentes ao controle jurisdicional do poder político e às implicações jurídico-institucionais que necessariamente decorrem do exercício do 'judicial review'.

¹⁸ Trecho do voto-vista do Ministro do STF Eros Roberto Grau, no MS 24.831, julgado no dia 22 de junho de 2005.

Como sabemos, o regime democrático, analisado na perspectiva das delicadas relações entre o Poder e o Direito, não tem condições de subsistir, quando as instituições políticas do Estado falharem em seu dever de respeitar a Constituição e as leis, pois, sob esse sistema de governo, não poderá jamais prevalecer a vontade de uma só pessoa, de um só estamento, de um só grupo ou, ainda, de uma só instituição.¹⁹

De fato. Como se percebe, tal voto se coaduna com a ideia colocada da judicialização de atos políticos, ou melhor, da politização de certas decisões judiciais, onde a jurisdição constitucional, muitas vezes, terá que atuar politicamente, sempre que houver interpretações de questões envolvendo princípios, ou de desrespeito a preceitos da Constituição (*in casu*, ao art. 58, § 3º da CF/88).

E isto ainda mais se justifica, porque, como bem explicitado pelo Ministro, “impõe-se, a todos os Poderes da República (e aos membros que os integram), o respeito incondicional aos valores que informam a declaração de direitos e aos princípios sobre os quais se estrutura, constitucionalmente, a própria organização do Estado.”²⁰

Mas o Judiciário deve estar consciente de suas limitações, especialmente porque o papel político que hoje desempenha exige do juiz uma sensibilidade social (“sentimento constitucional”) e uma quantidade de conhecimentos jurídicos e técnicos muito maiores do que se exigia dele em época até recente.

E, diga-se de passagem, a questão colocada no voto do Ministro Celso Mello, no MS 24.831, não é nova nem na jurisprudência. Em nosso país já se pode vislumbrar raciocínio parecido em 1922, proferida no STF, pelo Ministro Guimarães Natal:

Nos regimes de Constituição escrita, de poderes limitados, a Lei Fundamental é, na frase de ‘Cooley’, a regra absoluta de ação e decisão para todos os poderes públicos e para o povo, e tudo quanto em oposição a ela se faz é substancialmente nulo.

Mas para que a Constituição mantivesse esta preeminência de regra absoluta de ação e decisão, que lhe dera o povo, decretando-a, era necessário criar um órgão que fosse dela a encarnação viva, que a interpretasse soberanamente, irrecorrivelmente, que com ela confrontasse as Leis e os atos dos Poderes Públicos e até do próprio povo e que tivesse o poder de declarar tais Leis e tais atos insubsistentes quando

¹⁹ STF, voto em questão de ordem no MS 24.831 DF.

²⁰ STF, voto em questão de ordem no MS 24.831 DF.

desconformes aos princípios nela consagrados. Esse órgão no nosso regime, como nos semelhantes ao nosso, é o Poder Judiciário Federal.²¹

Como se vê a matéria não é propriamente “recente”. Nova é sim a difusão de tal informação. Em outras palavras: num Estado Democrático de Direito é maior a *probabilidade* de se tornar mais aceito (*rectius*: eficaz) o princípio da supremacia da Constituição, tornando-o assim consagrado. E, neste sentido, a doutrina também é antiga. Já Pedro Lessa (1915, p.65-66), ex-Ministro do STF, escreveu sobre o assunto:

Em substância: exercendo atribuições políticas, e tomando resoluções políticas, move-se o poder legislativo num vasto domínio, que tem como limites um círculo de extenso diâmetro, que é a Constituição Federal. Enquanto não transpõe essa periferia, o Congresso elabora medidas e normas, que escapam à competência do poder judiciário. Desde que ultrapassa a circunferência, os seus atos estão sujeitos ao julgamento do poder judiciário, que, declarando-os inaplicáveis por ofensivos a direitos, lhes tira toda eficácia jurídica.

Pontes de Miranda (1967, p.343), se não apresentou tal noção nas mesmas palavras aqui defendidas, já as colocou de forma, no mínimo, muito parecida, e com ideia análoga:

[...] sempre que se discute se é constitucional ou não, o ato do poder executivo, ou do poder judiciário, ou do poder legislativo, a questão judicial está formulada, o elemento político foi excedido, e caiu-se no terreno da questão jurídica.

Pontes de Miranda, então, foi um dos precursores, no Brasil, do denominado ativismo judicial, tão criticado nos Estados Unidos, e analisados tal fenômeno em artigo de autoria de Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p.34):

As referências ao que se tem designado como *ativismo judicial* refletem outro caso de expressão utilizada sem maiores cuidados com a definição dos seus elementos constitutivos. Nem mesmo se encontra um consenso em torno de saber se a atitude é desejável ou negativa. O risco está em tornar a expressão inútil por superabrangente, ou, ainda pior, em transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor verdades ainda não estabelecidas e levando-os a julgar instituições e a formar opiniões políticas a partir de mistificações dissolventes.

²¹ STF, HC 8.584/DF. Rel. Min. Muniz Barreto. “Revista do Supremo Tribunal Federal”, v. 42/135-221, p. 192-194.

Mesmo com tanta sinceridade intelectual do autor o que se constata, mais recentemente no Brasil, contudo, é uma utilização indiscriminada de tal termo, por um enorme entusiasmo dos novos juízes. E incentivada, de forma simbólica ou às vezes explicitamente mesmo, por ministros do Supremo Tribunal Federal.²²

4.3 O impeachment da Presidente afastada Dilma Rouseff

No dia 17 de dezembro de 2015 o STF definiu o procedimento, em seus detalhes, a serem seguidos pelas duas casas do Congresso Nacional sobre o pedido de impedimento, por crimes de responsabilidade, da Presidente, à época ainda não afastada, Dilma Rouseff.²³

²² É o que se extrai de inúmeros discursos oficiais proferidos pelos ministros do STF. Apenas alguns, à guisa de exemplo: “Quando se registram omissões inconstitucionais do Estado, sempre tão ilegítimas quão profundamente lesivas a direitos e liberdades fundamentais das pessoas, das instituições e da própria coletividade, torna-se justificável a intervenção do Judiciário, notadamente a desta Corte Suprema, para suprir incompreensíveis situações de inércia reveladas pelas instâncias de poder em que se pluraliza o aparelho estatal brasileiro. Nem se alegue, em tal situação, a ocorrência de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva construção jurisprudencial ensejadora da possibilidade de exercício de direitos proclamados pela própria Carta Política, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes vulnerada e desrespeitada por inadmissível omissão dos poderes públicos.” (Discurso Proferido pelo Ministro Celso De Mello, em Nome Do Supremo Tribunal Federal, na Solenidade de Posse do Ministro Carlos Ayres Britto Na Presidência da Suprema Corte do Brasil, Em 19/04/2012, disponibilizado em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>, acesso em 20 de junho de 2016. De modo análogo no discurso de posse do ministro Ricardo Lewandowski na Presidência do STF, no dia 10 de setembro de 2014 disponibilizado em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>>, acesso em 20 de junho de 2016: “A partir dessa nova postura [o ativismo], o Judiciário começou a intervir em questões que antes estavam reservadas exclusivamente aos demais Poderes, participando, de maneira mais ativa, da formulação de políticas públicas, especialmente nas áreas da saúde, do meio ambiente, do consumo, da proteção de idosos, crianças, adolescentes e pessoas com deficiência. O Supremo Tribunal Federal, de modo particular, passou a interferir em situações limítrofes, nas quais nem o Legislativo, nem o Executivo, lograram alcançar os necessários consensos para resolvê-las. A Suprema Corte, não raro provocada pelos próprios agentes políticos, começou decidir questões controvertidas ou de difícil solução, a exemplo da fidelidade partidária, do financiamento de campanhas eleitorais, da greve dos servidores públicos, da pesquisa com células-tronco embrionárias humanas, da demarcação de terras indígenas, dos direitos decorrentes das relações homoafetivas, das cotas raciais nas universidades e do aborto de fetos anencéfalos”. Mais radical ainda, os discursos e palestras do ministro Luís Roberto Barroso (2011, p. 225).

²³ Acórdão publicado apenas no dia 8 de março de 2016, quando foi disponibilizado no sítio eletrônico do STF (<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4899156>>), e conforme o DJE 08/03/2016 - ATA Nº 25/2016. DJE nº 43, divulgado em 07/03/2016.

Foi na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378, em que ocorreu um fenômeno de mutação constitucional, em sua comparação com o definido anteriormente pelo STF na série de ações que em seu conjunto ficaram conhecidas como “caso Collor”. Mutações porque ficou estabelecido que o afastamento somente se daria após a confirmação do Senado Federal, por maioria simples, da deliberação tomada pela Câmara dos Deputados, por maioria qualificada²⁴.

Transcreve-se a ementa do julgado, tão somente nas partes que interessam à investigação desta tese:

DIREITO CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PROCESSO DE IMPEACHMENT. DEFINIÇÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RITO PREVISTO NA LEI Nº 1.079/1950. ADOÇÃO, COMO LINHA GERAL, DAS MESMAS REGRAS SEGUIDAS EM 1992. (sic).²⁵ [...].

1. A presente ação tem por objeto central analisar a compatibilidade do rito de impeachment de Presidente da República previsto na Lei nº 1.079/1950 com a Constituição de 1988. [...]

II. MÉRITO: DELIBERAÇÕES POR MAIORIA 1. PAPÉIS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL NO PROCESSO DE IMPEACHMENT (ITENS C, G, H E I DO PEDIDO CAUTELAR): 1.1. Apresentada denúncia contra o Presidente da República por crime de responsabilidade, compete à Câmara dos Deputados autorizar a instauração de processo (art. 51, I, da CF/1988). A Câmara exerce, assim, um juízo eminentemente político sobre os fatos narrados, que constitui condição para o prosseguimento da denúncia. Ao Senado compete, privativamente, processar e julgar o Presidente (art. 52, I), locução que abrange a realização de um juízo inicial de instauração ou não do processo, isto é, de recebimento ou não da denúncia autorizada pela Câmara. 1.2. Há três ordens de argumentos que justificam esse entendimento. Em primeiro lugar, esta é a única interpretação possível à luz da Constituição de 1988, por qualquer enfoque que se dê: literal, histórico, lógico ou sistemático. Em segundo lugar, é a interpretação que foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal em 1992, quando atuou no impeachment do então Presidente Fernando Collor de Mello, de modo que a segurança jurídica reforça a sua reiteração pela Corte na presente ADPF. E, em terceiro e último lugar, **trata-se de entendimento que, mesmo não tendo sido proferido pelo STF com força vinculante e erga omnes, foi, em alguma medida,**

²⁴ CF/88, arts. 51, I c/c 52, I e art. 86 e parágrafos.

²⁵ Isto é mentira. Como o próprio ministro Roberto Barroso retrata numa parte de seu voto, o precedente do caso Collor foi tomado não com base nos fundamentos da decisão, mas sim em obiter dictum (deve-se deixar claro que o ministro escreveu, no entanto, “*obter dictum*”... sem saber se essa escrita foi falta de conhecimento ou ...). Isto significa dizer que o Ministro, além de outros, ao terem afirmado que o precedente do impeachment da ADPF 378 seria exatamente igual ao os do processo Collor.... *data maxima venia*, ... tal assertiva é mentirosa.

incorporado à ordem jurídica brasileira²⁶. Dessa forma, modificá-lo, estando em curso denúncia contra a Presidente da República, representaria uma violação ainda mais grave à segurança jurídica, que afetaria a própria exigência democrática de definição prévia das regras do jogo político. 1.3. Partindo das premissas acima, depreende-se que não foram recepcionados pela CF/1988 os arts. 23, §§ 1º, 4º e 5º; 80, 1ª parte (que define a Câmara dos Deputados como tribunal de pronúncia); e 81, todos da Lei nº 1.079/1950, porque incompatíveis com os arts. 51, I; 52, I; e 86, § 1º, II, todos da CF/1988. 2. RITO DO IMPEACHMENT NA CÂMARA (ITEM C DO PEDIDO CAUTELAR): 2.1. O rito do impeachment perante a Câmara, previsto na Lei nº 1.079/1950, partia do pressuposto de que a tal Casa caberia, nos termos da CF/1946, pronunciar-se sobre o mérito da acusação. Em razão disso, estabeleciam-se duas deliberações pelo Plenário da Câmara: a primeira quanto à admissibilidade da denúncia e a segunda quanto à sua procedência ou não. Havia, entre elas, exigência de dilação probatória. 2.2. Essa sistemática foi, em parte, revogada pela Constituição de 1988, que, conforme indicado acima, alterou o papel institucional da Câmara no impeachment do Presidente da República. Conforme indicado pelo STF e efetivamente seguido no caso Collor, o Plenário da Câmara deve deliberar uma única vez, por maioria qualificada de seus integrantes, sem necessitar, porém, desincumbir-se de grande ônus probatório. Afinal, compete a esta Casa Legislativa apenas autorizar ou não a instauração do processo (condição de procedibilidade). 2.3. A ampla defesa do acusado no rito da Câmara dos Deputados deve ser exercida no prazo de dez sessões (RI/CD, art. 218, § 4º), tal como decidido pelo STF no caso Collor (MS 21.564, Rel. para o acórdão Min. Carlos Velloso). 3. RITO DO IMPEACHMENT NO SENADO (ITEMS G E H DO PEDIDO CAUTELAR): 3.1. Por outro lado, há de se estender o rito relativamente abreviado da Lei nº 1.079/1950 para julgamento do impeachment pelo Senado, incorporando-se a ele uma etapa inicial de instauração ou não do processo, bem como uma etapa de pronúncia ou não do denunciado, tal como se fez em 1992. Estas são etapas essenciais ao exercício, pleno e pautado pelo devido processo legal, da competência do Senado de processar e julgar o Presidente da República. 3.2. Diante da ausência de regras específicas acerca dessas etapas iniciais do rito no Senado, deve-se seguir a mesma solução jurídica encontrada pelo STF no caso Collor, qual seja, a aplicação das regras da Lei nº 1.079/1950 relativas a denúncias por crime de responsabilidade contra Ministros do STF ou contra o PGR (também processados e julgados exclusivamente pelo Senado). 3.3. Conclui-se, assim, que a instauração do processo pelo Senado se dá por deliberação da maioria simples de seus membros, a partir de parecer elaborado por Comissão Especial, sendo improcedentes as pretensões do autor da ADPF de (i) possibilitar à própria Mesa do Senado, por decisão irrecorrível, rejeitar sumariamente a denúncia; e (ii) aplicar o quórum de 2/3, exigível para o julgamento final pela Casa Legislativa, a esta etapa inicial do processamento. (BRASIL. STF - ADPF 378 MC. Relator: Min. EDSON FACHIN. Relator p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO. Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2015. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 07-03-2016 PUBLIC 08-03-2016).

²⁶ Foi incorporado onde? Aqui constata-se a MENTIRA, mentira do STF. Em nenhum momento dos precedentes anteriores do caso Collor foi tratado explicitamente como paradigma no tocante que a decisão da Câmara que admitiria o impeachment seria ou não vinculante.

Ocorre que este rito nesta ADPF, em que o Ministro Barroso menciona que será ou seria, por segurança jurídica, repetida a sistemática adotada pelas ações que tramitaram no STF concernentes ao caso Collor, simplesmente **não existiu**. Da comparação do inteiro teor dos acórdãos, desta ADPF 378, com (principalmente) a do MS 21.564, se constata que na década de 1990 o STF não estabelecera, na parte dispositiva da decisão, que a deliberação da Câmara não seria vinculante, mas sim uma etapa burocrática.

Ao contrário, à época o único Ministro que expressamente tinha se pronunciado sobre o assunto fora o decano Celso de Mello:

Ao Senado Federal, constitucionalmente designado como instância concentradora do processo e julgamento do Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, impõe-se, ante a autorização derivada da Câmara dos Deputados, **a necessária instauração do processo de impeachment**, com todas as conseqüências jurídico-constitucionais daí emergentes, notadamente a suspensão cautelar e provisória do Chefe de Estado, quanto ao exercício de suas funções, pelo prazo máximo de 180 dias.

Esse caráter vinculado da atuação processual do Senado da República, que deriva da manifestação autorizativa validamente enunciada pela Câmara dos Deputados, foi ressaltado por JOSÉ AFONSO DA SILVA...²⁷ (Grifo nosso).

A propósito, eis o que ensina, de forma muito clara sobre o assunto, o Professor José Afonso da Silva (1999, p.549):

Recebida a autorização da Câmara para instaurar o processo, o Senado Federal se transformará em tribunal de juízo político, sob a Presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal. Não cabe ao Senado decidir se instaura ou não o processo. Quando o texto do art. 86 diz que, admitida a acusação por dois terços da Câmara, será o Presidente submetido a julgamento perante o Senado Federal nos crimes de responsabilidade, não deixa a este possibilidade de emitir juízo de conveniência de instaurar ou não o processo, pois que esse juízo de admissibilidade refoge à sua competência e já fora feito por quem cabia.

Apesar disso tudo, no já mencionado acórdão da ADPF 378, o ministro Celso de Mello mudou radicalmente de ideia:

²⁷ Página 16 do Acórdão referente ao MS 21.564.

É certo que, ao votar no MS 21.564/DF (Caso Collor), salientei o caráter vinculante da deliberação parlamentar emanada da Câmara dos Deputados nos termos do art. 51, inciso I, da Constituição Federal, havendo enfatizado, então, no voto que proferi, que a instauração do processo de ‘impeachment’, pelo Senado da República, traduzia consequência necessária da autorização dada, previamente, por dois terços dos Deputados Federais. (voto do ministro Celso de Mello à pag. 344 do acórdão da ADPF 378).

[...]

A Constituição defere à Câmara dos Deputados, assim, com exclusão de qualquer outro órgão do Estado, não importando a natureza do ilícito imputado ao Presidente da República, apenas a competência para autorizar o Senado Federal a instaurar processo de ‘impeachment’ contra o Chefe do Poder Executivo da União (CF, art. 51, I). (voto do ministro Celso de Mello à pag. 344 do acórdão da ADPF 378).

Em suma: o STF estabeleceu, no que importa, que não mudou a essência dos procedimentos nos processos de impeachment quando, na verdade, modificara radicalmente seu entendimento. O lamentável e o que se aponta aqui, núcleo desta tese que procura apontar as incoerências e falhas do STF, não é a mudança de ideia do órgão colegiado. Até mesmo porque o que caracteriza as sociedades e, por derivação as entidades estatais, é a sua mutabilidade.²⁸ Mas o que torna o STF mais ameaçador a Nação é justamente quando ocorrem tais modificações sub-reptícias, e este se utiliza o órgão estatal de sofismas, sabendo quem ninguém mais poderá, na prática, sindicá-los. A conclusão parcial neste tópico então é irrefutável: tais mudanças repentinas só trazem inseguranças jurídicas, uma vez que, tal como no ativismo judicial, o jurisdicionado e cidadão indefeso vai depender inteiramente de voluntarismos dos ministros do STF.

4.4 Críticas à “judicialização da política”. Falta de legitimidade do Judiciário, principalmente do STF

Para muitos autores, há uma tensão entre democracia e jurisdição constitucional, por dois motivos principais: a primeira, porque quem realiza tal ordem de decisões – os membros do Judiciário – não sofrem qualquer responsabilidade por seus entendimentos, para o bem ou para o mal. A segunda, porque não há representatividade e, portanto, legitimidade, de seus integrantes.

²⁸ Ou mutação constitucional – para se utilizar de um termo mais técnico e de rigor ao Supremo.

Quanto ao primeiro motivo: falta de responsabilização dos membros do judiciário por suas decisões. A jurisprudência brasileira de há muito só reconhece a possibilidade de responsabilização subjetiva dos juízes, desde que comprovado dolo ou culpa por suas decisões, numa interpretação literal do art. 133 do CPC/1973 e 49 da LOMAN²⁹. O STF assim coloca seu entendimento:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS DOS JUÍZES. C.F., art. 37, § 6º.
I. – **A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes**, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II. – RE provido. Agravo improvido. (BRASIL. STF. RE 228.035-AgR/SC, Relator Min. Carlos Velloso, DJU 05.03.2004).

As justificativas apresentada pelo STF, em seus votos, se repetem à exaustão e são de um corporativismo atávico: não deve haver responsabilidade judicial, “a não ser em casos expressamente previstos em lei” (sem especificar quais seriam estas leis), porque o juiz, no exercício de sua função, manifesta um verdadeiro ato “decorrente da **soberania** (sic), essa definida como o poder incontestável de querer coercitivamente e de fixar as competências”.

E, apesar de haver previsão expressa na Constituição quanto a regra de que a responsabilidade civil do Estado é objetiva (CF, art. 37, § 6º):

[...] inferir-se desse dispositivo constitucional a responsabilidade objetiva do Estado por erros judiciais seria contrastar com a própria qualidade de Poder que permeia os órgãos judiciários, pois, ao exercer função que dimana da própria soberania, qual seja, decidir em última instância sobre a atributividade das normas, não se iguala o juiz ao administrador que, ao revés, exerce atos de execução lastreados pela legalidade, o que permite o amplo controle da atividade administrativa e a direta responsabilidade do Estado pelo funcionamento deletério do serviço público [...].³⁰

Os precedentes neste sentido, no STF, são inumeráveis.³¹

²⁹ CPC, “Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude”. De modo praticamente idêntico, o art. 49 da Lei Complementar 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura).

³⁰ BRASIL. STF, RE 429518 SC. Relator Ministro Carlos Velloso, trechos do voto transcritos do informativo STF n. 357, publicado no DJU em 28.10.2004.

³¹ Antes da Constituição de 1988: RE 32.518/RS, RTJ 59/783; RE 70.121 (RTJ 64/689); RE 69.568 (RTJ 56/273). Após a CF/88: RE 228.035-AgR/SC; RE nº 219.117-4-PR (DJU 29.10.1999); RE

O raciocínio colocado acima pelo STF e seus precedentes são, em síntese, baseados em duas premissas históricas, mas já superados: i) o princípio de que o Estado não pode cometer injustiça (“*the king can do no wrong*”); ii) o dogma da coisa julgada. Uma análise pormenorizada da possibilidade de responsabilidade ou não do juízes por seus atos porém, foge à seara desta tese.³²

O Judiciário, porém, no Brasil se tornou mais passível de fiscalização e de responsabilização por seus atos (corolário do princípio republicano), após a promulgação da Emenda 45/2004, conhecida como “reforma do judiciário”, que criou o Conselho Nacional de Justiça, órgão do Judiciário responsável pela fiscalização dos atos administrativos praticados pelos juízes (CF/88, art. 92, I-A e 103-B, especialmente no 103-B, § 4º).

Infelizmente, contudo, nos últimos dez anos as principais decisões do CNJ foram no sentido de se privilegiar e prestigiar o Judiciário, contestando decisões corporativas das administrações dos Presidentes dos Tribunais da Federação, principalmente quando egressas do STF. Para isso o CNJ passou a utilizar-se cada vez mais de seu poder normativo, reconhecido na ADC 12 DF, julgada pelo STF, na prática concedendo ao CNJ um papel de verdadeiro legislador, por inovar no ordenamento jurídico e, o que é pior, autorizando despesas e vantagens de natureza remuneratória aos magistrados, ignorando expressamente os preceitos constitucionais a respeito, e quase sempre contestado pelo STF.³³

111.609 no RTJ 130/355; RE 228.977/SP (D.J.U de 12.4.2002); RE 219.117/PR (D.J.U. de 29.10.99).

³² Fundamental, para uma melhor compreensão do tema, a leitura da obra *Juízes Irresponsáveis?* Mauro Cappelletti (1989).

³³ EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE ‘DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS’. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2.

Além disso, no Brasil o STF possui pequeno grau de legitimidade, na medida em que seus membros não são eleitos pela população, nem passam por periódicas avaliações populares – afora outros problemas de índole estrutural e processual que dificultam uma atuação judicial de maior qualidade. Em outras palavras, não há uma “cultura democrática” no bojo do Judiciário. Ao contrário: tal poder é o mais refratário ao controle da sociedade e de suas atitudes. Martônio Mont’Alverne Lima (2005, p.238), no artigo *Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da Democracia Política*, adverte sobre a falta de legitimidade deste órgão:

Outro bom indicador para fins de discussão a respeito da ausência de uma cultura democrática no poder judiciário é o da judicialização da política. Se se percebe cada vez mais que muito dos embates políticos da sociedade se deslocam para a arena judiciária, abandonando o campo da política e dos políticos, este episódio pode ser denunciador de diversos aspectos. O primeiro deles, sem dúvida, pode ser percebido por meio de um descrédito dos políticos, mas não da política, à medida que a natureza do conflito jamais deixará de ser política pelo fato de vir a ser resolvida pelo poder judiciário. O segundo deles é que o poder judiciário passaria a ser visto como depositário das esperanças da realização constitucional, articulação que executivo e legislativo têm sistematicamente se recusado a fazer. De uma outra vertente, poder-se-ia ainda dizer, num terceiro ponto que, nesta condição – mais que nunca – a presença da cultura democrática no judiciário quando este é chamado a interferir nas questões políticas se mostra muito mais importante.

Ronald Dworkin (2002, p.132-133), em sua obra *Levando os Direitos a Sério*, chega a ser radical, no sentido de que o Judiciário, por não poder ser normalmente responsabilizado por seus atos, nem seus membros eleitos, não poderia, também, realizar um processo de “criação” do direito:

Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios ‘estabelecidos’ por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo ‘direção’ nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça. (BRASIL. STF - ADC 12, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009; RTJ VOL-00215-01 PP-00011 RT v. 99, n. 893, 2010, p. 133-149).

B. Princípios e Democracia.

A conhecida história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplica-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.

Esses dois argumentos se combinam para sustentar o ideal tradicional de que a decisão judicial deve ser o menos original possível.

Há algumas objeções ao defendido acima por Dworkin (2002). Não se contesta serem os juízes:

- a) irresponsáveis por suas decisões, nem muito menos que eles;
- b) não são eleitos e que é possível;
- c) haver uma injustiça contra o particular por uma decisão “criativa” *ex post facto*.

As observações a) e b) já foram comentadas em momento próprio. Quanto a c), “injustiça” de uma decisão criativa *ex post facto*, tal argumento não prospera. É que as decisões “criativas”, pelo menos as que interessam ao estudo, são frutos do exercício de controle de constitucionalidade, e portanto, quando procedentes, são oponíveis contra o Estado. Inclusive, é isto o que se encontra expressamente previsto no art. 97 da Constituição Federal, a chamada “cláusula de reserva de plenário”: “Art. 97 - Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Ora, na maior parte das vezes, o controle de constitucionalidade é exercido por meio do sistema difuso, ou seja, quando um particular vai a Juízo argumentar que determinada lei (uma das espécies normativas primárias previstas no art. 59 da CF/88) é inconstitucional. Significa isto dizer, que se o particular tiver razão, se teve uma lei inconstitucional praticada pelo Estado contra o particular, demonstrando assim seu arbítrio.

Ou por outra: não se está sendo incoerente nesta parte da tese. O que se deixa claro aqui é que não deve haver confusão (mas na verdade há muitas vezes) entre o exercício legal e constitucional de o magistrado defender e aplicar a Constituição, principalmente quando se tratar da defesa de direitos fundamentais, e a judicialização da política e o exercício de um “ativismo judicial” criativo, uma expressão mais sofisticada para algo bem antigo, que é o arbítrio travestido de voluntarismo.

A principal razão de existência dos direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes, como é sabido, é a limitação do poder puro, que acaba por engendrar o arbítrio. O controle de constitucionalidade, portanto, é uma forma – a mais sofisticada e poderosa – de limitar o poder. Não poderia ser exercida exclusivamente pelo Legislativo, e nem pelo Executivo. Qualquer uma das hipóteses, se realizada de forma monopolística, geraria o abuso de poder.

De qualquer forma, a jurisdição constitucional só pode desenvolver-se plenamente em regime democrático, por não ser bem tolerada por regimes de exceção. E por um motivo muito simples. A principal razão de ser da jurisdição constitucional, por ser política (conforme já demonstrado) aplicada ao direito constitucional³⁴, é limitar o poder. E limitação de poder é justamente o que não se quer permitir em qualquer ditadura, por definição³⁵.

Assim, uma Constituição é feita para proteger os cidadãos contra o Estado. Principalmente, mas não só. Após o Estado Social de Direito³⁶, com o advento das normas constitucionais programáticas, que instituíram objetivos a serem alcançados pelo Estado-Administração, ao Judiciário foi incumbido, em muitas ocasiões, de garantir tais expectativas. Tais argumentos foram mais detalhadamente defendidos por Ronald Dworkin (2002, p. 208-209), apesar de um pouco que meio se contradizendo o Professor de Harvard quanto ao que escrevera anteriormente:

³⁴ Ao longo do século XIX e até o início do século XX o Direito Constitucional era denominado de Direito Político.

³⁵ O objetivo de todo ditador é *concentrar e acumular* mais e mais poder, indefinidamente. Daí não lhe ser interessante quaisquer mecanismos contestatórios, principalmente limitativos de seu poder.

³⁶ E também do Estado Democrático de Direito, conforme já explicado, apesar de as normas programáticas terem nascido no período do Estado Social de Direito.

A teoria constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das maiorias. A Constituição, e particularmente a Bill of Rights (declaração de direitos e garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando esta maioria age visando o que considera ser um interesse geral ou comum. Algumas dessas restrições constitucionais assumem a forma de regras bastante precisas, como a regra que exige um júri no caso de processos criminais federais, ou, talvez, a regra que proíbe o Congresso Nacional de restringir a liberdade de expressão. Mas outras restrições assumem a forma daquilo que freqüentemente se chama de padrões 'vagos', como por exemplo, o dispositivo que determina que o governo não poderá negar a nenhum indivíduo o processo legal justo ou a igual proteção perante a lei.

E continua, aperfeiçoando tal raciocínio:

O argumento pressupõe que em uma democracia todas as questões não resolvidas, inclusive aquelas relativas a princípios morais e políticos, devem ser resolvidas por instituições que sejam politicamente responsabilizáveis de um modo que os tribunais não são. Por que deveríamos aceitar essa concepção de democracia? Dizer que esse é o significado da democracia não resolve nada, pois é um erro supor que a palavra, enquanto palavra, não tenha um significado tão preciso. Mesmo que tivesse, deveríamos então reformular nossa questão e perguntar por que deveríamos ter democracia, se pressupomos que é isso que ela significa. Nem é melhor dizer que essa idéia de democracia está estabelecida na Constituição dos Estados Unidos ou tão entranhada em nossa tradição política que estamos comprometidos com ela. Não podemos afirmar que a Constituição – que não nos oferece nenhuma regra que limite a revisão judicial a casos bem definidos – estabeleça uma teoria da democracia que exclui revisões mais amplas, assim como não podemos dizer que nossos tribunais na realidade têm aceito consistentemente uma tal restrição. (DWORKIN, 2002, p.221).

De fato. Aliás, na história, se demonstra que as restrições ao conhecimento judicial de questões “políticas”, mormente quando se tratem de casos que envolvam controle de constitucionalidade, se deram em ditaduras.

Pode-se citar, por exemplo, a própria Constituição de Weimar, na Alemanha, de 1919. Seu “guardião” da Constituição, com tal ideia tão radicalmente defendida por Carl Schmitt, seria tão somente o Presidente da República Alemã.

Mas nem se precisa ir tão longe. A Constituição do Brasil de 1937, documento instituidor do Estado Novo e formalizando um regime fascista em nosso país, restringia, com todas as letras, o exame judicial de constitucionalidade. Assim dispunha seu artigo 96, parágrafo único:

Art. 96. Só com maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a Juízo do Presidente da República seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal. (BRASIL. Constituição Federal de 1937, Senado Federal).

Porém, para países onde os confrontos entre maiorias e minorias são muito intensos ou com fortes tradições autoritárias, como é o caso do Brasil, a rigidez constitucional parece essencial para preservar direitos e garantir a regra democrática.

Nesses países de constituições rígidas, cabe a todo o Judiciário, ou a uma Corte Constitucional em particular, contrastar os atos do parlamento face à Constituição. Em caso de conflito, prevalece a norma constitucional. Assim, o único remédio para derrubar a decisão judicial que declarou inconstitucional uma decisão parlamentar é emendar a Constituição. Para o que é necessário um quórum diferenciado, variando o grau de dificuldade de país a país. Quanto mais difícil for alterar a Constituição, mais constitucionais e menos majoritários serão esses regimes.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, sua legitimidade deveria derivar de sua própria habilidade. Infelizmente, contudo, o que se observa são decisões absolutamente incoerentes, conforme já foi demonstrado, e conforme ainda será demonstrado.

5 O PRINCÍPIO DA PLURALIDADE DOS PODERES

Após a análise do “desenvolvimento” constitucional do Estado ocidental moderno, para um melhor entendimento, faz-se mister entender, sob uma perspectiva doutrinária e histórica, o princípio da “separação de poderes”. Neste sentido, não irá se detalhar as “funções” típicas e atípicas de cada “poder”, até porque encontramos em qualquer manual de direito constitucional.

O que se procurará enfatizar aqui é a comparação da doutrina clássica dos poderes e qual a razão de ser de tal princípio, porque ele foi idealizado e permanece até hoje. Será feita rápida análise ainda, de qual sua tendência evolutiva, vale dizer, se o princípio da “tripartição” dos poderes não estaria evoluindo – mesmo que despercebidamente – para um princípio da “pluralidade” de poderes, aqui no Brasil e alhures. Finalmente, analisar a correlação destes “poderes” com os “Estados” de Direito.

Ou seja: é o Estado Constitucional, atual Estado Democrático de Direito, previsto nos textos das constituições, que submete todas as instituições de um país. Desta forma, a CF/88 deve submeter todas as demais instituições, com o propósito de proteção dos direitos fundamentais. Desta forma, a legitimidade mais importante não ocorre simplesmente decorrente do sufrágio, de eleições. Não só. Mas principalmente da submissão ao princípio da supremacia da Constituição. Por tudo isso, uma maior quantidade de “poderes”, com uma maior esfera de competências, aumenta a representatividade de um maior número de instituições. Desta forma, a crise de representatividade, principalmente em períodos de contestações eleitorais, é diminuída, em razão de um maior número de poderes se fiscalizarem mutuamente, estabilizando o sistema como um todo, e preservando a democracia.

5.1 Explicações Preliminares. Errônea utilização do termo “separação de poderes”. Análise do artigo 2º da Constituição Federal brasileira

Inicialmente, urge que se deixe claro que o termo “separação de poderes” só permanece por mera tradição, que se repete nos textos constitucionais. O termo é

errado, atécnico. E por uma simples razão. O poder, decorrente da soberania é uno, indivisível, pois que a soberania é uma só.¹ E a soberania é uma só porque o titular do poder soberano, quem seria? É o povo. E o povo, elemento constitutivo do Estado, é – e só pode ser – único. Daí que, por se possuir um “poder” soberano, este, para ser limitado, deve ser fracionado suas funções principais em órgãos distintos.

Separação de órgãos ou funções, ou mesmo divisão de órgãos, portanto, seria um termo mais consentâneo com a doutrina da Ciência Política e do Direito Constitucional. O equívoco é ainda maior em virtude da redação do art. 2º da Constituição de 1988², que repetiu uma redação já superada. Inclusive, em dissonância com o núcleo essencial de nossa Constituição, a saber, o princípio democrático, insculpido no parágrafo único do art. 1º.³

Discrepância, porque o parágrafo único do art. 1º - correto quanto a técnica da Ciência Política – refere-se *que todo* (no singular, como igual a *um*) o *poder* (um *único poder*) emana do povo (um só).

Poder-se-ia afirmar mesmo que, enquanto o parágrafo único do art. 1º da Constituição é praticamente cópia da ideia essencial de Rousseau, que defendia o pensamento monista de poder (seu titular seria o povo, *um povo*), já o art. 2º receberia influxo direto de Locke e Montesquieu, partidários do pluralismo.

Com outras palavras e, apesar de não mencionar os artigos constitucionais citados (até porque sua obra foi escrita antes da promulgação da Constituição de 1988), Paulo Bonavides (1993, p. 39):

¹ Tal ponto de vista permanece majoritário na Ciência Política. Apesar de ser discutido cada vez mais a “evolução” da noção de soberania, de antigo termo absoluto e elemento constitutivo do Estado, na visão de Bossuet, para seu atual critério relativístico, um qualificativo aos Estados, é consensual que o Poder do Estado é uno. Quanto a isso (ainda) não apareceram contestações.

² “Art. 2º. São *poderes* da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

³ “Par. ún. *Todo o poder emana do povo, [...]*”.

A contradição entre Rousseau e Montesquieu, contradição em que se esteia a doutrina liberal democrática do primeiro estado jurídico, assenta no fato de Rousseau haver erigido como dogma a doutrina absoluta da soberania popular, com as características essenciais de inalienabilidade, imprescritibilidade e indivisibilidade que se coaduna tão bem com o pensamento monista do poder, mas que colide com o pluralismo de Montesquieu e Constant, os quais abraçavam a tese de que os poderes deveriam ser divididos.

A ideologia revolucionária da burguesia soube, porém, encobrir o aspecto contraditório dos dois princípios e, mediante sua vinculação, construiu a engenhosa teoria do Estado liberal-democrático.

Em tópico intitulado “Os percalços da separação”, Paulo Bonavides (1993, p.62) é ainda mais enfático, ao concordar (implicitamente) que na nomenclatura tradicionalmente adotada, o mais correto seria a adoção do termo *função*, além do evoluir do princípio, que estaria avançando cada vez mais para uma interpenetração (colaboração) entre eles:

É possível ir mais longe e, em abono da teoria de Montesquieu, afirmar que o princípio evoluiu, no campo do constitucionalismo, de aplicação empírica e de interpretação assinaladamente restrita, para conceituação aprimorada, em que os poderes, como aspectos diversos da soberania, se manifestam em ângulos distintos, abandonando-se daí expressões impróprias e antiquadas, quais sejam **separação e divisão**, substituídas por outras mais correntes, a saber, **distinção, coordenação e colaboração**. Há tratadistas e expositores que preferem, ao termo **poder**, o termo **função**. Essas emendas à doutrina são fundamentais e esclarecem que os poderes caminham para uma integração [...]. (Grifo nosso).

E, citando George Jellinek, em sua obra mais conhecida, *Allgemeine Staatslehre*, assim conclui Bonavides (1993, p.67), ainda quanto a impropriedade do termo “separação”:

Chega Jellinek, por conseguinte, à conclusão de que não devemos falar em divisão de poderes, pois o ‘poder não se divide subjetivamente, nem mesmo como atividade; o que se divide é o objeto do poder, ao qual se dirige a atividade estatal’. Quando muito há divisão de competências; nunca, porém, divisão de poderes.

Além disso, se é consensual afirmar que há um elevado grau de legitimidade e conteúdo valorativo no princípio democrático, já não se pode afirmar tanto assim quanto a redação literal do art. 2º.

Principalmente porque tal artigo foi introduzido em nossa Constituição *sem ter sido votado, no que a Ciência Política denomina de fraude constitucional*.

Explica-se. Em entrevistas no ano de 2003, nos meses de outubro e novembro, o Ministro Nélson Jobim aduziu que o princípio da tripartição de poderes teria que ser expresso, e que seria uma “falta” ele não ter sido colocado, e por isso foi inserido na Carta sem discussão no Plenário da Assembleia Nacional Constituinte.⁴ Ora, o princípio da separação de poderes, com a estruturação de nossa Constituição, pode muito bem ser deduzido com a divisão de seus órgãos principais.

5.2 As origens – doutrinária e histórica – da “separação dos Poderes”

A noção de “separação de poderes”, com competências pré-determinadas na Constituição, possui antecedentes doutrinários remotos. Não surgiu com as revoluções liberais burguesas. Surgiu com Aristóteles⁵, no século V a.C. O tema só voltou à baila com o Iluminismo, inicialmente com John Locke⁶, e só depois se consagrando com Montesquieu⁷, que sistematizou o tema.

Aristóteles, apesar de, em nenhum momento ter sido específico em sua obra *Política*⁸, pugna pela necessidade de divisão de funções do Estado em

⁴ Tal afirmação pode ser constatada em vários jornais do Brasil, nos meses de outubro e novembro de 2003, principalmente em denúncias feitas pelo Jornal “Folha de São Paulo”, “O Globo” e “O Povo” (coluna do jornalista Fábio Campos). E tais notícias ensejaram inclusive um pedido de *impeachment* do Ministro Jobim, pelos juristas Fábio Konder Comparato e Dalmo de Abreu Dallari. Mais especificamente: Folha de São Paulo, 06/11/2003, p. A9, com a seguinte manchete: “Ministro critica defensores de sua saída do STF e diz que revelará outro trecho inserido na Constituição sem votação”. A seguir trechos desta reportagem: “O vice-presidente do STF (Supremo Tribunal Federal), ministro Nelson Jobim, disse ontem que considera válidas as alterações incluídas na Constituição de 1988 sem passar pela votação de dois turnos no plenário.” E mais adiante: “O ministro Nelson Jobim revelou no mês passado que a Comissão de Redação _última etapa antes da promulgação, que tinha como responsabilidade apenas aperfeiçoar a redação dos itens aprovados, incluiu trechos novos na Constituição.”. Outras provas: Folha..., 19/10/2003, p. A11, manchete: “Parágrafo suprimido relacionava-se às reuniões do Congresso; dois novos casos de artigos sem aprovação são descobertos. Texto aprovado não entrou na Constituição”; Folha..., 19/10/2003, p. A13, título: “Banco do Nordeste imprimiu Carta sem o trecho de um dos artigos que não teriam sido votados pelo plenário”.

⁵ Em sua obra *Política*.

⁶ In *O Segundo Tratado sobre o Governo Civil*.

⁷ *Do Espírito das Leis*.

⁸ Em sua obra, em muitas ocasiões Aristóteles é confuso, e por vezes, apenas insinua, dificultando a compreensão. De mesma opinião, Voltaire (1734), em seu *Cartas Filosóficas*: “Aristóteles, explicado de mil maneiras pois era ininteligível, acreditava, segundo alguns dos seus discípulos, que a inteligência de todos os homens era de uma e mesma matéria”. (VOLTAIRE, 1993, p. 53-57).

diferentes órgãos, o que faz crer que o autor quis justificar tal ideia por razões de especialização:

Existe em todo governo as três partes nas quais o legislador consciente deve fazer valer o interesse e a conveniência particulares. Quando elas são bem formadas, o governo é necessariamente bom, e as dificuldades existentes entre tais partes formam os diferentes governos. Uma dessas três partes está com o encargo de resolver sobre os negócios públicos⁹; a segunda é aquela que desempenha as magistraturas¹⁰ – e aqui é necessário estabelecer quais as que devem ser criadas, qual precisa ser a sua autoridade especial, e como devem ser eleitos os juizes. A terceira é aquela que fornece a justiça¹¹ (ARISTÓTELES, 2003, p. 199).

Somente nos séculos XVII e XVIII foi que tal concepção de limitação do poder do Estado começou a melhor sistematizar-se. E o contexto histórico a propiciar isso foi, principalmente, as duas guerras civis por que passaram a Inglaterra, só findando com a edição, em 1689, do *Bill of Rights*, num período que ficou conhecido como *Revolução Gloriosa* (1688-89).

5.2.1 A contribuição de John Locke

A leitura de John Locke¹² é imprescindível para uma compreensão do Estado Constitucional pós revoluções liberais burguesas (Gloriosa, Francesa e norte-americana). A importância de sua construção - pioneira - na teoria da separação dos poderes reside do seu núcleo, de limitação do poder do estado, procurando, sempre, impedir o arbítrio e o abuso de poder, a partir do consentimento, da legitimidade.

⁹ Entendemos que aqui o autor quis se referir ao Executivo (o termo ainda não existia à época). Em sua obra referia-se ao chamado Poder “Federativo”.

¹⁰ *Rectius*: provavelmente, adaptando tal entendimento a uma nomenclatura atual, estar-se-ia o autor falando do Legislativo.

¹¹ Referência aqui ao Judiciário.

¹² Da estrutura do Livro de Locke, só interessa, à Filosofia do Estado, o seu “Segundo Tratado”. Isto porque o “Primeiro Tratado” é uma tese teológica. Na perspectiva lockeana, a ideia de “primeiro tratado” deriva do Divino, de Deus, daí sua colocação em primeiro lugar. “Segundo Tratado” é uma análise “neste plano”, neste mundo.

Para Charles Taylor (2004), Locke, autor contratualista, baseou sua compreensão da sociedade calcado na legitimidade¹³, observando que tais critérios não são analíticos, mas axiológicos, pois tratam o conceito de poder sob um prisma do dever ser, e não como o poder realmente é. Tratou da soberania, que os autores da idade moderna definiram como o conceito fundamental à compreensão do Estado, derivada da ideia da utilização da força física sobre um determinado território. Extrai-se de Charles Taylor (2004, p. 14), numa feliz síntese lockeana¹⁴:

Locke é o primeiro a usar esta teoria como uma justificação da revolução e como base para um governo limitado. Os direitos podem agora ser seriamente alegados e defendidos em face do poder. **O consentimento não é apenas um acordo originário para instituir governo, mas um direito contínuo de participar** na definição dos impostos. (Grifo nosso).

Assim, em 1690, quando da publicação do *O Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, John Locke formulou a primeira construção sistemática de uma teoria da separação de poderes. Em seu entender, seriam os poderes divididos em Legislativo, Executivo e Federativo. A peculiaridade estaria no terceiro, ao qual competiria zelar pelas relações exteriores. Além disso, não aparece, na obra do autor, o Poder Judiciário como corpo independente dos demais.

Como um dos ideólogos da doutrina liberal que se tornaria vitoriosa no século XVIII, Locke defendia que o Executivo e o Federativo deveriam ser exercidos pelo mesmo órgão. E o poder mais importante seria o Legislativo, no qual todos os demais poderes estariam a ele subordinados. E o Legislativo só seria limitado às

¹³ A legitimidade é a tentativa de se responder a seguinte pergunta, extraída de Bobbio: “Admitido que o poder político é o poder que dispõe do uso exclusivo da força num determinado grupo social, basta a força para fazê-lo aceito por aqueles sobre os quais se exerce, para induzir os seus destinatários a obedecê-los?” (1999, p. 86). Da análise desta pergunta Bobbio citou inúmeros escritores políticos, do período antigo ao moderno, como Platão, Santo Agostinho, e Rousseau, todos procurando designar, aos detentores do poder, suas razões para comandar, ou seja, uma justificação ou fundamentação do poder, inicialmente baseado no divino, para após ser fundado na soberania popular (Gaetano Mosca).

¹⁴ Charles Taylor lecionou Direito e Filosofia, além de Teoria Social e Política; História; Filosofia, Política e Economia em várias Universidades, tais como na Northwestern (Evanston, Chicago), McGill University (Canadá), Oxford, Montreal, Frankfurt, Harvard e Princeton, apenas para citar as mais conhecidas. Tornou-se um dos principais teóricos atuais das Ciências Sociais, admirado pelo seu talento nas discussões acadêmicas e por sua enorme erudição. Foi laureado com inúmeros prêmios (entre os quais o prêmio Templeton, no valor de um milhão e meio de dólares, e o prêmio Kyoto, referido como o Nobel no Japão).

deliberações do próprio povo. Essencial, para Locke (1994, p.170), seria a separação entre os componentes do Legislativo e do Executivo:

[...] como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se (sic) isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade [...].¹⁵

Além disso, para Locke (1994, p.519), haveria, dentre os “poderes”, a superioridade do Legislativo, em razão de sua maior legitimidade:

150. Em todos os casos, enquanto subsistir o governo, o legislativo é o poder supremo. Pois o que pode legislar para outrem deve por força ser-lhe superior; e como o legislativo o é tão-somente pelo direito de elaborar leis para todas as partes e para cada membro da sociedade, prescrevendo regras para suas ações e concedendo poder de execução onde quer que sejam transgredidas, deve por força ser o poder supremo, e todos os demais poderes depositados em quaisquer membros ou partes da sociedade devem derivar dele ou ser-lhe subordinados.¹⁶

Em seu raciocínio, os demais “poderes” seriam derivados ou subordinados ao Legislativo.

5.2.2 *A doutrina de Charles de Secondat*

Como se constata, ainda não se tinha chegado à formulação clássica da tripartição dos poderes, cunhada¹⁷ e sistematizada por Montesquieu. De qualquer forma, tais teorias já continham em seu bojo a ideia – necessária e essencial ao Direito Constitucional – da divisão de funções em diferentes órgãos, a evitar a acumulação de poder em uma só pessoa. Partiram todos esses teóricos da premissa – verdadeiro axioma da ciência política – de que quem tem poder possui uma tendência a querer acumular mais poder, levando conseqüentemente a abusos e desvios. E tudo isso, sempre, em nome da liberdade, contra o arbítrio estatal.

¹⁵ Segundo tratado sobre o governo civil, XII, XIII e XIV. In Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos.

¹⁶ Segundo tratado sobre o governo civil, parágrafo 150, p. 519.

¹⁷ Mas não criada.

Tais foram as premissas de Montesquieu (1994, p.164-166). Assim justificou o que passou a ser doravante o célebre princípio da tripartição dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário. E, mesmo assim, de forma não exatamente igual tal qual entendida atualmente:

[...]

a experiência eterna nos mostra que **todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele**; e assim irá seguindo, até que encontre limites. E – quem diria! – até a própria virtude tem necessidade de limites.

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder [...].

[...]

Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse esses três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.

Da leitura percebe-se o objetivo principal de Montesquieu: repartir o exercício do poder entre pessoas distintas, a fim de impedir que sua concentração compromettesse a liberdade dos indivíduos. Contra os intuitivos abusos a que leva o poder incondicionado, sustentou a fórmula da tripartição das funções públicas, como mecanismo de limitação do poder e, conseqüentemente, garantia da liberdade individual. O autor tinha os olhos postos na realidade política francesa à época, dentro da qual era ardoroso defensor do liberalismo na luta contra o absolutismo monárquico do *Ancien Régime*¹⁸, segundo o conflito clássico da doutrina iluminista entre liberdade e autoridade. Seu propósito original estava, assim, em combater o poder absoluto, menos que em preconizar uma técnica de organização racional das funções públicas. A ideia da tripartição foi, principalmente com o fim maior de limitar o poder político.

Quanto ao Judiciário, sua visão era a mais restritiva possível, a refletir o pensamento da doutrina liberal então em ascensão, segundo a qual o juiz seria um

¹⁸ Sem dúvida, uma das melhores análises conservadoras sobre o Antigo Regime encontra-se em Alexis de Tocqueville, *O Antigo Regime e a Revolução (L'ancien Régime et la Révolution)* (2016). “Quero crer que a centralização seja uma bela conquista, admito que a Europa a inveja de nós, mas afirmo que não é uma conquista da Revolução. Ao contrário, é um produto do Antigo Regime e, acrescentarei, a única parte da constituição política do Antigo Regime que sobreviveu à Revolução, porque era a única que podia adaptar-se ao novo estado social que essa Revolução criou” (TOCQUEVILLE, 2016, p.40). Outra obra fundamental, mas sob uma ótica de esquerda, Eric Hobsbawm, in *A Era das Revoluções – 1789-1848 (The age of revolution 1789-1848)*, (2010).

mero autômato, que deveria apenas repetir e *declarar* fielmente o que estivesse prescrito na lei:

Dos três poderes dos quais falamos, o judiciário é, de algum modo, nulo.
[..]

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. **Porém, os juizes da nação não são, conforme dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor.** É, pois, a junta do corpo legislativo que, em uma outra ocasião, dissemos representar um tribunal necessário, e que aqui também é necessária; compete à sua autoridade suprema moderar a lei em favor da própria lei, pronunciando-a menos rigorosamente do que ela (MONTESQUIEU, 1994, p.169-172).

Corroborando com tal entendimento, o ex-ministro do STF Eros Roberto Grau, no seu voto da ADI nº 3.367 DF, que julgou a constitucionalidade da EC n. 45/2004 (denominada “reforma do Judiciário”), assim se manifestou:

Essa doutrina chega até nós a partir da exposição de Montesquieu, e não pela via da postulação norte-americana dos freios e contrapesos. De resto, mesmo a prioridade de Montesquieu na sua formulação merece questionamentos, seja desde a ponderação de antecedentes remotos, em Aristóteles, seja na sua enunciação por Bolinbroke e na contribuição de Locke.

[...]

O que importa verificar, inicialmente, na construção de Montesquieu, é o fato de que não cogita de uma efetiva separação de poderes, mas sim de uma distinção entre eles, que, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio.

[...]

Montesquieu, como vimos, além de jamais ter cogitado de uma efetiva separação dos poderes, na verdade enuncia a moderação entre eles como divisão dos poderes entre as potências e a limitação ou moderação das pretensões de uma potência pelo poder das outras. Daí por que, como observa Althusser, a ‘separação dos poderes’ não passa da divisão ponderada do poder entre potências determinadas: o rei, a nobreza e o ‘povo’.¹⁹

¹⁹ Eis a ementa do Acórdão, transcritas as partes que importam: 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos.

De qualquer forma, a finalidade do princípio da tripartição remanesce intacto: limitar o poder, impedindo a concentração de poder nas mãos de um só órgão, com o propósito de garantir a liberdade dos particulares e das associações.

5.3 As funções “típicas” e “atípicas”. A doutrina dos “freios e contrapesos”

Necessário ainda ter em mente que, na “separação” de tais “poderes”, eles não são estanques, rigidamente delimitados em suas atribuições.

O sistema de freios e contrapesos assim se tornou uma correção a tal princípio, para que este não fosse entendido de maneira dogmática. Passou a ser utilizado de forma empírica, e foi se aperfeiçoando na medida em que os poderes ora trabalhavam em equilíbrio, ora em interferência, quando um do poderes extrapolasse sua competência, ou mesmo dela se omitisse.

O instituto dos freios e contrapesos (*checks and balances*) e o das funções típicas e atípicas, desta forma, não negam o princípio da separação, antes o

São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. 3. PODER JUDICIÁRIO. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça. 4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos art. 102, caput, inc. I, letra "r", e § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito. 5. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Competência. Magistratura. Magistrado vitalício. Cargo. Perda mediante decisão administrativa. Previsão em texto aprovado pela Câmara dos Deputados e constante do Projeto que resultou na Emenda Constitucional nº 45/2004. Supressão pelo Senado Federal. Reapreciação pela Câmara. Desnecessidade. Subsistência do sentido normativo do texto residual aprovado e promulgado (art. 103-B, § 4º, III). Expressão que, ademais, ofenderia o disposto no art. 95, I, parte final, da CF. Ofensa ao art. 60, § 2º, da CF. Não ocorrência. Arguição repelida. Precedentes. Não precisa ser reapreciada pela Câmara dos Deputados expressão suprimida pelo Senado Federal em texto de projeto que, na redação remanescente, aprovada de ambas as Casas do Congresso, não perdeu sentido normativo. (BRASIL. STF - ADI 3367. Relator: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2005, DJ 17-03-2006 - REPUBLICAÇÃO: DJ 22-09-2006 PP-29).

reafirmam. Tal instituto, dos *checks and balances*, foram originalmente concebidos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay (2003, p.305), na obra *O Federalista*. Desenvolvendo a ideia de Montesquieu, aperfeiçoaram o instituto, colocando-o nos moldes em que hoje se conhece:

Fica provado no capítulo antecedente que o axioma político que se examina não exige a separação absoluta dos três poderes; demonstrar-se-á agora que sem uma tal ligação que dê a cada um deles o direito constitucional de fiscalizar os outros, o grau de separação, essencial à existência de um governo livre, não pode na prática ser eficazmente mantido. [...] assim como é igualmente evidente que nenhum dos poderes deve exercer sobre o outro influência preponderante. Como todo o poder tende naturalmente a estender-se, é preciso colocá-lo na impossibilidade de ultrapassar os limites que lhe são prescritos. Assim, depois de ter separado em teoria os diferentes Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o ponto mais importante é defendê-los em prática das suas usurpações recíprocas. Tal é o problema que se trata de resolver.

Estes princípios, colocados nos capítulos 47 a 58 desta obra clássica, foi o manancial teórico engendrado pelos federalistas, num sistema de contenções e compensações que, figuradas nos “*checks and balances*”, concretizaram uma resposta política, após constitucionalizada, à necessidade da existência de expedientes de controle mútuo entre os poderes, para que nenhum transpusesse seus limites institucionais. E, neste sentido, Paulo Bonavides (1993, p. 64):

Com esses institutos [dos freios e contrapesos] oriundos precisamente da impossibilidade de manter os poderes distanciados e construir entre eles paredes doutrinárias que os conservassem rigorosamente insulados, como queria a antiga doutrina, na palavra de seus mais acatados corifeus, o que ora se nos depara perante a realidade constitucional contemporânea, é a verdade de que muitas portas se abriram à intercomunicação dos poderes.

Ainda quanto a tais interrelações entre os “poderes”, leciona Jürgen Habermas (2003, p.305):

No modelo liberal, a ligação estrita da justiça e da administração à lei resulta no clássico esquema da divisão de poderes, que deveria disciplinar, através do Estado de direito, o arbítrio do poder estatal absolutista. A distribuição das competências entre os poderes do Estado pode ser entendida como cópia dos eixos históricos de decisões coletivas: A prática de decisão judicial é entendida como agir orientado pelo passado, fixado nas decisões do legislador político, diluídas no direito vigente; ao passo que o legislador toma decisões voltadas para o futuro, que ligam o agir futuro, e a administração controla problemas que surgem na atualidade. Esse modelo parte da premissa segunda a qual a constituição do Estado de direito democrático deve repelir primariamente os perigos que podem surgir na

dimensão que envolve o Estado e o cidadão, portanto nas relações entre o aparelho administrativo que detém o monopólio do poder e as pessoas privadas desarmadas.

Esta a visão predominante atualmente. Assim, como conclusões parciais deste tópico:

- a) quem possui poder, se puder, quer concentrá-lo ainda mais;
- b) e concentrando tende a dele abusar;
- c) só o poder contém o poder;
- d) assim, ele deve ser contido pela separação de funções em órgãos distintos, de forma a limitar o poder;
- e) que cada poder deve possuir finalidades essenciais, sua própria razão de ser, previstas constitucionalmente (funções típicas);
- f) mas, para que cada poder possa exercer tais funções típicas da melhor forma, eles necessitam de independência de atuação, sendo esta garantida não só por sua autonomia, mas também pelo exercício de funções originalmente previstas em outro poder (atípicas);
- g) que os poderes devem funcionar em cooperação, se fiscalizando mutuamente, de forma a todos eles observarem e serem observados se praticam, simultaneamente, os princípios estabelecidos na Constituição;
- h) que o princípio máximo do qual todos devem se pautar é o núcleo essencial de nossa Constituição, a saber, o do Estado Democrático de Direito (princípio democrático, insculpido no par. ún. do art. 1º da Constituição Federal de 1988).

E o ministro decano do STF, Celso de Mello, em tudo e por tudo se coaduna com o ponto de vista predominante, não somente de síntese dos tópicos anteriormente salientados, mas também numa nova visão de superação, a denotar,

acima de tudo, o princípio da supremacia da Constituição e do Estado Democrático de Direito:

ABUSO DE PODER DAS COMISSÕES PARLAMENTARES E POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL. O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional.

Com a finalidade de impedir que o exercício abusivo das prerrogativas estatais pudesse conduzir a práticas que transgredissem o regime das liberdades públicas e que sufocassem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se ao Poder Judiciário a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais.

[...]

Quando estiver em questão a necessidade de impor o respeito à ordem constitucional estabelecida, a invocação do princípio da separação de poderes não terá a virtude de exonerar qualquer das Casas do Congresso Nacional do dever de observar o que prescreve a Lei Fundamental da República.²⁰

E no dia 22 de junho de 2005, no HC 24.831, que foi o julgamento da abertura ou não da chamada “CPI dos Bingos”, o Plenário do STF concordou com o posicionamento esposado pelo seu Relator, Min. Celso de Mello. Este não somente ratificou o entendimento acima colocado, mas ainda o realçou. Voltar-se-á a este assunto, quando se tratar da discussão, antes quase que tão somente teórica, mas agora também jurisprudencial, da “judicialização da política”, ou da possibilidade de sindicabilização de determinados atos políticos.

5.4 O evolver do princípio. Da tripartição para o princípio da pluralidade de poderes

Não há portanto, dúvidas acerca da importância atribuída, tanto pela doutrina de Ciência Política, quanto pela nossa Constituição Federal às normas da separação dos Poderes. Inclusive cláusula pétrea, vedando, no art. 60, § 4º, inc. III, seja “objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III – a separação dos Poderes”. Donde indiscutível que o princípio da separação e

²⁰ Mandado de Segurança 23.452, noticiado no informativo do STF, n. 151, publicado no DJU de 8.6.1999.

independência dos Poderes integra a ordem constitucional positiva, em plano sobranceiro.

A questão agora reside em saber se são só “três” poderes, ou se há mais. E tal resposta perpassa pela inquirição das funções principais (típicas) de cada um, sua independência administrativa, funcional e orçamentária.

Nessa perspectiva, cada um deles tem sua organização regulada em capítulo distinto no Título IV: arts. 44 a 75 (Legislativo), arts. 76 a 91 (Executivo) e arts. 92 a 135 (Judiciário). Além disso, como será mais adiante detalhado: arts. 70 a 75 (Tribunais de Contas) e 127 a 130 (Ministério Público).

É o confronto analítico dos preceitos relativos à organização e ao funcionamento de cada uma dessas funções públicas que permite extrair o conteúdo e a extensão de que se reveste a teoria da separação em nosso sistema jurídico-constitucional.

O constituinte desenhou a estrutura institucional dos Poderes de modo a garantir-lhes a independência no exercício das funções típicas, mediante previsão de alto grau de autonomia orgânica, administrativa e financeira. Mas tempera-o com a prescrição doutras atribuições, muitas das quais de controle recíproco, e cujo conjunto forma, com as regras primárias, verdadeiro sistema de integração e cooperação, preordenado a assegurar equilíbrio dinâmico entre os órgãos, em benefício do escopo último, que é a garantia da liberdade.

Odete Medauar (2003) defende a superação da ideia de tripartição de poderes, em virtude das atuais complexidades inerentes ao Estado do pós-segunda-guerra, com uma série de atribuições aumentadas. Com o aumento dos objetivos do Estado, se estendem, por lógica, o poder do Estado, vale dizer, um raio maior de decisões. E, com isso, aumenta a possibilidade de ocorrência do arbítrio.

Mutatis mutandis a tal entendimento, transcrevo trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, do STF, no Recurso Extraordinário 603583, em que se decidiu pela constitucionalidade do exame de proeficiência organizado pela OAB:

Sabemos que o poder político mostra-se uno e que a divisão horizontal atende à lógica da contenção do poder pelo próprio poder, conforme o célebre axioma de Locke e de Montesquieu, mas o princípio da separação de Poderes ou funções é mais do que contenção do poder: é otimização das funções públicas; é distribuição racional das tarefas do Estado. Impõe-se reconhecer que ele também está voltado à eficiência, à realização dos fins do Estado com maior presteza e segurança. Sob essa perspectiva, entende-se, por exemplo, ser constitucional a relativa independência dos titulares das agências reguladoras (Diário de Justiça Eletrônico de 25 de maio de 2012 – página 37 do acórdão).

Ora, um incremento da responsabilidade – leia-se poder – acarreta, por necessário, uma correlata necessidade de aumento do *controle* do poder, com o fito de evitar o arbítrio. Assim, uma “pluralidade” de novos órgãos do Estado em nada afeta o princípio. Ao contrário, o reafirmam, vez que este surgiu e permanece com o objetivo de limitar o poder do Estado, além de melhor operacionalizar o Estado para a consecução de seus objetivos. Nesse sentido, a opinião de Odete Medauar (2003, p. 123):

Além do mais, a realidade político-institucional e social de fins do século XX e início do século XXI apresenta-se muito mais complexa em relação à época de Montesquieu; muitas instituições, que hoje existem em grande parte dos ordenamentos ocidentais, são dificilmente enquadráveis, quanto à vinculação estrutural e hierárquica, em algum dos três clássicos poderes, como é o caso do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e dos Tribunais constitucionais. E várias decisões de relevo são tomadas fora do circuito do Legislativo e até mesmo dos partidos políticos, como se dá nos acordos entre entidades patronais e sindicatos. Por conseguinte, a trindade dos poderes tornou-se muito simples para explicar os múltiplos poderes [rectius: funções] do Estado contemporâneo e uma sociedade muito complexa.

De modo idêntico raciocina Marçal Justen Filho (2005, p.26-27), sendo este ainda mais direto:

Há pelo menos duas funções desempenhadas pelo Estado contemporâneo que não encontram solução satisfatória no âmbito da tripartição dos Poderes. São elas o controle de constitucionalidade dos atos normativos e o controle das atividades estatais e privadas (a cargo, entre nós, do Tribunal de Contas e do Ministério Público). Há uma tendência a que essas funções sejam desempenhadas por estruturas autônomas, não integradas na organização de outros Poderes.

Assim, inúmeros países prevêm a existência de um conselho constitucional, que não é vinculado a qualquer outro Poder. Não é o caso brasileiro, já que o Supremo Tribunal Federal integra o Poder Judiciário.

No direito comparado pode-se citar, ainda, Jorge Miranda (2002, p. 254), de Portugal. Inclusive, o parágrafo de sua obra é intitulada “Zonas de fronteira”, onde:

Zonas de Fronteira e funções complementares, acessórias e atípicas.

I – Os actos próprios de cada função devem provir, em princípio de órgãos correspondentes a essa função. Todavia, encontram-se, em vários ordenamentos, algumas interpretações e inevitáveis zonas cinzentas.

É o que sucede, sobretudo, com a actividade do Ministério Público em processo penal, que não se integra nem na administração – apesar da iniciativa – nem na jurisdição – apesar da actividade estruturalmente conexas com a dos tribunais; e com as autoridades independentes da administração.

Com efeito, o Ministério Público não aparece aí como parte no sentido de defender um interesse contraposto ao do arguido; antes, deve colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito, obedecendo em todas as intervenções processuais a critérios de estrita objectividade. E, dotado de estatuto próprio e de autonomia (art. 219º, nº 2, da Constituição portuguesa) ou de independência funcional (art. 127 da Constituição brasileira), assim serve de anteparo da independência dos tribunais sem com eles se confundir.

Tal mudança, da tripartição para uma pluralidade de poderes, possui ainda outra razão: nenhum ramo do Direito ou da Política pode – e nem deve – ser dogmático. A ideia do dogma só é passível de ser aceita na teologia, nunca numa ciência. Por isso, causa surpresa tal princípio da tripartição ainda continuar sendo defendido com tanta veemência, sem praticamente nenhuma contestação, demonstrando falta de raciocínio crítico, num processo automático de aceitação.

O comportamento, porém, de se aceitar certas teses das Ciências Humanas como absolutamente verdadeiros é mais comum do que se pensa. Algumas ideias ou princípios – como este – são em algumas áreas do conhecimento simplesmente repassadas e “aceitas” aprioristicamente. Isso é explicado por Roberto Mangabeira Unger (2004), onde, apesar de não se referir especificamente ao pórtico da separação dos poderes, seu raciocínio pode ser perfeitamente utilizável à espécie. Em sua análise, o Professor de Harvard cognominou tais tipos de atitude de aceitação automática, mesmo no campo científico, de “fetichismo institucional”:

O fetichismo institucional é um tipo de superstição que permeia a cultura contemporânea. Ele penetra cada uma das disciplinas mencionadas anteriormente, e informa a linguagem e os debates da política comum. A ideia de esclarecimento, ora antiquada, seria, hoje, mais bem aplicada a esforços para afastar o fetichismo institucional que vicia doutrinas ortodoxas

em cada uma das disciplinas sociais. Afastá-lo seria o trabalho em tempo integral de uma geração de críticos sociais e cientistas sociais. (UNGER, 2004, p.17).

Tal interpretação conservadora corresponde ao pendor bacharelesco incrustado na doutrina brasileira, ligado ao “fetichismo institucional” apontado por Mangabeira Unger (2004) e, de forma complementar e análoga, mencionada por Antonio Carlos Wolkmer (2000, p. 233):

Não resta dúvida de que, na construção da ordem burguesa nacional, tais implicações definem um imaginário jurídico complexo, desdobrado em duas atuações ideológicas muito claras e distintas: a personalidade do ‘bacharel strictu sensu’ e a notoriedade ‘respeitável’ do jurista. Certamente que esses operadores jurídicos tiveram, cada qual, uma função expressiva no processo de ideologização do saber hegemônico instituído. Em suas memórias, Afonso Arinos descreve que a herança luso-coimbrã favoreceu o desenvolvimento de uma intelectualidade jurídica constituída por juristas e bacharéis. O ‘judicismo’ estaria associado a posturas teóricas, à abstração filosófica e científica, à inadequação com a política militante e a maior capacidade indutiva, apta a extrair e criar o Direito a partir da dinâmica social, ‘sempre aberta às mudanças, às inovações da realidade vital, seja na direção evolutiva (como Tobias), seja na orientação reacionária (como Campos)’. Já o ‘bacharelismo’, por natureza, expressaria um pendor para questões não especulativas, mais afeito à mecânica exegética, estilística e interpretativa, resultando no apego às ‘fórmulas consagradas, à imutabilidade das estruturas’, aos padrões prefixados e aos valores identificados com a conservação.

Tal formação conservadora e elitista não foi apenas exclusividade brasileira. Na verdade, refletiu-se de onde nos inspiramos, do modelo europeu, burocratizado, especialmente para o recrutamento dos integrantes do Poder Judiciário, como aponta o autor espanhol David Ordóñez Solis (2004, p.53):

No continente europeu, a partir do século XIX, se põe em marcha um modelo de juiz funcionário, que ainda perdura em suas linhas básicas, recrutado, geralmente entre os jovens licenciados, de modo que os funcionários estatais se submetem a uma formação e a um sistema de promoção praticamente idêntico ao os dos demais funcionários da burocracia; de fato, sua dependência pressuporia [= é comprovada] o que o Ministro da Justiça atesta: ‘a atribuição da nomeação dos magistrados pelo Poder Executivo [se compensa] com a contrapartida da inamovibilidade’.²¹

²¹ No original: “*Em el continente europeo, a partir del siglo XIX, se pone en marcha un modelo de juez funcionario, que aún pervive en sus líneas básicas, que es reclutado, generalmente entre los jóvenes licenciados, al modo de los funcionarios estatales y se le somete a una formación y a un sistema de promoción prácticamente idêntico al funcional; de hecho, su dependencia*”.

Ou seja: historicamente e em seu início, mesmo o Judiciário, tendo tido como após as revoluções liberais burguesas como independente e inamovível, não era nem de longe assim na práxis do século XIX na Europa. Evoluções paulatinas ocorreram, até que cotidianamente ser a inamovibilidade caracterizada como um dos seus apanágios fundamentais garantidores do princípio do juiz natural e, por consequência, da necessária imparcialidade. Na História Constitucional de Portugal, extrai-se a doutrina de Antonio Hespanha (2011, p.208-209):

Em 8 de Maio de 1821 14, Borges Carneiro – ele mesmo jurista – propõe que, até nova ordem, não sejam admitidos novos Estudantes ao primeiro ano jurídico. A medida justificar-se-ia tanto pelo caráter parasitário generalidade das profissões jurídicas, como pela má qualidade do ensino, cujos conteúdos seriam geralmente incompatíveis com a nova ordem constitucional.

A discussão do parecer da Comissão de Instrução Pública sobre a reforma dos estudos, e da universidade 18 deu origem a um saboroso diálogo entre dois dos mais ilustres deputados juristas – Manuel Borges Carneiro e Manuel Fernandes Tomás. O primeiro desconfiava de que as lentes da Universidade pudessem elaborar uma reforma universitária liberta das ‘trapaças’ da doutrina jurídica tradicional 19. Ao que o segundo – menos cáustico, em geral, em relação aos juristas – ripostou que o mal não estava na doutrina jurídica universitária, mas na prática do foro 20. Qualquer que fosse a sua séde, o mal era o mesmo – a inadequação do direito ao sistema constitucional. O público em geral, esse, queixava-se às Cortes da demora das demandas, causadas pela chicana dos advogados e pela preguiça dos juízes.

Esta desconfiança em relação aos juristas continuava-se numa desconfiança em relação aos tribunais. Embora devamos voltar ao assunto, não deixaremos de transcrever aqui as emblemáticas posições tomadas em Cortes por alguns deputados famosos sobre o incumprimento das leis pela administração e, em particular, pelos tribunais, nomeadamente pelas suas mais altas instâncias. Segundo eles criam, a revolução podia estar duplamente em perigo. Não apenas pelo incumprimento das leis, em si mesmo; mas pela revolta popular contra os abusos das autoridades constituídas.

A defesa de uma “pluralidade” de poderes (*rectius*: órgãos com funções distintas) faz-se ainda mais importante para evitar confusões que já estão ocorrendo com frequência ao redor da doutrina, especialmente da estrangeira. A saber, onde estaria inserido o Ministério Público, a figura do *Ombudsman*, do Ouvidor da República (Portugal) e, principalmente, dos Tribunais Constitucionais.

presupuestaria del Ministerio de Justicia lo atestigua: ‘la atribución del nombramiento de los magistrados al Poder Ejecutivo [se compensa] com la contrapartida de la inamovilidad’ ”

O que se quer afirmar é que não se tratam tais órgãos, quando previstos em uma Constituição, como órgãos *sui generis*, como defendem alguns, mas sim de **outros poderes** (se se quiser adotar uma linguagem de mais fácil entendimento).

A aceitação de mais “poderes”, desde que previstos em uma Constituição, ao invés de três, como já dito, reforça o núcleo central do princípio da “separação”. Mais órgãos de controle significa maior possibilidade de fiscalização do abuso e do arbítrio.²²

5.5 Na Constituição Brasileira de 1988, existência de mais “dois” Poderes: O Ministério Público e os Tribunais de Contas

Do que já fora demonstrado passar-se-á ao mais raro na doutrina nacional, e que nesta tese procura-se inovar. Tanto do ponto de vista lógico, quanto ontológico, não mais se justifica o Ministério Público ou os Tribunais de Contas estarem inseridos na moldura constitucional dos clássicos outros três poderes, numa tentativa conservadora e canhestra.

5.5.1 O Ministério Público. Estrutura constitucional

Antes de tudo, tem-se que perquirir sobre a essência do Ministério Público, isto é, suas características que o individualizam e distinguem dentre todos os demais integrantes do Poder Público.

A característica básica do Ministério Público reside da leitura do art. 127 da Constituição Federal de 1988, isto é, instituição permanente, “incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Disto se infere que, atributo essencial do Ministério Público liga-se a sua função (*rectius*: essência), a saber, defesa da ordem jurídica, da democracia e tutor dos direitos indisponíveis. Bem diferente da existência, isto é, os diferentes modos e

²² E daí porque na parte final desta tese defender-se-á a criação de um último poder em nossa Federação, um Tribunal Constitucional [...].

formas como tal órgão essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito e das práticas republicanas pode apresentar-se. Em outras palavras, a função é única (prevista no art. 127 CF), as competências é que poderão ser variadas.

Tal ponto de vista é respaldado, com diferentes palavras, mas idêntico significado, pelo ex-ministro do STF, Carlos Ayres de Britto (2003, p. 95, grifo nosso):

[...] é preciso conceituar **função e competência** como coisas distintas, pois a função é uma só, e as competências é que são múltiplas.

[...]

5.2 Primeiro, lógico, vem a função, que é a atividade típica de um órgão. Atividade que põe o órgão em movimento e que é a própria justificativa imediata desse órgão (atividade-fim, portanto). Depois é que vêm as competências, que são poderes instrumentais àquela função. Meios para o alcance de uma específica finalidade.

Assim, as diferentes formas de atuação do Ministério Público (existência) se dão por suas inúmeras competências possíveis, amplamente alargadas, com o advento da Constituição Federal de 1988, no art. 129.

E o art. 129 da Carta Magna prevê **diferentes competências ao Ministério Público**, vale dizer, modos de existência (*rectius*: atuação) diferentes. E tal lista de atribuições é exemplificativa e não exaustiva.

Em outras palavras: isto não significa que todos os membros do Ministério Público possam realizar todas as competências fixadas no art. 129. E tal restrição a diferentes categorias do Ministério Público não desnatura sua função, ao contrário, a confirma.

Exemplificando, pode-se citar o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público Militar, ambos integrantes do Ministério Público da União. Ninguém contesta serem ambos integrantes do Ministério Público. Tanto isto é verdade, não somente por expressa previsão constitucional (Art. 128 – O Ministério Público abrange: I – o Ministério Público da União, que compreende: b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar), mas também pela regulamentação infraconstitucional, a saber, Lei Complementar nº 75/93 (dispõe sobre a organização e atribuições do Ministério Público da União).

Quanto a Lei Complementar Federal nº 75/93, nesta consta a regulamentação, tanto do Ministério Público do Trabalho, quanto do Ministério Público Militar. Ora, uma leitura dos arts. 83 a 115 nos faz perceber, dentre toda a organização relativa do Ministério Público do Trabalho, nenhuma concessão de ajuizamento, por parte destes membros do *Parquet*, de ações penais. Do modo análogo, quando da leitura dos arts. 116/148 (organização e atribuições do Ministério Público Militar), onde estes não podem ajuizar ações civis públicas.

Já a leitura dos arts. 83, 116 e 117 da Lei Orgânica do MPU nos leva a irrefutáveis constatações. O Ministério Público do Trabalho não pode – não possui competência – para ajuizar ações penais, nem mesmo ações de improbidade administrativa. Já o Ministério Público Militar somente atua na área penal, não possuindo atribuições (*rectius*: competência) de ajuizar ações civis públicas, de atuar de forma afirmativa para com os indígenas etc. E ninguém contesta serem estes dois órgãos “espécies” do “gênero” Ministério Público. Ambos praticam relevantes atribuições em seus específicos ramos de atuação.

E a consequência necessária para o cumprimento de tais atribuições em suas diferentes categorias de atividades é, principalmente, a independência funcional, prevista expressamente no § 1º do art. 127 da Carta Política (“Art. 127 [...] § 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a *independência funcional*”).

A independência funcional é o apanágio sem o qual as características essenciais do Ministério Público – e das demais instituições do Estado - simplesmente não funcionam, vale dizer, sem independência, tudo o que foi falado como essência do Ministério Público simplesmente não vale, é letra morta. Assim, a independência funcional é pressuposto para a manutenção das características do art. 127 constitucional.

O STF, entendendo o engrandecimento das atividades do MP com o advento da Carta de 1988, não arreda deste entendimento:

É indispensável que o Ministério Público ostente, em face do ordenamento constitucional vigente, especial posição na estrutura do poder estatal. **A independência institucional constitui uma das mais expressivas prerrogativas político-jurídicas do *Parquet*, na medida em que lhe assegura o desempenho, em toda a sua plenitude e extensão, das atribuições a ele conferidas.**²³

O Ministério Público não constitui órgão auxiliar do Governo. É-lhe estranha, no domínio de suas atividades institucionais, essa função subalterna. **A atuação independente dessa instituição e do membro que a integra impõe-se como exigência de respeito aos direitos individuais e coletivos e delinea-se como fator de certeza quanto à efetiva submissão dos poderes à lei e à ordem jurídica.**²⁴ (Grifo nosso).

A função típica do Ministério Público encontra-se prevista no art. 127 e 129 (atribuições) da Constituição. Em síntese, funcionar como *custos legis* e provocar a jurisdição, sempre que se verificar a violação de direitos “indisponíveis”. Ora, se o MP age de ofício, significa dizer que ele não decide conflitos (julgar), nem administra (executa) ou legisla. Por tal raciocínio, o MP não estaria inserido em nenhum dos “três” poderes, pois não realiza nenhuma de suas funções típicas!

Se se acrescentar que ao Ministério Público deve ser conferidas “independência funcional” e autonomia orçamentária e administrativa (art. 127 e parágrafos), e com garantias funcionais a lhe garantirem independência de atuação (art. 128, § 5º), nos moldes da concedida aos membros da magistratura, forçoso é concluir que o MP encontra-se em nova tipologia dentro de nossa estrutura de Estado.

²³ BRASIL. STF. Tribunal Pleno, trecho da ADIMC 789-DF, rel. Min. Celso de Mello, decisão: 22-10-1992, Em. de Jurisprudência, v. 1.693-02, p. 196; DJ 1, de 26-2-1993, p. 2.356.

²⁴ BRASIL. STF. Tribunal Pleno, trecho da ADIMC 789-DF, rel. Min. Celso de Mello, decisão: 22-10-1992, Em. de Jurisprudência, v. 1.693-02, p. 196; DJ 1, de 26-2-1993, p. 2.356.

5.5.2 Os Tribunais de Contas

De modo análogo, os Tribunais de Contas. Seus integrantes possuem as mesmas garantias dos membros da magistratura (no TCU, das do STJ; nos TCE's e TCM's, os dos Tribunais de Justiça dos Estados). Além disso, no rol de competências funcionais previstas no art. 71 da Constituição, constam funções típicas que só existem para tais órgãos.²⁵

Na medida em que se vinculam – ou que se tenta vincular - os Tribunais de Contas aos Poderes Legislativos, daqueles se estão retirando um dos seus atributos principais, que é o da independência.

Afinal de contas (o trocadilho é inevitável) as Cortes de Contas realizam os denominados “processos de tomadas de contas”, sindicando os dinheiros públicos. E para tanto, necessitam de autonomia administrativa e orçamentária, além de independência de atuação. Mais especificamente, mais uma vez, Carlos Ayres de Britto (2003, p. 91-92):

3.1 Diga-se, mais: além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União *não é órgão do Parlamento Nacional*, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional. [...] o fato é que o Tribunal de Contas da União desfruta desse altaneiro *status* normativo da autonomia. Donde o acréscimo de idéia que estou a fazer: quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá o controle externo ‘com o auxílio do Tribunal de Contas da União’ (art. 71), tenho como certo que está a falar de ‘auxílio’ do mesmo modo como a Constituição fala do

²⁵ Tais órgãos de controle e defesa do orçamento público no Brasil, apesar de críticas aos critérios de escolha de seus integrantes, estão se aperfeiçoando rapidamente nas duas primeiras décadas deste século, e uma de suas razões foi a Lei Complementar 101/2000, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF. Há uma série de fatores que explicam isso, não somente por uma maior preocupação estatal com a defesa da moeda (papel do Banco Central, art. 164 da Constituição Federal de 1988), como também pela valorização da estabilidade financeira como fiador da própria federação, e da necessidade de uma lei uniforme de caráter financeiro para todos os entes políticos. Uma das características mais importantes da LRF foi o de sua incidência para todos os entes da Federação brasileira, como se constata explicitamente da leitura do seu art. 1º, § 2º (“As disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”). A partir desta previsão passou-se a ter uma uniformidade de regras orçamentárias, o que é bastante salutar, não somente do ponto de vista financeiro, como também econômico. Tal aspecto permitiu também uma maior padronização nas decisões dos Tribunais de Contas, trazendo uma maior segurança jurídica. Importante também ressaltar que a LRF é complementar, e, portanto não exclui, a Lei Geral sobre orçamento público, Lei n. 4.320/64, que trata das regras gerais e conceituais sobre o orçamento público.

Ministério Público perante o Poder Judiciário. Quero dizer: não se pode exercer a jurisdição *senão com a participação do Ministério Público*. Senão com a obrigatória participação ou o compulsório auxílio do Ministério Público. Uma só função (a jurisdicional), com dois diferenciados órgãos a servi-la. Sem que se possa falar de superioridade de um perante o outro.

3.2 As proposições se encaixam. Não sendo órgão do Poder Legislativo, nenhum Tribunal de Contas opera no campo da subalterna auxiliaridade. Tanto assim que parte das competências que a Magna Lei confere ao Tribunal de Contas da União nem passa pelo crivo do Congresso Nacional ou de qualquer das Casas Legislativas Federais (bastando citar os incisos III, VI e IX do art. 71). O Tribunal de Contas da União posta-se é como órgão da pessoa jurídica 'União', *diretamente*, sem pertencer a qualquer dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público, na legenda do art. 128 da Constituição, incisos I e II.

[...]

3.4 O que se precisa entender é muito simples. [...] algumas atividades de controle nascem e morrem do lado de fora das Casas Legislativas. A partir da consideração de que as próprias unidades administrativas do Poder Legislativo Federal são fiscalizadas é pelo Tribunal de Contas da União (inciso IV do art. 71 da CF). Como poderia, então, o Poder administrativamente fiscalizado sobrepassar sobre o órgão fiscalizante?

De fato. Numa República faz-se fundamental existirem órgãos de controle e de responsabilização das autoridades. Até mesmo porque a possibilidade de responsabilização do agente público é um dos corolários mais importantes do princípio republicano. Assim, coerente com tal doutrina, o controle externo realizado por outros órgãos – onde se sobressai desta maneira os Tribunais de Contas – é fundamental. Tal controle externo exercido por tais Cortes de Contas (afinal, por expressa previsão do art. 75 da CF/88, o que vale para o TCU deve ser obrigatoriamente reproduzido para os TCE's e TCM's, por ser um princípio constitucional extensível) deve dar-se, principalmente, pela verificação da lei orçamentária²⁶.

Importante ressaltar ainda existir uma estreita vinculação entre a realização dos serviços públicos e as atividades econômicas. Tal conexão faz-se necessária, pois a função fiscalizatória e dos processos de tomadas de contas, realizados pelas Cortes de Contas, caracterizam-se como serviços públicos.

²⁶ Onde esta, no cotidiano da Administração Pública, passa a ser o mais importante das normas para a gestão.

Coerente e complementar com tal entendimento, o Professor e ex-ministro do STF Eros Roberto Grau (2000) conceitua e delimita as expressões serviços públicos e atividade econômica, como termos que estão ligados entre si enquanto gênero e espécie:

Por outro lado, como a expressão 'ordem econômica', no contexto do art. 170 do texto constitucional, é conversível nas expressões 'relações econômicas' ou 'atividade econômica', cumpre-nos precisar, também, que atividade econômica é esta, que deve ser fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tendo por fim (fim dela, atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios...

53. Como tenho observado, inexistente, em um primeiro momento, oposição entre atividade econômica e serviço público; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira.

Em texto anterior averbei:

'A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí poderemos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica.

'Serviço público – dir-se-á mais – é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão.

'Desde aí poderemos também afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado'.

Salientei, no próprio texto, o fato de, no trecho aqui transcrito, utilizar-me da expressão atividade econômica em distintos sentidos:

'Ao afirmar que serviço público é tipo de atividade econômica, a ela atribuí a significação de gênero no qual se inclui a espécie, serviço público.

'Ao afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado, a ela atribuí a significação de espécie'.

Daí a verificação de que o gênero – atividade econômica – compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica. (GRAU, 2000, p. 132-133).

A ideia nuclear esposada na obra de Eros Grau (2000), e que serviu de inspiração ao célebre julgamento da ADPF 46 (natureza jurídica da Empresa de Correios – ECT), é coerente com as lições de direito comparado. Coerente também com este entendimento Eduardo Paes Ferreira (2008, p. 16), Professor Associado da Faculdade de Direito de Lisboa:

[...] os estudos sobre direito da economia nasceram em torno do intervencionismo estatal e corresponderam a um período que, do ponto de vista da política econômica, pode ser caracterizado por um grande desenvolvimento das técnicas de **planificação** e pela criação de vastos sectores públicos empresariais, pelo que foi natural que viessem a conhecer uma certa desvalorização com a alteração de concepções de política econômica que caracterizou os tempos mais recentes.

Tal introdução fez-se necessária para demonstrar que a Lei de Responsabilidade Fiscal caracteriza-se como norma de direito financeiro, mas também de direito econômico, ao exigir que os órgãos de controle do Estado (os Tribunais de Contas), ao realizarem suas atribuições como espécies de serviços públicos, acabam por intervir na própria economia.

É o que apontou Flávio Régis Xavier de Moura e Castro (2000, p.23), quando tratou da necessidade de planejamento para uma maior segurança nas metas fiscais, além dos próprios objetivos desta norma financeira e econômica:

A Lei de Responsabilidade Fiscal, como sabemos, pretende que todos os entes da Federação passem a elaborar planos de desenvolvimento mais efetivos, forçando-os a atingir resultados e metas fiscais.

Nesta ótica, creio que um dos aspectos mais importantes dessa lei, seja, realmente, a questão do **planejamento**, que exigirá da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal maior preparo para administrar suas finanças, dispondo de controles mais apurados sobre despesas e receitas, bem como de realizar previsões e acompanhá-las. (Grifo nosso).

Todos esses conceitos e fundamentos sobre planejamento e equilíbrio entre os resultados da comparação entre receitas e despesas são previstas na própria LC 101/2000, em seu art. 1º, § 1º:

Art. 1º § 1º **A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada** e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar **o equilíbrio das contas públicas**, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar. (Grifo nosso).

E serão os Tribunais de Contas que terão uma função preponderante nesta fiscalização e acompanhamento orçamentários. Desta forma, mister a compreensão da natureza jurídica de tais instituições, especial e principalmente após a CF/88 e da própria LRF, especialmente com a intensa discussão da realização ou não de crimes de responsabilidade da Presidente da República Dilma Roussef, ao longo do ano de 2015 e em um processo de *impeachment* que ainda

não se encerrou até a data de defesa desta tese, no dia 14 de julho de 2016.²⁷ Nesse sentido, a LRF assume uma fundamental importância estabilizadora e de manutenção da confiança, o que é imprescindível à manutenção das contas públicas.

Finalmente, a LRF trouxe uma maior segurança jurídica à Federação brasileira. E a segurança jurídica, além de ser um dos apanágios mais importantes de uma República, trazem certeza e uma uniformidade à linguagem. Sobre sua importância, necessária a menção a Geraldo Ataliba (2004, p.184):

O Direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras estão as pessoas que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discreparão.

Em conclusão neste item o que observa, nos últimos anos, é uma dificuldade cada vez maior de se dilapidar grandes parcelas do tesouro nacional, em virtude desta Lei e de um maior funcionamento prático dos Tribunais de Contas, como guardiães do orçamento público que devem ser.

5.5.3 Conclusões parciais

Assim, concordando com o raciocínio de que não mais se justifica esta aceitação dogmática de “tripartição” dos poderes, entende-se que no Brasil, com a nova estruturação constitucional do Ministério Público, nos arts. 127 a 130, e dos Tribunais de Contas, nos arts. 70 a 75, tais órgãos se perfilam como novos “poderes” em nossa República.

E isso pode ser comprovado pela verificação das funções típicas e atípicas, vale dizer, pela análise das competências de cada um destes órgãos e pela existência ou não, no MP e Tribunais de Contas, da independência funcional. Mais uma vez, Marçal Justen Filho (2005, p. 27):

²⁷ Processo este de impeachment no Senado que ainda não se encerrou graças a interpretação ativista e criativa do STF na ADPF 378, conforme já ressaltado em tópico próprio [...].

Mas, no Brasil, é evidente a existência de cinco Poderes, na medida em que nem o Ministério Público nem o Tribunal de Contas podem ser reputados como integrados em um dos outros três Poderes. É correto afirmar que existem, no Brasil, cinco Poderes, porque o Ministério Público e o Tribunal de Contas recebem, por parte da Constituição Federal, um tratamento que lhes assegura autonomia estrutural e identidade funcional. A procedência do raciocínio não é afetada pela constatação de que a Constituição os mantém formalmente como integrantes de outros Poderes: o Ministério Público é tratado como parte do Poder Executivo, e o Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Legislativo. Mas ambos são dotados de funções próprias, inconfundíveis e privativas. Ou seja, as atribuições do Ministério Público e do Tribunal de Contas não podem ser exercitadas senão por eles próprios. Mais ainda, ambas as instituições têm estrutura organizacional própria e autônoma e seus exercentes são dotados de garantias destinadas a assegurar seu funcionamento autônomo e o controle sobre os outros Poderes.

Enfim, são estruturas organizacionais autônomas a que correspondem funções inconfundíveis. Tudo o que caracteriza de um “poder” está presente na disciplina constitucional do Ministério Público e do Tribunal de Contas. Só não têm a denominação formal de Poder.

Além disso, mera menção literal ao artigo 2º da Constituição de 1988 limita o entendimento da maior necessidade de representatividade dos órgãos estatais. Incabível aqui a leitura do art. 2º da Constituição de 1988. Primeiro, pela necessidade de utilizar uma interpretação sistemática, além do princípio da unidade da constituição e da harmonização prática, em detrimento de um princípio literal de interpretação, de longe o mais pobre. De outro porque, como já se viu, tal artigo 2º tão somente repetiu, quase que literalmente, trecho da obra de Montesquieu e de Hamilton, pinçado da Constituição norte-americana, que muito influenciou na elaboração da Carta de 1891, por intermédio de Rui Barbosa. E terceiro, também já demonstrado, pela falta de legitimidade de tal dispositivo, por fraude constitucional. Em outras palavras: tal artigo não foi votado pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88, mas colocado sem votação, às vésperas da promulgação da Constituição, como já foi confessado pelo ex-ministro do Supremo, Nelson Jobim.

Há muitas resistências, porém, a tais mudanças. Setores – poucos - da doutrina já perceberam tal discussão, mas reiteram pela permanência do tríptico. A indicação é de Medauar (2003, p.122):

Apesar do reconhecimento geral da inadequação da clássica separação dos poderes ao Estado contemporâneo, a doutrina, mesmo a mais crítica, busca justificar a sua permanência. Por exemplo, Démichel, após expor um rol de argumentos para demonstrar as incoerências da separação de poderes,

observa não ser possível renunciar à mesma, devendo-se preservar o que permanece dela; no contexto atual representa uma garantia da democracia; isso porque a confusão de poderes ocorre em benefício do Executivo e este tradicionalmente é homogêneo do ponto de vista das orientações políticas, pois a oposição só existe no interior do Legislativo; portanto, defender a separação de poderes significa defender a possibilidade de oposição, defender o pluralismo.

Assim, com a demonstração da existência atualmente de um princípio da pluralidade de poderes, de uma forma mais sintética será exposta, também do ponto de vista histórico, a evolução do controle de constitucionalidade, no Brasil, na Europa e nos Estados Unidos, para finalmente se fazer a defesa da criação, no Brasil, de um último poder, o nosso futuro “Tribunal Constitucional”.

6 A NECESSIDADE DE UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Finalmente, chega-se a necessidade de defesa de um Tribunal Constitucional para o Brasil. Esta última parte irá se aproveitar de todos os conceitos e constructos históricos desenvolvidos anteriormente. Como demonstrado, é o controle de constitucionalidade o instrumento mais sofisticado para a proteção dos direitos fundamentais e manutenção de uma democracia consolidada e vigorosa. Contudo, nos países em que existem Tribunais Constitucionais ao invés de órgãos de cúpula do Judiciário a proferirem as interpretações últimas ou mais importantes sobre a interpretação das Cartas Constitucionais, o corporativismo diminui, e aumenta a credibilidade dos magistrados, que passam a ter um maior compromisso com a Magna Carta, e não por si mesmos ou para com seus colegas.

6.1 Breve histórico da jurisdição constitucional – controle difuso e concentrado

Para um melhor entendimento da chamada jurisdição constitucional faz-se mister um apanhado de suas origens históricas. Como sempre anteriormente ressaltado, o direito, a política e suas instituições derivadas não se explicam apenas pela lógica, mas principalmente fruto de embates históricos e políticos. Não poderia ser diferente no controle de constitucionalidade.

Advertir-se logo que a opção adotada nesta tese, de se explorar o controle de constitucionalidade, longe de se atacar que tais tópicos não deveriam encontrar-se numa tese, por poderem ser lidos em qualquer manual de direito constitucional, é incabível: procura-se aqui enfatizar a evolução histórica, e a comparação, para após se melhor entender as razões da superioridade de um Tribunal Constitucional com relação a uma suprema corte de um país – de qualquer país - que pertença ao Judiciário, o que é bem diferente.

De início, se percebem duas vertentes. Uma, a do chamado *judicial review*, secundada pela *commow law*, onde o caso Marbury X Madison, em 1803, nos EUA, foi o seu caso emblemático (mas não o primeiro, conforme se verá). Outra,

a do chamado controle abstrato ou concentrado, cujo paradigma foi a Constituição da Áustria de 1920, concebida por Hans Kelsen, e que redundou no primeiro Tribunal Constitucional de que se tem notícia.

Esta análise histórica perpassará pela doutrina e jurisprudência norte-americana, de forte influência inglesa mas com características próprias e originais, que acabou por criar um método ou sistema de controle de constitucionalidade das leis, denominado difuso incidental, ou no caso concreto, praticado pelo Judiciário. E o sistema europeu, chamado controle abstrato ou concentrado, realizado por um órgão que não o Judiciário (os Tribunais Constitucionais).

6.2 Jurisdição constitucional nos EUA: método incidental

Muitos doutrinadores se referem ao caso “Marbury v. Madison” como o primeiro da história a inaugurar o controle judicial de constitucionalidade das leis. Tal caso célebre foi decidido pela Suprema Corte norte-americana em 1803, sob a presidência de John Marshall.

Não foi ideia original, nem o primeiro caso. Relatado por Marshall, teve inspiração na doutrina, principalmente as lições de Hamilton, no clássico *O Federalista*, onde se sustentava a competência do Poder Judiciário no controle das leis, e a supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias. E nos precedentes jurisprudenciais.

Antes da promulgação da Constituição americana, entre os anos de 1786 e 1787, o político Alexander Hamilton publicou uma série de artigos no Jornal *Daily Advertiser*, de Nova Iorque.

O *Federalista* é o produto da reunião de 85 artigos de imprensa, escritos em 1787 e 1788 por três personagens fulcrais do período histórico da fundação dos Estados Unidos: Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. Tais ensaios consistiram em argumentos, muito bem fundamentados, em defesa da então proposta de Constituição, elaborada pela Convenção de Filadélfia entre maio e setembro de 1787. Aquela que viria a tornar-se a Constituição norte-americana foi,

imediatamente após o encerramento dos trabalhos da Convenção, objeto de forte contestação por parte de numerosos autores e correntes, que ficaram conhecidos como os “Antifederalistas”.

O capítulo 78 e seguintes deste trabalho traçam análises do papel do Judiciário. Como se perceberá, neste escrito já se coloca, claramente, a competência do juiz a realizar a defesa da Constituição, mesmo contra o Legislativo e/ou Executivo. A seguir, os excertos:

Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela mesma natureza das suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la. O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem força e sem vontade, apenas lhe compete juízo; e esse só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo.

[...]

A independência rigorosa dos tribunais de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada [*rectius*: rígida]; quero dizer, em uma Constituição que limita a alguns respeito a autoridade legislativa, proibindo-lhe, por exemplo, fazer passar *bills of attainder* e decretos de proscricção, 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. Sem isso, ficariam absolutamente sem efeito quaisquer reservas de direitos e privilégios particulares. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 458-459).

Logo após, Hamilton, Madison e Jay, (2003) demonstram que o Judiciário, por razões lógicas, pode e deve realizar controle de constitucionalidade. Pensar o contrário seria conferir um poder excessivo e não previsto na Constituição ao Legislativo, transformá-lo num superpoder:

Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão [a Constituinte] é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, **todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade.** Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 459).

E arremata:

[...] a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites das suas

atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciais, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve preferir aquela, cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preterida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes.

Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são. (HAMILTON ; MADISON; JAY, 2003, p. 459-460).

Em síntese, as ideias defendidas por Hamilton, Madison e Jay (2003) que serviram de base ao modelo até hoje existente sobre controle judicial de constitucionalidade, são as seguintes: a) a Constituição estatui limites ao Poder; conseqüentemente também os estabelece à atividade legislativa; b) desta forma, não é adequado que o Legislativo seja “juiz” de suas próprias limitações; c) a interpretação das leis é função típica do Judiciário, e, sendo a Constituição uma lei, é natural que lhes seja atribuída a função de interpretar a Constituição; d) o Judiciário, por não dispor nem da “espada” nem do “tesouro”, é o ramo menos perigoso (“*the least dangerous branch*”) do poder do Estado para interpretar os direitos previstos na Constituição.

Como dito, “*Marbury v. Madison*” não foi o primeiro caso. E eis que o histórico é inventariado por Rui Barbosa (1929, p. 418):

Eis, pois, em succinta nomenclatura, as decisões da suprema corte americana annullando actos do congresso federal:

1 – Questão Hayburn. Ag. 1792. Contra a Lei de 23 de março de 1792, que conferia auctoridade aos tribunaes em matéria de pensões.

2 – United States v. Yale Todd. Fev. 1794. Sentença contra a lei de 23 de março 1792, já aludida, que conferia á justiça poderes não judiciais.

3 – Marbury v. Madison. Fev. de 1803. Contra uma disposição da lei de 1789, concernente á organização judiciária, que dava jurisdição originária á corte suprema nos casos de ‘mandamus’.

Não foi o primeiro, mas foi o paradigma e notabilizou o que já era feito esporadicamente por alguns poucos Tribunais e, mais importante, por todas as instituições ainda por firmarem-se, visto ter sido a Constituição americana celebrada

em 1787. Incontroverso ainda de que histórica decisão de Marshall serviu como um marco fundamental para a teoria do controle de constitucionalidade das leis.

Para um melhor entendimento do caso e de sua repercussão será feita uma rápida suma da questão, das condições psicossociais e políticas da época e, especialmente, traçar um perfil de seu artífice, John Marshall. Ao final, o que se quer demonstrar é que um dos primeiros casos registrados de controle judicial de constitucionalidade foi uma solução essencialmente política.

Marshall, juntamente com Joseph Story, são considerados os mais importantes *Chief of Justice* da Corte Suprema dos EUA no século XIX. Ex-advogado, ex-parlamentar, considerado “ultraconservador”, ingressou no Tribunal em 1801, no fim do governo de John Adams na Presidência da República. As transcrições a seguir são de Lêda Boechat Rodrigues (1992, p.22-23):

Vencidos nas eleições, procuraram os federalistas, no seu pouco tempo restante de administração, entricheirar-se nos tribunais. Nova lei judiciária foi sancionada a 27 de fevereiro [de 1801], visando a extensão do Judiciário nacional e criando numerosos lugares de juizes. Na véspera da posse de JEFFERSON, até as 21 horas, ADAMS ainda lavrava nomeações, cujos beneficiários foram apelidados pelos republicanos de ‘juizes da meia-noite’.
[...]

Já a 3 de fevereiro de 1802, revogava o Senado, por votação estritamente partidária, de 16 contra 15 votos, a Lei Judiciária de 1801. JEFFERSON queria, a todo custo, livrar-se dos juizes federalistas, e o *impeachment* seria uma das armas utilizadas. Nesse mesmo ano, na imprensa e no Congresso, foi a Corte Suprema violentamente atacada, alvitando-se o impedimento dos juizes daquele tribunal, caso concedessem a ordem de *mandamus* impetrada por Marbury contra Madison.

Marbury foi legalmente nomeado juiz de paz em Columbia, com base na Lei Judiciária de 1801, revogada em 1802, por decisão do então Presidente Adams. Por ordens do novo Presidente Jefferson, porém, foi impedido de tomar posse, pelo novo Secretário de Governo, Madison. Marbury, desta forma, ingressou com ação judicial com base na lei revogada. O caso foi submetido em 1803 à Suprema Corte, sob a presidência de John Marshall, e alcançou enorme celeuma, tendo sido considerado um “conflito entre poderes” devido ao interesse expresso do então recém empossado Presidente da República.

O contexto era complicado: a mídia à época dando enorme atenção ao caso, com opiniões ora que o Judiciário poderia se intrometer, ora que não. O Executivo com o interesse de que Marbury – o juiz nomeado – não podia assumir. O Senado tendo editado uma lei casuística. E o Judiciário agora tendo que decidir tal questão, com o perigo de que o *writ* de Marbury, acaso concedido, não fosse cumprido. O final da história é narrado por Lêda Boechat Rodrigues (1992a, p.36 e 38):

Enfrentava-se, assim, situação difícilíssima. Indeferir simplesmente o pedido seria, conforme observou CROSSKEY, capitulação demasiado visível; afirmar apenas que a lei judiciária somente autorizava o *mandamus* pela Corte Suprema em grau de apelação, era resultado insatisfatório. A Corte, de modo muito inteligente e hábil, procurou, então, mascarar o recuo inevitável com um ato de afirmação contra o partido no poder. Invertendo a ordem do exame das questões preliminares, assim decidiu: MADISON, na realidade, agira ilegalmente [*rectius*: inconstitucionalmente] ao negar posse a MARBURY; e, de acordo com os princípios aplicáveis da *Common Law*, havia remédio para tal caso, o *mandamus*, pelo qual MADISON poderia ser compelido a dar posse a MARBURY. Não cabia, porém, o *writ*, porque pedido diretamente à Corte Suprema, cuja competência originária era estritamente definida na Constituição e não podia ter sido dilatada pela Lei Judiciária de 1789. Era, assim, inconstitucional e nulo o art. 13 dessa lei, que atribuía à Corte Suprema competência originária para expedir ordens de *mandamus*.

[...]

Ao declarar inconstitucional o art. 13 da Lei Judiciária de 1789, visava MARSHALL fim meramente político, mostrando, através da discussão do mérito, haver JEFFERSON cometido uma ilegalidade [*rectius*: inconstitucionalidade], mas falecer à Corte, por uma questão preliminar, de falta de jurisdição, competência para corrigi-la. [...] A decisão de MARSHALL, disse CORWIN, foi 'um panfleto político destinado a irritar o inimigo até o limite máximo da tolerância' e traz tôdas as marcas 'de um deliberado golpe partidário'.

A seguir trecho emblemático da célebre decisão, que é um resumo do raciocínio da jurisdição constitucional:

É, sem dúvida, da alçada e dever do Poder Judiciário declarar a lei. Aquêles que a aplicam aos casos particulares devem, necessariamente, explaná-la e interpretá-la. Se duas leis se contrariam, os tribunais devem decidir sobre o seu âmbito de ação. Assim, se uma lei estiver em antagonismo com a Constituição, e se tanto uma como outra forem aplicáveis à espécie, de modo que o tribunal tenha de decidir o caso de acordo com a lei, desatendendo à Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, êle, inevitavelmente, terá de escolher dentre os dois preceitos opostos o que regerá o assunto. Isto é da essência do dever judicial. Se, portanto, os tribunais devem ter em vista a Constituição, e se esta é superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo, a Constitucional e não a lei ordinária há de reger o caso a que ambas dizem respeito.

[...]

A redação da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, suposto essencial em tôdas as Constituições escritas, de que uma lei contrária à Constituição é nula; e que os tribunais, da mesma forma que os outros departamentos do Gôverno, devem obediência àquele instrumento. (RODRIGUES, 1992, p. 37-38).

Assim, sem qualquer apoio em texto expresso da Constituição norte-americana, Marshall atribuiu ao Judiciário o poder de invalidar os atos legislativos contrários à Constituição, em termos que não poderiam ser recusados pelo Presidente Jefferson.

6.3 Evolução histórica no Brasil até a Emenda 45/2004

A primeira Constituição brasileira, a Imperial de 1824, não trazia qualquer menção ou possibilidade de controle de constitucionalidade a ser realizada pelo Judiciário. A proteção da Constituição deveria ser realizada pelo Legislativo e pelo Moderador (conferido ao Imperador). Assim consta no texto da Constituição:

Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral
VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as.
IX. Velar na guarda da Constituição [...]
[...]

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

O Parlamento, juntamente com o Moderador, eram soberanos. Não havia, neste ordenamento constitucional, lugar para o controle judicial de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário foi trazido principalmente por obra e influência de Rui Barbosa, forte na doutrina e jurisprudência norte-americana. Oficialmente foi inaugurada com a criação da Justiça Federal, pelo Decreto n. 848, de novembro de 1890.

E em 1891 é outorgada a Constituição republicana, instaurando a federação. Foi criado o Supremo Tribunal Federal, nos moldes da Suprema Corte dos EUA. Até hoje a estrutura, competência e critérios de nomeação de seus

membros conservam o predomínio do pensamento americano. Inclusive, ainda quando da edição do Decreto n. 848/1890 (criação da Justiça Federal e do exercício do controle difuso de constitucionalidade no Brasil), tal norma pregava expressamente que a jurisprudência e instituições americanas deveriam ser fonte de interpretação pelos órgãos judiciários:

Art. 387. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal. (apud RODRIGUES, 1992, p.13).

O controle abstrato, oficialmente, no Brasil, só iria surgir em 1965. Mas, na Ação Cível Originária n. 02 (ACO n. 02), de 30-05-1896, o STF foi provocado por uma causa singular à época: a União propôs uma ação contra o Estado de Pernambuco, sobre uma lei estadual que instituía uma alíquota de imposto de 300 réis por tonelada de mercadoria embarcada em navio estrangeiro. Tal lei estadual traria prejuízos à União, mas esta, ao invés de ter provocado o STF de forma incidental, por meio de uma única ação, requereu um mandato proibitório ao STF para todos os casos com a mesma causa de pedir. Em outras palavras, nesta causa a União requereu efeitos *erga omnes*, como se fosse a própria análise em tese da lei estadual pernambucana!

Ou seja, na inicial não se requereu, como seria a praxe no controle incidental, somente “a anulação dos atos do Governo Estadual praticados em virtude de lei e instruções incompatíveis com a Constituição”, mas principalmente que fosse declarada “em tese inconstitucionais a dita lei e instruções” e que se mandasse “cessar para o futuro a cobrança do imposto, o que importa a revogação de disposições regulamentares e portanto a intervenção do poder judicial *in genere* e não *in specie*”. (apud RODRIGUES, 1991, p.145).

Neste caso o STF deu a interpretação, quanto aos efeitos da decisão, a típica doutrina dada em casos que tais no controle difuso, vale dizer, efeitos inter partes, vez que “só por meio de ação competente, pode o juiz do tribunal conhecer

da constitucionalidade das leis ou dos decretos e atos do Poder Executivo, nos termos da legislação em vigor”.¹

Somente em 1965, com a Emenda Constitucional n. 16 junto à Constituição de 1946, é que foi instituído o controle abstrato de constitucionalidade. Chamada então de representação de inconstitucionalidade, sua propositura era exclusivamente conferida ao Procurador Geral da República. Eis o que consta em sua exposição de motivos, fruto de estudos conduzidos por Orozimbo Nonato, Prado Kelly, Dario de Almeida Magalhães, Frederico Marques e Colombo de Souza (apud MENDES, 1999, p.250):

a) uma representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República,
[...]
A representação, limitada em sua iniciativa, tem o mérito de facultar desde a definição da ‘controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres.

A partir de então o Brasil admite a convivência dos dois métodos de controle de constitucionalidade, o difuso (oriundo dos EUA) e o concentrado (europeu). O Ministro Moreira Alves assim escreve sobre a Emenda 16, de 1965, na questão de ordem em que se discutia a constitucionalidade da então nova espécie de controle abstrato, a ação declaratória de constitucionalidade:

A Emenda Constitucional nº 16, de 1965, visando a reduzir a sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal Federal, instituiu, ao lado do controle difuso, e, portanto, incidental, de constitucionalidade dos atos normativos, o controle de constitucionalidade deles em abstrato por meio da representação de inconstitucionalidade, que se inspirou na representação interventiva já existente como meio de aferição, para fins de intervenção federal, da observância, ou não, pelos Estados-membros dos princípios constitucionais federais sensíveis. Com isso, **a par do controle difuso e incidental, típico da prestação jurisdicional, se introduziu, no sistema jurídico pátrio, um controle concentrado, direto e em abstrato, próprio das Cortes Constitucionais do tipo europeu continental. Assim, enquanto o controle difuso continuou a exercer-se, incidentalmente, no caso concreto, e, conseqüentemente, em processo *inter partes*, restringindo-se a eficácia da declaração de inconstitucionalidade aos partícipes da relação processual, já que a extensão dela a todos depende do ato político do Senado à vista da comunicação que lhe é**

¹ BRASIL. STF, ACO n. 02, de 30-05-1896 (apud RODRIGUES, 1991, p. 145).

feita pelo Supremo Tribunal Federal, esse controle concentrado se fez diretamente pelo Supremo Tribunal Federal por meio de processo de natureza objetiva por visar, não à defesa de direitos subjetivos, mas à tutela da Constituição [...].²

Com a promulgação da Constituição de 1988 o controle concentrado foi ampliado, tanto em espécies - a então representação de inconstitucionalidade passou a ser denominada ação direta de inconstitucionalidade, além da já existente ação de inconstitucionalidade interventiva e dos novos instrumentos: ação direta de inconstitucionalidade por omissão³ e a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF⁴ – quanto em legitimados para sua propositura, previstos em seu artigo 103.

Tal aumento de legitimados e de espécies de controle concentrado, realizado perante o STF, foi um verdadeiro momento de inflexão: se já se tinha uma convivência de dois métodos de controle, desde 1965 (o difuso e o concentrado), até então o controle difuso era o preponderante. A partir de 1988, o controle abstrato passa a ganhar expressiva importância, que só foi aumentando com o passar do tempo. Tal percepção é defendida por Gilmar Ferreira Mendes (1999b, p.255-256):

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas ‘difusos’ ou ‘incidentes’ de controle de constitucionalidade.

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 (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

² BRASIL. STF. ADC n. 01-DF (QO), DJU 16.05.1993, trecho do voto do Ministro Moreira Alves em questão de ordem (prejudicial) sobre a constitucionalidade ou não da ADC, proveniente da ADI 913, interposta pela AMB.

³ A ação declaratória de constitucionalidade – ADC somente seria criada em 1993, com a Emenda Constitucional n. 3.

⁴ Prevista então no parágrafo único do art. 102, depois renumerado para 102, § 1º.

Incontroverso que o aumento de legitimados foi um fator de aumento de possibilidade de participação de novos atores no processo de manutenção da Constituição. Neste sentido, ainda Gilmar Mendes (1999b, p. 257):

A propositura da ação pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional concretiza, por outro lado, a idéia de defesa das minorias, uma vez que se assegura até às frações parlamentares menos representativas a possibilidade de argüir a inconstitucionalidade de lei.

Mas, conforme será no próximo tópico defendido, a crescente ampliação do controle abstrato em detrimento do difuso constitui, de certa forma, em aumento de poder justamente ao órgão que não possui mecanismos de controle, o Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, tal fenômeno é, paradoxalmente, antidemocrático.

6.4 Crítica ao sistema brasileiro: de 1988 a 2004. Progressivo aumento do controle concentrado em detrimento do controle incidental. Consequente aumento e concentração do poder ao STF

Já foi discutido em tópico próprio a impossibilidade, em muitas ocasiões, da separação do que é “direito” da “política”. E em tópico específico, apesar de já se colocar tal temática de maneira reflexa, também será analisado que o Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, manifesta uma forte conotação política, independentemente de não terem sido eleitos para este fim.

O que este tópico analisará e irá tecer severas críticas é quanto a evolução da jurisdição constitucional no Brasil, a partir da Constituição de 1988. Se não se contesta que o Judiciário, ao exercer a jurisdição constitucional manifesta uma atividade política, é intuitivo que o controle incidental é mais legítimo do que o concentrado.

O controle incidental é mais democrático porque possibilita, por meio dos recursos, um maior controle das decisões judiciais. Além disso, por se dar pela análise das provas e dos fatos, permitem, sobre uma mesma “questão” constitucional, as mais variadas formas de análise. Desta forma, os Tribunais Superiores, quando sobre tais casos se manifestarem, receberão inúmeras análises,

dos mais variados tipos. E decidirão com base nessa multiplicidade de interpretação que, ressalte-se, apesar de serem sobre os mesmos artigos da Constituição, se darão com base em fatos (*rectius*: causa de pedir) diferentes.

Além disso, as decisões dos Tribunais Superiores, inclusive o STF por meio do controle difuso não se darão, via de regra, de forma açodada: pelo próprio passar do tempo, interação dos meios de comunicação etc., é de se esperar que tais decisões sejam mais serenas.⁵

Ressalva importante para não se incorrer em confusões desnecessárias: do que se trata aqui é do aspecto menos democrático do controle concentrado no Brasil, exercido pelo STF, em detrimento do difuso, que possui mais mecanismos de controle (os recursos). Não se está falando, aqui, de malferimento à independência do Judiciário, e nem se concorda com as teses que o controle concentrado tolheria esta qualidade.

Foi visto, no evoluir do controle judicial de normas no Brasil os seguintes momentos ou fases: 1) inicialmente não se aceitava que o Judiciário realizasse controle de normas, apenas as aplicasse. Fase que foi da Constituição Imperial (1824) até a criação da Justiça Federal e do STF, em 1890 (edição do Decreto 848); 2) controle difuso, a partir da Constituição republicana de 1891; 3) controle concentrado, com a Emenda n. 16, de 1965 à Constituição de 1946. Desde então o Brasil passou a conviver com os dois métodos de controle. Daí porque alguns doutrinadores apontarem que é adotado no Brasil um sistema misto.

E até a Constituição de 1988, apesar de se conviver com o controle concentrado e difuso, o incidental era o preponderante. Daí por diante as coisas passaram a mudar.

Em síntese, as fases de aumento (paulatino) do poder do STF assim se deram:

⁵ Esta última observação deve ser encarada como uma possibilidade e não como certeza.

1988, com a Constituição;

b) 1993, com a criação da ADC, via Emenda Constitucional n. 03;

c) 1999, com a edição das leis federais 9.868 e 9.882 que, respectivamente, disciplinam o processo constitucional referentes à ADI e ADC (9.868) e ADPF (9.882) e iv) dezembro de 2004, com a Emenda Constitucional n. 45 (chamada de “reforma do Judiciário”), que, no tocante ao controle de constitucionalidade, criou a súmula vinculante e a “repercussão geral”.

Como visto, a Carta de 1988 foi o ponto de inflexão. As principais alterações constitucionais e legais, inclusive a jurisprudência do STF a este respeito, doravante foram no sentido de aumento do poder do controle concentrado, em detrimento do incidental.

Em 1988 o rol de legitimados amplia-se consideravelmente, com a redação do art. 103. Além disso, foi criada uma nova espécie de controle concentrado, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §3º).⁶

Assim, a partir de 1988 passou-se a ter quatro espécies de controle abstrato.⁷

Em 1993, com a Emenda Constitucional n. 3, foi instituída a ação declaratória de constitucionalidade – ADC (art. 102, I, ‘a’ e § 2º; art. 103, § 4º).⁸ A ADC aumentou consideravelmente o poder relativo do STF: no processo

⁶ Instrumento que, malgrado o ineditismo (a única Constituição que contém algo parecido é a Portuguesa de 1976), acabou por se revelar inócuo. O STF acabou por esvaziar-lhe o conteúdo, dando uma interpretação literal ao preceito, no sentido de apenas informar às autoridades a falta de norma infra-constitucional regulamentadora, ao invés do STF, ele mesmo, colmatar a lacuna, numa interpretação teleológica (cf., neste sentido, STF, Mandado de Injunção 107-DF).

⁷ A ação direta de Inconstitucionalidade Interventiva, atualmente denominada de pedido de Intervenção Federal, apesar de ser tido por controle concentrado (no sentido de que começa e termina tal análise no STF, ou, em outras palavras, o STF profere a primeira e a última palavra), em essência não é do tipo abstrato, posto que não analisa a norma em tese, e sim concretamente, tendo por finalidade a manutenção da Federação, princípio constitucional sensível à manutenção do Estado.

⁸ Evidentemente, a decisão não será vinculante com relação ao Legislativo, pois este continuará com sua possibilidade de *innovar* no ordenamento, por meio do processo legislativo, na criação das *espécies normativas primárias* (as “leis” na acepção lata da palavra, previstas no art. 59 da CF/88).

constitucional, passou a prever o denominado “efeito vinculante”, mecanismo que impede decisões contrárias das do STF, seja do Judiciário (via método difuso), seja o Executivo, com relação a determinada questão constitucional. E, acaso desobedecida tal deliberação, fica facultado a eventuais interessados a interposição de reclamação perante o STF (art. 102, I, ‘I’), que cassará determinação contrária da anteriormente prolatada.

E a Lei 9.868/99, disciplinadora do processo constitucional da ADI e ADC, não somente repetiu o que o STF já vinha admitindo na jurisprudência, mas realçou ainda mais seus poderes. Dentre outras coisas, admitiu a possibilidade de repristinação da lei (art. 11, § 2º), deixou explícito o caráter dúplice ou ambivalente da ADI/ADC (art. 24) e possibilitou ao STF restringir os efeitos de suas decisões, podendo, quanto ao momento de eficácia, estabelecer efeitos *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro* (art. 27).

A ADPF só é digna de estudos a partir de 1999, com a edição da Lei n. 9.882/99, pois, de acordo com o STF, não tinha como ser exercida, em virtude do dispositivo constitucional a respeito (art. 102, § 1º) se tratar de norma constitucional de eficácia limitada à edição de lei federal.

A lei que regulamenta a ADPF ampliou ainda mais o que já era amplo. Seu objeto de tutela – evitar ou reparar preceito fundamental – não foi definido, o que leva à possibilidade de se conceituar preceito fundamental como aquele preceito que o STF disser que o é. Permitiu a aferição de constitucionalidade, pelo STF, de – em tese – quaisquer leis, federais, estaduais, municipais, inclusive anteriores à edição da Constituição de 1988 (art. 1º e seu parágrafo único., I). Mais do que isso. Não somente suas decisões são vinculantes (art. 10, § 1º), mas o próprio modo de interpretação conferida pelo STF vincula quaisquer órgãos!⁹

⁹ Lei 9.882/99, art. 10 (“Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, *fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental*”).

Não se contesta, aqui, da necessidade de um órgão que realiza controle abstrato de normas ter que possuir um elevado poder (em virtude de suas decisões com eficácia *erga omnes*, vinculantes etc.).

O que se critica aqui é a falta de legitimidade de tão elevado poder. Isto porque tal processo paulatino se deu, principalmente, no período de 1993 (EC n. 3/93), até 1999, por meio da jurisprudência do STF, que deduziu tais poderes de sua interpretação da Constituição, além das próprias leis ordinárias 9.868/99 e 9.882/99 que, como o próprio nome já diz, não são normas constitucionais, e, portanto, não poderiam conferir um poder tão grande ao STF.

Com a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004. No tocante ao controle de constitucionalidade, tal emenda criou a súmula vinculante e a repercussão geral.

Por meio da chamada “repercussão geral”, definida por edição de lei ordinária (art. 102, § 3º), o STF poderá negar conhecimento de determinados recursos extraordinários, acaso entendam não haver “relevância constitucional” na matéria¹⁰, no que setores da doutrina designam de princípio da transcendência ou arguição de relevância. Tal característica é comum tanto à Suprema Corte dos EUA, quanto aos Tribunais Constitucionais europeus. A observação é de Louis Favoreu (2004, p. 38):

b) uma outra tendência muito clara [...] é a que consiste em fazer uma ‘filtragem’ dos recursos apresentados em número crescente a cada ano, na Alemanha, Itália, Áustria e Espanha. Por intermédio de comissões de três juízes, com formações específicas ou de outras procedências, chegamos à situação em que a grande maioria das causas não é julgada pela Corte, nas formas exigidas para um julgamento constitucional, porém por pronunciamentos da Corte, em um procedimento sumário.

A súmula vinculante encontra-se prevista no novo art. 103-A. Consiste em antigo objetivo acalentado pelo STF, de observação uniforme e homogêneas de suas decisões pelos demais órgãos judiciários (e agora administrativos) de todo o País. Possui um objetivo hierárquico (no sentido de afirmação da autoridade das

¹⁰ Tal conceito jurídico, antes indeterminado, já foi colmatado pela Lei nº 11.417/2006 e jurisprudência do STF, além de recentemente, encontrar-se em dispositivos esparsos do CPC de 2015.

decisões do STF) e de economia processual (descongestionar os Tribunais Superiores e o próprio STF, impedindo o seguimento de processos que tenham decidido em contrariedade à súmula). Há um conceito previsto na CF/88 para este instrumento, no art. 103-A, § 1º:

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.¹¹

Após a regulamentação do instituto processual da súmula vinculante, com a Lei n. 11.417/2006, o STF editou 55 súmulas vinculantes, muitas delas mera repetição de anteriores súmulas.¹²

Recentemente, o Min. Luiz Fux, nos autos da Ação Originária n. 1773, concedeu monocraticamente o auxílio-moradia a todos os magistrados brasileiros. O valor da parcela acarretou um efeito multiplicador também a todos os membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas de todo o País. Seu valor, à época de sua concessão, foi o equivalente a quantia paga pelo teto do Regime Geral de Previdência Social paga pelo Instituto Nacional de Seguridade Social aos aposentados do Brasil!

Eis a ementa de tal decisão que, até a última semana de junho de 2016 (!), ainda não tinha sido encaminhada ao pleno do STF:

AÇÃO ORIGINÁRIA. MAGISTRATURA FEDERAL. AJUDA DE CUSTO PARA FINS DE MORADIA. DIREITO ASSEGURADO EXPRESSAMENTE PELO ART. 65, INCISO ii, DA LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL (LOMAN) E PERCEBIDO POR MAGISTRADOS EM SITUAÇÃO SEMELHANTE À DOS AUTORES.

¹¹ Acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004.

¹² A súmula vinculante n. 55 foi publicada em março de 2016 (DJe nº 54 de 28/03/2016, p. 1.; DOU de 28/03/2016, p. 134).

DIREITO QUE JÁ É RECONHECIDO A SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS SUBORDINADOS DIRETAMENTE A JUÍZES FEDERAIS, JUÍZES DE DIREITO DOS ESTADOS, PROMOTORES DE JUSTIÇA ESTADUAIS, A MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL E DIVERSAS OUTRAS CATEGORIAS PROFISSIONAIS.

IN CASU, A CONCESSÃO DO DIREITO PRETENDIDO PELOS JUÍZES FEDERAIS BRASILEIROS ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA E DA MORALIDADE, POSTO CONTEMPLADO NA LEI E NO TEXTO CONSTITUCIONAL.

DEVERAS, A CONCESSÃO NÃO ENCERRA A INIQUIDADE, PORQUANTO, MESMO APÓS A SUA IMPLEMENTAÇÃO, O JUIZ FEDERAL PASSARÁ A RECEBER REMUNERAÇÃO MENSAL AQUÉM DE VÁRIOS SEGMENTOS QUE ATUAM NA ESFERA JUDICIAL. É QUE A CONCESSÃO VISA A SERVIR DE INSTRUMENTO DE MORALIZAÇÃO DESTINADA A ASSEGURAR A INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO E EVITAR O INDESEJÁVEL CRESCIMENTO DO ELEVADO NÚMERO DE JUÍZES FEDERAIS QUE SE EXONERAM DOS SEUS CARGOS PARA OCUPAR OUTROS DE NATUREZA PÚBLICA, TORNANDO A MAGISTRATURA MERA CARREIRA DE PASSAGEM. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO DEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR E PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. (BRASIL. STF – AO nº 1773, Rel. min. Luiz Fux, publicada no DJE em 19.09.2014 – grifos desta mixórdia nossos).^{13 14}

Passa-se agora a transcrever os trechos mais curiosos desta decisão monocrática:

Analisado o tema sub judice sob uma ótica jurídico-principiológica, é de se ressaltar que não podem existir castas no Poder Judiciário. Magistrados que ocupam um mesmo cargo, são regidos por uma mesma lei, Lei Complementar nº 35/79, e que encontram-se em situações muito semelhantes não podem receber tratamentos díspares.

Sob outro enfoque, o exercício da função jurisdicional destinado à preservação do princípio da isonomia não pode ficar a mercê do pronunciamento dos órgãos administrativos do Poder Judiciário. Uma vez provocado, o Poder Judiciário deve reconhecer os direitos pretendidos pela parte autora de uma ação, mormente quando estiverem alicerçados solidamente no ordenamento jurídico.

Assim, não é crível que, em um Estado de Direito, em que se propugna como um de seus vetores axiológicos o princípio da isonomia, uma parcela de caráter indenizatório prevista em lei em favor dos autores, e que já é paga regularmente a ocupantes do mesmo cargo de juiz federal, não seja estendida aos demandantes. Dois pesos e duas medidas.

Extrai-se da parte dispositiva, a comprovar seu caráter *erga omnes*:

¹³ À época da concessão desta deliberação, o valor do auxílio-moradia era, na prática, maior que o TETO pago pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS – gerenciado pelo INSS!

¹⁴ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4395214>

DEFIRO a tutela antecipada requerida, a fim de que todos os juizes federais brasileiros tenham o direito de receber a parcela de caráter indenizatório prevista no artigo 65, inciso II, da LC nº 35/79, aplicando-se como regra aplicável para a concessão da referida vantagem,: i) o artigo 65 da LOMAN ora referido, que, apenas, veda o pagamento da parcela se, na localidade em que atua o magistrado, houver residência oficial à sua disposição; ii) os valores pagos pelo STF a título de auxílio-moradia a seus magistrados.

A fim de que não haja dúvidas na implementação desta liminar pelos Tribunais Regionais Federais brasileiros, a ajuda de custo assegurada por esta medida liminar deverá ser paga a todos os juizes federais na forma da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, inclusive nos casos de acumulação, e salvo em favor do magistrado federal a quem tenha sido disponibilizada a residência oficial. Aduza-se que os efeitos da presente liminar serão contados a partir da sua publicação.

Uma ação originária no STF, com previsão apenas no seu regimento interno, sem qualquer previsão no CPC ou na lei 9868 ou 9882, com efeitos *erga omnes*?!

É um pouco básico em Direito e em Processo Constitucional, aprendido em qualquer Faculdade de Direito, que somente a CF/88 e as Leis 9.868/99 e 9.882/99 podem prever efeitos *erga omnes* às decisões referentes ao controle abstrato de constitucionalidade.

Pois bem. Neste caso, foi proposta uma ação originária por uma entidade corporativa (e corporativista) da Justiça Federal, a AJUFE, com o propósito de se “estender” o auxílio-moradia aos Juizes Federais. E, por uma liminar e sem constar nem sequer no pedido da inicial desta “AO”, o Professor de Direito Processual Civil e de Processo Constitucional Luiz Fux concedeu uma tutela antecipada “estendida”.

O mais curioso é que o STF já possui, há décadas, uma súmula, muito conhecida pelos advogados e servidores públicos, com a seguinte redação "Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores sob fundamento de isonomia". E, no ano de 2014, em outubro (dia 16 de outubro de 2014), Houve, na realidade, a conversão da antiga Súmula 339 do STF, que tinha a mesma redação.¹⁵

¹⁵ Em inúmeros Tribunais de Justiça brasileiros, já há regulamentação do direito à referida parcela indenizatória, o que tem ensejado o seu regular pagamento a diversos magistrados estaduais, consoante já destacado por nota emitida pela Associação dos Juizes Federais (AJUFE): 5. Hoje, a

6.5 Jurisdição constitucional na Europa: as Cortes Constitucionais e o sistema abstrato. Direito Comparado. Posterior criação de Cortes Constitucionais no Canadá e Chile

O modelo europeu, ao seu turno, é baseado, sobretudo no método concentrado ou abstrato, podendo ser preventivo ou repressivo. Seu principal artífice, Hans Kelsen, pensou num modelo diferente do norte-americano (difuso ou incidental). E em 1920 foi criada, na Áustria, a primeira Corte Constitucional, cuja finalidade essencial é de ser uma jurisdição especificamente criada para o contencioso constitucional, independente dos demais “poderes” do Estado. A noção de Corte (ou Tribunal) Constitucional nos é dada, em estudo de Direito comparado, por Louis Favoreu (2004, p. 15):

[...] uma Corte Constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos.

[...]

O contencioso constitucional, que distinguimos do contencioso ordinário, é da competência exclusiva de um Tribunal especialmente constituído para esse fim e que pode estabelecer preceitos, sem que possamos falar propriamente de litígios, por meio de provocação desse Tribunal pelas autoridades políticas ou jurisdicionais e até mesmo por particulares, com decisões que têm efeito absoluto de coisa julgada.

Tal sistema de controle encontrou-se em franca expansão, ao longo do século XX.¹⁶ E continua aumentando no início deste século. Como dito, seu criador foi Kelsen. Mas já se pode ver um prenúncio de tal modelo, que se caracteriza por

ajuda de custo para moradia, em pecúnia (ressarcimento), é paga no âmbito de 10 (dez) magistraturas estaduais (SC, CE, SE, AP, RO, MS, MT, PA, MA, GO), aos Ministros do STF (sessão administrativa de 18/06/2003), STJ (reunião ordinária de 29/05/2003, PA 1306/03) e do TST, e aos juízes auxiliares que atuam perante o STF (Resolução nº 413/2009), o STJ (Resolução nº 50/2009) e o CNJ (Portaria nº 251/2008 e IN nº 42/2011). (Disponível em: <http://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100369529/eliana-calmon-votacontra-auxilio-moradia-para-todos-os-juizes-federais-e-gera-polemica>. Acesso em 04/06/2013).

¹⁶ De acordo com Louis Favoreu, em obra fundamental sobre o tema (*As Cortes Constitucionais*, 2004 p. 16), houve três “ondas” de difusão de Tribunais Constitucionais ao redor do mundo. A primeira, a partir de 1920, com as Cortes Constitucionais da Áustria e Tchecoslováquia, seguida da Espanha (1931, até Franco). A segunda, após a Segunda Guerra, onde podemos citar a Itália (1948), Alemanha (1949), Turquia e Iugoslávia. A terceira onda, que presenciamos atualmente, começou na década de 1970: Portugal (1976), Espanha (1978), Grécia (1975), Bélgica (1983), Polônia (1985), Hungria (1989), Romênia, Bulgária (1991), Albânia e República Checa (1992), Lituânia (1993), Eslovênia (1994), Rússia (1995) e Armênia (1996). Este movimento ainda não terminou... e continua exercendo influência notável no Ocidente, especialmente na América Latina.

ser uma análise da lei *em tese e com efeitos erga omnes*, ainda em 1835, quando da obra de Alexis de Tocqueville (2001). Sua análise, contudo, é repleta de elogios ao sistema americano, incidental, guardando receios com a possibilidade de aumento de poderes *gerais* para tal tipo de jurisdição constitucional:

Os americanos confiaram, pois a seus tribunais um imenso poder político, mas, obrigando-os a só criticar as leis por meios judiciários, diminuiram muito os perigos desse poder.

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

De resto, a lei assim censurada não é destruída: sua força moral [*rectius*: legitimidade] é diminuída, mas seu efeito material não é suspenso. Somente pouco a pouco e sob os golpes repetidos da jurisprudência é que ela sucumbe. (TOCQUEVILLE, 2001, p. 115-116).

O fato é que este método de controle concentrado, exercido por Tribunais Constitucionais, angaria cada vez número maior de países adeptos. São características comuns das Cortes Constitucionais: a) a independência (em muitos casos, preponderância mesmo) com relação aos demais “poderes”, com previsão expressa na própria Constituição; b) na sua área de competência, um monopólio de exercício de sua jurisdição, ou, nas palavras de Favoreu (2004, p.32): “os juízes ordinários não podem conhecer do contencioso reservado à Corte Constitucional”; c) indicação de julgadores não magistrados por critérios e autoridades políticas. Diferentes dos graus ou instâncias do Judiciário, os integrantes de um Tribunal Constitucional não precisam ser magistrados de carreira. Não há uma obediência a critérios técnicos, e sim eminentemente políticos;¹⁷ d) possuem poderes de anulação da lei com efeito *erga omnes*. Funcionam assim, no mínimo, como legisladores *negativos* e, em alguns ordenamentos (de maneira excepcional), como legisladores

¹⁷ Para Louis Favoreu (2004, p.29) tal critério de escolha político ao invés de técnico, longe de ser um defeito, na verdade é uma qualidade, “na medida em que esse tipo de indicação reforça sua legitimidade”. E sua opinião é secundada por Kelsen que, após mencionar possíveis meios de recrutamento, entende “preferível aceitar essa participação legítima na formação do tribunal, do que uma influência oculta e conseqüentemente não controlável pelos partidos políticos” (*apud* FAVOREU, 2004, p. 29).

positivos; e) uma jurisdição exclusiva e *exterior* ao Judiciário. Enquanto uma Suprema Corte é órgão de cúpula do Judiciário de cada Estado, onde se adotam Cortes Constitucionais, ficam estas fora do aparelho jurisdicional. Tal diferença é fundamental: com poderes tão dilargados, estar fora do Judiciário permite minorar eventuais questionamentos quando tais Cortes “cassarem” eventuais excessos de outros poderes, inclusive do próprio Judiciário.

Quanto a característica de serem os Tribunais Constitucionais situados fora do Judiciário, esta constatação é ontologicamente necessária, a possibilitarem um maior grau de legitimidade e, conseqüentemente, de autoridade de suas decisões. Mais uma vez a opinião de Louis Favoreu (2004, p. 33):

Uma jurisdição fora do aparelho jurisdicional. Esta é a diferença fundamental entre uma Corte Suprema e uma Corte Constitucional: enquanto a primeira está necessariamente – daí seu nome – colocada no cume de um edifício jurisdicional, a segunda está localizada fora de todo aparelho jurisdicional... [...] Isto é válido para todos os sistemas estudados, pois, como também destacou Kelsen, o órgão encarregado de fazer respeitar a Constituição não pode ser assimilado por um dos poderes que ele controla.

De modo análogo analisa Leonardo Martins (2014, p.29):

A que circunstâncias se deve, então, que o Tribunal Constitucional Federal alemão cumpra este importante papel? Eu diria que, primeiramente, à hierarquia de sua posição no Estado e, em seguida, à sua organização e estrutura. Segundo a Lei Fundamental, isto é, a Constituição alemã, o Tribunal Constitucional Federal é um órgão constitucional (*Verfassungsorgan*) equiparado ao governo federal, ao parlamento federal, à câmara federal dos Estados ou ao presidente federal. Os juizes constitucionais têm a última palavra em todas as questões concernentes à interpretação da Lei Fundamental. Decidem com força constitucional como se deve responder a uma questão constitucional em caso de opiniões divergentes e de conflitos de competência entre os órgãos constitucionais. Nesta medida, o Tribunal Constitucional Federal, como órgão máximo de solução de controvérsias, encontra-se acima de todas as instâncias estatais. Dispõe de poder de controle constitucional ilimitado perante os três órgãos do poder estatal. Suas decisões vinculam os três poderes, são inimpugnáveis e possuem, nos casos particulares, força de lei objetiva.

E, como explica Leonardo Martins (2014, p.29):

A organização do Tribunal é de todo compatível com essa posição. Compõe-se de duas salas, cada uma com oito juizes. Estes são escolhidos pelo parlamento federal e pela câmara federal dos Estados por maioria de dois terços, para um período de doze anos, excluída a possibilidade de

reeleição. Em matéria administrativa, o Tribunal Constitucional Federal não está submetido à supervisão de um ministério, mas se auto-administra e decide sobre o montante de seu orçamento, que é inserido no orçamento nacional.

No pertinente ao processo constitucional, o método abstrato é ontologicamente diferente do difuso. O incidental visa resolver um caso real, concreto, submetido pelas partes (daí ser chamado de processo subjetivo). Já o abstrato se preocupa com a norma em tese, da comparação direta entre a norma impugnada e a Constituição, não possuindo partes (daí também ser chamado de processo objetivo). Assim, é chamado de processo objetivo porque não há prestação de jurisdição em conflitos de interesses que pressupõem, necessariamente, partes antagônicas. Há sim, a prática, por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos Poderes constituídos decorrente da aferição da observância, ou não, da Constituição pelos atos normativos deles emanados.¹⁸

Desta forma, enquanto no difuso, a questão constitucional encontra-se na *causa de pedir*, sendo desta forma um *meio para se chegar a um fim*, no controle abstrato – sua decisão – *é o próprio fim*. Como acentua Gilmar Mendes (1990b), com base na doutrina germânica e na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, o processo objetivo se caracteriza por ser

[...] um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição (*Verfassungsrechtsbewahrungsverfahren*). Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do requerente (*Rechtsschutzbedürfnis*), que pressupõe a defesa de situações subjetivas.

¹⁸ Isso na maioria dos casos. No processo constitucional comparado, contudo, existe na Alemanha “o” [der] *Verfassungsbeschwerde*, que seria equivalente, aqui no Brasil, à Reclamação constitucional. Tal instituto processual caracteriza-se por tratar-se de uma discussão ou questão constitucional considerada relevante pelo BVerfG, mas iniciada em qualquer grau de jurisdição anterior. Provocada a Corte Alemã, esta poderá tratar diretamente desta questão, se considerar uma violação “grave” ou “explícita” de direitos fundamentais ou dispositivos da Carta Fundamental de Bonn. Nesse sentido e por todos, Gilmar Ferreira Mendes: “Portanto, a admissibilidade do recurso constitucional [refere-se ao RE] não está limitada, em tese, a determinados parâmetros constitucionais, como é o caso da *Verfassungsbeschwerde* na Alemanha (Lei Fundamental, art. 93, nº 4.a.), destinada, basicamente, à defesa de direitos fundamentais. [...] A Corte Constitucional alemã apreciou pela primeira vez a questão no chamado *Elfes-Urteil*, de 16-1.1957, deixando assente que uma norma jurídica lesa a liberdade de ação (*Handlungsfreiheit*) se contraria disposições ou princípios constitucionais, tanto no que se refere ao aspecto formal quanto no que diz respeito ao aspecto material (BVerfGE 6, 32)” (in *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: parâmetro de controle e objeto*, retirado da obra *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*, organizado por André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg).

Nesse sentido, assentou o *Bundesverfassungsgericht* que, no controle abstrato de normas, cuida-se fundamentalmente, de um processo unilateral, não-contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido. (MENDES, 1990b, p. 250-251).

Quanto aos efeitos da decisão de procedência, as diferenças também são expressivas: no controle difuso, a sentença que decide pela inconstitucionalidade da norma dá-se somente entre as partes (*inter partes*) e, quanto ao tempo (*ex tunc*). No abstrato a decisão tem efeitos *erga omnes*, vale dizer, é como se o órgão que a realiza funcionasse como um *legislador negativo*.¹⁹

Como dito na introdução, um TC não pode ser considerado um órgão do Poder Judiciário. Deve possuir autonomia, no sentido de auto-administração, independência institucional e soberania em suas decisões para a realização de controle de constitucionalidade abstrato, de ser o guardião da Federação (e daí poder decidir em casos de pedidos de intervenção federal ou de conflitos federativos), funcionar como um colegiado, mas seus integrantes não devem possuir vitaliciedade, e sim mandato, sem possibilidade de recondução, e nem devem ser escolhidos de forma unipessoal pela Chefia do Executivo.

Sua independência deverá advir diretamente da Constituição e, portanto, “o Tribunal Constitucional não pertence ao âmbito de competência de qualquer ministério, nem está sujeito a quaisquer directivas, ordens ou instruções de outros órgãos de soberania”. (CANOTILHO, 2003, p.679).

Sua natureza jurídica deverá ser, portanto, *sui generis*, por suas decisões moderarem as funções legislativas e judiciais. Não é legislativa por não poder inovar no ordenamento jurídico, apesar de ser aconselhável a realização de controle prévio de constitucionalidade de projetos de lei ou de emendas. Nem é judicial, por seus integrantes não possuírem o apanágio da vitaliciedade, além de suas decisões possuírem conteúdo vinculante, *erga omnes*, e de se traduzirem efetivamente em questões constitucionais, de índole política e jurídica, cuja jurisdição dar-se-ia de forma diretamente incidente sobre questões constitucionais.

¹⁹ A expressão originariamente é de Kelsen (2003).

Em outras palavras, e sendo coerente com o que já se afirmou nesta tese, há uma legitimidade muito maior de um TC em decidir sobre matéria constitucional, aquelas que possuam ao mesmo tempo caráter principiológico, jurídico (por se tratarem de normas jurídicas) e político (por ser uma Constituição um Estatuto Jurídico do Político). É o que ensina Canotilho (2003, p.679-680), ao estabelecer que, num Estado Democrático de Direito, é impossível a um TC diferenciar ou especificar tais questões:

Os problemas constitucionais, num Estado de direito democrático, são irreduzíveis a 'questões jurídicas' puras ou a 'questões políticas juridicamente disfarçadas'. A dimensão política e a dimensão jurídica são as duas dimensões necessárias e incidíveis das questões constitucionais (Ridder), sendo tão unilateral classificar as funções exercidas por um tribunal constitucional como 'funções políticas em forma jurisdicional', como qualificá-las de 'funções jurisdicionais sobre matérias políticas. O que caracteriza decisivamente a função de um tribunal constitucional é a sua 'jurisdicionalidade' (Gerichtsfomigkeit) e a sua vinculação a uma medida constitucional material de controlo (Schlaich).

Para John Ferejohn (2009, p.54) (Universidades de Stanford e Nova Iorque),

A concepção de Kelsen de um controle de constitucionalidade enfatizou este aspecto legislativo ao concebê-lo no âmbito de uma comparação entre o texto legal e o texto constitucional. Esta forma de controle é abstrata e não se origina de um caso concreto específico, no qual um litigante reivindica seu direito ofendido, mas se trata de uma comparação a priori e abstrata entre os textos normativos. O controle de constitucionalidade, entendido desta forma, parece ser inerentemente político ao estabelecer que uma corte constitucional deve deliberar e escolher dentre regras normativas diferentes para regular a conduta social.

E continua:

[...]

Desse modo, Kelsen compreendeu que as cortes constitucionais não deveriam estar inseridas no âmbito do poder judiciário, tampouco na esfera dos outros poderes estatais. o poder exercido por estas cortes deveria estar nas mãos de juizes designados politicamente, que fossem escolhidos dentre pessoas competentes para realizar comparações abstratas entre os textos e com capacidade para deliberar sobre normas e fundamentar suas decisões, e não necessariamente dentre os que tivessem experiência jurídica.

No Brasil, o Supremo falhou fragorosamente em sua função de Tribunal Constitucional. Mas isso não é culpa dele, nem dos seus ministros, mas do próprio sistema antiquado ainda adotado no Brasil.

Pode-se citar várias razões: não há condições físicas de o Presidente do STF acumular a função de Presidente do CNJ, nem tampouco de três ministros do STF acumularem funções jurisdicionais no Tribunal Superior Eleitoral. Além disso, em várias questões envolvendo interesses da magistratura ou do Ministério Público o STF entendeu pura e simplesmente pela causa dos juízes, como foi o caso da ACO nº 1756, em que por decisão monocrática Ministro do STF entendeu pela concessão, a todos os integrantes do Judiciário do País, valor de auxílio-moradia, equivalente, em setembro de 2014 (desde quando fora concedido), ao mesmo valor pago aos aposentados pelo INSS pelo teto estabelecido no Regime Geral de Previdência Social!

Há mais barbaridades e decisões teratológicas como essas, que evidentemente não seriam repetidas por um Tribunal Constitucional, já que a própria opinião pública esclarecida impediria tais absurdos.

Disso temos que o problema não está nos antigos, atuais ou mesmo futuros integrantes do Supremo Tribunal Federal. O problema está no modelo. Um órgão que permite que o Judiciário e o Ministério Público criem atos normativos alegando o princípio da auto-administração, não é um guardião da Constituição, mas sim um coonestador de atos corporativos, que interessam a classes profissionais que detêm muita influência e pressão. Na Espanha, eis as características do TC espanhol, descritas por Juan B. Etcheverry (2015):

O sistema de controle de constitucionalidade da Espanha (e de muitos países europeus) é concentrado. Isto supõe que na Espanha o controle de constitucionalidade recai sobre um único órgão denominado Tribunal Constitucional, que não forma parte do Poder Judiciário, que se rege por uma estrutura normativa própria (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional: LOTC) e cujas decisões têm efeitos erga omnes, com exceção daquelas

que 'se limitem a estimación subjetiva de un derecho' (artigo 164.1 da Constituição espanhola: CE).²⁰

Ainda do no direito comparado, ocorreram alterações substanciais quando, por reforma constitucional, foi instalado e estabelecido uma Corte Constitucional no Chile. No artigo dos advogados Lorenzo e Ramírez (2015), extrai-se a análise doutrinária do funcionamento do TC do Chile, que aumentou sua independência com relação ao Poder Executivo quando seus integrantes deixaram de ser, majoritariamente, egressos do Judiciário:

Os estudos empíricos sobre um Tribunal Constitucional se focaram no aumento do número de juízes nomeados por autoridades eleitas democraticamente (Congresso, Presidente da República). Ainda quando este seja o efeito mais importante da reforma [a reforma constitucional no Chile, que originou o TC de lá] em longo prazo, as mudanças imediatas no comportamento do TC se relacionam principalmente com a diminuição da influência do Poder Judiciário. Desta perspectiva, o elemento mais importante da reforma foi transformar o trabalho do ministro do TC em uma ocupação de dedicação exclusiva, o que por sua vez engatilhou um enriquecimento entre juízes de carreira e juízes acadêmicos.²¹

Na comparação entre as Cortes Constitucionais da Alemanha e da Polônia, assim foi feito o cotejo por Grzegorz J. Wąsiewski (2007, p.443-466):

Enquanto o Bundesverfassungsgericht alemão (a seguir 'Tribunal Constitucional Federal' BVerfG]) foi uma das instituições que apareceram nos primeiros anos do pós-guerra , o polonês Trybunał Konstytucyjny (a seguir 'Tribunal Constitucional' [TK]) foi criada há cerca de quarenta anos mais tarde .

[...]

Depois de 1989, não havia nenhum modelo comum de jurisdição constitucional implementado na Europa Oriental. Poland -como em geral, todos os países europeus , demitiu-se do modelo americano de revisão

²⁰ No original: "El sistema de control de constitucionalidad de España (y de muchos países europeos) es concentrado. Esto supone que en España el control de constitucionalidad recae sobre un único órgano denominado Tribunal Constitucional, que no forma parte del Poder Judicial, que se rige por una estructura normativa propia (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC) y cuyas decisiones tienen efectos erga omnes, con excepción de las que se "limiten a la estimación subjetiva de un derecho" (artículo 164.1 de la Constitución Española: CE)".

²¹ No original: Los estudios empíricos acerca del TC se han enfocado en el aumento del número de jueces nombrados por autoridades elegidas democráticamente (Congreso, Presidente de la República). Aun cuando este sea el efecto más importante de la reforma en el largo plazo, los cambios inmediatos en el comportamiento del TC se relacionan principalmente con la disminución de influencia del Poder Judicial. Desde esta perspectiva, el elemento más importante de la reforma fue transformar el trabajo de ministro del TC en una ocupación de dedicación exclusiva, lo que a su vez gatilló el enroque entre jueces de carrera y jueces académicos.

judicial e com base na forma de um tribunal na ideia de jurisdição constitucional sugerida por Hans Kelsen (autor do austríaco Constituição 1919) . Na minha opinião, se alguém olhou para os tribunais mais próximo a ideia original de Kelsen, pode-se argumentar que a Polónia e os tribunais alemães são os melhores exemplos. Muitas das soluções alemães foram certamente transferidos diretamente para o sistema jurídico polaco quando, como Tribunal polaco foi sendo moldada.²²

No Canadá, Federico De Montalvo Jääskeläinen (2012, p. 387-409):

Nosso estado foi construído por meio de sua Constituição de 1978, para uma fórmula, muito comum na Europa continental, após a Segunda Guerra Mundial, da democracia constitucional. Pode até ser argumentado que esta fórmula tem sido em uma versão usando a distinção de Tushnet, avaliação forte judicial, embora temperado por certos elementos, como seria, entre outras, a forma de nomeação dos membros do Tribunal Constitucional o mandato temporário destes ou a tradicional distinção entre nulidade e inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional tem feito nos termos do artigo 39.1 da Lei orgânica.²³

Na Alemanha, a doutrina de Peter E. QuiNT (2006, p.):

Portanto, seguindo um padrão que tinha sido desenvolvido por Hans Kelsen na Áustria na década de 1920, o Tribunal Constitucional alemão foi basicamente estabelecida fora do sistema legal geral. Embora o Tribunal Constitucional, claro, deve ter importantes pontos de contato com o sistema legal 'normal', não é uma parte desse sistema. Por exemplo, o Tribunal Constitucional, que é basicamente limitado a resolução das questões constitucionais, não tem poder de estabelecer interpretações autorizadas de

²² No original: *While the German Bundesverfassungsgericht (hereinafter "Federal Constitutional Court" [BVerfG]) was one of the institutions which appeared in the early post-war years, the Polish Trybunał Konstytucyjny (hereinafter "Constitutional Tribunal" [TK]) was established some forty years later. [...] After 1989, there was no common model of constitutional jurisdiction implemented in Eastern Europe. Poland—as in general all European countries—resigned from the American model of judicial review and based the form of a tribunal on the idea of constitutional jurisdiction suggested by Hans Kelsen (author of the 1919 Austrian Constitution). In my opinion, if one looked for courts closest to Kelsen's original idea, it could be argued that the Polish and German tribunals are the best examples. Many of the German solutions were surely directly transferred to the Polish legal system when as Polish Tribunal was being shaped.*

²³ No original: *Nuestro Estado se ha incorporado a través de su Constitución de 1978 a una fórmula, muy habitual en la Europa continental tras la Segunda Guerra Mundial, de de mocracia constitucional. Incluso, podría afirmarse que dicha fórmula lo ha sido en una versión, empleando la distinción de Tushnet, de strong judicial review, aunque también atemperada a través de determinados elementos, como serían, entre otros, la forma de designación de los miembros del Tribunal Constitucional, el mandato temporal de éstos o la tradicional distinción entre inconstitucionalidad y nulidad que el Tribunal Constitucional ha efectuado al amparo del artículo 39.1 de su Ley Orgánica.*

estatutos federais ou para decidir quaisquer outras perguntas da lei 'comum'.^{24, 25}

Nesta tese explicitaram-se os erros que o Supremo cometeu, e as razões da superioridade de um Tribunal Constitucional como um fiador melhor à manutenção da democracia, conforme o conceito democrático abordado. Contudo, qualquer antecipação ou tentativa de se prever o futuro é sempre temerária. Na política, na economia e nas instituições os cenários sempre são dinâmicos.

²⁴ No original: *Therefore, following a pattern that had been developed by Hans Kelsen in Austria in the 1920s, the German Constitutional Court was basically established outside of the general legal system. Although the Constitutional Court of course must have important points of contact with the "ordinary" legal system, it is not a part of that system. For example, the Constitutional Court, which is basically limited to the decision of constitutional questions, has no power to set down authoritative interpretations of federal statutes or to decide any other questions of the "ordinary" law.* (2006).

²⁵ Sobre o tema e a organização do Poder Judiciário na Alemanha, e explicando suas peculiaridades e competências, diferente das competências do BVerfG, ver *A organização judiciária alemã* (2013, p.323-345). Carlos Bastide Horbach e Beatriz Bastide Horbach explicam a estrutura e distribuição de competências do Poder Judiciário alemão, indicando a composição de suas diferentes instâncias julgadoras e a organização de suas cinco jurisdições. (2013, p. 323).

7 CONCLUSÃO

Política e Direito

É consensual o entendimento de que o conceito de Política encontra-se imbricado com o de Poder. Importante ainda ressaltar os três critérios de classificar as formas de poder: o econômico, o ideológico e o político *stricto sensu*.

A relação entre política e direito é um problema de interdependência recíproca. A política tem a ver com o direito sob dois pontos de vista: enquanto a ação política se exerce através do direito, e enquanto o direito delimita e disciplina a ação política, especialmente e principalmente pelo Direito Constitucional.

Uma teoria do Direito Constitucional também é uma teoria política, vez que mexe com o próprio conceito de poder, isto é, decidir e implementar decisões em nome do povo, de acordo com uma competência constitucionalmente firmada.

Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito

O primeiro dos “Estados de Direito” foi o Liberal, produto das revoluções burguesas (gloriosa, de independência norte-americana e francesa), revoluções estas que tiveram por objetivo principalmente limitar o poder absoluto, então nas mãos do monarca.

A mais importante das características do Estado Liberal de Direito consiste na positivação, nas primeiras constituições, da Separação dos Poderes e da enunciação de direitos individuais aos particulares, civis e políticos, oponíveis ao Estado.

No Estado Liberal de Direito passou a ser considerado o princípio máximo de limitação do poder o da legalidade. Conseqüentemente, a função estatal mais privilegiada neste período foi o Legislativo.

Com as constituições mexicana (1917) e alemã de Weimar (1919), começa o denominado Estado Social de Direito. Neste Estado o “social” é seu próprio epíteto, vale dizer, corresponde ao próprio princípio político fundamental (meta primordial) a ser sempre alcançada por esta espécie de Estado de direito. No Brasil o Estado Social se inicia com a Constituição de 1934, que passou a prever um rol de direitos sociais em seu texto.

O principal legado do Estado social foi o advento dos direitos sociais e, conseqüentemente, das normas constitucionais programáticas. Os direitos sociais ou de segunda “geração”, diferentes da geração anterior, exigiam um “fazer”, vale dizer, uma prestação do Estado. E, exatamente por essa sua característica de necessitar de implementação das metas sociais, este foi o período de apogeu do Executivo.

As normas programáticas constituem o elo de ligação entre os direitos sociais na Constituição e como, de forma mínima, eles devem ser implementados. São pautas mínimas dirigidas ao Estado em todos os seus “poderes”, inclusive ao Judiciário, sendo dessarte também normas de índole processual-constitucional.

As normas programáticas são normas políticas e jurídicas, onde seu caráter de politicidade não nega e nem exclui sua juridicidade.

O Estado Democrático de Direito surgiu após a segunda guerra e tem como principais características:

- a) Criação dos direitos fundamentais de terceira (e mais recentemente, de quarta) dimensões;
- b) consagração do princípio da supremacia constitucional;
- c) conseqüentemente, há um prestígio maior a ser dado ao Poder Judiciário: quem aplica as leis deve aplicar, antes de tudo, a Constituição;
- d) Reformulação da teoria da norma jurídica, que passa a ter como “espécies” os Princípios e as Regras.

As principais características do Estado Democrático de Direito não são ideias novas nem originais. O diferencial consiste justamente numa tentativa de operacionalização, de tornar efetivos os preceitos que antes, se eram previstos, não se tinha qualquer preocupação quanto a sua realização prática. Mas, dentre as novidades surgidas neste Estado de Direito encontra-se o surgimento de uma nova geração (*rectius*: dimensão) de direitos fundamentais, os coletivos e difusos.

Os termos democracia, participação, povo e processo estão cada vez mais imbricados, e o Judiciário está exercendo, neste contexto – para o bem e para o mal – um papel fundamental, principalmente mediante o exercício do controle de constitucionalidade.

A Democracia Participativa e sua Interação com o Processo

A democracia é a alternância necessária do Poder, com a participação necessária do Povo, que realiza suas escolhas – de seus representantes (democracia indireta) ou das políticas públicas (democracia direta) – por meio do sufrágio, além de interagir e influenciar nas decisões dos dirigentes do Poder.

A implementação da democracia é principalmente uma questão de grau, havendo, por isso, Estados com um maior ou menor grau de profundidade democrática.

Outras considerações essenciais ao princípio democrático dizem respeito ao seu corolário direto, o princípio da maioria, que decide as opções políticas mais importantes. Mas, deverá haver sempre limites, a saber, o respeito às minorias, para evitar que o princípio de que a maioria decide se transforme numa tirania da maioria sobre as minorias.

Até mesmo as decisões populares devem ser limitadas pelo o que está posto numa Constituição, coerente com o princípio da supremacia constitucional. Do contrário, teríamos a tirania da maioria sobre a minoria. Daí a importância crescente do controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito.

Democracia participativa não é sinônimo de democracia direta. As semelhanças são enormes, mas a diferença vai se dar especificamente de como se

dá tal processo de participação e saber quem são seus participantes. Ou seja, a discussão vai partir de qual conceito de povo que se estará adotando.

O termo povo atualmente se encontra em mutação, numa tentativa de se ampliar, o mais possível, o número de seus integrantes dentro dos residentes de um Estado.

Do ponto de vista processual a democracia participativa deve propiciar ao maior número de pessoas possíveis a participação em ações judiciais, seja por meio de processos coletivos, seja na participação nas ações de controle abstrato de constitucionalidade.

Jurisdição Constitucional e Democracia

Inicialmente, com justificativa na teoria da separação de poderes, não se permitiu ao Judiciário se imiscuir nas chamadas “questões políticas” ou nas decisões “discricionárias” de outro “poder”.

A jurisprudência ainda predominante é no sentido da impossibilidade de revisão judicial dos atos discricionários. Tal ponto de vista reflete principalmente a doutrina do liberalismo, onde o Judiciário deve tutelar tão somente direitos individuais. Assim, com base em tal doutrina, sempre haveria uma área de decisão “livre” (discricionária) por parte do Legislativo e/ou Executivo, que não seria sindicável pelo Poder Judiciário.

Atualmente se deve enxergar o ato discricionário onde tais atos possuirão uma margem vinculada a pressupostos constitucionais, e portanto verificável pelo Judiciário, e outra margem “livre”, um puro núcleo discricionário. Seria então uma discricionariedade “regrada” pelo princípio da supremacia da Constituição.

A Consequência da Jurisdição Constitucional é a “Judicialização da Política”

A “judicialização” da política só aumentou após a Constituição de 1988, quando o Judiciário passou a enfrentar casos envolvendo direitos sociais de grande repercussão. Numa mudança de perspectiva, o magistrado deixou de ser apenas o

juiz-pacificador dos conflitos, passando a ser um agente transformador do Direito para a realização dos direitos sociais insculpidos na Constituição.

O STF, de início refratário às hipóteses de sua intervenção em outros poderes, passa aos poucos por mudar seu posicionamento, especialmente no tocante a implementação de políticas públicas (ADPF 45). Passa a admitir a dimensão política em tais espécies de decisão, como foi o caso da “CPI dos Bingos” (MS 24.831), em que o próprio Judiciário determinou à outro poder (Legislativo) que se comportasse de determinada maneira.

Apesar de se poder apontar a judicialização da política em vários julgados (e em número cada vez maior), tal ideia não é nova. Recente é a difusão de tal possibilidade, propiciado principalmente após a Constituição de 1988.

Há críticas, contudo, à “judicialização da política”: seus integrantes em geral não são responsabilizados por suas decisões; seus representantes, se podem decidir questões políticas, não são eleitos, não possuindo, pois, legitimidade popular.

Os direitos de 4^a. Dimensão (democracia, informação e pluralismo), vistos sob sua nova óptica, podem e devem interferir nas decisões judiciais. Tais decisões, portanto, na medida em que observarem tais preceitos, e desde que fundamentando suas decisões (CF/88, art. 93, IX), se tornarão cada vez mais legítimas.

No Brasil, de certa forma, uma maior participação dos intérpretes da Constituição já se encontra regulado na Lei 9.868/99 (lei da ADI e ADC), na figura do *amicus curiae*, em seu art. 7º, § 2º, em sede de controle abstrato de normas.

Princípio da Pluralidade dos Poderes

O termo “separação de poderes” só permanece por mera tradição, que se repete nos textos constitucionais. O termo é atécnico porque o poder, decorrente da soberania de um Estado é uno, indivisível, pois que a soberania é uma só. E a soberania é uma só porque o titular do poder soberano é o povo, que é – e só pode ser – único.

A teoria da separação de poderes foi colocada inicialmente por Aristóteles, e, após, no Iluminismo, por John Locke e Montesquieu. Os filósofos iluministas partiram da premissa de que quem tem poder possui uma tendência a querer acumular mais poder, levando conseqüentemente a abusos e desvios.

O objetivo principal de Montesquieu era repartir o exercício do poder entre pessoas distintas, a fim de impedir que sua concentração comprometesse a liberdade dos cidadãos. Seu propósito original estava, assim, em combater o poder absoluto, menos que em preconizar uma técnica de organização racional das funções públicas. A ideia da tripartição foi principalmente justificada com o fim maior de limitar o poder político.

Quanto ao Judiciário, a visão iluminista era muito restritiva, segundo a qual o juiz seria um mero autômato que deveria apenas repetir e declarar fielmente o que estivesse prescrito na lei.

O instituto dos freios e contrapesos (checks and balances) e o das funções típicas e atípicas não negam o princípio da separação, antes o reafirmam. Assim os “poderes” devem funcionar em cooperação, se fiscalizando mutuamente, de forma a todos eles observarem e serem observados se praticam, simultaneamente, os princípios estabelecidos na Constituição.

A aceitação de mais “poderes”, num princípio da “pluralidade de poderes” ao invés da clássica teoria da “tripartição”, desde que previstos em uma Constituição, reforça o núcleo central do princípio da “separação”. Mais órgãos de controle significa maior possibilidade de fiscalização do abuso e do arbítrio. Portanto na Constituição Brasileira de 1988 foi previsto a existência de mais “dois” Poderes: O Ministério Público e os Tribunais de Contas.

A função típica do Ministério Público encontra-se prevista nos arts. 127 e 129 da Constituição. Em síntese, funcionar como custos legis e provocar a jurisdição, sempre que se verificar a violação de direitos “indisponíveis”. E se o MP age de ofício, significa que ele não decide conflitos (julgar), nem administra (executa), muito menos legisla. Por tal raciocínio, o MP não estaria inserido em nenhum dos “três” poderes, pois não realiza nenhuma de suas funções típicas.

De modo análogo, os Tribunais de Contas. Seus integrantes possuem as mesmas garantias dos membros da magistratura (no TCU, das dos ministros do STJ; nos TCE's e TCM's, a dos desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados). Além disso, no rol de competências funcionais previstas no art. 71 da Constituição, constam funções típicas que só existem para tais órgãos.

A Necessidade da Instalação de um Tribunal Constitucional ao Brasil

A função de guardião da Constituição já fora colocada inicialmente a partir do caso Marbury X Madison, em 1803. Adotado o método difuso, Rui Barbosa o introduz no Brasil, a partir da criação do Supremo Tribunal Federal, em Decreto de 1890, e com a Constituição da Primeira República, em 1891. Desde então, em todas as constituições da história institucional brasileira, fora reproduzido ao STF a competência última de realização de controle de constitucionalidade. As últimas e mais importantes inovações se deram com a Emenda Constitucional n. 16/1965, que introduziu o controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, com a então representação de inconstitucionalidade, com a própria CF/88 e com alterações postas nas Emendas n. 3/1993 (em menor grau) e na Emenda n. 45/2004 (esta última tendo aumentando consideravelmente o poder relativo do STF). Acresça-se, finalmente, as Leis n. 9.868 e 9.882, ambas de 1999, a regulamentarem os procedimentos em sede de controle abstrato de normas, aproximando o STF de um Tribunal Constitucional. A partir de então, muitos doutrinadores, entendendo uma falsa sofisticação, passaram a explicar que no Brasil estaria havendo uma aproximação crescente entre a common law, advindos dos países membros da Commonwealth e, principalmente, dos Estados Unidos, e da civil law, além do modelo europeu, que adota principalmente o controle abstrato, com vários membros da União Europeia possuindo Tribunais Constitucionais, oriundos das teses de Kelsen, sobre quem deveria ser o verdadeiro guardião da Constituição.¹

¹ A partir da célebre polêmica entre Hans Kelsen, Hermann Heller e Carl Schmitt, (*Wer soll Hüter der Verfassung sein?*).

Não existe representatividade sem crise, nem crise sem representação. A representatividade de cargos públicos, especial e principalmente os eletivos, sempre foi e será questionada. Do mesmo modo nas crises políticas, em que tais críticas ao setor político como um todo se tornam ainda mais acerbadas. Tais constructos possuem íntima ligação com as ideias de poder e de legitimidade, sempre imbricados.

O STF falhou em sua missão de ser o máximo guardião da CF/88. Nunca, na História da República, o Supremo possuiu tanto o poder. E nunca dele abusou tanto, principalmente com decisões de índole corporativista, ou não decidindo, com pedidos de vista que impedem a prestação jurisdicional, ou criando normas quando, inquestionavelmente, não possui esse papel.

Um Tribunal Constitucional deve ser criado no País, nos moldes das Cortes da Europa. Não se deve simplesmente copiar um modelo. A maior legitimidade de sua criação dar-se-á por discussões no Parlamento, onde tais deliberações permitirão uma ampla difusão do conhecimento de tais Cortes. O que importa é que tal Tribunal não pertença ao Judiciário, seus integrantes possuam mandato e que sejam egressos de diferentes setores.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The living constitution: Oliver Wendell Holmes Lectures. **Harvard Law Review**, v. 120, n. 7, 2007.

ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism (1996). **Occasional Papers**. Paper 4. Disponível em: <<http://tinyurl.com/422ugo8>> Acesso em: 18 jun. 2016.

ACKERMAN, Bruce. **Transformação do direito constitucional**: Nós, O Povo Soberano (We, The People – Transformation, 1998). Tradução de Mauro Raposo de Mello, Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ALBUQUERQUE, Newton Menezes. **Teoria política da soberania**. Minas Gerais: Mandamentos, 2001.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Roberto; BONAVIDES, Paulo. **Textos políticos da história do Brasil**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2002

ARISTÓTELES. **A política**. Livro VI, cap. XI. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais Inconstitucionais (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, 1951)**. Tradução de José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2014.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russel, 2004.

BARBOSA, Rui. **Cartas de Inglaterra**: O congresso e a justiça no Regimen Federal. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C., 1929.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jvs Podvum, 2011.p 225-270.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da constituição brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In*: GRAU, Eros Roberto; CUNHA Sérgio Sérulo da (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **RDE** - Revista de Direito do Estado, São Paulo, v. 13, p. 71-91, 2009a.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade concentrado no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos (l'età dei Diritti)**, 1990). 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política** 5. ed. Brasília: UnB, 2000. v. 2.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. *Brasília*: Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **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.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jvs Podium, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 3.388**, (Caso Raposa Serra do Sol). Brasília, DF, 19 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>> Acesso em: 23 abr. 2016.

BRASIL. **Lei Complementar Federal n. 101/2000**. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao>> Acesso em: 23 abr. 2016.

BRASIL. **Lei Ordinária Federal n. 4.320/1964**. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao>> Acesso em: 23 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 46**, publicado o acórdão em 26-02-2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ACO 765**, publicado o acórdão em 04/09/2009, transitado em julgado em 18/09/2009 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 33**, publicado o acórdão em 29/04/2008, transitado em julgado em 13/05/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativos do STF**, ns. 392, 409, 510 e 554. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>> Acesso em: 23 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 22 fev. 2016.

BRITO, Carlos Ayres de. O regime constitucional dos tribunais de contas. *In*: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRITO, Carlos Ayres de. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador** – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1992.

CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo e a evolução do direito (The nature of judicial process – The growth of the law)**. Tradução de Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo: Nacional de Direito, 1956.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução da 5. ed. italiana. São Paulo: Classic Book, 2000. v. I.

CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura e. **Lei de responsabilidade fiscal: abordagens pontuais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Finanças públicas: o contexto do Brasil no século XXI. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASIN, João Bosco Coelho (Org.). **Direito financeiro e tributário comparado**. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. p. 226-239.

CAVALCANTE, Denise Lucena; CABRAL, D. M. A. Os custos das políticas públicas: um olhar para o orçamento com foco no gasto público. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, São Paulo, v. 9, 2014.

CAVALCANTE, Denise Lucena; DANTAS, E. de M. e. Perspectivas para a cidadania fiscal no Estado Democrático de Direito. *In*: CONPEDI (Org.). Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2010. v.1. p.1-25.

CAVALCANTE, Denise Lucena; LIMA, R. M. R. Ilusão do pacto federativo cooperativo e os custos dos direitos sociais. **Nomos**, Fortaleza, v. 2015.1, p. 99-120, 2015.

CHAUÍ, Marilena. O que é política. *In*: NOVAIS, Adauto (Org.). **O esquecimento da política**. Rio de Janeiro: Agir, 2007.

COLEMAN, Jules. **The architecture of jurisprudence**: Part I. *In*: 1st Conference on philosophy and law neutrality and theory of law. Girona, maio 2010. Disponível em: <<http://tinyurl.com/cja6zuw>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORNEJO, Valentin Thury. **Juez y division de poderes hoy**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002.

COSTA, Adriano Pessoa da. **Direitos fundamentais na visão do STF**. Fortaleza: Expressão, 2013.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **A razoável duração do processo**: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual. Curitiba: Juruá, 2015.

DAHRENDORF, Ralf. **Sociedade e liberdade**: para uma análise sociológica do presente. (*Gesellschaft und Freiheit, Zur soziologischen Analyse der Gegenwart, 1961*). Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

DAMAŠKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**: a comparative approach to the legal process. New Haven: Yale University Press, 1986.

DE PLÁCIDO, e Silva. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. São Paulo: Forense, 1997.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução de Márcio Pugliese. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio (A matter of principle, 1985)**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust - A theory of judicial review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1998.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico (Einführung in das Juristische Denken, 1983)**. Tradução de J. Batista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ETCHEVERRY, Juan B. ¿Cómo afronta el desafío de la sobrecarga de trabajo el tribunal constitucional de España?. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Mexico, n. 32, enero-junio, 2015.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

FEREJOHN, John. Tribunais constitucionais como instituições deliberativas. *In*: MOREIRA Luiz; BIGONHA, Antônio Carlos (Org.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.41-63.

FERREIRA, Eduardo Paes. **Direito da economia**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001. Reimpressão em 2008.

FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 5. ed. - 195-196. São Paulo: RT, 1971. t. I. item n. 8.

FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais (Natural law and natural rights)**. Tradução de Leila Mendes. Porto Alegre: Unisinos, 2007.

FREYRE, Gilberto. Ordem e progresso. *In*: SANTIAGO, Silvano (Coord.). **Intérpretes do Brasil**. Joaquim Nabuco; Euclides da Cunha; Manuel Bonfim; Oliveira Viana; Alcântara Machado; Sérgio Buarque de Holanda; Caio Prado Júnior; Florestan Fernandes). Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002. v. III.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991.

GOFFMAN, Erving. **A representação do eu na vida cotidiana**. Petrópolis: Vozes, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social. Cómo la corte constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. *In*: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.?-?.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia** – entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ontologia: Hermenêutica da faticidade (Ontologie [Hermeneutik der Faktizität])**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

HESPANHA, António Manuel. **Governo da lei ou governo dos juizes?** O primeiro século do Supremo Tribunal de Justiça em Portugal. Fonte: Historia constitucional [1576-4729]. Disponível em: <<http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/301/259>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição. (Die normative Kraft der Verfassung, 1959)**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOBBSAWN, Eric. **A era das revoluções – 1789-1848 (The age of revolution 1789-1848)**. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos – o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova Iorque: W. W. Norton & Co., 1999.

HORBACH, Carlos Bastide; HORBACH, Beatriz Bastide. A organização judiciária alemã. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 226, p. 323-345, dez. 2013.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21. ed. Rio de Janeiro: Guanabara editora, 1986.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura (Kritik der reinen Vernunft)**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

KELSEN, Hans. **Democracia**. São Paulo: Martins Fontes 2000a.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado (General theory of law and State, 1945)**. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLARMAN, Michael. **From jim crow to civil rights: The Supreme Court and the struggle for racial equality**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEITÃO, André Studart; SILVA, Alexandre Antonio Bruno da; DIAS, Eduardo Rocha. Retração, progressão, expansão e retrocesso: o caminho hígido para um sistema de proteção social sustentável. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 13, n. 17, 2015.

LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LESSA, Pedro. **Estudos de filosofia do direito**. São Paulo: Bookseller, 2000.

LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. 2013. 680 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

LIMA, George Marmelstein. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto; DAVILA, A. M.; GUERRA, M. L.; VIANA, J. V.; CAVALCANTE, Denise Lucena. O direito financeiro na ordem constitucional. *In*: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Org.). **Estudo de direito constitucional e urbanístico**. São Paulo: RCS, 2007. p.111.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto et al. A democratização das Indicações para o Supremo Tribunal Federal. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, Del Rey, n. 1, p. 600-601, 2003.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição constitucional e efetivação dos direitos fundamentais: uma discussão sobre a paz. *In*: ROCHA Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Org.). **Direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Justiz und Staat in Brasilien** - Zur historischen Entwicklung der Justizfunktion in Brasilien: Kolonialgerichtsbarkeit in Bahia, Richterschaft im Kaiserreich und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik. Frankfurt/M: Peter Lang Verlag, 1999.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil** (XII, XIII e XIV). Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

LORENZO, Diego G. Pardow; RAMÍREZ, Sergio Verdugo. El tribunal constitucional chileno y la reforma de 2005. Un enroque entre jueces de carrera y académicos. **Revista de Derecho**, La Paz, v. XXVIII, n. 1, 2015.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Contribuições e federalismo**. São Paulo: Dialética, 2005.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **O conceito de tributo no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

MARTINS, Leonardo. **Bioética à luz da liberdade científica**: Estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comparado alemão. Com um ensaio de Bernhard Schlink "Questões atuais da proteção da vida pré-natal". São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital (*Das Kapital: Kritik der politischen Ökonomie: Buch 1: Der Produktionsprozess des Kapitals*). São Paulo: Boitempo, 2013.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**: teoria da democracia. Tradução de Elisete Antoniuk. Revisão da tradução de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e coordenação de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MENDES, Conrad Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. São Paulo: Campus Jurídico, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999a.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999b.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A constitucionalização das finanças públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969** - 644. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t.III.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Bookseller, 1954. t.I.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Vozes, 1994.

MORAES FILHO, Carlos Alberto de; CAVALCANTE, Denise Lucena. **Curso de direito financeiro** (Prefácio, Pós-fácio/Prefácio). São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Germana de. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para a defesa dos interesses coletivos e difusos no direito brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.276, p. 173, 1984.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

PACINI, Dante. **Política e direito** (Filosofia e ciência). Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

PAULA, Rodrigo Uchôa de. A criação e evolução do Estado Democrático de Direito: do pós-guerra aos dias atuais. *In*: CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DO NELB, II. **Anais...** Brasília: Vestnik, 2015.

PAULA, Rodrigo Uchôa de. Caso Contreras e outros vs. El Salvador (2011). *In*: COUTO, Theresa Rachel; NOGUEIRA, Giorgi Augustus (Org.). **Corte Interamericana de Direitos Humanos** - Resumo de sentenças. Curitiba: CRV, 2013. v. 1. p. 609-610.

PAULA, Rodrigo Uchôa de. Caso Família Barrios vs. Venezuela (2011). *In*: COUTO, Theresa Rachel; NOGUEIRA, Giorgi Augustus (Org.). **Corte Interamericana de Direitos Humanos** - Resumo de sentenças. Curitiba: CRV, 2013. v. 1. p. 627-628.

PAULA, Rodrigo Uchôa de. Caso Fleury e outros vs. Haiti (2011). *In*: COUTO, Theresa Rachel; NOGUEIRA, Giorgi Augustus (Org.). **Corte Interamericana de Direitos Humanos** - Resumo de sentenças. Curitiba: CRV, 2013. p. 623-626.

PAULA, Rodrigo Uchôa de. Caso Gomes Lund e outros (guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (2010). *In*: COUTO, Theresa Rachel; NOGUEIRA, Giorgi Augustus (Org.). **Corte Interamericana de Direitos Humanos** - Resumo de sentenças. Curitiba: CRV, 2013. v. 1. p. 569-572.

PAULA, Rodrigo Uchôa de. Direito constitucional econômico ou administrativo? Análise da ADPF 46-1/DF: monopólio ou exclusividade dos serviços postais pela empresa de correios e telégrafos. *In*: MARIANO, Cynara Monteiro; LIMA, Martônio Mont'Alvene Barreto (Org.). **O Supremo Tribunal Federal e Os Casos Difíceis** monopólio ou exclusividade dos serviços postais pela empresa de correios e telégrafos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p.?-?.

PAULA, Rodrigo Uchôa de. Epistemologia jurídica evolutiva. *In*: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MELO, Alisson José Maia (Org.). **Estudos de epistemologia jurídica**. Curitiba: Prismas, 2015. p.163-175.

PAULA, Rodrigo Uchôa de. **Jurisdição constitucional, política e democracia**. 2005. 190f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005.

PAULA, Rodrigo Uchôa de. O direito fundamental à previdência. Sua evolução e caracterização como direito social. *In*: FERRAZ, Fernando Basto; ARAÚJO, Elisabeth Alice Barbosa Silva de; MARQUES JÚNIOR, William Paiva (Org.). **Direitos fundamentais sociais na contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2014. v. 1. p. 217-224.

PAULA, Rodrigo Uchôa de. O princípio da pluralidade dos poderes e seu correlato aumento de representatividade. *In*: SILVA, Matheus Passos; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos (Org.). **O papel do direito na solução das demandas contemporâneas**. Brasília: Vestnik, 2016. p.?-?.

PAULA, Rodrigo Uchôa de. Os direitos fundamentais de quarta dimensão (democracia, informação e pluralismo) como fatores legitimadores e limitadores das decisões judiciais. *In*: MATIAS, João Luis Nogueira; MELO, Alisson José Maia; PEREIRA, Ana Carolina Barbosa (Org.). **Direitos fundamentais: fundamentação e eficácia**. Florianópolis: Fundação Boitex, 2011. p.?-?.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica (Traité de L'argumentation: la nouvelle rhétorique)**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PLATÃO. **Diálogos III: A República**. 26. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. v. 1 e 2.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Controle de constitucionalidade das leis municipais**. São Paulo: Atlas, 2003.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A corte suprema e o direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal - 1809-1910**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. t. II.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal - 1910-1926**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. t. III.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal - Defesa das Liberdades**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. t. I.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal -1930-1963**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. t. IV.

ROSENFELD, Denis L. **O que é democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

ROUSSEAU, Jean Jaques. **Discurso sobre as ciências e as artes**: discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. São Paulo: Martin Claret, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jaques. **Do contrato social**. Tradução de Marcio Pugliese, Norberto de Paula, Do Contrato Social, Discurso sobre a Economia Política. São Paulo: Hemus, Livro I, Cap. VI (Do pacto social), 1993. p. 27.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte: Del Rey, n. 4, p. 365, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHMITT, Carl. **Guardião da constituição (Der Hüter der Verfassung)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política (The moral foundations of politics, 2003)**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 22-50, abr. 2002.

SIMMEL, Georg. **Questões fundamentais da sociologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais (Theory of moral sentiments)**. Tradução de Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOLIS, David Ordóñez. **Jueces, derecho y política**. Cizur Menor (Navarra), Espanha: Aranzadi, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

SWEET, Alec Stone. Constitutional courts. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law** (Chapter 38 – capítulo 38- Edited by Michel Rosenfeld and Andras Sajó). Oxford: Oxford University Press, 2012.

TÁCITO, Caio. Do direito individual ao direito difuso. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, São Paulo, v. 157, p. 10,1984.

TAYLOR, Charles. **Imaginários sociais modernos**. Lisboa: Texto & Grafia, 2004.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracia na América**. Livro I: Leis e Costumes, 1835. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolução (L' Ancien Régime et la Révolution)**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento (The uses of argument, 1958)**. Tradução de Reinaldo Guarany e Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TUSHNET, Mark. **Taking constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ. Biblioteca Universitária. **Guia de Normalização de Trabalhos Acadêmicos da Universidade Federal do Ceará**. Fortaleza, 2013.

VALE, André Rufino. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais (Argumentación constitucional: un estudio sobre la deliberación en los tribunales constitucionales). 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília em regime de cotutela com a Universidade de Alicante (UA), Espanha (Acordo de cooperação, código 9260 – FUB/UA, DOU 1º/08/2014, seção 3, p. 35), 2015.

VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito**. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal** – Jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *In*: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VOLTAIRE. **Cartas filosóficas** (13.^a carta, 1734). Lisboa: Fragmentos, 1993.

WALDRON, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. *In*: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Tradução de Aduato Villela et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.243-270.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: UnB, 1991. v.I; 1999. v.II.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**: Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx. 10. ed. São Paulo: Ática, 2000a.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. 13. ed. São Paulo: Ática, 2000b.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.